

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA
DO RIO DE JANEIRO



Joana de Souza Machado

**POLÍTICA TOGADA NO BRASIL:
Ativismo Judicial entre promessas, armadilhas e estratégias**

Tese de Doutorado

Tese apresentada como requisito parcial para obtenção do grau de Doutora pelo Programa de Pós-graduação em Direito do Departamento de Direito da PUC-Rio.

Orientadora: Prof^a. Gisele Cittadino

Co-orientador: Prof. Mark Tushnet

Rio de Janeiro

Dezembro de 2019



Joana de Souza Machado

POLÍTICA TOGADA NO BRASIL:

Ativismo Judicial entre promessas, armadilhas e estratégias

Tese apresentada como requisito parcial para obtenção do grau de Doutora pelo Programa de Pós-graduação em Direito da PUC-Rio. Aprovada pela comissão examinadora abaixo.

Prof^a. Gisele Cittadino

Orientadora
Departamento de Direito – PUC-RJ

Prof. Adriano Pilatti

Departamento de Direito – PUC-RJ

Prof. Fábio Leite

Departamento de Direito – PUC-RJ

Prof^a. Margarida Maria Lacombe Camargo

Faculdade Nacional de Direito (FND) – UFRJ

Prof. Juliano Zainen Benvindo

Faculdade de Direito – UNB

Rio de Janeiro, 17 de dezembro de 2019.

Todos os direitos reservados. É proibida a reprodução total ou parcial do trabalho sem autorização da Universidade, da autora e da orientadora.

Joana de Souza Machado

Graduada em Direito pela Universidade Federal de Juiz de Fora - MG. Mestre e Doutora em Direito (Teoria do Estado e Direito Constitucional) pela PUC-Rio. É Professora Adjunta do Departamento de Direito Público Material da Universidade Federal de Juiz de Fora - MG.

Ficha Catalográfica

Machado, Joana de Souza

Política togada no Brasil : ativismo judicial entre promessas, armadilhas e estratégias / Joana de Souza Machado ; orientadora: Gisele Cittadino ; co-orientador: Mark Tushnet. – 2019.

176 f. ; 30 cm

Tese (doutorado)–Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, Departamento de Direito, 2019.

Inclui bibliografia

1. Direito – Teses. 2. Campo judicial. 3. Ativismo. 4. Supremo Tribunal Federal. 5. Política togada. I. Cittadino, Gisele. II. Tushnet, Mark. III. Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro. Departamento de Direito. IV. Título.

CDD: 340

Aos raios “de trovão” e de sol, Beatriz e Helena, minhas duas “fortalejadas”,
Pela magia de parir e renascer.
Pela primavera feminina que estamos a construir.

Agradecimentos

“O inferno dos vivos não é algo que será; se existe, é aquele que já está aqui, o inferno no qual vivemos todos os dias, que formamos estando juntos. Existem duas maneiras de não sofrer. A primeira é fácil para a maioria das pessoas: aceitar o inferno e tornar-se parte deste até o ponto de deixar de percebê-lo. A segunda é arriscada e exige atenção e aprendizagem contínuas: procurar e reconhecer quem e o que, no meio do inferno, não é inferno, e preservá-lo, e abrir espaço” (Italo Calvino).

No meio do parto da tese, gestaram um golpe, chocaram o ovo da serpente. O inferno dos vivos, em sua dimensão coletiva, de fato está aqui, o obscurantismo diário, que nos adoce, a necropolítica que arrastou e ainda arrastará muitas e muitos de nós. O poder requer corpos tristes e, com todo esse inferno, não é tarefa simples resistir.

No meio do parto da tese, dois outros partos alteraram drasticamente a rota, mas sobretudo me oportunizaram dois renascimentos. Em 2016, cantando “Cálice” no palco de um teatro, no lançamento de um livro contra o golpe, começam as contrações que me trariam Beatriz e muita felicidade. Poucas horas depois, nascemos ela e eu, eu mãe, com ainda mais urgência de que tudo melhorasse no entorno. Em seus primeiros anos, Beatriz integrou mais mobilizações políticas do que a sua mãe em décadas de vida. Em 2019, após longas horas de dores e muita potência feminina, chega Helena e também ilumina tudo. Se o poder requer corpos tristes, a alegria é privilégio e também resistência. A alegria dos bons encontros. Os encontros com as minhas filhas e com a aldeia inteira que viveu e segue vivendo comigo esses partos, inclusive o da tese. Sem essa aldeia, seria impossível conciliar todas essas partes de mim. Devo tudo a essa aldeia.

À minha família biológica e afetiva, que pariu comigo todos esses partos, que abraçou o pior e o melhor de mim, suportou e supriu minhas ausências e presenças tão fragmentadas. A Sérgio Negri, pai dos raios de sol e de trovão, por ter, mesmo testado ao limite, dobrado a aposta em mim, em si e em nós; a Guilherme, Marina, Cássia, Ana Rita, Sergio, Carol, Mari e Lu, que se tornaram avós e tias maravilhosos, por todo o amor, apoio, compreensão. Pensar no papel

fundamental que cada um cumpriu e cumpre nessa aldeia me deu forças para persistir. Segui, sobretudo, por gratidão e muito amor por vocês.

À Gisele Cittadino, querida orientadora, tão corajosa quanto genial, por seguir abrindo caminhos, passagens, para tantas de nós. Por estar sempre na trincheira jurídica, na luta incansável pela democracia, sendo fonte permanente de inspiração. Pelas contribuições epistemológicas e políticas à minha formação, desde o Mestrado. Pela empatia e paciência nesse duro e adoecedor processo de conclusão da pesquisa, impactado que foi pela conjuntura política (macro e micro), pelos partos e os desafios da maternagem.

Aos e às demais docentes e colegas do PPGD da PUC-Rio com que convivi nesses longos anos de capacitação, por me ajudarem a construir um olhar mais crítico sobre o campo jurídico, decisivo na maneira como me constituo hoje como professora e pesquisadora. Em especial, aos Professores Adriano Pilatti e Fábio Leite, pela interlocução mais direta e generosa no Direito Constitucional, sempre marcada por trato horizontal, humor afiado e contribuições sagazes.

À Carmen e ao Anderson, queridos e competentes funcionários da secretaria do PPGD da PUC-Rio, sem os quais a saga entre PUC-Rio/UFJF-MG teria sido provavelmente impraticável.

Ao Professor Mark Tushnet, co-orientador da pesquisa durante o estágio doutoral na Harvard Law School, pela acolhida, disponibilidade e genuíno interesse em contribuir para o incremento da investigação. Pela oportunidade que me abriu de apresentar e testar conclusões ainda parciais da pesquisa com a comunidade acadêmica da HLS. Por ter, de forma incrivelmente generosa, compartilhado comigo na íntegra a prova do seu novo livro, *“Taking Back the Constitution”*, que será publicado no ano que vem. Sobretudo, pelo vigor e fôlego na defesa de um constitucionalismo popular, que também tanto nos inspira.

À Professora Mary-Rose Papandrea, por gentilmente ter intermediado a minha acolhida como pesquisadora visitante na Boston College Law School, no período do sanduíche em Boston, recebendo-me com enorme hospitalidade, interesse pela

pesquisa e pela cultura jurídica brasileira; bem como aos Professores Robert Bloom, Vlad Perju, Katharine Young e, em especial, ao brilhante Professor Richard Albert, pela convivência mais próxima, rica e tão agradável nesse mesmo período.

O presente trabalho foi realizado com apoio da Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior - Brasil (CAPES) - Código de Financiamento 001. Agradeço também à PUC-Rio e UFJF, pelos auxílios concedidos, fundamentais ao desenvolvimento dessa pesquisa.

À banca examinadora, Professora Margarida Lacombe e Professores Juliano Zaiden, Adriano Pilatti e Fábio Leite. Obrigada a cada um e uma de vocês, pela disponibilidade de integrarem a banca no final de um ano tão exaustivo e pela contribuição que mesmo antes desse momento já dão por meio dos seus trabalhos dedicados e posicionamentos críticos.

Aos e às colegas da Universidade Federal de Juiz de Fora, docentes, TAEs e estudantes, que se dedicam à defesa de uma educação pública, gratuita, laica, de qualidade e socialmente referenciada. Pelos encontros no movimento sindical, nas ocupações estudantis, no Coletivo Marielle Franco – Mulheres UFJF, pelos afetos, aprendizados e parcerias construídos nas lutas.

A todos os outros bons encontros que mais indiretamente contribuíram para a produção desse trabalho, como o encontro de compositores de JF, pelas parcerias musicais/políticas.

Seguiremos resistindo pela alegria dos bons encontros, abrindo espaço para o não inferno. Ninguém solta a mão de ninguém.

Resumo

Machado, Joana de Souza; Cittadino, Gisele. **Política Togada no Brasil: ativismo judicial entre promessas, armadilhas e estratégias**. Rio de Janeiro, 2019. 176p. Tese de Doutorado - Departamento de Direito, Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro.

A partir de método reconstrutivo, a presente tese se propõe a uma abordagem multidimensional e contextual do ativismo judicial, por meio da qual são mapeadas e avaliadas promessas, armadilhas e estratégias que se constroem em torno da interação entre Direito e Política no Brasil. A investigação adota por lente teórica a construção de Bourdieu sobre poder simbólico, aplicada a um subcampo jurídico, o campo judicial, especialmente a maneira como esse subcampo se apropria a um só tempo da lógica do campo político e do campo científico. São resgatadas as raízes do termo “ativismo judicial”, apontando-se como o uso dessa chave contribuiu, em seu contexto de origem, ainda que sob muita confusão semântica, para alimentar uma cultura de observação/reivindicação de comportamentos judiciais, com consequente incorporação de apostas e críticas do ativismo aos léxicos acadêmico e popular, com amplo impacto sobre a dinâmica política. A partir desse resgate, é construída uma proposta de abordagem multidimensional e contextual do ativismo judicial no Supremo Tribunal Federal, a qual busca superar as compreensões binárias que o capturam ou como algo promissor ou como algo perverso. Colocam-se em perspectiva as promessas pelo alto em torno do campo judicial – função contramajoritária, função representativa e função de “vanguarda iluminista” – bem como respectivas armadilhas e estratégias pensadas de baixo para cima.

Palavras-chave

Campo judicial; Ativismo; Supremo Tribunal Federal; Política togada.

Abstract

Machado, Joana de Souza; Cittadino, Gisele (Advisor). **Politics in Robes in Brazil: judicial activism between promises, pitfall traps and strategies**. Rio de Janeiro, 2019. 176p. Tese de Doutorado - Departamento de Direito, Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro.

Based on reconstructive method, this thesis proposes a multidimensional and contextual approach to judicial activism, through which it will map and evaluate promises, pitfall traps and strategies around the interaction between law and politics in Brazil. The research adopts by theoretical lens Bourdieu's construction on symbolic power, applied to a legal subfield, the judicial field, especially the way that this subfield appropriates at the same time the logic of the political field and the scientific field. The roots of the term “judicial activism” are rescued, pointing out how the use of this key has contributed, in its original context, albeit under much semantic confusion, to feed a culture of observation / claim of judicial behavior, with consequent incorporation of bets and criticism of activism on academic and popular lexicons, with a broad impact on political dynamics. From this rescue, it is built a proposal for a multidimensional and contextual approach to judicial activism in the Federal Supreme Court, which seeks to overcome the binary understandings that capture it either as promising or as perverse. The promises from above around the judicial field are put into perspective - countermajoritarian function, representative function, and “enlightening vanguard” - as well as their pitfall traps and strategies, thought bottom-up.

Keywords

Judicial Field; Activism; Federal Supreme Court; Politics in Robes.

Sumário

1	Introdução	11
1.1	Método e estrutura de abordagem	14
2	A Gramática do Ativismo Judicial	16
2.1	Resgate histórico do termo: movimento pendular estadunidense e ativismo	17
2.1.1	No rastro das raízes mais remotas	17
2.1.2	Ativismo pendular: entre progressistas e conservadores	25
2.2	Resgate semântico do termo	33
2.3	Proposta Contextual de abordagem	47
2.3.1	Constituição, Constituinte e Supremo	47
2.3.2	Constituição, judicialização e Ativismo	58
2.3.3	Ativismo como comportamento multidimensional no contexto brasileiro	71
2.3.3.1	Estudos de Caso.....	73
3	Ativismo Judicial como promessa	86
3.1	A naturalização do protagonismo judicial	87
3.1.1	Neoconstitucionalismo e a defesa de uma jurisdição ampliada..	89
3.1.2	Jurisdição Constitucional como fórum de moralidade política	92
3.1.3	Jurisprudência de valores e “novos” métodos interpretativos.....	98
3.1.4	Neoconstitucionalismo à brasileira	104
3.2	Jurisdição Constitucional e as promessas contramajoritária, representativa e iluminista.....	107
3.2.1	Promessa Contramajoritária.....	111
3.2.2	Promessa Representativa.....	113
3.3.3	Promessa Iluminista.....	115
3.3.4	Promessas pelo alto.....	119
4	Ativismo Judicial entre armadilhas e estratégias	123
4.1	Constitucionalismo Popular: para além do protagonismo judicial	125
4.2	Entre armadilhas e estratégias.....	138
4.2.1	Aristocracia togada	139
4.2.2	Representatividade via diálogo social	144
4.2.3	Luz, câmara, jurisdição: o risco da atuação performática e do “populismo judicial”	150
4.2.4	Litigância estratégica.....	155
5	Conclusão	160
6	Referências Bibliográficas	164

1

Introdução

Radiografia recente da política institucional brasileira aponta, de um lado, para a constituição do Congresso de perfil mais conservador desde a redemocratização do país; de outro, para a influência do ativismo do Poder Judiciário, junto com outros fatores, no resultado da mais recente eleição presidencial no Brasil¹.

Nesse sentido, um campo de investigação importante tem sido construído para dimensionar o específico papel do Judiciário brasileiro na atual crise política do país, por meio do uso de diversas chaves de análise, especialmente a do “lawfare”² e a da judicialização da megapolítica³.

A presente investigação não se soma propriamente a esse campo, embora compreenda a necessidade de sua construção, para identificação de variáveis específicas da atual e gravíssima conjuntura política.

O ativismo judicial, tão presente hoje nos léxicos acadêmico e político brasileiros, é muito anterior a essa conjuntura e por vezes é

¹ DEPARTAMENTO INTERSINDICAL DE ASSESSORIA PARLAMENTAR. *Radiografia do Novo Congresso: Legislatuara 2019-2023*. Brasília: DIAP, 2018. 164 p. color. (Estudos Políticos do DIAP) Disponível em: <<https://www.diap.org.br/index.php/publicacoes/viewcategory/41-radiografia-do-novo-congresso>> Acesso em: 22 mar. 2019.

² “[...] ambiente em que as instituições jurídicas são abusivamente utilizadas para a perseguição de um adversário político. Originalmente cunhada por John Carlson e Neville Yeomans, em 1975, que a consideravam uma tática de paz, em que a guerra dava lugar à disputa por leis onde se tinha ‘um duelo de palavras em vez de espadas’. A expressão foi dissiminada pelo coronel da Força Aérea dos EUA, Charles Dunlap, em 2001, como uma estratégia de mau uso da lei para alcançar um objetivo operacional como alternativa aos meios militares tradicionais. Na esfera política se traduz, segundo Jean Comaroff e John Comaroff, no processo de usar a violência e o poder inerente à lei para produzir resultados políticos”. RIBEIRO, R. L. A condenação de Lula: o maior caso de *lawfare* do Brasil. IN.: PRONER, C. et al (Orgs). *Comentários a uma sentença anunciada: o processo Lula*. Bauru: Canal 6 Editora, 2017, p. 389.

³ FERNANDES, P. de A. *A Judicialização da “Megapolítica” no Brasil: O Protagonismo do STF no Impeachment da Presidente Dilma Rousseff*. 2007. 98 f. Dissertação (Mestrado), Faculdade de Direito, PUC-Rio, 2007.

representado como uma das vias de resistência ao recrudescimento conservador na política.

Se excessos nos comportamentos judiciais colaboram de fato para alterar a dinâmica política do país, seja na construção de uma nova ou no aprofundamento da atual⁴, torna-se de todo modo necessário compreender mais a fundo a lógica do campo judicial, a fim de que se calibrem adequadamente as expectativas projetadas em torno dele.

Na dissertação de mestrado, de título “Ativismo Judicial no Supremo Tribunal Federal”⁵, já se havia constatado a imprecisão do termo ativismo, a partir de uma revisão bibliográfica do tema. A contribuição daquela etapa de pesquisa foi predominantemente conceitual. Fixou-se, na oportunidade, como ativismo judicial “a atuação de uma jurisdição constitucional que amplia os próprios poderes no sentido de concentrar em si a realização de uma moralidade política”⁶, um sentido pejorativo, associado à tendência de autoritarismo judicial.

Analisar o ativismo judicial, contudo, não é tarefa simples. Em contexto de notório autoritarismo político, há o risco de se alimentarem agendas contrárias à própria independência judicial⁷, ou discursos anti-institucionais.

No campo acadêmico, a crítica ao ativismo judicial é por vezes captada como um discurso democrático hermético, anacrônico, fruto de uma ranzinza ortodoxia republicana, incapaz de perceber novas possibilidades de representação política, como a via judicial⁸. É também

⁴ TUSHNET, M. *Taking back the Constitution*. New Haven: Yale University Press, 2020 (No Prelo).

⁵ MACHADO, J. de S. *Ativismo judicial no Supremo Tribunal Federal*. 120 f. Dissertação (Mestrado). Faculdade de Direito, PUC-Rio, Rio de Janeiro, 2008.

⁶ Ibid.

⁷ “O número de pedidos de impeachment de ministros do Supremo Tribunal Federal (STF) atingiu em 2019 um patamar recorde. Desde janeiro, foram 14 representações contra integrantes da Corte, cinco a mais do que no ano passado”. Conferir matéria do portal da revista Exame, de 20 de novembro de 2019. Disponível em: <<https://exame.abril.com.br/brasil/pedido-para-destituir-ministros-do-stf-e-recorde/>> Acesso em: 22 nov. 2019.

⁸ Linha de objeção que se apresenta na literatura estrangeira e nacional. Na literatura estrangeira, entre outros: ROSANVALLON, P. *Democratic legitimacy: impartiality, reflexivity, proximity*. Trad.: Arthur Goldhammer. Princeton: Princeton University Press: 2011, p. 07; NONET, P.; SELZNICK, P. *Direito e Sociedade: a transição ao sistema jurídico responsivo*. Trad.: Vera Pereira. Rio de Janeiro: Revan, 2010, p. 104. Na literatura nacional, por todos: VIANNA, L. W. A aranha, sua teia e a judicialização da política. *O Estado de São Paulo – Opinião*, 25 de março de 2012.

acomodada sob o largo rótulo do conservadorismo político, avesso às transformações sociais operadas pela via do ativismo judicial⁹.

Entre os trabalhos que analisam especificamente a atuação do Supremo Tribunal Federal, podem-se identificar, entre os mais recentes, as seguintes tendências: (1) negação do diagnóstico de atuação exorbitante¹⁰; (2) reconhecimento da atuação exorbitante (2.1) como processo evolutivo e positivo¹¹ de expansão do poder judicial; (2.2) como processo que, embora temerário, neutraliza seus riscos quando associado a práticas de diálogo social¹²; (3) crítica à atuação exorbitante sem uma definição clara sobre o termo ativismo ou sobre o critério utilizado para a identificação da “exorbitância”¹³, ou crítica com a adoção de uma única dimensão de ativismo¹⁴.

Buscando-se avançar na análise das relações entre Direito e Política no Brasil, a presente investigação toma por referencial teórico a noção de campo jurídico, de Bourdieu¹⁵, construção útil justamente para se compreender a lógica desse campo, retratado como espaço de concorrência pelo monopólio do poder de dizer o direito.

A partir desse referencial, acionado ao longo da pesquisa, práticas e discursos jurídicos são concebidos como produtos do funcionamento de

⁹ No Brasil, entre outros: TAVARES, A. R. A concretização judicial dos direitos fundamentais: o ativismo como dever. In.: *Manual do Poder Judiciário brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2012.

¹⁰ POGREBINSCHI, T. Judicialização ou representação: política, direito e democracia no Brasil. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011.

¹¹ Entre outros: BARROSO, L. R. *Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática*. Disponível em: <<http://www.oab.org.br/editora/revista/users/revista/1235066670174218181901.pdf>> Acesso em abril de 2012.

¹² Nessa categoria, sublinha-se a pesquisa coordenada por Vanice Regina Lírio do Valle, que analisou alguns aspectos das cinco primeiras audiências públicas realizadas pelo STF, a partir de uma abordagem normativa sobre diálogo social. A conclusão da pesquisa é de que o STF pode alcançar legitimação democrática por meio de uma real aproximação com a opinião pública, o que por sua vez pode acontecer com o uso crescente e aprimorado das audiências públicas VALLE, V. R. L. (Coord.). *Audiências públicas e ativismo: diálogo social no STF*. Belo Horizonte: Forum, 2012.

¹³ Destaca-se, no ponto, pela contundência da crítica: VIEIRA, O. V. Supremocracia. *Revista Direito GV*, São Paulo. Vol. 04 (2), jul-dez 2008, p. 441-464.

¹⁴ Conferir, por exemplo, importante análise do ativismo judicial como ativismo jurisdicional: “[...] o ativismo brasileiro, portanto, centra-se no ativismo jurisdicional como mecanismo a assegurar a ampliação de competências (formal e normativa), caminhando para uma linha de fronteira com o governo dos juizes”. (p.136) (VALLE, V. R. L. et al. (org.). *Ativismo jurisdicional e o Supremo Tribunal Federal*. Curitiba: Juruá, 2009).

¹⁵ BOURDIEU, P. *O Poder simbólico*. Trad.: Fernando Tomaz. 14a ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2010.

um campo cuja lógica é relativamente determinada por pressões externas e por forças endógenas.

Por essa razão, privilegia-se o enfoque estratégico na análise dos comportamentos judiciais, por considerar os diversos interesses, jurídicos e extrajurídicos, que concorrem para a tomada de decisão judicial, reconhecendo-se a interdependência das ações judiciais com as de outros atores políticos, de maneira prospectiva.

1.1

Método e estrutura de abordagem

A partir de método reconstrutivo de abordagem, e do referencial adotado, a pesquisa se compõe de três etapas: recuperar a gramática do ativismo judicial e ressignificá-la para o contexto da jurisdição constitucional brasileira (capítulo 2); analisar, discursivamente, promessas em torno do protagonismo judicial (capítulo 3); mapear e avaliar armadilhas e estratégias em torno do ativismo judicial no Brasil (capítulo 4).

Para a execução da primeira etapa, tornou-se necessário o resgate das raízes do ativismo judicial, uma contextualização fundamental para que se avaliasse a contribuição que o termo ofereceu em seu contexto de origem e assim se examinasse a contribuição que essa chave de análise poderia dar ao contexto brasileiro.

Ao final desta etapa, a pesquisa buscou contribuir com uma proposta de abordagem estratégica de ativismo judicial, que combinasse múltiplas dimensões de comportamentos ativistas e sensibilidade contextual. A proposta é apresentada no capítulo 2 e utilizada na realização de estudos de casos brasileiros, que cumprem o papel de ilustrar as diversas dimensões de comportamentos ativistas, individuais e institucionais, no âmbito de atuação do Supremo Tribunal Federal.

Para a execução da segunda etapa, foram analisados elementos discursivos que naturalizam o protagonismo judicial no ambiente teórico e

institucional brasileiros, como o movimento neconstitucionalista, a influência da jurisprudência alemã sobre a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e as promessas presentes nas manifestações do Ministro Barroso sobre as funções de uma jurisdição constitucional, a saber, as funções contramajoritária, representativa e iluminista.

Para a execução da terceira e última etapa, foram analisados elementos discursivos que se contrapõem ao protagonismo judicial, especialmente os inspirados pelo movimento do constitucionalismo popular. Com esse contraponto, foi possível mapear e avaliar armadilhas e estratégias em torno do ativismo judicial brasileiro, considerando-se “quem é” o Poder Judiciário brasileiro; “quem tem voz” no Supremo Tribunal Federal; possível impacto das Câmeras sobre a justiça produzida pelo STF; e a mobilização estratégica da via judicial.

A gramática do Ativismo Judicial

“Ativismo judicial” é um termo que, em seu contexto originário, tornou-se mais escorregadio e obscuro na medida em que seu uso foi intensificado¹⁶. Segue até hoje indomado, no plano semântico, a despeito de sua constante mobilização nos debates públicos, nos fóruns acadêmicos e políticos¹⁷.

De acordo com Kmiec¹⁸, em estudo que se tornou referência sobre o tema, isso ocorre porque o termo “ativismo judicial” tem sido fortemente mobilizado sem que haja em geral uma mínima tentativa de definição em torno dele, como se fosse unívoco, fora de disputa.

Ao contrário, porém, a mobilização do termo se deu e se dá em sentidos muito díspares e até mesmo contraditórios, circunstância reconhecida por diversos pesquisadores e juízes que, mesmo assim, persistem na crítica ou na reivindicação de ativismo judicial, desprovidas de quaisquer definições que as corporifiquem¹⁹.

Essa postura epistemológica, pouco cuidadosa, contribui para o desgaste de uma chave de análise que, como será defendido nesta pesquisa, pode ter contribuição válida e atual a oferecer no exame da relação entre Direito e Política.

Nesse sentido, é preciso não apenas reconhecer a variedade de sentidos e conotações políticas associados ao termo “ativismo judicial”, mas remontar as razões que historicamente a determinaram, para que seja verificado e explorado o seu potencial analítico.

O subitem inicial deste capítulo cumpre, assim, a tarefa de um resgate histórico do uso do termo “ativismo judicial” e do movimento

¹⁶ KMIEC, K. D. The origin and current meanings of 'judicial activism'. *California Law Review*, 2004, Disponível em: <<https://scholarship.law.berkeley.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1324&context=california-lawreview>> Acesso em 8 nov. 2016.

¹⁷ LINDQUIST, S.; CROSS, F. B. *Measuring judicial activism*. Oxford University Press: New York, 2009. E-book.

¹⁸ KMIEC, K. D. loc. cit.

¹⁹ KMIEC, K. D. loc. cit.

pendular que o acompanhou em sua origem estadunidense²⁰, de modo que a sua transposição, como chave de análise, para contextos distintos (em tempo e/ou espaço), possa ser adequadamente avaliada.

2.1.

Resgate histórico do termo: movimento pendular estadunidense e ativismo

2.1.1

No rastro das raízes mais remotas

Críticas e preocupações em torno da atuação judicial são bem anteriores ao uso do termo “ativismo judicial”, remontando a fundação do constitucionalismo estadunidense²¹.

Entre 1787 e 1788, Hamilton, Madison e John Jay publicaram, sob o pseudônimo “Publius”, a propagada série de artigos, intitulados “O Federalista”, para ampliar as chances de ratificação da Constituição de 1787. Madison e Hamilton, principalmente, empenharam-se em explicar a seus contemporâneos a compatibilidade entre um executivo forte, um judiciário com poder de invalidar leis e um governo republicano. Por essa razão, precisaram dialogar com as preocupações já presentes à época sobre a atuação judicial²².

Essas preocupações externavam-se como receio da usurpação judicial da função legislativa²³ e do poder político de poderes eleitos²⁴; ou

²⁰ Adota-se nesta pesquisa o termo “estadunidense” para adjetivar experiências, práticas e quaisquer outros aspectos relativos à realidade dos Estados Unidos, evitando-se, ainda que ao custo de uma escrita repetitiva, a utilização dos termos “americano” e “norte-americano”, pois sugerem dimensões mais amplas do que a do próprio país mencionado.

²¹ LINDQUIST, S.; CROSS, F. B. op. cit.

²² GRABER, M. A.; LEVINSON, S.; TUSHNET, M. (Ed.). *The Oxford Handbook of the U.S. Constitution*. Nova York: Oxford University Press, 2015.

²³ KMIEC, K. op. cit.

²⁴ LINDQUIST, S.; CROSS, F. B. op. cit.

ainda de decisões judiciais movidas pelas preferências políticas dos próprios juízes²⁵.

No artigo O Federalista n. 78, Hamilton buscou atenuar esse receio, retratando o judiciário como o poder “menos perigoso aos direitos políticos da Constituição”, por faltar-lhe controle sobre a “espada” (força policial/militar) e sobre a “bolsa” (orçamento público), não sendo capaz, assim, de impor por si só o cumprimento de suas próprias decisões²⁶.

Conduzido por essa compreensão, da baixa periculosidade do judiciário, e por uma boa dose de fé na objetividade do texto constitucional, Hamilton defendeu a prerrogativa judicial de negar validade a leis do legislativo, como condição para se garantir a supremacia constitucional e, com ela, a própria vontade popular. Para Hamilton, afirmar essa prerrogativa não seria o mesmo que afirmar uma supremacia judicial, ou uma superioridade do judiciário sobre os demais poderes, mas uma equivalente submissão de todos os três poderes à Constituição, ao poder do povo²⁷.

²⁵ “The courts must declare the sense of the law; and if they should be disposed to exercise WILL instead of JUDGMENT, the consequence would equally be the substitution of their pleasure to that of the legislative body” (HAMILTON, A. The Federalist 78: a view of the constitution of the judicial department in relation to the tenure of good behavior, 1788. In.: HAMILTON, A; JAY, J; MADISON, J. The Federalist Papers. Disponível em: <<https://www.congress.gov/resources/display/content/The+Federalist+Papers#TheFederalistPapers-78>> Acesso em 22 ago. 2016.

²⁶ “Whoever attentively considers the different departments of power must perceive, that, in a government in which they are separated from each other, the judiciary, from the nature of its functions, will always be the least dangerous to the political rights of the Constitution; because it will be least in a capacity to annoy or injure them. The Executive not only dispenses the honors, but holds the sword of the community. The legislature not only commands the purse, but prescribes the rules by which the duties and rights of every citizen are to be regulated. The judiciary, on the contrary, 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. It may truly be said to have neither FORCE nor WILL, but merely judgment; and must ultimately depend upon the aid of the executive arm even for the efficacy of its judgments” (HAMILTON, A. loc. cit.).

²⁷ “[...] in other words, the Constitution ought to be preferred to the statute, the intention of the people to the intention of their agents. Nor does this conclusion by any means suppose a superiority of the judicial to the legislative power. It only supposes that the power of the people is superior to both; and that where the will of the legislature, declared in its statutes, stands in opposition to that of the people, declared in the Constitution, the judges ought to be governed by the latter rather than the former. They ought to regulate their decisions by the fundamental laws, rather than by those which are not fundamental” (HAMILTON, A. loc. cit.).

Essa linha de raciocínio²⁸ foi retomada em 1803 pelo então *Chief of Justice* John Marshall, no célebre caso *Marbury v. Madison*²⁹, quando a Suprema Corte reconheceu para si e exercitou a prerrogativa do *judicial review*³⁰. O desfecho do caso, lido isoladamente, pode sugerir uma construção judicial bastante ousada, voluntarista, na medida em que a Corte extraiu, por dedução lógica, uma prerrogativa para si não afirmada textualmente por nenhum dispositivo da Constituição de 1787.

²⁸ Alexander Bickel elabora importante contraponto a Hamilton, retomado por Marshall e em diversas outras oportunidades na história constitucional estadunidense. Em seu propagado argumento da dificuldade contramajoritária, Bickel questiona a mobilização abstrata da palavra “povo” para justificar a atuação da Corte justamente contra atos de quem representa, de forma concreta, esse “povo”: “an abstraction obscuring the reality that when the Supreme Court declares unconstitutional a legislative act or the action of an elected executive, it thwarts the will of representatives of the actual people of the here and now; it exercises control, not in behalf of the prevailing manority, but against it. That, without mystic overtones, it what actually happens. It is an altogheter different kettle of fish, and it is the reason the charge can be made that judicial review is underdemocratic”. (BICKEL, A. *The least dangerous branch: the Supreme Court at the bar of politics*. New Haven: Yale University Press, 1986, p. 17).

²⁹ 5 U.S. 137 (1803). Em breve síntese, William Marbury integrou um grupo de nomeações judiciais feitas, de última hora (“midnight jugdes”), pelo então Presidente John Adams, com o propósito de reduzir a margem de decisão do próximo governo, já eleito, mas ainda não empossado (Thomas Jefferson). As nomeações foram aprovadas pelo Senado, assinados os respectivos termos de investidura por John Adams, mas alguns diplomas, ainda que selados, não chegaram a ser encaminhados aos investidos a tempo pelo então Secretário de Estado, John Marshall (nomeado nos últimos meses por John Adams como Chief of Justice da Suprema Corte). Ao assumir o cargo de Secretário do Estado no novo governo, James Madison se recusou a encaminhar os diplomas. Marbury, na sequência, invocou competência originária da Suprema Corte dos Estados Unidos, por meio de “writ of mandamus”, com base no *Judiciary Act*, de 1789, requerendo que a Corte ordenasse a Madison a entrega do seu termo de investidura, condição para a posse no cargo. Embora a Corte tenha reconhecido como válida a nomeação de Marbury e cabível, no caso, o remédio judicial utilizado, foi identificado um conflito entre a lei (*Judiciary Act*, de 1789), que previu o remédio utilizado, e o Art. III da Constituição. A lei inseriu o remédio como competência originária da Suprema Corte, ampliando-a, o que violaria a “reserva de Constituição” fixada no Art. III. A Corte, então, precisou analisar qual seria o seu papel diante desse conflito e, sem qualquer previsão constitucional específica a respeito, acabou afirmando para si a prerrogativa do controle de constitucionalidade (*judicial review*), em suposta decorrência lógica da supremacia constitucional. Conferir: ELY JR., James W.; HALL, Kermit L (Ed.). *The Oxford Guide to United States Supreme Court Decisions*. Nova York: Oxford University Press, 2009.

³⁰ Ainda que convencionalmente a prática do *judicial review* seja rastreada até o caso paradigmático *Marbury v. Madison*, já era bem conhecida pelos governos coloniais e sustentada por distintas ideias que se reuniram à época da “Revolução Americana”, tais como a de lei superior (baseada em noções judaico-cristãs); a teoria do contrato social, de John Locke (governo limitado por direitos); e a da Constituição escrita, confluíram para a construção da supremacia da Constituição bem no início do constitucionalismo estadunidense. (GINSBURG, T. The global spread of constitutional review. In.: The CALDEIRA, G. et al. *The Oxford handbook of Law and Politics*. Nova York: Oxford University Press, 2008).

Ao se analisar *Marbury v. Madison* em conjunto com outros casos decididos na mesma época, como em *Stuart v. Laird*³¹, com o processo de impeachment do Justice Chase³², compreende-se, em verdade, que a Suprema Corte realizou cálculo cuidadoso, estratégico, de que resultou um “direito constitucional de vitórias parciais”, entre federalistas e republicanos, entre a vontade popular mais antiga (inscrita na Constituição) e a mais recente (apurada em processo eleitoral)³³.

Acenou inicialmente para os federalistas, no mérito de *Marbury v. Marbury*, mas sob o aspecto formal e decisivo os contrariou, ampliando os próprios poderes (afirmação do *judicial review*). Para aliviar a pressão republicana e preservar sua independência institucional, deferiu à maioria no mérito de maior explosividade política (*Stuart v. Laird*). Com essa interação dialógica³⁴ (ou estratégica?), conseguiu neutralizar em alguma medida o ambiente de ataque ao judiciário ao tempo em que ampliava os próprios poderes.

As preocupações com a atuação judicial seguiram, contudo. Estava, afinal, pavimentado o caminho para uma expansão judicial que de fato viria a ocorrer. Em 1861, Abraham Lincoln advertiu, em seu primeiro discurso, que o povo deixaria de ser seu próprio legislador se assuntos políticos sobre questões vitais afetando toda a coletividade fossem

³¹ 5 U.S. 299 1803. O caso colocou duas questões constitucionais em torno da revogação do Judiciary Act de 1801: 1) o Congresso poderia abolir as “circuit courts” criadas pelo ato e, em consequência, afastar dos cargos os “circuit judges”, tendo em vista a cláusula do “bom comportamento”/independência judicial, do art. III da Constituição? 2) o Congresso poderia requerer a juizes da Suprema Corte que assumissem as posições de “circuit judges”? (ELY JR., J. W.; HALL, Kermit L. *Ibid.*). Stuart, nomeado pelo governo federalista, como “circuit judge”, pretendia que a Corte considerasse inconstitucional a revogação do ato. A Suprema Corte, porém, não acolheu o seu pedido. Reconheceu, tal como praticado antes do Judiciary Act de 1801, a viabilidade de acúmulo de competências de juiz da Suprema Corte e de circuit judges. Deferiu, portanto, nesse caso, à vontade do legislativo. Com isso, aliviou a pressão entre republicanos no sentido de atentar contra a independência institucional da Corte (ACKERMAN, B. *The failure of the founding fathers: Jefferson, Marshall and the rise of presidential democracy*. Cambridge: The Belknap Press of Harvard University Press, 2005).

³² O Justice Samuel Chase, acusado de atuação partidária alinhada aos federalistas, sofreu processo de impeachment, com motivação nitidamente política, o que, entre outros fatores, levou a Suprema Corte a ter que considerar em seu cálculo decisório os riscos de ruptura constitucional, as ameaças à sua independência institucional. (IRONS, Peter. *A People's History of Supreme Court: the men and the women whose cases and decisions have shaped our constitution*. Nova York, 2006).

³³ ACKERMAN, B. loc. cit.

³⁴ *Ibid.*

irrevogavelmente resolvidos por decisões da Suprema Corte tomadas em litígios comuns entre partes processuais ³⁵.

Na chamada Era Lochner³⁶, assim nomeada em referência ao caso *Lochner v. New York* (1905)³⁷, foram registradas muitas e ácidas críticas ao comportamento judicial da Suprema Corte.

Tratava-se de denunciar um conjunto de decisões conservadoras da Corte, responsáveis por derrubar diversas normas estaduais de cunho social, a partir de uma interpretação expansiva da Constituição dos Estados Unidos, inclinada ao liberalismo econômico. Mais especificamente, questionavam-se essas decisões por terem invalidado leis com base em princípios ou liberdades deduzidos pela própria Corte. De acordo com a argumentação judicial, tais princípios estariam implícitos na 14^a Emenda à Constituição dos Estados Unidos, a exemplo da aplicação do princípio substantivo do devido processo legal para proteção de liberdades econômicas, da liberdade contratual³⁸.

Muitos críticos concluíram naquele contexto que a maioria da Corte simplesmente havia inventado um direito constitucional para encobrir uma ilegítima e ilimitada postura de legislação judicial, o que foi posteriormente

³⁵ LINDQUIST, STEFANIE; Cross, FRANK B. op. cit.

³⁶ A era Lochner se refere ao período de virada do século XIX para o século XX da Suprema Corte estadunidense, amplamente referido como de forte atuação da Corte, no qual juízes conservadores passaram a ostensivamente desconsiderar os limites de sua autoridade a fim de atropelar normas estaduais de cunho social, atentórias às liberdades econômicas. Conferir: GILLMAN, H. *The Constitution Besieged: the rise and demise of Lochner Era police powers jurisprudence*. Duke University Press, 1993.

³⁷ 198 U.S. 45 (1905). Uma lei do estado de Nova York fixou para padeiros jornada de trabalho máxima de dez horas diárias ou de sessenta horas semanais. Apoiadores da lei argumentavam ser necessária essa limitação para proteger o bem estar desses trabalhadores, já que o estado tinha evidências do impacto da jornada excessiva de trabalho sobre a saúde dos padeiros; ao passo que seus opositores a compreendiam como ofensiva ao direito dos proprietários das padarias de contratar sem interferência governamental. A Constituição dos Estados Unidos em nenhum dispositivo mencionava esse “direito” de livre contratação, mas os opositores dessa lei compreendiam que a emenda 14, que proibia os governos estaduais de limitarem as liberdades individuais sem o devido processo legal, protegia também a liberdade contractual. Por maioria de votos, a Suprema Corte acolheu essa tese, que associava a liberdade contractual a um dever de observância do devido processo legal em uma dimensão substantiva (Ibid.).

³⁸ Em seu voto, *Justice* Rufus W. Peckham escreveu que: “the statute necessarily interferes with the right of contract between the employer and employes, concerning the numbers of hours in which the later may labor in the bakery of the employer” (GILLMAN, H. op. cit.)

assimilado como sinônimo de crítica ao ativismo judicial³⁹, embora o termo em si não tivesse sido ainda mobilizado⁴⁰.

O primeiro uso do termo “ativismo judicial” veio a ocorrer tempos depois, fora dos muros acadêmicos, em uma matéria da popular revista *Fortune*, dos Estados Unidos, no ano de 1947⁴¹. O autor da matéria, Arthur Schlesinger⁴², historiador, foi o então responsável por cunhar esse termo e introduzi-lo ao grande público⁴³.

Schlesinger buscou traçar o perfil dos nove juízes (*Justices*) que à época integravam a Corte, retratando convergências e desacordos entre eles. Para tanto, acomodou-os em três categorias de comportamento judicial: adeptos do “ativismo judicial” (*Justices* Black, Douglas, Murphy e Rutledge); “campeões da autocontenção judicial” (*Justices* Frankfurter, Jackson e Burton); e os de posição intermediária (*Justice* Reed e o presidente da Corte, *Chief Justice* Vinson). O ponto distintivo entre os juízes ativistas e os moderados seria, na análise do historiador, a forma como cada um compreendia os limites de atuação da Suprema Corte em uma democracia⁴⁴.

Os ativistas (*judicial activists*) teriam em comum a crença de que poderiam empregar o poder judicial a serviço de suas próprias concepções de bem social, de que a Suprema Corte seria um instrumento para atingir resultados socialmente desejáveis e poderia desempenhar um papel afirmativo na promoção do Estado de Bem Estar Social. Já os adeptos da autocontenção (*champions of self restraint*) teriam em comum a

³⁹ “When contemporary commenters decry the abuse of judicial power or the evils of ‘judicial activism’ the historical examples that most readily come to mind are drawn from Supreme Court decision making around the turn of the century, a period often referred to as the ‘Lochner era’”. (GILLMAN, H. *Ibid.*, p. 3). “The received wisdom is that Lochner was wrong because it involved ‘judicial activism’: an illegitimate intrusion by the courts into a realm properly reserved to the political branches of government.” (Sunstein, C. R., *Lochner's Legacy. Columbia Law Review*, 873, 1987. Disponível em: <<https://ssrn.com/abstract=3281030>> Acesso em 22 ago. 2016 .

⁴⁰ KMIEC, K. D. *op. cit.*

⁴¹ *Ibid.*

⁴² SCHLESINGER JR., A. M. The Supreme Court: 1947. *Fortune*, v. 35, p. 201, jan. 1947, p. 74-78.

⁴³ De acordo com Kmiec, Schlesinger introduziu o termo ao grande público e, poucos anos depois (1955), Edward McWhinney teve papel decisivo na transposição do termo para o debate acadêmico. (KMIEC, K. D., *Ibid.*).

⁴⁴ *Ibid.*

defesa de uma política de deferência a outros poderes estatais, mesmo quando resultasse em conclusões que particularmente condenassem⁴⁵.

Sob a descrição de Schlesinger, os juízes ativistas da Corte, pela linhagem de pensamento à qual se filiavam⁴⁶, reconheciam a escolha política como elemento inevitável da decisão judicial, não investindo esforço na busca de uma pretensa objetividade. Procuravam exercer de forma consciente o poder judicial com um “olho nos resultados sociais”⁴⁷. Por essa razão, opunham-se ao ideal regulativo da autocontenção judicial, na medida em que poderia conduzir a uma abdicação de responsabilidade, uma deferência não somente a outros poderes estatais, mas aos interesses beneficiados pelo *status quo* jurídico⁴⁸.

Por sua vez, os adeptos da autocontenção, ainda de acordo com esse retrato, seriam mais céticos com relação às concepções individuais dos juízes acerca da justiça (e/ou mais confiantes na objetividade do Direito), pelo que entenderiam como inadequado qualquer desvio dos “sentidos fixos” das leis, independentemente dos grupos a se beneficiarem com essa mudança⁴⁹. Buscavam “resistir à supremacia judicial, à direita ou à esquerda, em nome da deferência à vontade legislativa”⁵⁰, amparando-se na fé do processo democrático e na separação de poderes.

Os desdobramentos principais dessas duas visões opostas presentes na Suprema Corte de 1947, tal como descrita por Schlesinger, são sintetizados pelo historiador em um diálogo bastante sugestivo entre o ativismo judicial e a autocontenção (no trecho, referida como *self-denial*, abnegação):

A abnegação então disse: se legislativo forneceu a lei, deixe-o retirá-la. A resposta do ativismo judicial é: na prática real, o legislativo não irá retirá-la – ao menos não

⁴⁵ SCHLESINGER JR., A. M. Ibid.

⁴⁶ A linha ativista seria tributária da visão jurídica cultivada na Yale Law School, de acordo com a qual a argumentação jurídica seria maleável e não propriamente científica (SCHLESINGER JR., A. M. Ibid.).

⁴⁷ Ibid.

⁴⁸ Ibid.

⁴⁹ Ibid.

⁵⁰ Tradução do original: “to resist judicial supremacy, either of the right or of the left, in the name of deference to the legislative will”. SCHLESINGER JR., A. M. Ibid.

até que danos, possivelmente irreparáveis, sejam causados a pessoas indefesas; daí porque a Corte precise agir ela própria. A abnegação responde: você está fazendo o que todos nós costumávamos criticar a antiga Corte por fazer; você está praticando usurpação judicial. O ativismo responde: nós não podemos confiar em um eleitorado crescentemente conservador para proteger os menos favorecidos ou para salvaguardar direitos humanos básicos; nós traímos o próprio espírito e propósito da Constituição se nós mesmos não intervirmos

⁵¹.

Ainda que Schlesinger⁵² não tenha tido a pretensão de criar categorias analíticas, mas apenas a de retratar perfis judiciais da Suprema Corte estadunidense de 1947, sua contribuição alcançou não apenas o debate público⁵³ – como seria natural a matérias de uma revista de amplo alcance popular –, mas penetrou também o campo acadêmico, em geral tão ensimesmado.

Na avaliação de Kmiec⁵⁴, Schlesinger revelou camadas importantes de confronto, de ampla repercussão nos cursos e periódicos jurídicos, como “juízes não eleitos versus leis democraticamente aprovadas”; “julgamentos orientados por resultados versus decisões baseadas em princípios”; “observância rigorosa versus uso criativo de precedentes”; “supremacia democrática versus direitos humanos”; “direito versus política”; entre outras.

Essas camadas, embora inspirem até hoje boa parte da pauta do debate constitucionalista, não chegaram a permitir, ainda de acordo com Kmiec⁵⁵, que Schlesinger nos oferecesse uma definição precisa de ativismo judicial ao cunhar o termo, ou um critério para aferir quando uma decisão judicial se torna ativista. São tantos atributos a um só tempo

⁵¹ Tradução nossa do original: “A Self-denial has thus said: the legislature gave the law; let the legislature take it away. The answer of judicial activism is: in actual practice the legislature will not take it away—at least until harm, possibly irreparable, is done to defenseless persons; therefore the Court itself must act. Self-denial replies: you are doing what we all used to condemn the old Court for doing; you are practicing judicial usurpation. Activism responds: we cannot rely on an increasingly conservative electorate to protect the underdog or to safeguard basic human rights; we betray the very spirit and purpose of the Constitution if we ourselves do not intervene” (SCHLESINGER JR., A. M. *Ibid.*, p. 206).

⁵² *Ibid.*

⁵³ KMIEC, K. D., *Ibid.*

⁵⁴ *Ibid.*, p. 1449.

⁵⁵ *Ibid.*

mobilizados por Schlesinger para se referir a juízes ativistas e aos “campeões da autocontenção”, que, nas palavras de Kmiec, “é impossível determinar quais são necessários, suficientes ou supérfluos”⁵⁶.

Kmiec reconhece que essa problematização, em se tratando do primeiro e, ao seu ver, promissor registro do termo “ativismo judicial”, não seja tão justa, pois à época não havia definições assentadas ou concorrentes com as quais dialogar, mas, ainda assim, segundo ele, sob olhar retrospectivo, a ambiguidade no artigo de Schlesinger é frustrante⁵⁷, pois poderia potencialmente ter evitado as imprecisões que marcariam registros posteriores desse termo.

“Ativismo judicial”, a despeito do sufixo “ismo”, que em geral sinaliza uma conotação negativa, de excesso, chegou a ser usado como elogio na história constitucional estadunidense, em referência a atuações judiciais forte e/ou pragmaticamente comprometidas com as liberdades civis, como a dos juízes Brandeis (1916-1939), Cardozo (1932-1938), Frank Murphy (1940-1949)⁵⁸.

Eventualmente, porém, firmou-se como uma etiqueta negativa⁵⁹, acionada por razões diversas e até contraditórias, como já se adiantou, acompanhando as mudanças de inclinação política da Corte.

2.1.2

Ativismo pendular: entre progressistas e conservadores

O período, na história da Suprema Corte dos Estados Unidos, mais comumente associado à discussão, tanto popular, quanto acadêmica, sobre ativismo judicial corresponde à chamada Era Warren (de 1953 a 1969)⁶⁰, marcada por ostensiva atuação judicial, a favor da ampliação de

⁵⁶ KMIEC, K. D., Ibid. p. 1450.

⁵⁷ Ibid.

⁵⁸ Ibid.

⁵⁹ Ibid.

⁶⁰ LINDQUIST, STEFANIE; Cross, FRANK B. Ibid.

direitos civis e políticos, a exemplo do emblemático caso *Brown v. Board of Education*⁶¹, de 1954, sobre segregação racial no âmbito escolar⁶².

Essa associação é tão forte que o termo “ativismo judicial” aparece em dicionário de política publicado em 1992 definido como a prática de alguns juízes da Suprema Corte (citados nominalmente *Chief of Justice Earl Warren* e juízes associados da época) de desconsiderar precedentes ou princípios jurídicos para proteger e ampliar direitos na medida em que demandem as condições políticas, econômicas e sociais⁶³.

A Corte Warren era de fato composta por vários juízes dispostos a exercerem o poder judicial a serviço de mudanças sociais. Logo depois da nomeação de Earl Warren como *Chief of Justice*, a Corte passou a tomar decisões que lhe imprimiram forte inclinação progressista, o que despertou tremenda inquietação na comunidade política, a começar pelo próprio presidente Eisenhower, que o havia nomeado na expectativa de que conduzisse uma tendência conservadora na Corte⁶⁴.

⁶¹ 347 U.S. 483 (1954). Em síntese, ainda na década de 30, uma associação nacional engajada em melhorias para pessoas não brancas (NAACP – National Association for the Advancement of Colored People) processou o governo estadual e depois o federal, questionando a constitucionalidade do regime jurídico “Jim Crow” (de segregação racial, imposta pelo Estado, em locais públicos, especialmente em escolas). Havia, porém, o precedente em sentido contrário, *Plessy v. Ferguson* (1896), no qual a Suprema Corte firmou entendimento que a política pública de segregação racial não violava a Cláusula de igual proteção da décima quarta emenda constitucional. Ao invés de já confrontar diretamente esse precedente, a NAACP traçou a estratégia de fragilizar, gradativamente, esse precedente, questionando políticas mais pontuais de segregação e conquistando apoio nesse caminho (como em 1948, *Shelley v. Kraemer*, com a demonstração de apoio do Governo Federal à estratégia da NAACP; e depois em 1950, quando a Corte invalidou segregação em cursos de pós-graduação, *McLaurin v. Oklahoma State Board of Regents*, e em Faculdades de Direito, *Sweatt v. Painter*). Em 1952, a Corte já estava bastante alinhada no mérito ao analisar pela primeira vez *Brown*, mas muito dividida quanto à melhor forma de determinar a ordem contra a segregação. Com a morte do *Chief of Justice Vinson*, em 1953, assumiu a presidência o *Chief Earl Warren*, que teve êxito em convencer seus colegas a decidirem o mérito de forma unânime (voto e fundamentação), contra a segregação, tendo sido necessária uma segunda deliberação (*Brown II*) para definir prazo máximo e forma de dessegregação. (ELY JR., J. W.; HALL, K. L., *Ibid.*).

⁶² O movimento de expansão do poder judicial está essencialmente associado, não apenas na história estadunidense, mas em perspectiva mais ampla, à era Warren, especificamente, ao caso *Brown v. Board of Education*, que representaria o grande parâmetro de intervenção judicial em decisões majoritárias (SHAPIRO, M. *The United States*. In.: *The Global Expansion of Judicial Power*. New York: New York University Press, 1995).

⁶³ Raymond, J. W. *Dictionary of politics*. Lawrenceville: Brunswick Publishing Corporation, 1992.

⁶⁴ CARTER, J. D. *Warren Court and the Constitution: a critical view of judicial activism*. Gretna, LA: Pelican Publishing Company, 1972.

Em reação a essas decisões, um manifesto elaborado pela ampla maioria de parlamentares sulistas enquadrou o caso *Brown v. Board of Education* como um caso de “claro abuso do poder judicial”. No final da década de 50, os ataques se intensificaram, na medida em que outras decisões da Corte se somaram na proteção a liberdades civis, o que inspirou diversos pedidos de impeachment dos juízes. A queixa comum era a de que o “constitucionalismo ativista liberal” destruía os direitos da maioria⁶⁵.

A figura do *Chief of Justice* Warren atraía boa parte dessa reatividade, sendo considerada como paradigma de “juiz orientado por resultado”, isto é, de um juiz que se valia de sua autoridade para promover a sua própria visão de justiça social, a despeito de precedentes sólidos em sentido contrário⁶⁶. Nesse sentido, já se relatou que Warren costumava indagar a advogados que buscavam argumentar juridicamente sobre um caso se, a despeito do que argumentavam tecnicamente, consideravam justa a linha defendida⁶⁷.

Além de Warren, outros juízes associados da Corte também suscitaram a acusação de se orientarem por resultados, como o *Justice* Fortas, por prescindir em seus votos de quaisquer citações, referências e demandar a seus assessores que os ornamentassem com fundamentos jurídicos⁶⁸.

No caso *Griswold v. Connecticut*⁶⁹, de 1965, a atuação da Corte Warren foi tomada como exemplo de manuseio de direitos conforme

⁶⁵ HOWARD, R. M.; SEGAL, J. A. A preference for deference? The Supreme Court and Judicial Review. In.: *Political Research Quarterly* 57, 2004.

⁶⁶ BELKNAP, M. R. *The Supreme Court under Earl Warren, 1953-1969*. Columbia: University of South Carolina Press, 2005.

⁶⁷ KALMAN, L. *The Strange Career of Legal Liberalism*. New Haven: Yale University Press, 1996.

⁶⁸ *Ibid.*

⁶⁹ 381 U.S. 479 (1965). Em síntese, uma lei de Connecticut, de 1879, criminalizou o uso de qualquer medicamento, artigo medicinal, instrumento, voltado a prevenir a concepção. Essa lei já havia sido questionada anteriormente (*Tileston v. Ullman*, 1943; e *Poe v. Ullman*, 1961), em casos que não chegaram a avançar, por pendências processuais. Em 1965, então, a Suprema Corte reverteu, em sede de recurso, por 7 votos a 2, a condenação de dois membros da Planned Parenthood League of Connecticut, acusados de violar a lei por terem fornecido instrução e orientação médica a pessoas casadas sobre prevenção de concepção. Para tanto, a maioria da Corte precisou desenvolver um argumento constitucional de dois passos: 1) aceitar o enquadramento constitucional do caso a partir da invocação, pelos recorrentes, de direitos constitucionais de terceiros, uma vez que com eles tinham uma relação profissional; 2) declarar a

concepção de moralidade pública dos julgadores. Interpretações criativas do *Bill of Rights* foram utilizadas em detrimento de dispositivos jurídicos específicos sobre direito de privacidade, o que chegou a ser avaliado como uma ilegalidade judicial⁷⁰.

Se há razoável convergência sobre a atuação ativista da Corte Warren, o mesmo não se pode dizer sobre o real impacto de suas decisões. Rosenberg, em estudo bastante reverberado sobre a Corte Warren, argumenta que as decisões ativistas progressistas da Corte não causaram, por si só, mudanças sociais⁷¹. Kramer, ainda que reconheça a Era Warren como “um dos períodos mais ativos e agressivos da Corte na história americana”, e de “tremendas mudanças”, também sublinha certo recuo da Corte quanto a assuntos da agenda política nacional⁷².

De fato, as decisões mais memoráveis da Corte Warren, no sentido de uma atuação judicial mais incisiva, tiveram por objeto atos normativos locais ou estaduais, quase que inteiramente provenientes de estados sulistas, ou seja, as suas interferências mais contundentes se deram em face de manifestações pouco representativas de uma vontade majoritária nacional⁷³.

As principais críticas à Corte Warren são provenientes da ala política conservadora dos Estados Unidos, a qual considerava cada inovação progressista ou liberal⁷⁴ levada a efeito pela Corte como uma distorção da função jurisdicional. A partir dessa perspectiva conservadora, construiu-se uma relação íntima entre juiz liberal, progressista; e juiz ativista, em função da qual a expressão “ativismo judicial” passou a ser constantemente empregada como sinônimo de um liberalismo

inconstitucionalidade da lei, por ofender o direito de privacidade de pessoas casadas, ou o direito à privacidade conjugal. A Corte inovou ao conferir status constitucional a direitos fundamentais implícitos no Bill of Rights, direitos que dariam substância aos expressamente enumerados na declaração. (ELY JR., J. W.; HALL, K. L., *Ibid.*)

⁷⁰ Bork, R. At Last, an End to Supreme Court Activism. *New York Times* (ago 29), 1990.

⁷¹ Rosenberg, G. *The hollow hope: can Courts bring about social change*. Chicago: The University of Chicago Press, 2008.

⁷² KRAMER, L. D. The Supreme Court 2000 term foreword: We the Court. *Havard Law Review* 115, 4, novembro, 2001.

⁷³ LINDQUIST, S.; CROSS, F. B. *Ibid.*

⁷⁴ Importante a ressalva de que o termo “liberal” não é unívoco. O sentido acima empregado é de um liberalismo político, em oposição à concepção conservadora de que cabe ao Estado avançar sobre escolhas morais dos indivíduos.

pernicioso⁷⁵.

Na passagem da Era Warren para a Era Burger⁷⁶, a preocupação em torno do ativismo judicial já havia sido plenamente incorporada aos discursos de campanhas políticas. Richard Nixon, mirando o eleitorado branco sulista, havia prometido durante a disputa presidencial que se eleito nomearia juízes mais moderados, que não projetariam suas próprias preferências na interpretação de cláusulas constitucionais⁷⁷.

Nixon veio a nomear quatro novos juízes para a Suprema Corte, entre eles, o *Chief of Justice* Warren Burger. Buscava, por meio da nomeação de juízes mais conservadores, reorientar as políticas da Corte, distanciando-as dos resultados progressistas perseguidos por Warren e outros juízes associados da época⁷⁸.

Em razão desse cenário, as previsões feitas por observadores da Suprema Corte eram de que haveria um recuo na Era Burger quanto aos precedentes da Corte Warren. Ocorre que as nomeações de Nixon não chegaram a constituir maioria na Corte, o que dificultou a reversão das decisões mais progressistas e contundentes da Corte Warren⁷⁹.

Na realidade, além de não revertê-las, a Corte Burger reafirmou e seguiu endossando a decisão em *Brown*, para que as escolas sulistas rompessem com a segregação racial com máxima urgência. Mais do que isso, foi a Corte Burger que pautou *Roe v. Wade*⁸⁰, reconhecendo o direito

⁷⁵ “People who came of age during or after the Warren Court era tend to associate judicial activism with liberal causes. Indeed, political rhetoric has firmly linked the two ideas, so that whenever a politician uses the term ‘activist judge’, the word liberal is sure to follow” (HEALY, T. *The Rise of Unnecessary Constitutional Rulings*. *North Carolina Law Review*, v. 83, 2005, p. 929).

⁷⁶ Período de presidência da Suprema Corte pelo *Chief of Justice* Warren Burger (1969-1986).

⁷⁷ LINDQUIST, S.; CROSS, F. B. *Ibid.*

⁷⁸ *Ibid.*

⁷⁹ WASBY, S. *Continuity and change: from the Warren to the Burger Court*. Pacific Palisades: Goodyear Publishing, 1976.

⁸⁰ 410 U.S. 113 (1973). Em síntese, o caso envolveu o questionamento de uma lei com severa restrição ao aborto, do estado de Texas (representado no processo pelo fiscal Henry Wade), e de uma lei mais suave, do estado de Geórgia, que permitia a realização de abortos em hospitais, quando aprovado por um comitê médico, para evitar danos à saúde da mulher. O nome “Jane Rode” foi usado na propositura da ação como estratégia para se preservar a privacidade da autora (posteriormente identificada como Norma McCorvey), sobretudo as circunstâncias de sua gravidez. Por maioria de votos, incluindo três juízes nomeados por Nixon, a Suprema Corte estabeleceu que, em decorrência do direito de privacidade, sob a cláusula do devido processo legal substantivo da décima quarta emenda, as mulheres poderiam decidir autonomamente sobre a continuidade ou

de escolha pelo aborto como decorrente do direito de privacidade da mulher, sob a cláusula do devido processo legal substantivo da décima quarta emenda constitucional. O caso segue sendo para muitos como o mais contundente exemplo de ativismo judicial ou mesmo de um “superativismo”⁸¹.

Por esta razão, as críticas conservadoras à Corte Warren, de um suposto governo de juízes, seguiram fortemente durante a Corte Burger⁸², inclusive reverberando nos debates político-eleitorais.

Ronald Reagan chegou à presidência dos Estados Unidos a partir de uma plataforma eleitoral que, assim como a de Nixon, incluía forte oposição ao ativismo judicial, compreendido como um “fenômeno liberal”. Mais especificamente, Reagan combatia a leniência judicial em matéria penal, a criação judicial de novas regras que dificultavam a condenação penal até mesmo nos casos, segundo ele, de criminalidade mais óbvia⁸³.

A associação entre ativismo judicial e inclinação progressista da Suprema Corte se fortaleceu, portanto, durante os períodos em que a Suprema Corte foi liderada por Warren (1953-1969) e por Burger (1969-1986), ambos acusados, pelos conservadores, de serem demasiadamente liberais, e, por isso, ativistas⁸⁴. Alterada, porém, a conjuntura político-jurídica, o termo “ativismo judicial” passou a ser usado em sentido oposto, como se verá.

Com a aposentadoria de Warren Burger em 1986, abriu-se espaço para nomeação, pelo então presidente Reagan, do novo *Chief of Justice*. O nome escolhido foi o de William Rehnquist, que passou a representar uma âncora de extrema direita na Corte. No mesmo ano, Reagan

não da gravidez, sem interferência indevida do Estado, antes de o feto chegar a ter viabilidade, isto é, antes que tenha capacidade de viver fora do útero da mãe, sem ajuda artificial – em torno de 6 meses (ELY JR., J. W.; HALL, K. L, Ibid.)

⁸¹ BELKNAP, M. Ibid; SCHICK, M. Judicial Activism on the Supreme Court. In.: HALPERN, S.; LAMB, C. *Activism and restraint*. Lexington: Lexington Books, 1984.

⁸² KECK, T. *The most activist Supreme Court in history*: Chicago: University of Chicago Press, 2004.

⁸³ LINDQUIST, S.; CROSS, F. B. Ibid.

⁸⁴ As épocas de Warren e Burger na Suprema Corte são tomadas em conjunto por terem como marca uma intensa ampliação de direitos a partir da Constituição. Chegam a ser concebidas como uma etapa específica de ativismo na Suprema Corte: “The second stage took place during the Warren and Early Burger Courts’, roughly the 1950s through the early 1970s, which focused on finding new substantive rights in the Constitution and down played that document’s structural mandates’. (Juiz Wilkinson *apud* KMIEC, K. D. op. cit., p. 1462).

conseguiu também nomear o *Justice* Antonin Scalia, importante reforço conservador, além de outras nomeações mais moderadamente conservadoras (O'Connor, Kennedy), logrando mover a inclinação ideológica da Suprema Corte para a direita⁸⁵.

Muitos observadores da Corte interpretaram que essa mudança de inclinação política resultaria em retração do ativismo judicial, em uma era marcada por autocontenção judicial. Há, no entanto, divergências sensíveis sobre essa caracterização. Ainda que a Corte Rehnquist tenha se configurado como uma Corte notadamente conservadora, a sua ala liberal conseguiu algumas vitórias pontuais, isto é, algumas decisões de natureza mais progressista, o que até então era equiparado, por conservadores, a uma postura de ativismo judicial⁸⁶.

O caso *Lawrence v. Texas*⁸⁷, de 2003, por exemplo, que derrubou lei do estado do Texas que criminalizava relações homossexuais, foi enquadrado por conservadores como a pior faceta do ativismo judicial. O *Justice* Scalia, em seu voto divergente, acusou a maioria da Corte de estar “tomando partido na guerra cultural”, de aderir à agenda homossexual e de abandonar o seu legítimo papel de assegurar, como observador neutro, o cumprimento de leis democraticamente aprovadas.

A Corte Rehnquist, porém, foi mais amplamente atacada por inaugurar uma linha fortemente conservadora no Tribunal, sobretudo, na defesa da autonomia dos estados face às legislações nacionais. A forte disposição que demonstrou para avançar sobre o poder do congresso, invalidando-lhe diversos atos normativos, em favor de prerrogativas

⁸⁵ LINDQUIST, S.; CROSS, F. B. Ibid.

⁸⁶ Ibid.

⁸⁷ 539 U.S. 588 (2003). Em síntese, a Suprema Corte derrubou lei do estado do Texas que criminalizava relações homossexuais, estendendo o direito de privacidade para casais do mesmo gênero e superando abertamente o precedente de *Bowers v. Hardwick* (1986). A Justice Sandra Day O' Connor também votou pela invalidação da lei, mas sem aderir, como a maioria, à superação do precedente de Bowers. Seu voto, portanto, não mobilizou direito de privacidade sob a Cláusula do devido processo legal substantivo, mas sim a Cláusula da Igual proteção para todos. Para alguns liberais, esse caminho era muito mais consistente e teria sido melhor também em *Roe v. Wade*, pois poderia ter levado a uma necessária problematização das relações de gênero (ELY JR., J. W.; HALL, K. L. Ibid.).

estaduais, rendeu-lhe a associação com uma jurisprudência de federalismo⁸⁸.

Para muitos observadores da Corte, tratou-se do período de maior ativismo judicial da história estadunidense⁸⁹, então ressignificado como atuação judicial forte, orientada por agenda conservadora⁹⁰, alinhada à direita⁹¹.

A ala conservadora da Corte Rehnquist inspirou, ainda, uma acusação mais específica e crítica: a de um ativismo judicial partidário. Com esse termo, buscavam-se retratar decisões tomadas pela Corte em benefício ou em prejuízo de um específico partido político ou de um específico ator político, como o presidente empossado⁹². Entre essas decisões, destacaram-se, por exemplo, os casos *Clinton v. Jones* (1997)⁹³ e *Bush v. Gore* (2000)⁹⁴, em que a Corte teria se orientado por resultados políticos-eleitorais.

Assim, a Corte Rehnquist conseguiu acumular críticos de todos os espectros políticos, todos se valendo da expressão ativismo judicial para descrever decisões que transpuseram fronteiras institucionais, mas sempre com ênfase nos resultados políticos por elas alcançados.

⁸⁸ LINDQUIST, S.; CROSS, F. B. Ibid..

⁸⁹ KECK, T. Ibid.; BALKIN, J.; LEVINSOS, S. Understanding the Constitutional Revolution. *Virginia Law Review* 87, 2001.

⁹⁰ CHEMERINSKY, E. Perspective on Justice. *L.A. Times* (B11), de 18 de maio de 2000.

⁹¹ SUNSTEIN, C. R. *Titling the scales rightward*. *New York Times*, April 26, 2001; CHEMERINSKY, E.. Ibid.

⁹² MARSHALL, W. P. Conservatives and the Seven Sins of Judicial Activism. *University of Colorado Law Review*, v. 73, 2002.

⁹³ 520 U.S 681 (1997). Em síntese, o caso envolveu o específico questionamento sobre se o então Presidente Bill Clinton poderia adiar a apreciação pelo judiciário de um processo de assédio sexual movido por Paula Corbin Jones, funcionária do Estado de Arkansas no período em que Clinton era o Governador. A defesa do Presidente argumentou que o caso não deveria ser apreciado antes de concluído o seu mandato, pois traria impactos à sua atuação como chefe do executivo. Não foi observado o precedente de *Nixon v. Fitzgerald* (1982), sobre imunidade absoluta do presidente a processos civis movidos contra atos praticados dentro de suas competências oficiais. Entendeu-se que a conduta em questão não era oficial e que o adiamento do processo seria um abuso, alheio aos interesses de Jones. (ELY JR., J. W.; HALL, K. L. Ibid.)

⁹⁴ 531 U. S. 98 (2000). Caso que mais atraiu acusação à Suprema Corte de julgamento partidário, em *Bush v. Gore*, cinco juizes conservadores se embasaram em leitura inovadora da Constituição a fim de impactar a disputa eleitoral para a presidência em 2000 favoravelmente ao candidato mais conservador. O resultado acirrado da disputa entre o democrata Al Gore e o republicano George W. Bush na Flórida fez com que a campanha de Gore demandasse recontagem manual de votos, o que foi acolhido pelo judiciário estadual. Na Suprema Corte, porém, os cinco mais conservadores juizes concederam, em menos de 24 horas depois, uma liminar suspendendo essa recontagem (ELY JR., J. W.; HALL, K. L. Ibid.)

Desse modo, ainda que a Corte Warren seja a mais comumente associada a ativismo judicial, o fato de tanto a Corte Burger quanto (e especialmente) a Corte Rehnquist terem recebido também, nas oportunidades em que de algum modo se excederam no exercício do poder judicial, o rótulo de ativistas, demonstra que o ativismo já contribuiu tanto para transformar quanto para conservar condições políticas e socioeconômicas.

A captura do ativismo judicial como um fenômeno historicamente liberal ou progressista é reducionista. Invisibiliza situações em que o ativismo assumiu inequívoco viés conservador.

O argumento que esse item pretende estabelecer para esta pesquisa é o de que, portanto, nas raízes históricas do ativismo não há razões para se supor que interpretações criativas do texto constitucional por parte do judiciário ocorram necessariamente para ampliar e/ou democratizar direitos e garantias.

É preciso, portanto, superar as compreensões binárias que capturam o ativismo judicial como algo promissor ou necessariamente perverso e aprofundar os distintos elementos usados para justificar a acusação do excesso judicial, para justificar o rótulo de ativismo, tanto à direita, como “mais à esquerda”.

O item seguinte se dedica a contrastar essa diversidade de sentidos no uso do termo “ativismo judicial” e a identificar, para além dos gostos e desgostos manifestados sobre resultados judiciais, diversas dimensões de comportamentos judiciais que o termo “ativismo judicial” já ajudou a iluminar.

2.2

Resgate semântico do termo

O movimento pendular que marcou os primeiros usos do termo “ativismo judicial”, descrito no item anterior, levou muitos autores a questionarem a sua validade/utilidade como chave de análise. Thomas

Healy, após registrar essa oscilação, afirma tratar-se de expressão vazia, a servir a qualquer fim pretendido pelo seu usuário⁹⁵. Na mesma linha, William Marshall advertiu que o ativismo judicial tem representado apenas um sentimento de antipatia sobre determinado conteúdo decisório⁹⁶. Smith aponta que o termo tem sido frequentemente usado para fins de mera depreciação judicial, uma forma polêmica e obscura de expressar forte oposição a uma decisão judicial⁹⁷.

A utilização do termo “ativismo judicial” cumpriria, nessa leitura, uma função meramente ideológica, possibilitando um atalho linguístico para se atacar toda e qualquer decisão cujo resultado se considere indesejável.

De acordo com Sunstein, porém, haveria duas formas básicas de se trabalhar o ativismo judicial. Em uma delas, acima representada como puramente ideológica, o termo cumpriria mera função de um insulto, serviria para apenas indicar que a Corte não está seguindo o que se tem por correta ou desejável interpretação da Constituição. Na outra forma, a palavra “ativista” seria “puramente descritiva”. Poderia descrever, por exemplo, uma Corte que rejeita seus próprios precedentes, que derruba ações de outros poderes estatais, que invalida decisões de poderes políticos⁹⁸.

Entre as diversas opções de critérios para identificação de ativismo judicial, qualquer eleição que se realize, por mais rigorosa que se pretenda, corresponde a uma tomada subjetiva de posição. Invocar o rigor do critério, ou a sua neutralidade valorativa, não é suficiente para esvaziar a subjetividade de sua escolha.

Desse modo, ainda que inconscientemente, tanto a leitura cética sobre ativismo judicial (ou “puramente ideológica”), quanto as que se dizem “puramente descritivas” incorporam um dualismo epistemológico questionável, entre conhecimento objetivo e ideologia.

⁹⁵ HEALY, T. Ibid.

⁹⁶ MARSHALL, W. P. Conservatives and the Seven Sins of Judicial Activism. *University of Colorado Law Review*, v. 73, 2002, p. 1217. Em adesão à síntese do Juiz Goodwin: “Judicial activism means a decision one does not like”.

⁹⁷ SMITH, S. Activism as restraint: lessons from criminal procedure. *Texas Law Review* 80 (5), 2002.

⁹⁸ SUNSTEIN, C. R. *Radicals in Robes: Why extreme right-wings Courts are wrong for America?* New York: Basic Books, 2005, p. 42.

Sob a ótica cética, diante da ausência de neutralidade na utilização histórica do termo “ativismo judicial”, é inevitável descartá-lo como chave de análise, não serve ao campo científico, mas apenas ao ideológico. Já sob a ótica mais otimista, diante do esforço de sistematização dos critérios utilizados, seria possível reconhecer que a descrição do fenômeno do ativismo é objetiva, isenta de juízos de valor.

O dualismo acima verificado remonta premissas de um positivismo metodológico. Ou bem o pesquisador neutraliza seus interesses, e põe-se a conhecer o objeto como ele é, na linha pretendida por Kelsen, em sua Teoria pura do Direito; ou deixa-se mover pela subjetividade, dizendo, em pura ideologia, como o objeto deveria ser⁹⁹.

Critica-se, no ponto, a crença em um saber neutro, demarcado pelo distanciamento entre sujeito cognoscente e objeto, tal como cogitado pela teoria tradicional ou idealista¹⁰⁰.

Apesar de ter categorizado as abordagens sobre ativismo em “puramente ideológicas” e “puramente descritivas”, reforçando o dualismo epistemológico, Sunstein pelo menos reconhece a necessidade de que, seja qual for a abordagem sobre ativismo, haja um esforço para indicar o que se compreenda por ativismo¹⁰¹.

Por considerar, no entanto, que ainda assim o risco de mal entendido seja grande, Sunstein sugere que se adote um único e específico critério para se medir o ativismo judicial, no que propõe que se avalie a frequência com que uma Corte derruba ações de outros poderes governamentais, especialmente o congresso¹⁰².

⁹⁹ “Neste sentido, a Teoria Pura do Direito tem uma pronunciada tendência antiideológica. Comprova-se esta sua tendência pelo fato de, na sua descrição do Direito positivo, manter este isento de qualquer confusão com um Direito ‘ideal’ ou ‘justo’” (KELSEN, H. *Teoria Pura do Direito*. Trad.: João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 118).

¹⁰⁰ As expressões “teoria tradicional” ou “idealista” são utilizadas no sentido conferido pela Escola de Frankfurt, no projeto da construção de uma teoria epistemológica crítica. Cf. HORKHEIMER, M. Teoria tradicional e teoria crítica. In.: BENJAMIN, W. et al. *Textos escolhidos*. Trad.: Edgard Afonso Malagodi; Ronaldo Pereira Cunha. São Paulo: Abril Cultural, 1975, p. 137.

¹⁰¹ SUNSTEIN, C.R. *Radicals in Robes: Why extreme right-wings Courts are wrong for America?* Ibid.

¹⁰² “It is best to measure judicial activism by seeing how often a court strikes down the actions of other parts of government, especially those of Congress.” (SUNSTEIN, C. R. Ibid.).

Adotando-se essa definição, seria possível medir o ativismo de uma Corte e também de uma decisão isoladamente considerada. Uma Corte que frequentemente invalide leis estaduais e federais seria ativista, enquanto uma Corte que raramente o fizesse seria moderada, contida¹⁰³. *Roe v. Wade*¹⁰⁴ seria uma decisão ativista, na medida em que resultou na invalidação de um ato normativo de outro poder; enquanto *Plessy v. Ferguson*¹⁰⁵, que deu suporte judicial à segregação racial, não. Esta última seria exemplo de decisão de autocontenção, assim como *Bowers*¹⁰⁶ v. *Harwick*, que manteve proibição a relações homossexuais.

Sunstein enfatiza que sua proposta de abordagem de ativismo é movida simplesmente por um desejo de clareza, para que o uso do termo ativismo possibilite uma compreensão mais exata sobre o que se está querendo dizer com ele. Não pretende sugerir que uma Corte ativista, definida nos termos anteriores, esteja sempre errada e uma contida, sempre certa¹⁰⁷, pois ambas podem produzir resultados mais progressistas ou mais conservadores. Conclui, por essa razão, tratar-se de uma definição mais neutra, pois foca na descrição do ativismo e não na sua valoração como algo bom ou ruim¹⁰⁸.

Esse critério é especialmente adotado em abordagens quantitativas sobre ativismo. Caldeira, por exemplo, pretendeu apurar se a percepção pública sobre ativismo judicial tinha o potencial de afetar a confiança nas Cortes. Para tanto, precisou adotar um critério para aferir ativismo judicial e optou pelo número de vezes em que a Corte invalidou legislação federal. Concluiu pela correlação negativa entre ativismo judicial (medido por esse número) e manifestações públicas positivas sobre a Suprema Corte (percentual de entrevistados, em pesquisa anual, que manifestaram “grande confiança” na Suprema Corte)¹⁰⁹.

¹⁰³ Ibid.

¹⁰⁴ Vide nota de rodapé n. 63.

¹⁰⁵ Vide nota de rodapé n. 44.

¹⁰⁶ Vide nota de rodapé n. 70.

¹⁰⁷ SUNSTEIN, C. R. Ibid.

¹⁰⁸ SUNSTEIN, C. R. *Radicals in Robes: Why extreme right-wings Courts are wrong for America?* Ibid.

¹⁰⁹ CALDEIRA, G. A. Neither the purse nor the sword: dynamics of public confidence in the Supreme Court. *American Political Science Review*, 80, 1986.

Não se discute que a adoção de um critério único como esse facilite uma medição objetiva, uma abordagem empírica, quantitativa, do ativismo de uma Corte, permita o foco na descrição do fenômeno em estudo, produza números. E, sob o dualismo epistemológico, se é objetivo, se é descritivo, deve ser mais científico.

Como já se argumentou, porém, não existem descrições puras. Por trás de toda e qualquer descrição há também escolhas, desde a eleição do objeto a ser descrito. A aparência de matematicidade, forjada por apresentação de números, por vezes obscurece escolhas realizadas, naturaliza conclusões obtidas, o que pode servir à dominação, mas não serve ao entendimento. O debate em torno do ativismo, em especial, não consegue escapar de um debate normativo, pois pressupõe reivindicações de como um juiz deveria agir, ou sobre o que deve ser considerado excesso, como sinaliza o nome “ativismo”.

Para se romper com esse dualismo entre a idealização de um estudo neutro sobre ativismo e a sua redução ao plano ideológico, é preciso abraçar a tarefa argumentativa de transparecer escolhas, permitir a problematização das pré-compreensões subjacentes aos estudos, à escolha dos critérios utilizados.

Por que uma decisão judicial que invalida atos de outros poderes é ativista? Por que uma Corte que frequentemente faz uso dessa prerrogativa é ativista?

Sunstein ensaia uma justificativa nesse sentido, argumentando que a decisão judicial que invalida atos de outros poderes é ativista porque “apropria-se do processo democrático, retira a tomada de decisão das mãos de eleitores”¹¹⁰. Independentemente do resultado final obtido, se progressista ou conservador, a decisão pode ser considerada ativista por essa circunstância. Ao considerar mais a fundo sua proposta, Sunstein decide refiná-la um pouco mais, reivindicando que o ato invalidado seja patentemente constitucional.

Há uma pré-compreensão, como de resto haverá em qualquer proposta de abordagem sobre ativismo, do que seja o exercício regular da

¹¹⁰ SUNSTEIN, C. R. *Radicals in Robes: Why extreme right-wings Courts are wrong for America?* Ibid., p. 42.

atividade judicial e do que lhe exorbite. Uma vez transparecida, é possível problematizá-la. Por que deve ser considerado ativismo, uma exorbitância, um excesso, usar com frequência essa prerrogativa judicial?

Ainda que o *judicial review* constitua hoje uma tradição forte, naturalizada, que tenha se expandido globalmente¹¹¹, inclusive alcançando regimes autoritários e contextos transnacionais¹¹², trata-se de uma prática questionada desde o berço, o que pode iluminar a associação de seu uso mais intenso com ativismo.

Como visto nesse capítulo, essa prática já era vivenciada no período colonial, a partir de um conjunto de ideias que circularam na Revolução Americana¹¹³. Estruturou-se, no contexto estadunidense, como um controle incidental de constitucionalidade, isto é, como uma pendência cujo exame por vezes se supõe necessário ao conhecimento do pedido feito em um caso concreto. A discussão sobre a constitucionalidade não é, nesse contexto, objeto principal de questionamento (o pedido demandado), e, uma vez decidida, produz efeitos apenas entre as partes do caso concreto sob apreciação.

Em *Marbury v. Madison*¹¹⁴, consagrou-se como um poder/dever judicial de determinar/dizer o que é o Direito, ainda que sem contar com uma específica previsão constitucional para tanto. Tal como estruturada, essa prerrogativa recebeu basicamente duas leituras ao longo dos anos, uma mais fraca, outra mais forte¹¹⁵.

Na leitura mais fraca, a Suprema Corte teria apenas especificado como o poder judiciário diria o Direito diante de um conflito entre norma constitucional e infraconstitucional aplicáveis ao caso sob sua apreciação, isto é, fazendo valer a supremacia da Constituição. Nessa leitura, a manifestação incidental da Suprema Corte sobre esse conflito não teria implicações futuras para a “Constituição fora das Cortes”, para como os outros poderes seguiriam interpretando o texto constitucional depois da

¹¹¹ TATE, C. N.; TORBJORN, V. [Ed.]. *The Global Expansion of Judicial Power*. Nova York: New York University Press, 1995.

¹¹² GINSBURG, T. The global spread of constitutional review. In.: The CALDEIRA, G. et al. *The Oxford handbook of Law and Politics*. Nova York: Oxford University Press, 2008.

¹¹³ Vide nota de rodapé n. 14

¹¹⁴ Vide nota de rodapé n. 13.

¹¹⁵ TUSHNET, M. *Taking the Constitution away from the Courts*. Princeton: Princeton University Press, 1999, p. 7.

manifestação do judiciário. A Suprema Corte estaria apenas dizendo o direito em um caso concreto, fazendo o que Cortes ordinariamente fazem¹¹⁶.

Sob a leitura acima, não faria sentido algum adotar o uso dessa prerrogativa como termômetro autossuficiente de ativismo judicial. Caso os outros poderes discordassem da maneira como a Suprema Corte julgou o caso, de como ela interpretou a Constituição, poderiam simplesmente desconsiderar essa manifestação em casos/situações futuras, e seguir com seu compromisso de honrar a Constituição em seus termos – e não nos termos do judiciário. Não haveria “apropriação do processo democrático”, como sugere Sunstein na prática reiterada do *Judicial Review*. No máximo, como ainda será analisado no trabalho, o uso frequente do controle de constitucionalidade poderia indicar, e também se presentes outras condições, um ambiente favorável à judicialização da política¹¹⁷. Mas por si só não sinaliza atuação judicial exorbitante, excesso no comportamento da Corte.

Na leitura mais forte, a supremacia da constituição seria associada a uma supremacia judicial. Jurisdição constitucional não seria apenas a Constituição sendo interpretada em um caso pelo judiciário, mas a prerrogativa judicial da última palavra sobre a Constituição. Uma vez exercida, os poderes formalmente subordinados à Constituição e a própria sociedade não poderiam afirmar outra semântica para o texto constitucional¹¹⁸. Haveria, nesse sentido estrito de supremacia judicial, um “precedente vinculante”¹¹⁹ para as subseqüentes interpretações

¹¹⁶ Ibid.

¹¹⁷ O conceito de judicialização da política será trabalhado mais adiante, em conjunto com uma contextualização do caso brasileiro, para que assim se possa construir uma proposta contextual de abordagem do ativismo. Adianta-se, porém, pois já sugerido nessa parte do texto, que judicialização da política e ativismo não são empregados como sinônimos, nem entre si, nem de *judicial review*, nem de supremacia judicial.

¹¹⁸ TUSHNET, M., Ibid.

¹¹⁹ A supremacia judicial em sentido estrito assumiria duas acepções, uma formal (só se revertiria interpretação constitucional da Suprema Corte por emenda constitucional) e outra material (interpretação constitucional da corte seria, em regra, a derradeira por conta da “dificuldade prática de os outros poderes políticos e atores da sociedade civil mobilizarem instrumentos institucionais aptos a superar o entendimento da Suprema Corte”). Haveria, nesse sentido, relação entre supremacia judicial e dificuldade no processo de reforma constitucional, seja pelo rigor formal do procedimento e/ou pela efetiva dificuldade de alteração formal à Constituição. Se a única possibilidade prática de se superar o entendimento constitucional da Suprema Corte é esperar uma nova

constitucionais realizadas pelos outros poderes e pela sociedade civil, a interpretação da Corte se adensaria à Constituição, formando um “bloco de constitucionalidade”, a pautar a atuação futura dos demais poderes¹²⁰.

Nesta segunda leitura, independentemente de seu acerto¹²¹ ou legitimidade, a frequência do exercício da prerrogativa do *judicial review* seria mais sugestiva da relação entre o Direito e a política. Fazer uso frequente da última palavra sobre o texto constitucional (supremacia judicial em sentido estrito) pode indicar uma tendência judicial a se substituir à sociedade e aos outros poderes na leitura do texto constitucional. A depender de outras condições, como ainda será analisado por este trabalho, pode caracterizar um ambiente propício à judicialização da política. A depender de como (e não apenas quanto) essa prerrogativa judicial é usada, pode também sinalizar comportamento judicial excessivo, exorbitante, ativista¹²².

composição ou novo entendimento no seio da própria Corte, pode-se falar em supremacia judicial em sentido material e estrito. Conferir, no ponto, o denso trabalho de BRANDÃO, R. *Supremacia Judicial versus Diálogos Constitucionais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012. Para aprofundar o tema da dificuldade formal e/ou prática de reforma constitucional e reações diversas a essa dificuldade no direito comparado, conferir ALBERT, R., Quasi-Constitutional Amendments. *Buffalo Law Review* Vol. 65, 739, 2016. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2844770>

¹²⁰ CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e teoria da Constituição*. Coimbra: Almedina, 2003.

¹²¹ Opõem-se mais diretamente à supremacia judicial em sentido estrito os chamados departamentalistas, isto é, autores que rejeitam a hipótese de que haja um único intérprete final da Constituição, e que, em seu lugar, defendem que cada “departamento”(ou poder) estatal teria autoridade equivalente para interpretar a Constituição. Essa equivalência poderia se dar em resultado de um equilíbrio final, a partir da supremacia de cada departamento sobre determinado subsistema da Constituição; ou por interpretação coordenada da Constituição, ou seja, igualdade entre departamentos na interpretação de qualquer norma constitucional, chegando-se ao sentido final da Constituição por meio de uma interação complexa entre os departamentos ou poderes do Estado. Cf. LIPKIN, R. J. Wich Constitution? Who decides? The problem of judicial supremacy and the interbranch solution. *Cardozo Law Review*. 28:3, 2006.

¹²² Rodrigo Brandão justapõe definições de monopólio ou exclusivismo judicial, supremacia judicial (em sentido estrito e amplo), judicialização da política e ativismo judicial. O monopólio ou exclusivismo judicial seria conferir ao judiciário a única palavra em material de interpretação constitucional, espécie de “reserva judicial”, ao passo que a supremacia judicial em sentido estrito admitiria que outros poderes realizassem interpretações constitucionais e tivessem, inclusive, a primeira palavra, mas a última, sobre o texto constitucional, caberia ao Judiciário. Adota parcialmente a definição de Tate e Vallinder sobre judicialização da política, como sendo o processo pelo qual cortes e juízes passam a dominar progressivamente a produção de políticas públicas, “resultando na submissão de um sem-número de questões políticas ao Judiciário sob a forma de ações judiciais”. Em diálogo com Barroso, Rodrigo Brandão define o ativismo por outros critérios, que não apenas o da frequência de invalidação de atos de outros poderes. Ativismo judicial seria a escolha de um modo específico e proativo de

Só o levantamento quantitativo, porém, sem análise contextual das decisões judiciais que invalidam atos de outros poderes, não é capaz de indicar qual o papel que essas invalidações cumprem na dinâmica política. Não revela se há de fato uma escolha da própria Corte pela não deferência a decisões de outros poderes. A invalidação frequente poderia ser sintoma, por exemplo, de disposição do legislativo em submeter suas decisões ao escrutínio judicial, calculando, politicamente, ser uma via mais favorável ao resultado desejado¹²³.

Por outro lado, se o que move a análise da frequência de uso do *judicial review* é a preocupação com o risco de apropriação do processo democrático pela Corte, com a dificuldade contramajoritária¹²⁴, analisar apenas as decisões que abertamente invalidam atos de outros poderes não cobre o que se quer retratar.

Ainda que esse critério possa iluminar alguma fatia importante da interação entre poderes estatais, adotá-lo como um parâmetro único para se medir ativismo judicial pode ser demasiadamente reducionista, como de certa forma admite o próprio Sunstein ao mencionar (e não chegar a refutar) outros critérios plausíveis¹²⁵.

De fato, muitas outras propostas, que reclamam a mesma objetividade da de Sunstein, adotam critérios distintos, tais como: a superação de precedentes judiciais; a inserção ampla de “holdings”

interpretar a Constituição, a permitir uma participação maior do Judiciário na concretização de valores constitucionais, com mais ampla interferência no espaço de atuação de outros poderes. Adensa a definição especificando múltiplos critérios usados para se aferir ativismo. Esses critérios serão retomados ao longo da construção da presente proposta de abordagem contextual de ativismo. Nesse momento, cabe apenas destacar que na análise de Rodrigo Brandão sobre supremacia judicial, a combinação entre os fenômenos da supremacia judicial em sentido estrito, da judicialização da política e do ativismo judicial levaria a uma supremacia judicial em sentido amplo, isto é, a hipótese de o judiciário dar a última palavra sobre as questões constitucionais mais relevantes conflituosas, definindo o sentido da Constituição em sentido vinculante para todos, no passado, no presente e no futuro. O autor opta por abordar esse sentido amplo de supremacia judicial por compreender cada um desses fenômenos se insere na expansão global do poder judicial, tendo condições facilitadoras e limites comuns. BRANDÃO, R. Ibid.

¹²³ GRIMM, D. Judicial Activism. In.: BADINTER, R; BREYER, S. (Org.). *Judges in contemporary democracy: an international conversation*. New York. New York University Press, 2004. Também sobre esse cálculo político do legislativo: HIRSHL, R. *Towards Juristocracy: The origins and consequences of the new constitutionalism*. Cambridge: Harvard University Press, 2007.

¹²⁴ Vide nota de rodapé n. 12

¹²⁵ SUNSTEIN, C. R. Ibid.

(argumentos de direito necessários para resolução do caso) ou ainda de “obter dictum” (considerações laterais ao caso em análise); a tomada de decisão orientada por preferências partidárias; o transbordamento da competência da Corte; a criação de novos direitos ou legislação judicial; a inobservância de métodos interpretativos considerados mais rigorosos, entre outros¹²⁶.

Ainda que por vezes encurralado e desgastado por um dualismo epistemológico, por uma falsa dicotomia entre saber neutro e ideologia, verifica-se, pelos resgates histórico e semântico acima, que o termo ativismo judicial contribuiu para fomentar, em seu contexto de origem, uma cultura de acompanhamento e análise do comportamento judicial. Por sintetizar preocupações que seguem até hoje ocupando plataformas eleitorais, ainda que não de forma decisiva¹²⁷, o termo foi amplamente incorporado ao léxico acadêmico e ao debate popular.

Há estudos que, porém, percebendo a insuficiência de um único critério para definição de ativismo, buscam conjugar diversos, trabalhando esse comportamento judicial a partir de uma abordagem multidimensional, como Ringhan, que propõe a adoção de três critérios “puramente quantificáveis”: derrubada de leis federais; derruba da leis estaduais; superação de precedentes judiciais¹²⁸. Lindquist [et all] categoriza os critérios mais utilizados e busca realizar um giro empírico, medindo o ativismo a partir de todas as categorias fixadas, em uma concepção também multidimensional de ativismo: invalidação de leis federais; de leis

¹²⁶ Conferir o amplo registro de Kmiec sobre a utilização desses critérios (KMIEC, K. D. *Ibid.*).

¹²⁷ A cada quatro anos, ativistas tanto à direita, quanto à esquerda, buscam envolver a atenção das pessoas sobre a possibilidade de o outro lado político ter uma chance de realizar uma ou mais nomeações para a Suprema Corte. A estratégia passa por assustar as pessoas com o “bicho papão” do “um voto de distância”. Para os democratas, passa por anunciar que a Corte está a apenas um voto de distância de supercar *Roe v. Wade*; para os Republicanos, *Heller*. Não chega a alterar significativamente votos, mas pode ter algum impacto na motivação para o comparecimento às urnas. Cf. TUSHNET, M. *In the balance: law and politics on the Roberts Courts*. Nova York: Norton & Company, 2013, p. 281.

¹²⁸ RINGHAND, L. Judicial activism: an empirical examination of voting behavior on the Rehnquist Natural Court, 24 *Const*, 2007, disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=765445

estaduais e locais; de atos do executivo; nível de justiciabilidade e superação dos próprios precedentes¹²⁹.

As abordagens multidimensionais tendem, como visto, a inserir o critério da superação de precedentes junto àqueles que sinalizam a não deferência da Corte aos atos de outros poderes. Essa inserção é facilmente justificada no contexto estadunidense pelo valor que o *stare decisis*¹³⁰ possui na tomada de decisão judicial, por ser fonte de estabilidade, previsibilidade e integridade no processo judicial. Em outros contextos, porém, sem uma cultura consolidada da vinculação dos precedentes, o critério pode ainda assim revelar aspectos importantes do comportamento judicial. Seguir precedentes pode sinalizar que uma Corte mantém coerência interna e/ou externa, que não decide por caprichos de ventos políticos ou predileções do juiz. Uma Corte, ao contrário, que supera drasticamente seus próprios precedentes, ou de forma mais sutil, gradativa, pode revelar, em conjunto com outros elementos, uma tendência de ativismo judicial¹³¹.

Lindquist [et al] traz também um critério menos comum nas abordagens sobre ativismo, mas muito sugestivo sobre comportamento judicial, isto é, a expansão da autoridade institucional judicial para apreciar casos e controvérsias. Flexibilizar limites de justiciabilidade, os filtros existentes para que um caso seja apreciado pela Corte, pode ser

¹²⁹ LINDQUIST, S.; CROSS, FRANK B. Ibid.

¹³⁰ A política das Cortes e o princípio no qual se assenta a autoridade das decisões judiciais como precedentes nos litígios subsequentes estão incorporados na máxima “Stare decisis et non quieta movere” – respeitar os precedentes e não perturbar os pontos já estabelecidos. Significa dizer que uma vez que uma razão de direito tiver sido solene e necessariamente estabelecida por decisão de um tribunal competente, não será mais considerada aberta para avaliação ou para nova decisão pelo mesmo tribunal ou por aqueles que são obrigados a seguir a sua adjudicação” (BLACK, C. The principle of stare decisis. *American Law Register*, 34, 1886). A Suprema Corte se ampara extensamente em precedentes judiciais para justificar suas decisões. Cita muito mais os precedentes do que qualquer outra fonte de Direito. Stare decisis não é uma regra estritamente vinculante, mas um parâmetro de tomada de decisão que pode ser abandonado sob certas circunstâncias. Ainda que não seja juridicamente vinculante à Corte, qualquer afastamento da doutrina do stare decisis demanda especial justificativa. Por essa razão e talvez porque seguir precedentes promova legitimidade institucional e aparência de continuidade nas decisões da Corte, historicamente juízes foram relutantes a superarem precedente estabelecido pela Corte. (LINDQUIST, S.; CROSS, FRANK B. Ibid.)

¹³¹ Ibid.,

sintoma de Corte menos passiva, de ampliar o número de litigantes e com isso a própria autoridade jurídica da Corte¹³².

O ativismo, por esse critério, pode estar inclusive em uma “simples modificação de pauta da Corte”, pois pode sinalizar, junto com outros critérios, uma postura de excesso. A decisão sobre a pauta, na verdade, está longe de ser algo simples, aleatório. Trata-se de revelar prioridades, externar sentidos de urgência, preferências, escolher o que é importante decidir. Trata-se, portanto, de política judicial.

Outros fatores considerados nas abordagens multidimensionais de ativismo são a decisão orientada por resultado e o “ativismo partidário”, ambos acusados, por vezes, de degenerar a discussão do ativismo para o plano meramente ideológico. A decisão orientada por resultado distancia-se mais ostensivamente dos fundamentos jurídicos, bastando-se com as convicções pessoais dos juízes. Com essa definição, Lindquist [et all] ressalta que não pretende implicar que haja possibilidade de separação rigorosa entre argumentos jurídicos, morais, políticos, mas apenas que possa haver um padrão sistemático de comportamento a sugerir uma motivação particular para decidir de determinada forma¹³³.

Por exemplo, se uma Corte supera um precedente porque é menos atrativo, ideologicamente falando, à atual maioria, pode-se associar essa mudança de entendimento a uma ação orientada por resultado¹³⁴.

Nesse sentido, seria ativista a decisão em que o juiz possui um motivo oculto para tomar aquela decisão. Segal e Spaeth¹³⁵, tendo desenvolvido um modelo atitudinal de comportamento de juízes, conseguiram possibilitar que pesquisadores prevejam em torno de ¾ de votos baseados apenas em ideologia. Esse estudo sinaliza que a autoconceção judicial seria um mito e que todos os juízes, na verdade,

¹³² Ibid.,

¹³³ LINDQUIST, S.; CROSS, FRANK B. Ibid.

¹³⁴ Ibid.,

¹³⁵ SEGAL, J.; e SPAETH, H. *The Supreme Court and the Attitudinal Model*. Cambridge: Cambridge University Press, 1993.

oscilam entre ativismo e moderação como meio de racionalizar, justificar suas preocupações políticas substanciais¹³⁶.

A análise multidimensional de Lindquist [et all] incorpora, ainda, uma versão crítica de julgamento orientado por resultado, trabalhada por Young e Marshall, qual seja, o ativismo partidário, retratando decisões judiciais que favorecem específicos partidos e/ou atores políticos¹³⁷.

Conjugando todos esses aspectos, o estudo indicou tendências ativistas mais complexas, que combinaram comportamentos institucionais, da Corte, e padrões de votos individuais de juízes. O Justice Rehnquist, por exemplo, foi retratado como adepto de autocontenção institucional (frequência moderada de invalidação de atos de outros poderes, de superação de precedentes e expansão de justiciabilidade), mas combinada a ações individuais ativistas, uma vez que amplamente afetadas por sua inclinação política conservadora.¹³⁸

A abordagem multidimensional do ativismo, combinando aspectos institucionais e individuais, privilegia a sua análise, enquanto comportamento judicial, a partir de um enfoque estratégico.

O enfoque estratégico de comportamento judicial busca, por sua vez, considerar os diversos interesses, jurídicos e extrajurídicos, que concorrem para a tomada de decisão judicial, busca reconhecer a interdependência das ações judiciais com as de outros atores políticos, de maneira prospectiva. Enquanto os enfoques atitudinais de comportamento judicial, por exemplo, tão em voga em pesquisas empíricas, focam na justaposição entre os valores ideológicos dos juízes e a conjuntura fática do caso; os enfoques estratégicos vão um pouco além, por considerarem sempre outras possíveis forças (internas e externas ao direito) que poderiam afetar a tomada de decisão¹³⁹.

¹³⁶ YOUNG, E. A. Judicial Activism and Conservative Politics. *University of Colorado Law Review* 73 (4), 2002; MARSHALL, W. Conservatives and the seven sins of judicial activism. *University of Colorado Law Review* 73 (4), 2002.

¹³⁷ Ibid., O ativismo judicial, portanto, pode assumir uma versão mais crítica, em que a decisão judicial não só é orientada por resultado político, mas é usada como instrumento político partidário. Aproxima-se, nessa versão, da lógica do "lawfare". Cf. RIBEIRO, R. L. A condenação de Lula: o maior caso de *lawfare* do Brasil. op. cit.

¹³⁸ Ibid.

¹³⁹ GELY, P. T. Spiller R. Strategic judicial decision-making. In.: The CALDEIRA, G. et al. *The Oxford handbook of Law and Politics*. Nova York: Oxford University Press, 2008;

Tendo em vista o aporte teórico da pesquisa, o campo jurídico é compreendido, conforme já se viu, como lugar de concorrência pelo monopólio do poder de dizer o direito, um universo com relativa autonomia quanto a outros campos de disputa, entre os quais o político, o econômico, o religioso.

Isso significa pensar as práticas e discursos jurídicos como produtos do funcionamento de um campo cuja lógica específica é relativamente determinada tanto por pressões externas quanto por forças endógenas, instituições, que encerram o universo das soluções propriamente jurídicas¹⁴⁰.

Sendo assim, ao se reconhecer a necessidade de uma abordagem multidimensional do ativismo e de enfoque estratégico do comportamento judicial, institucional e individual, a pesquisa busca manter uma coerência entre o referencial teórico adotado e o método de abordagem.

A definição dessas múltiplas dimensões do comportamento ativista requer de todo modo que se estabeleça antes o que constitui uma atividade jurisdicional regular, ordinária. Justamente por isso, a proposta de abordagem desta pesquisa é multidimensional e é também contextual¹⁴¹. Pretende-se contribuir para uma discussão sobre ativismo sensível às especificidades do ambiente em que se analisa o comportamento judicial, a começar pelo tipo de Constituição presente.

Ao apresentar conclusões parciais dessa pesquisa a estudantes de pós-graduação dos Estados Unidos, indaguei-lhes como avaliariam, por exemplo, o comportamento de um juiz que ordenasse o governo federal a aplicar um percentual mínimo do que arrecadasse de tributos no desenvolvimento da educação pública.

A resposta foi unânime: seria um comportamento ativista, o juiz estaria fazendo política pública e isso extrapolaria a sua função. Indaguei-lhes, na sequência, se faria diferença, em suas respostas, se a própria

SEGAL, J. A. *Judicial Behavior*. In: The CALDEIRA, G. et al. *The Oxford handbook of Law and Politics*. Nova York: Oxford University Press, 2008.

¹⁴⁰ BOURDIEU, P. *Ibid.*, p. 211-213.

¹⁴¹ O contexto, a realidade política-jurídica, é fundamental para se compreender adequadamente a relação entre o judiciário e os demais poderes estatais, as específicas dimensões e formas de ativismo judicial em dado país. Cf. HOLLAND, K. M. *Judicial Activism in comparative perspective*. Nova York: St. Martin's Press, 1991.

Constituição estadunidense expressamente previsse a obrigação do Estado de aplicar esse percentual mínimo em educação, ao que responderam que sim, mas que não imaginariam esse tipo de conteúdo na Constituição daquele país.¹⁴²

No item seguinte, será apresentada uma proposta de abordagem do ativismo judicial, voltada ao caso brasileiro. Objetiva-se que com essa chave, devidamente contextualizada, possam ser capturados aspectos importantes das disputas pelo poder de dizer o Direito e a política no Brasil.

2.3

Proposta Contextual de abordagem

Na construção dessa proposta, a pesquisa precisa enfrentar, como já se advertiu, uma definição anterior sobre o que possa ser considerado regular exercício de atividade jurisdicional.

Essa definição, por sua vez, não se estabelece adequadamente sem que se compreendam minimamente o contexto histórico e o perfil de texto constitucionais que contornam o exercício da atividade jurisdicional no Brasil.

2.3.1

Constituição, Constituinte e Supremo

O Supremo Tribunal Federal foi instituído como órgão de cúpula do Poder Judiciário brasileiro pela Constituição Provisória publicada com o Decreto nº 510, em 22 de junho de 1890¹⁴³.

¹⁴² BRASIL. Constituição Federal de 1988. Art. 212. “A União aplicará, anualmente, nunca menos de dezoito, e os Estados, o Distrito Federal e os Municípios vinte e cinco por cento, no mínimo, da receita resultante de impostos, compreendida a proveniente de transferências, na manutenção e desenvolvimento do ensino”. (Em que pese o retrocesso social promovido por meio da EC 95/2016, que instituiu novo regime fiscal, com teto para gastos públicos).

¹⁴³ RODRIGUES, L. B.. *História do Supremo Tribunal Federal*. Rio de Janeiro: Civilização brasileira, 1965, t. 1, p. 1.

Meses depois, o Poder Judiciário brasileiro foi amplamente revigorado com a implementação da Justiça Federal, pelo Decreto nº 848, do mesmo ano, o qual representou um importante precedente para a inauguração do controle de constitucionalidade brasileiro. De acordo com a exposição de motivos desse diploma, todo e qualquer juiz tinha poder para recusar a aplicação de uma lei que considerasse inconstitucional¹⁴⁴.

A Constituição republicana de 1891 recepcionou a estrutura judiciária então presente, institucionalizando o controle de constitucionalidade das leis. Em seu art. 59, previu a competência do STF para aferir a constitucionalidade da aplicação do direito a partir de um recurso especial, bem como a competência para decidir conflitos entre a União e os estados, e entre os próprios estados-membros¹⁴⁵.

O controle de constitucionalidade no Brasil se inicia, assim, nos moldes de um controle difuso, sob forte influência da experiência estadunidense, que já se fazia sentir no período pré-republicano¹⁴⁶.

A Constituição de 1891, contudo, não se limitou a reproduzir o modelo estadunidense. Procurou, ao contrário, antecipar-se aos problemas verificados no primeiro século de existência da Suprema Corte, disciplinando expressamente aspectos sobre os quais a Constituição estadunidense silenciou-se, como a competência e a composição do Tribunal¹⁴⁷.

Nos termos do art. 56, c/c art. 48, da Constituição de 1891, o STF era composto por quinze ministros, nomeados pelo Presidente da República com posterior aprovação do Senado¹⁴⁸.

Com a Constituição de 1934, a composição do STF passou de quinze ministros a onze e houve, ainda, um significativo incremento do controle difuso no Brasil – foi atribuída ao Senado Federal a competência

¹⁴⁴ “A magistratura, que agora se instala no país graças ao regime republicano, não é instrumento cego, ou mero intérprete, na execução dos atos do Poder Legislativo. Antes de aplicar a lei cabe-lhe o direito de exame, podendo dar-lhe ou recusar-lhe sanção [...]” (Ibid., p. 1-2).

¹⁴⁵ BALEEIRO, A. *Constituições Brasileiras: 1891*. Brasília: Senado Federal e Ministério da Ciência e Tecnologia, Centro de Estudos Estratégicos, 2001, p. 92.

¹⁴⁶ RODRIGUES, L. B. Ibid. p. 7 et seq.

¹⁴⁷ BARBOSA, R. O Supremo Tribunal Federal na constituição brasileira. In: *Coletânea Jurídica*. São Paulo: Companhia Editorial Nacional, 1928, p. 164.

¹⁴⁸ BALEEIRO, A. Ibid., p. 92.

de “suspender a execução, no todo ou em parte, de qualquer lei ou ato, deliberação ou regulamento, quando hajam sido declarados inconstitucionais pelo Poder Judiciário”¹⁴⁹.

Também com a Carta de 1934, inaugurou-se a possibilidade de controle direto de constitucionalidade na figura da *representação interventiva*. Por este instituto, conferia-se ao Procurador Geral da República a competência para arguir, junto ao STF, a inconstitucionalidade de lei estadual que contrariasse princípios fundamentais da ordem federativa¹⁵⁰.

No marco da chamada “Constituição Polaca” (de 1937), instituiu-se a possibilidade de suspensão, mediante ato legislativo (resolução do Parlamento, aprovada por maioria simples), de decisão judicial que declarasse inconstitucional algum ato normativo. Confirmada pelo Parlamento, a lei adquiria força de emenda constitucional¹⁵¹.

A Constituição de 1946 concedeu ao Procurador Geral da República a faculdade de instaurar o processo de representação interventiva ¹⁵², imprimindo-lhe, assim, feições de ação direta de inconstitucionalidade. Oscar Vilhena relata que muitas das representações interventivas eram provenientes das próprias autoridades estaduais, que a utilizavam exclusivamente para buscar a impugnação de um ato ou uma lei, pois não tinham qualquer interesse na decretação da intervenção¹⁵³.

No entanto, foi por meio da Emenda Constitucional n.16 de 1965 que se contornou propriamente o controle abstrato de normas perante o STF, com o direito de propositura centrado, ainda, na figura do Procurador Geral de República. Pretendia-se, com o instituto da ação

¹⁴⁹ VIEIRA, O. V., *Supremo Tribunal Federal: jurisprudência política*. São Paulo: Malheiros, 1994, p. 120.

¹⁵⁰ MENDES, G. F. *Jurisdição Constitucional: o controle abstrato de normas no Brasil e na Alemanha*. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 26.

¹⁵¹ MENDES, G. F. *Ibid.*, p. 30.

¹⁵² Art. 8º, parágrafo único: “No caso do nº VII, o ato argüido de inconstitucionalidade será submetido pelo Procurador Geral da República ao exame do Supremo Tribunal Federal, e, se este a declarar, será decretada a intervenção” (BALEEIRO, A.; SOBRINHO LIMA, B. *Constituições Brasileiras: 1946*. Brasília: Senado Federal e Ministério da Ciência e Tecnologia, Centro de Estudos Estratégicos, 2001, p. 66)

¹⁵³ VIEIRA, O. V. *op.cit.* p. 122.

direta de inconstitucionalidade, inibir a formação maciça de lides sobre uma mesma questão, o que poderia diminuir a sobrecarga do STF¹⁵⁴.

Com a conjugação do controle difuso com ação direta, o Brasil incorporou um complexo sistema misto de controle de constitucionalidade. A expressão “sistema misto”, amplamente utilizada na doutrina brasileira, faz supor a existência de duas formas autônomas de controle que, excepcionalmente, como no caso brasileiro, passam a ser conjugadas.

Registre-se, porém, que a abordagem dualista de controle de constitucionalidade é hoje objeto de forte questionamento, haja vista que as experiências constitucionais contemporâneas demonstram que o controle de constitucionalidade assumiu gradativamente uma multiplicidade de formas, desde que os modelos originários começaram a circular de um extremo ao outro do cenário mundial¹⁵⁵.

Mesmo com toda a hibridação assinalada, não perdeu relevância a polarização entre modelo difuso e concentrado, seja por uma referência histórica, já que foram esses modelos, puros na origem, que serviram de parâmetro para todos aqueles hoje vivenciados nas estruturas constitucionais; ou mesmo por referência geográfica, já que correspondem, respectivamente, aos sistemas europeu (ou austríaco-kelseniano) e estadunidense.

No modelo dito europeu, o contencioso constitucional é de competência exclusiva de um Tribunal, daí porque **controle concentrado**. Esse Tribunal, como preconizara Kelsen, seria especialmente constituído para essa finalidade; sendo provocado, por determinados legitimados ativos (autoridades políticas, jurisdicionais, ou mesmo particulares), para conhecer de forma direta a constitucionalidade de atos normativos¹⁵⁶.

De outro lado, no modelo estadunidense do *judicial review*, atribuiu-se o conhecimento das questões afetas à constitucionalidade dos atos

¹⁵⁴ MENDES, G F.; COELHO, I. M.; BRANCO, P. G. G. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 992.

¹⁵⁵ Cf., por todos, CAMAZANO, J. B. *La acción de inconstitucionalidad*. México: UNAM, 2000, p.51.

¹⁵⁶ KELSEN, H. *Jurisdição Constitucional*. Trad.: Alexandre Krug. São Paulo: Martins Fontes, 2007; FAVOREU, L. *Cortes Constitucionais*. Trad.: Dunia Marinho Silva. São Paulo: Landy, 2004 (especialmente, p. 27-36).

normativos a todo órgão em exercício ordinário da potestade jurisdicional, daí porque **controle difuso**.

No controle difuso, como já viu na abordagem de *Madison v. Marbury*, a análise das questões constitucionais assume uma perspectiva subjetiva, isto é, envolve partes, interesses e direitos particulares; direciona-se à resolução de uma lide, a qual depende da superação do incidente de constitucionalidade.

Para além das duas grandes matrizes referidas, identifica-se ainda uma espécie de terceira via, que se caracteriza por combinar mecanismos de controle concentrado e controle difuso.

Existem, finalmente, também, sistemas que podemos chamar *mistos* ou *intermediários*: por exemplo, o adotado no México, o qual, também por causa de um, pelo menos aparente, contraste entre os artigos 103 e 133 da Constituição mexicana (...) isto é verdadeiro, de resto, não apenas do ponto de vista dos *órgãos* de controle, mas também do ponto de vista do *modo* como a questão de legitimidade constitucional é resolvida: também, neste particular, o sistema mexicano tem caráter misto ou intermediário entre o sistema de controle que opera 'por via de ação' e aquele que opera, ao invés, 'por via de exceção'¹⁵⁷.

Favoreu apontou para a existência, ao lado dos modelos estadunidense e europeu, de um modelo sul-americano, de características, segundo o autor, ainda indefinidas; mas marcado pela coexistência entre controle concentrado e difuso¹⁵⁸.

É delicada a generalização feita pelo autor, principalmente, em face da multiplicidade de desenhos de controle de constitucionalidade, já aludida, a qual, ao mesmo tempo, transparece um movimento de convergência entre os controles vivenciados nos mais diversos países.

Camazano aponta esse movimento de convergência entre os modelos a partir de pelo menos sete aspectos, que podem ser assim sintetizados: a) adoção de elementos de controle difuso por diversos sistemas de controle concentrado, a exemplo do incidente de constitucionalidade, incorporado pelos ordenamentos austríaco, italiano,

¹⁵⁷ FAVOREU, L. *Ibid.*, p. 67 .

¹⁵⁸ FAVOREU, L. *Ibid.*, p. 131.

belga, espanhol; b) legitimação popular em alguns sistemas concentrados para questionamento da constitucionalidade de leis; c) a própria fórmula mista de controle, adotada em alguns países, é um indício desse fenômeno; d) concentração do controle não mais em um órgão *ad hoc*, mas no órgão superior da jurisdição ordinária; e) nos sistemas difusos, a crescente praxis de que as decisões dos Tribunais Superiores assumam eficácia geral, tal como ocorre no concentrado, seja pela lógica do *stare decisis*, ou por outros mecanismos; f) possibilidade de que o Tribunal Supremo excepcionalmente declare a constitucionalidade de uma lei *on its face*, isto é, em si mesma considerada; g) a modulação dos efeitos da decisão tanto no sistema difuso (tradicionalmente de eficácia *ex tunc*); como no concentrado (tradicionalmente de eficácia *ex nunc*)¹⁵⁹.

Há, portanto, uma série de combinações possíveis em matéria de controle de constitucionalidade, devendo-se assim evitar o apego excessivo aos rótulos tradicionalmente trabalhados nessa temática.

A despeito da tendência assinalada, ainda é possível identificar na maioria dos países uma inclinação pelo modelo concentrado ou pelo difuso, já que, quando muito, há a incorporação de um ou outro elemento incomum à opção realizada.

Situação bem diversa ocorre quando convivem sistemas concentrado e difuso em uma mesma estrutura constitucional. Os sistemas mistos têm o ônus de harmonizar duas formas bem distintas de feitura do controle de constitucionalidade, formas que retratam preocupações de ordens diversas.

No caso brasileiro, o sistema misto, inaugurado em 1965, permaneceu com a Constituição de 1988. Sob o desenho do novo texto constitucional, o Supremo acabou por acumular um amplo leque de competências, originária, recursal ordinária e recursal extraordinária.

É preciso resgatar ainda que brevemente essa trajetória institucional da jurisdição constitucional brasileira, para que se compreenda como e sob quais expectativas se avançou, dado o contexto constituinte de 1988, no desenho do STF, no papel que lhe foi lançado em

¹⁵⁹ CAMAZANO, J. B.. op. cit., p.52-54.

meio à concorrência de projetos políticos para o país e, assim, pensar contextualmente as dimensões do ativismo judicial no Brasil.

Entre os projetos políticos em disputa, quando da instalação da Assembleia Nacional Constituinte (ANC) de 1987-1988, havia muitos desacordos, mas também algumas convergências. De um lado, o projeto conservador, sustentado pelas forças que apoiaram o regime autoritário, empenhava-se na preservação do controle político pela oligarquia, razão pela qual defendia uma constituinte congressual; de outro, o projeto progressista, alimentado por movimentos democráticos, por setores populares, reivindicava reformas sociais, abertura das instituições à participação popular, por isso defendia uma constituinte exclusiva¹⁶⁰

Nas pautas “comuns”, figurava a agenda do fortalecimento das instituições judiciais, a necessidade de se assegurar independência financeira e administrativa ao Poder Judiciário¹⁶¹. Um judiciário forte interessava a ambos os projetos de poder, mas por razões bem distintas.

À direita, pretendia-se manter a estrutura anterior do Supremo Tribunal Federal, composição por membros da carreira da magistratura; à esquerda, pretendia-se um Judiciário mais poroso à participação popular. Em meio à disputa, dirigentes de tribunais aproveitaram a oportunidade da Constituinte para a defesa de pautas corporativas, enquanto associações de juízes alinharam-se a outras profissões jurídicas e a associações populares, incorporando demandas de centro-esquerda, sobretudo expansão de direitos e garantias¹⁶².

No Anteprojeto Constitucional da Comissão Provisória de Estudos Constitucionais, as previsões sobre o Judiciário representavam posições mais ao “centro”, não acolhendo a ampliação da legitimidade ativa no

¹⁶⁰ Projetos conservador e progressista. O primeiro, sustentado pelas forças que apoiaram o regime autoritário, empenhava-se na preservação do controle político pela oligarquia, ao que defendia uma constituinte congressual; já o segundo, alimentado por movimentos democráticos, setores populares, reivindicava reformas sociais, abertura das instituições à participação popular, via constituinte exclusiva. Embora tenha vencido a proposta congressual, que favorecia os conservadores, os quadros progressistas conseguiram muitas vitórias nessa disputa. (Cf. Excelente análise do processo constituinte de 1987-1988: PILATTI, A. *A constituição de 1987-1988: progressistas, conservadores, ordem econômica e regras do jogo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008).

¹⁶¹ KOERNER, A.; FREITAS, L. B. O Supremo na Constituição e a constituinte no Supremo. *ILua Nova*, n. 88, 2013

¹⁶² *Ibid.*

controle concentrado de constitucionalidade, pouco avançando sobre o controle das omissões constitucionais e sobre a participação popular no Judiciário¹⁶³.

A posição institucional já ocupada pelo STF era mantida no Anteprojeto, tanto a forma de organização quanto as diversas atribuições, entre as quais os controles concentrado e difuso de constitucionalidade.¹⁶⁴

O STF e os militares formavam os braços, legal e armado, das forças conservadoras na ANC, empenhados, junto com o empresariado, na manutenção da ordem, na sustentação do Presidente Sarney e no bloqueio de avanços.¹⁶⁵ O STF era invocado estrategicamente pelos conservadores para sanar os conflitos diversos que surgiam e para efeitos de intimidação.

Com essa aliança conservadora, o Supremo Tribunal conseguiu preservar muitos poderes concentrados, papéis institucionais acumulados, e prerrogativas que favoreceram o seu fortalecimento e insulamento institucionais, sem maiores controles ou participações externos¹⁶⁶.

A competência originária, exercida pelo STF como única instância, recebeu importantes incrementos com a Constituição de 1988, tal como a introdução de mecanismos voltados à apreciação de casos de omissão inconstitucional: o mandado de injunção (art. 5º, LXXI) e a ação direta de inconstitucionalidade por omissão (art. 103, §2º).

Outra importante repercussão do texto de 1988 sobre a competência originária do STF foi a ampliação do rol de legitimados para

¹⁶³ Ibid.

¹⁶⁴ Ibid. Na ANC uma das propostas ventiladas sobre o desenho do STF foi a de uma Corte Constitucional, nos moldes europeus, especializada em controle concentrado de constitucionalidade. Embora a proposta não tenha vingado, Juliano Benvindo destaca como o STF, por diferentes mecanismos, perseguiu posteriormente o objetivo da “abstração”, um “querer ser uma corte constitucional”, que passou a acompanhar o seu próprio desenvolvimento histórico. BENVINDO, J. Z. A “última palavra”, o poder e a história: o Supremo Tribunal Federal e o discurso de supremacia no constitucionalismo brasileiro. *Revista de Informação Legislativa*, Ano 51 Número 201 jan./mar. 2014, p. 86.

¹⁶⁵ PILATTI, Adriano. Ibid.

¹⁶⁶ KOERNER, A.; FREITAS, L. B. Ibid.

a propositura do controle abstrato, antes adstrita ao Procurador Geral da República¹⁶⁷.

Sobre essa inovação, é relevante registrar que, a despeito dessa sinalização constitucional por abertura do controle concentrado, o Supremo construiu¹⁶⁸ e manteve ao longo dos anos uma interpretação ativista, de viés conservador (restritiva de direitos), quanto à legitimação das entidades de classe para o controle concentrado.

Onde a CF/88 listou a “confederação sindical ou entidades de classe de âmbito nacional”¹⁶⁹, o Supremo fez, por conta própria, um recorte econômico/corporativo, passando a admitir a atuação apenas das entidades de classe representativas de categorias econômicas ou profissionais. Essa decisão foi compreendida como uma “jurisprudência defensiva” do Tribunal, supostamente para se evitar ou sobrecarga de trabalho ou atuação em temas politicamente delicados¹⁷⁰.

Em decisão recente, proferida em junho de 2018, na ADPF 527, o Supremo superou, por decisão monocrática do Min. Luís Roberto Barroso, o entendimento anterior, assentando que por entidade de classe deva se considerar “o conjunto de pessoas ligadas por uma mesma atividade econômica, profissional ou pela defesa de interesses de grupos vulneráveis e/ou minoritários cujos membros as integrem”. Na ocasião, reconheceu a legitimidade ativa da Associação Brasileira de Lésbicas, Gays, Bissexuais, Travestis e Transexuais¹⁷¹.

¹⁶⁷ São os legitimados: o Presidente da República; as Mesas do Senado Federal; da Câmara dos Deputados; de Assembléia Legislativa ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal; Governador de Estado ou do Distrito Federal; Procurador-Geral da República; Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil; partido político com representação nacional; confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional (BRASIL. Constituição Federal de 1988. Art. 103).

¹⁶⁸ O “*leading case*”, ou o caso em que originariamente esse entendimento foi apresentado pelo Supremo, foi o da ADI 42, de 1992, conforme se verifica no voto do então Ministro Célio Borja: “[...] deve a classe ou categoria ser espécie ou gênero que as pessoas elegem, a cada momento, como relevantes e para cuja defesa ou fomento se submetem à disciplina societária que melhor lhes pareça”. BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ADI 42. Rel. Min. Paulo Brossard, 1992.

¹⁶⁹ BRASIL, Constituição Federal de 1988, Art. 103, IX.

¹⁷⁰ SARMENTO, D. Dar voz a quem não tem voz: por uma nova leitura do art. 103, IX, da Constituição. VIEIRA, Oscar Vilhena; GLEZER, Rubens (Orgs.). *A razão e o voto: diálogos constitucionais com Luiz Roberto Barroso*. São Paulo: FGV Editora, 2017, E-book.

¹⁷¹ BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. MC-ADPF 527. Rel. Min. Barroso, 2018.

Esse registro é fundamental para se demonstrar que desenho institucional não é propriamente um dado¹⁷², mas uma construção impactada por comportamentos e decisões de atores externos e internos à Instituição sob análise. Ainda assim, resgatar os termos iniciais dessa construção é tarefa que ilumina expectativas contextuais relevantes, que devem ser consideradas para uma adequada compreensão do comportamento institucional.

Nesse sentido, registra-se que a Constituição de 1988 inovou, também, ao prever, ainda no âmbito das competências originárias do Tribunal, a arguição de descumprimento de preceito fundamental, no art. 102, §1º.

A competência recursal também foi ampliada, a partir da criação de novos órgãos judiciais, como o Superior Tribunal de Justiça e os Tribunais Federais Regionais, sobre os quais o STF passou naturalmente a exercer a condição de instância recursal.

Sob a manifestação do Poder Constituinte Reformador (EC nº 3, de 1993), foi criada, ainda, a ação declaratória de constitucionalidade, prevista no art. 102, I, “a”, voltada à análise de lei ou ato normativo federal.

Assim, a partir da Constituição de 1988 foi consolidado um controle concentrado mais amplo, composto por três tipos de ações: a ação direta de inconstitucionalidade (ADI); a ação declaratória de constitucionalidade (ADC); e a supracitada ADPF.

Entre as repercussões da Constituição de 1988 sobre a jurisdição constitucional brasileira, merece destaque o fato de ter conferido *status* constitucional a diversas matérias antes tratadas em lei. A Constituição não só incorporou novos assuntos, mas lhes dedicou tratamento minucioso, aumentando os parâmetros do controle de constitucionalidade.

O Supremo Tribunal Federal, com o desenho histórico que lhe foi dado, representa, a um só tempo, tribunal de jurisdição ordinária e corte

¹⁷² Uma ressalva também presente em: HIRSCHL, R. The Political Origins of the New Constitutionalism. *Indiana Journal of Global Legal Studies*, Vol. 11, n. 1, p. 71-108, 2004.

constitucional, com amplas possibilidades de manifestar o papel que entenda corresponder a uma jurisdição constitucional.

O resultado final da ANC, no que diz respeito à jurisdição constitucional: um texto constitucional muito mais progressista do que a coalização de forças daquele momento poderia sugerir¹⁷³ e instituições judiciais fortalecidas e insuladas, mas comprometidas pelo alto com o conservadorismo e o autoritarismo políticos¹⁷⁴.

A Constituição brasileira de 1988, fruto dessa transição disputada, nasce com marcas muito distintas, sendo atravessada por permanências e rupturas. Escapa à compreensão tradicional dos textos que sucedem movimentos revolucionários vitoriosos. Resulta de processos de mobilização de massas sem equivalência na trilha nacional, deflagrados em greves operárias ainda na década de 70, chegando ao auge nas lutas pelas “Diretas Já”¹⁷⁵.

Tendo sido atravessada por essa força dos “de baixo”, pelo trabalho bem posicionado¹⁷⁶ e astuto¹⁷⁷ dos progressistas, a Constituição de 1988 foi um experimento surpreendente, que driblou a correlação de forças políticas, redefiniu a relação entre os três poderes e incorporou ao debate político a linguagem dos direitos¹⁷⁸.

¹⁷³ PILATTI, A. Ibid. De acordo com a análise de Pilatti, apesar de a maioria esmagadora de conservadores na ANC sugerir que haveria vitória plena desse projeto político, algumas estratégias e surpresas alteraram essa rota. Já na elaboração do regimento interno, houve descentralização dos trabalhos, demandada por congressistas novatos que buscavam visibilidade. Isso permitiu a participação efetiva e bem posicionada de constituintes progressistas nas 24 subcomissões temáticas da primeira fase e depois entre os 32 relatores que integraram a Comissão de Sistematização junto com os membros natos. Essa ocupação estratégica, somada a muita pressão popular, mais a liderança do Senador Mário Covas no PMDB, potencializaram a força progressista na ANC.

¹⁷⁴ KOERNER, A.; FREITAS, L. B. Ibid.

¹⁷⁵ VIANNA, L.W. O terceiro poder na Carta de 1988 e a tradição republicana: mudança e conservação. In.: OLIVEN, R. G. et al (Orgs.). *A Constituição de 1988 na vida brasileira*. São Paulo: Aderaldo & Rothschild Editores (ANPOCS), 2008.

¹⁷⁶ PILATTI, Adriano. Ibid.

¹⁷⁷ Outro fator destacado por Lessa foi uma suposta desatenção por parte dos conservadores com relação a valores e a símbolos, a modificações paradigmáticas no Direito Constitucional, a orientações metapolíticas, inscritas no texto e inadvertidamente encaradas como mero exercício retórico por conservadores. LESSA, R. *A Constituição, experimento de filosofia política*. In.: OLIVEN, R. G. et al (Orgs.). *A Constituição de 1988 na vida brasileira*. São Paulo: Aderaldo & Rothschild Editores (ANPOCS), 2008.

¹⁷⁸ CITTADINO, G. Judicialização da política, constitucionalismo democrático e separação de poderes. In.: VIANNA, L. W. (Org.). *A democracia e os três poderes no Brasil*. Rio de Janeiro: IUPERJ/FAPERJ, 2002.

Quando os próprios textos constitucionais, a partir da pressão de movimentos sociais, ampliam direitos e as suas respectivas garantias, como, por exemplo, ao fixar investimento mínimo a ser feito para concretização de um direito, tem-se a situação de uma decisão política sendo adotada como normatividade jurídica, o que passa a lhe conferir exigibilidade jurídica. A decisão antes apenas política, passível de controle político, passa a figurar como norma jurídica, parâmetro de observância obrigatória pelos poderes constituídos e pela sociedade, dotado de exigibilidade jurídica, o que aproxima as atividades de fazer política e de dizer o direito.

Essa circunstância é fundamental para que se compreenda a necessidade de se diferenciar, face à Constituição de 1988, o ativismo judicial do processo de judicialização da política. Se, em outros contextos, o simples fato de um juiz decidir sobre política pública poder ser considerado atuação exorbitante, ativismo judicial, no Brasil e em outros países com Constituições substantivas, é preciso avaliar em que medida essa decisão parte de um voluntarismo judicial, de um comportamento, ou se é reflexo de outros fatores.

2.3.2

Constituição, judicialização e ativismo

A pesquisa, nesse sentido, buscará dialogar com estudos sobre judicialização da política, brasileiros e outros de fora que também inspiraram reflexões sobre os nossos arranjos. Parte-se da obra que se tornou referência nas investigações sobre expansão do poder judicial, de Tate e Vallinder¹⁷⁹.

De acordo com os autores, a judicialização da política remonta a afirmação da supremacia da Constituição em *Madison v. Marbury*, e ganha fôlego com a expansão do poder judicial após a segunda Guerra

¹⁷⁹ TATE, C. N.; VALLINDER, T. *The global expansion of judicial power*. New York: New York University Press, 1995, 27-36.

Mundial. Tate e Vallinder definem a judicialização da política como sendo:

(1) o processo por meio do qual tribunais e juízes passam a elaborar ou crescentemente a dominar a elaboração de políticas públicas, antes elaboradas (ou, acredita-se, que deveriam ser elaboradas) por outras instituições governamentais, especialmente do Legislativo e do Executivo; (2) o processo por meio do qual fóruns não judiciais, de negociação e de tomada de decisão, passam a ser dominados por regras e procedimentos quase judiciais (legalistas)¹⁸⁰.

Para os autores, a judicialização da política pressupõe condições determinadas para ocorrer. Essas condições ganham maior ou menor espaço em outras abordagens sobre judicialização da política, a depender do foco teórico adotado¹⁸¹ e contexto de análise. Este trabalho seguirá a ordem de condições organizada por Tate e Vallinder, apenas como referência, e em meio a elas serão situadas contribuições e exemplos mais voltados à reflexão do caso brasileiro.

A primeira condição identificada pelos autores é um contexto de democracia. Ainda que a judicialização da política seja amplamente considerada uma ameaça a alguns aspectos essenciais à democracia, como regra da maioria e responsabilidade popular, seria muito pouco provável haver espaço para a judicialização da política fora do marco democrático¹⁸².

Para os autores, ditaduras e outras formas de governos autoritários dificilmente permitiriam que juízes independentes tivessem a sua participação na elaboração de políticas públicas ampliada, dificilmente preservariam processos de tomada de decisão em que a aderência a regras processuais e a direitos comprometesse a rápida realização de

¹⁸⁰ Tradução nossa do original: “1. the process by which courts and judges come to make or increasingly to dominate the making of public policies that had previously been made (or, it is widely believed, ought to be made) by other governmental agencies, especially legislatures and executives, and 2. The process by which nonjudicial negotiating and decision-making forums come to be dominated by quasi-judicial (legalistic) rules and procedures.” Ibid. p. 28.

¹⁸¹ Ran Hirshl acomoda as abordagens sobre judicialização da política em quatro categorias: teorias funcionalistas, institucionalistas, focadas nos direitos, focadas nas Cortes. HIRSCHL, R. The Judicialization of Megapolitics and the Rise of Political Courts. *Annual Review of Political Science*. Vol. 11, 2008. Disponível em <<https://ssrn.com/abstract=1138008>>

¹⁸² Ibid. p. 27-36

resultados substantivos desejados. Assim, a presença de um governo democrático é necessária, ainda que não suficiente, para a judicialização da política¹⁸³.

Mais uma condição a facilitar a judicialização da política é a estrutura de governo com separação de poderes, que amplia as condições de competição do Judiciário com os poderes Executivo e com o Legislativo. A separação de poderes não seria nem suficiente, nem necessária, mas poderia facilitar o processo se já desencadeado por outros fatores¹⁸⁴.

Outras teorias, de enfoque mais funcionalista, atribuem maior relevo a essa condição, exploram mais a conexão entre expansão do poder judicial e desconcentração do poder político, seja essa horizontal (separação dos poderes, criação de agências reguladoras¹⁸⁵ e outras autoridades administrativas), ou vertical (federalismo)¹⁸⁶. A expansão do poder judicial, nessa perspectiva, seria em boa medida alimentada por necessidade de coordenação entre os outros poderes estatais, por conflitos federativos, por necessidade de definição da extensão da competência normativa e técnica de entidades administrativas¹⁸⁷.

Para Tate e Vallinder, uma condição de especial relevância é a

¹⁸³ Ibid. p. 28-29. Por definição, governos autoritários concentram poder em um só lugar, ou nas mãos de um ditador ou nas de uma oligarquia. Qualquer poder judicial significativo compromete essa lógica. Por outro lado, pode ocorrer que seja apenas contingencial e não institucionalizado, de maneira que a depender de sua relação, mais ou menos alinhada ao governo, desarme-se a necessidade de o governo autoritário fragilizar a atuação judicial. Cf. SOLOMON, P. H. *Courts and Judges in Authoritarian Regimes*. Cambridge: Cambridge University Press. *World Politics* 60 (out), 2007, 122-45.

¹⁸⁴ TATE, C. N.; VALLINDER, T. Ibid. 27-36

¹⁸⁵ SHAPIRO, M. *On Law, Politics, and Judicialization*. New York: Oxford University Press, 2002.^[1]_{SER}

¹⁸⁶ Autores como Bruce Ackerman, por exemplo, compreendem o quadro federalista como condição essencial à afirmação global do constitucionalismo, com destaque ao poder judicial de controle de constitucionalidade. ACKERMAN, B. *The rise of world constitutionalism*. *Yale Law School Occasional Papers*, Second Series, Number 3, Connecticut, 1997. No caso brasileiro, o federalismo também parece ser um fator relevante ao processo de judicialização, considerado o uso intenso do controle concentrado de constitucionalidade por governadores de estado (VIANNA, L. W. et al. *A Judicialização da Política e das Relações Sociais no Brasil*. Rio de Janeiro: REVAN, 1999, p. 71).

¹⁸⁷ A estrutura altamente descentralizada de poder nos Estados Unidos, inclusive com a profusão de agências reguladoras, teria demandado uma função mais ativa do judiciário estadunidense, na coordenação de conflitos e defesa de direitos individuais, do que os arranjos administrativos centralizados, presentes em Estados Europeus. KAGAN, R. *American Courts and the policy dialogue: the role of adversarial legalism*. In: MILLER, M; BARNES, Jeb (Ed.). *Making Policy, making law: an interbranch perspective*. Washington: Gerogetown University Press, 2004, p. 33.

presença de uma cultura política de direitos, ou seja, a adoção do princípio de que minorias políticas podem afirmar seus direitos face à vontade da maioria. Havendo uma Constituição, um rol constitucional de direitos, essa cultura/política se desenvolve com maior facilidade, mas esse rol não chega a ser condição obrigatória¹⁸⁸.

A atuação das cortes, diante de uma cultura/política de direitos, pode absorver um pouco da legitimidade da própria política, afirmando-se como referência em fóruns não judiciais. Os juízes, diante desse processo, tendem a se fortalecer, na medida em que se colocam em posição institucional privilegiada, de produção de regras favoráveis a minorias políticas¹⁸⁹.

A centralidade que Tate e Vallinder atribuem a essa cultura política de direitos, no processo de judicialização, é também identificada por Hirschl na análise de Charles Epp sobre a “Revolução de Direitos”¹⁹⁰.

Ao se debruçar sobre a atuação da Suprema Corte estadunidense nas décadas de 60 e 70, bem como sobre processos de expansão de direitos na Índia, Inglaterra e Canadá, Charles Epp rejeita a tese de um judiciário voluntarista que, pelo alto, abocanha a política e distribui direitos como presentes. Para esse autor, a revolução de direitos acontece por uma ação coletiva, articulada entre uma sociedade civil vibrante e instituições públicas, por pressão de baixo e não por liderança pelo alto¹⁹¹.

Essa chave de leitura, centrada na cultura de direitos, também

¹⁸⁸ TATE, C. N.; VALLINDER, T.. Ibid., 27-36. Tate, assim como Hirschl, vale-se do exemplo de Israel para relativizar a necessidade de previsão constitucional de uma carta de direitos para ocorrer a judicialização da política. Mesmo sem uma Constituição escrita, mas adotando outros documentos como um parâmetro histórico de atuação (as onze leis fundamentais e as duas editadas em 1992 – Dignidade Humana e Liberdade e Liberdade de Profissão), a Suprema Corte israelense ganhou destaque na dinâmica política do país, sendo invocada por diversas vezes para enfrentar tensões entre valores seculares e religiosos, tendo decidido conflitos de ampla repercussão política. (HIRSCHL, Ran. *Towards Juristocracy*: op.cit., p. 22)

¹⁸⁹ TATE, C. Neal; VALLINDER, T., 27-36

¹⁹⁰ HIRSCHL, R. The Judicialization of Megapolitics and the Rise of Political Courts. In.: *Annual Review of Political Science*. Vol. 11, 2008. Disponível em <<https://ssrn.com/abstract=1138008>>

¹⁹¹ “[...] rights are not gifts: they are won through concerted collective action from both a vibrant civil society and public subsidy. Rights revolutions originate in pressure from below in civil society, not leadership from above (EPP, C. R. *The rights revolution: lawyers, activists, and Supreme Courts in Comparative Perspective*. Chicago: The University of Chicago Press, 1988, p. 197).

encontra espaço em um dos principais estudos sobre judicialização da política no Brasil. Publicada em 1999, a obra “A Judicialização da política e das relações sociais no Brasil”, de Werneck Vianna (et al), retrata o processo de judicialização da política como fruto de novas práticas de resistência da sociedade civil, em especial, de minorias parlamentares e de associações de “interesses subalternos”, em busca de uma arena alternativa para reforçar a sua representação ¹⁹².

Com o foco na cultura de direitos, os autores situam o controle concentrado de constitucionalidade, especialmente pela ampla legitimação ativa que obteve com a Constituição brasileira de 1988 (art. 103)¹⁹³, como a principal alavancagem da judicialização da política no país, sustentando essa conclusão com dados obtidos via análise das ações diretas de inconstitucionalidade (ADIs) interpostas na primeira década da CF/88 (1988-1998)¹⁹⁴.

Nesse período, os autores constataram intenso uso do controle concentrado de constitucionalidade especialmente por associações, governadores de estado, partidos políticos de oposição. Esses dados ilustram outra condição listada por Tate e Vallinder como determinante do nível de judicialização da política: o uso das Cortes pela oposição política. Para Tate, isso é feito com o objetivo de obstruir e desgastar o governo¹⁹⁵.

O estudo sobre as ADIs no Brasil foi atualizado anos depois e a hipótese geral reafirmada por seus autores, qual seja, a de que a judicialização da política no Brasil é um caminho alimentado não por protagonismo judicial, mas pela arquitetura da Constituição e sua ampla

¹⁹² VIANNA, L. W. et al. *Ibid.*, p. 259

¹⁹³ “Art. 103. Podem propor a ação direta de inconstitucionalidade e a ação declaratória de constitucionalidade: I - o Presidente da República; II - a Mesa do Senado Federal; III - a Mesa da Câmara dos Deputados; IV a Mesa de Assembléia Legislativa ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal; V o Governador de Estado ou do Distrito Federal; VI - o Procurador-Geral da República; VII - o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil; VIII - partido político com representação no Congresso Nacional; IX - confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional”. (BRASIL. Constituição Federal de 1988). Será abordada adiante neste trabalho uma recente decisão monocrática, do Min. Barroso, na ADPF 527/2018, pela qual reinterpreta e amplia o sentido de “entidades de classes”.

¹⁹⁴ VIANNA, L. W. et al. *Ibid.* p. 146.

¹⁹⁵ *Ibid.*, 27-36

comunidade de intérpretes.¹⁹⁶

Werneck Vianna e Marcelo Burgos dão continuidade às pesquisas da década de 90, realizadas em parceria com a Associação dos Magistrados Brasileiros (AMB), e publicam estudo empírico sobre ações coletivas. Destacam o papel do Ministério Público na representação funcional de setores que encontram barreiras na representação política, avaliando que essa atuação institucional não esvaziou ou veio a substituir a mobilização do direito por outros atores sociais¹⁹⁷.

Esses estudos, portanto, associam a judicialização da política a um protagonismo das circunstâncias jurídicas e não dos atores jurídicos e a situam como caminho promissor, de incremento da cidadania.

Na mesma obra coletiva em que Werneck e Burgos apresentam essa revolução processual do direito, Gisele Cittadino aponta os riscos colocados pela ampliação do controle normativo do Poder Judiciário nas democracias contemporâneas: de um lado, de se confundir política com Direito; de outro, de associar a força do direito, a judicialização, ao fim da política¹⁹⁸.

Alerta para a necessidade de que o protagonismo judicial na concretização dos direitos da cidadania seja compatível com as bases do constitucionalismo democrático. Para a autora, a judicialização da política não precisa passar por uma ação paternalista do Judiciário¹⁹⁹, e nem

¹⁹⁶ Os autores apontaram ligeira queda na presença das associações e governadores, durante o governo Lula, significativa queda na dos partidos políticos (de 28% para 15%) e ampliação da presença dos procuradores (de 11,2% para 35,9%). (VIANNA, L. W.; BURGOS, M. B.; SALLES, P. M. Dezessete anos de judicialização da política. *Tempo Social*, Revista de sociologia da USP, v. 19, n. 2. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/ts/v19n2/a02v19n2>)

¹⁹⁷ Nesse estudo mais recente, a judicialização da política segue em foco, mas sob a sugestiva expressão “Revolução Processual do Direito”. Valendo-se da chave, reinterpretada, do americanismo, de Gramsci, como “possibilidade positiva de revolução passiva”, os autores seguem situando as instituições do direito como um caminho de progressiva e silenciosa revolução, orientada por uma eticidade produzida de baixo para cima. Nesse caminho, um outro tipo de representação, funcional, nasce e serve, ao lado da representação política, a uma “soberania complexa” (tal como trabalhada por Pierre Rosanvallon). (VIANNA, L. W.; BURGOS, M. Revolução processual do Direito e democracia progressiva. In.: VIANNA, L. W. (Org.). *A democracia e os três poderes no Brasil*. Rio de Janeiro: IUPERJ/FAPERJ, 2002, p. 484).

¹⁹⁸ CITTADINO, G. Judicialização da Política, Constitucionalismo Democrático e Separação de Poderes. In.: VIANNA, Luiz Werneck (Org.). *A democracia e os três poderes no Brasil*. Rio de Janeiro: IUPERJ/FAPERJ, 2002, p. 17-20.

¹⁹⁹ Juliano Z. Benvindo situa a pressuposição de que desacordos políticos sobre direitos sejam mais corretamente decididos pelo judiciário, também rejeitada por Cittadino, como

deveria, na medida em que, na trilha de Habermas, questiona a existência de um consenso substancial em sociedades pós-convencionais²⁰⁰.

A Constituição de 1988 apresenta novos mecanismos processuais para dar eficácia aos seus princípios, e há inevitável criatividade na interpretação de seu texto. Com isso, não acena para um domínio dos tribunais, mas sim para uma cidadania participativa – que pode até se beneficiar da atuação togada, mas apenas a partir da pressão e mobilização política que sobre ela fizer²⁰¹.

Embora Tate e Vallinder, como já visto, situem a cultura de direitos como condição central à judicialização, apontam outras condições que podem sinalizar uma direção mais incerta (ou menos progressiva²⁰² ou revolucionária) desse processo.

A judicialização da política não se sustenta a longo prazo se isolada dos interesses sociais e econômicos que estruturam o sistema político. Grupos que representam esses interesses dominantes valem-se por vezes da linguagem do direito para legitimar suas conquistas, blindando-as em alguma medida dos riscos dos processos majoritários. O uso estratégico das Cortes por grupos de interesses também é, de acordo com Tate e Vallinder, condição favorável à judicialização da política²⁰³.

Essa condição ganha peso significativo no olhar crítico que Ran Hirschl projeta sobre a judicialização da política. Sugere o autor que a expansão do poder judicial, via constitucionalização, resulta da interação estratégica entre três grupos-chave. Um grupo seria formado por elites econômicas ameaçadas pelo jogo democrático: ao mesmo tempo em que professam apoio à democracia, essas elites recorrem às Cortes para

consequência de um processo de transição de um período autoritário para um que se pretende democrático, especialmente quando há vácuo de “legitimidade discursiva no terreno dos direitos”. (BENVINDO, J. Z. A “última palavra”, o poder e a história: o Supremo Tribunal Federal e o discurso de supremacia no constitucionalismo brasileiro. *Revista de Informação Legislativa* Ano 51 Número 201 jan./mar. 2014, p.78).

²⁰⁰ Ibid. p. 20-24.

²⁰¹ CITTADINO, G. Ibid. p. 39.

²⁰² Nesse ponto reside uma das críticas dirigidas por Koerner e Maciel à análise de Vianna (et al). Cf.: MACIEL, D.; KOERNER, A. Sentido da Judicialização da Política: Duas Análises. *Lua Nova*, São Paulo, n. 57. 2002.

²⁰³ TATE, C.; VALLINDER, T. *Ibid.*, 27-36

preservar e/ou aumentar sua hegemonia política dinâmica²⁰⁴.

Outro grupo seria integrado pelas elites econômicas, que se valem da constitucionalização de direitos de propriedade e de liberdades econômicas para conter ações governamentais e promover agenda favorável aos negócios e ao mercado. E o terceiro, por elites judiciais, que buscam ampliar sua influência política, bem como sua reputação internacional. Esses grupos de interesse/elites é que, de acordo com Hirschl, determinariam o momento, a extensão e a natureza das reformas constitucionais²⁰⁵.

Fraqueza e/ou vulnerabilidade das instituições majoritárias pode causar (e ser causada por) uma percepção pública negativa da sociedade, de grupos de interesses, de outras instituições sociais e econômicas. De acordo com Tate, havendo uma percepção de imobilização e/ou de corrupção das instituições majoritárias, pode haver um redirecionamento de legitimidade, na formulação de políticas públicas, para o Judiciário²⁰⁶.

A omissão calculada das instituições majoritárias nas arenas políticas também pode alimentar a judicialização da política. Há situação em que quadros eleitos decidem, estrategicamente, não enfrentar na arena política determinadas agendas, pelo alto custo político a elas associado, e redirecionam a decisão para as Cortes. Há agendas de direitos que desgastam as instituições, de modo que a judicialização da política nesses casos, antes de indicar uma ineficiência das instituições majoritárias, pode corresponder a uma estratégia calculada para preservá-las²⁰⁷.

Esse cálculo, provavelmente, está presente em muitas das investidas judiciais feitas por partidos políticos, pois faz parte da lógica eleitoral evitar desgastes desnecessários. No Brasil, um caso que escancarou esse cálculo em torno da judicialização foi o discurso produzido pelo Partido Democrático Trabalhista (PDT) na inicial da ADPF

²⁰⁴ HIRSCHL, Ran. *Towards Juristocracy: the origins and consequences of the new constitutionalism*. Cambridge: Harvard University Press, 2007, p. 12.

²⁰⁵ *Ibid.*

²⁰⁶ HIRSCHL, Ran. *Towards Juristocracy*. *Ibid.* 27-36

²⁰⁷ TATE, C. N.; VALLINDER, T. *Ibid.*, 27-36.

130/2009, pela qual questionou a recepção da Lei de Imprensa pela Constituição de 1988.

O partido se valeu da sua legitimidade ativa no controle concentrado de constitucionalidade, preferindo buscar por via judicial a superação de uma lei cuja revogação poderia em tese obter na arena política, articulando-se para a aprovação de outra lei, nos termos desejados. Tendo em vista, porém, a explosividade política do tema, a hostilidade que sempre encontram propostas de regulação dos meios de comunicação no Brasil, ainda que voltadas à ampliação da liberdade de imprensa, o partido assumidamente²⁰⁸ optou por pautar o assunto na arena judicial e não na política, para diminuir seu custo político.

Ausentes as condições acima abordadas, de acordo com Tate e Vallinder, é muito pouco provável que se desenvolva o processo de judicialização da política. Por outro lado, mesmo que todas essas condições se apresentem, nas palavras desses autores:

[...] judicialização só se desenvolve porque juízes decidem que devem (1) participar da formulação de políticas públicas que poderiam ser deixadas à sábia ou tola discricção de outras instituições e, pelo menos ocasionalmente, (2) [decidem que devem] substituir soluções políticas procedentes de outras instituições por soluções que deles procedam²⁰⁹

Há, portanto, para Tate e Vallinder, uma decisão judicial inevitável sobre o processo de judicialização. “Not to decide is to decide”, isto é, ao escolher, por exemplo, não participar da elaboração de políticas públicas ou não se substituir às políticas existentes, formuladas por outros atores, o juiz decide afirmar essas políticas, inclusive a política da “não política”, tanto quanto se tivesse imposto aquelas políticas por sua própria vontade.

²⁰⁸ “Sendo o autor da ADPF um Partido Político, pode gerar perplexidade a judicialização da matéria, que poderia ser atacada pela via congressual. A explicação está em MAQUIAVEL, n’O Príncipe: ‘não há coisa mais difícil, nem de êxito mais duvidoso, nem mais perigosa, do que o estabelecimento de novas leis. O novo legislador terá por inimigos todos aqueles a quem as leis antigas beneficiavam[...]’”. (BRASIL. STF. ADPF 130/2009. Petição inicial)

²⁰⁹ Tradução nossa do original: “[...] judicialization develops only because judges decide that they should (1) participate in policy-making that could be left to the wise or foolish discretion of other institutions, and, at least on occasion, (2) substitute policy solutions they derive for those derived by other institutions”. TATE, C. N.; VALLINDER, T. *Ibid.*, p. 33.

Nesse sentido, é que os autores afirmam que não há como escapar ao papel de elaborar políticas públicas.

A judicialização da política pode ainda envolver um papel político mais positivo do que uma simples “não decisão judicial”. Duas atitudes judiciais seriam essenciais ao desenvolvimento da judicialização da política: nível de ativismo judicial/autocontenção judicial e preferências judiciais sobre políticas públicas²¹⁰.

Dos juízes mais contidos, espera-se que resistam à judicialização da política, independentemente de suas preferências políticas. Já dos juízes ativistas, espera-se que aproveitem toda e qualquer oportunidade para usar a sua tomada de decisão no sentido de expandir valores políticos que lhes sejam caros. Assim, juízes ativistas de inclinação política conservadora tenderiam a endossar o processo de judicialização da política se as instituições majoritárias estivessem sob domínio de forças progressistas (e vice e versa)²¹¹.

Não é especificado pelos autores o que exatamente compreendem por ativismo ou por juiz ativista, mas sem dúvida sugerem se tratar de comportamento judicial que pode ou não ocorrer em face da judicialização da política.

Esse último aspecto, abordado por Tate e Vallinder, ganha destaque em outras abordagens de judicialização da política, mais centradas no comportamento judicial ou, mais amplamente, no comportamento das instituições judiciais, incluídos, assim, outros atores essenciais à justiça.

Rogério Arantes, ao analisar a relação entre constitucionalismo e política no Brasil, identifica a presença de várias condições acima abordadas, o que poderia levá-lo a diagnóstico semelhante ao de Werneck Vianna (et al). Mas o autor incorpora justamente essa dimensão comportamental à sua análise, o que o leva a uma leitura bem menos otimista sobre a judicialização, na qual configura o Ministério Público

²¹⁰ Ibid.

²¹¹ Ibid., p. 34.

como um perigoso quarto poder²¹².

Mobilizando pesquisas qualitativas, Arantes aponta que os membros do Ministério Público, a despeito do insulamento institucional (não se sujeitarem a controle político/eleitoral), consideram-se legítimos representantes de uma sociedade incapaz de se defender em contexto de poderes políticos corrompidos. Guiam-se por ideologia classificada como de “voluntarismo político”, buscando liderar a defesa de direitos difusos e coletivos e o combate à corrupção política²¹³.

Arantes, nesse ponto, distingue a judicialização da política, que retrata como processo mais duradouro, consistente, assentada em instituições e normas jurídicas; do ativismo judicial, temerário, baseado apenas na vontade, no voluntarismo de agentes do sistema de justiça (no qual inclui membros do Ministério Público), de avocar para si autoridade para tomada de decisão nos domínios da política²¹⁴.

O ativismo judicial é demarcado por Arantes, assim como por Tate e Vallinder, no plano do comportamento judicial, o que, a exemplo do que ocorreu com o debate americano, contribui para fomentar uma cultura de acompanhamento permanente das atividades judiciais. Não se encontram, porém, nessas análises, mais focadas na chave da judicialização, critérios que ajudem na compreensão e identificação do ativismo judicial.

Inserindo-se, também, entre os trabalhos com foco no comportamento judicial, a investigação de Thamy Pogrebinschi promoveu robusta análise empírica, predominantemente quantitativa, sobre a atuação do STF face à produção normativa do Poder Legislativo²¹⁵.

²¹² ARANTES, R. B. Constitutionalism, the expansion of justice, and the judicialization of politics in Brazil”. In: SIEDER, et al (eds) *The Judicialization of Politics in Latin America*. New York: Palgrave: 2005, p. 231.

²¹³ Ibid. A pesquisa se delimita à análise do ativismo no STF, mas é sensível à centralidade do papel do Ministério Público, especialmente pela politização pela qual passa, nas definições das mais atuais relações entre judiciário e política. Vale conferir, nesse sentido: RIBEIRO, L. M. L. Ministério Público: Velha instituição com novas funções? *Revista Crítica de Ciências Criminais*, n. 113, 2017. Disponível em: <https://journals.openedition.org/rccs/6654>

²¹⁴ ARANTES, R. Ibid.

²¹⁵ POGREBINSCHI, T. *Judicialização ou Representação?* Rio de Janeiro: Campus-Elsevier, 2011.

Na compreensão da autora, o diagnóstico de judicialização da política do Brasil em grande parte tem se sustentado pelo crescente volume de ações interpostas do controle concentrado de constitucionalidade. De modo semelhante às pesquisas de Werneck Vianna (et al.), Pogrebinschi inicia sua pesquisa estabelecendo recorte temporal (1988 a 2009) e debruça-se sobre as ações do controle concentrado ajuizadas nesse período. Além das ações diretas de inconstitucionalidade (ADIs), analisadas por Werneck (et al.), examina as arguições de descumprimento de preceitos fundamentais (ADPFs)²¹⁶.

A autora confirma o número crescente de ações, mas, compreendendo que para um completo diagnóstico é preciso mapear como o STF responde a essas demandas, Pogrebinschi avança em sua análise sobre o comportamento do STF face a essas ações. Constata que o tribunal em 86,68% dos casos não acolheu os pedidos de invalidação dos atos normativos e leis questionados, foi, portanto, deferente aos outros poderes estatais que os editaram, à vontade majoritária por eles representada²¹⁷.

Com esse aporte quantitativo, a autora conclui que o STF não tem atuado de maneira ativista, que não há retração do Poder Legislativo por atuação do Judiciário. Sobre decisões frequentemente situadas como manifestações de ativismo no STF, a exemplo das decisões sobre verticalização, pesquisas com células tronco, cláusulas de barreira, fidelidade partidária, Pogrebinschi as reduz a “outliers”, desvios de padrão²¹⁸.

Argumenta, ainda, a autora que o STF, por se valer, por vezes, de recursos decisórios como interpretação conforme e declaração de inconstitucionalidade sem redução do texto, ao invés de invalidar por completo a lei ou ato normativo, contribui para preservar o trabalho do legislativo. Conclui, finalmente, que se deve estender a ideia de representação política para além das instituições majoritárias, para atores

²¹⁶ Ibid.

²¹⁷ Ibid.

²¹⁸ POGREBINSCHI, T. Ibid.

não eleitos, tendo em vista aceitabilidade das consequências decorrentes de suas decisões ²¹⁹.

Como já se sustentou ao se analisar a abordagem de Cass Sunstein sobre ativismo, a adoção de um critério único para se aferir comportamento ativista de uma Corte parece frágil diante da diversidade de critérios cuja pertinência e objetividade são igualmente reivindicadas por seus proponentes. Além disso, não permite considerar, por si só, interesses diversos, jurídicos e extrajurídicos, que concorrem para a tomada de decisão judicial, sugeridos por uma abordagem estratégica do comportamento judicial.

Optar-se, ainda, pela adoção desse critério em particular – a frequência com a qual o STF invalida normas no controle concentrado de normas – como termômetro suficiente de ativismo judicial em um contexto constitucional que expressamente atribui essa competência ao STF, entre outras tantas, parece uma escolha metodológica deslocada, que desconsidera o que o próprio desenho institucional da Corte sinaliza como sendo seu papel e regular atuação.

Ficam sumária e arbitrariamente excluídos dessa avaliação os comportamentos judiciais produzidos no controle difuso²²⁰, como se a via usada para provocar a manifestação do STF fosse determinante para uma postura mais moderada ou excessiva do Tribunal.

O argumento de que o STF, por usar por vezes recursos decisórios alternativos à invalidação das normas, tais como interpretação conforme e declaração de constitucionalidade sem redução de texto, releva-se cauteloso com o trabalho do legislador também não parece suficientemente desenvolvido e mais à frente será enfrentado neste trabalho.

²¹⁹ Ibid.

²²⁰ Essa crítica, sobre o controle difuso ficar de fora da análise, também aparece em: STRECK, L. L. Os Dilemas da Representação Política: O Estado Constitucional entre a Democracia e o Presidencialismo de Coalizão. *Revista Direito e Sociedade*, n. 44, jan/jun, 2014. P. 100

2.3.3

Ativismo como comportamento multidimensional no contexto brasileiro

Tendo-se resgatado em alguma medida o contexto histórico e o perfil de texto constitucionais que contornam o exercício da jurisdição constitucional no Brasil, é possível concluir que alguns aspectos comportamentais frequentemente associados à chave do ativismo judicial, como a tomada de decisão sobre política pública, a invalidação de leis e atos normativos de outros poderes estatais, podem sinalizar, no caso do Supremo Tribunal Federal, exercício regular/ordinário de poder judicial, e que a judicialização da política não necessariamente vem acompanhada de um comportamento judicial ativista, seja ele institucional ou individual.

A presente investigação, ao adotar por lente teórica a ideia de campo jurídico como lugar em que diferentes atores concorrem pelo monopólio do poder de dizer o direito, universo que apenas **relativamente** consegue se autonomizar de outros campos, concebe as práticas e discursos jurídicos como sendo parcialmente determinadas por pressões externas (econômicas, políticas, entre outras) e por forças endógenas ao campo jurídico (desenho institucional, normas jurídicas, teorias jurídicas, etc.)²²¹.

Tendo em vista esse ponto de partida teórico, busca-se um método de abordagem de comportamento judicial que ilumine justamente essas determinantes externas e internas. Nesse sentido, o enfoque estratégico de comportamento judicial se alinha à perspectiva teórica adotada por considerar os diversos interesses, jurídicos e extrajurídicos, que concorrem para a tomada de decisão judicial, por reconhecer a interdependência entre as ações judiciais e as ações de outros agentes políticos.²²².

²²¹ BOURDIEU, Pierre. *Ibid.*, p. 211-213.

²²² GELY, Pablo T. Spiller R. Strategic judicial decision-making. In.: The CALDEIRA, Gregory [et all]. *The Oxford handbook of Law and Politics*. Nova York: Oxford University Press, 2008; SEGAL, Jeffrey A. Judicial Behavior. In: The CALDEIRA, Gregory [et all]. *The Oxford handbook of Law and Politics*. Nova York: Oxford University Press, 2008.

O enfoque estratégico de comportamento judicial, por sua vez, não se habilita a partir da adoção de um único critério objetivo para identificar comportamentos judiciais que sejam excessivos, exorbitantes, pois as relações entre os agentes do campo jurídico e político são muito dinâmicas.

Por esta razão, a presente pesquisa propõe uma abordagem multidimensional do ativismo judicial no Supremo Tribunal Federal, conectada à compreensão de campo jurídico. Ativismo judicial, para efeitos desta investigação, corresponde a um comportamento judicial, individual ou institucional, a que se considera excessivo e orientado pela busca do monopólio do poder de dizer o direito, isto é, uma escolha que fragiliza outras leituras existentes do direito ou que impede o surgimento de novas leituras do direito, impactando a dinâmica política.

Para auxiliar na sinalização desses comportamentos, a proposta multidimensional sugere a adoção, isolada ou combinada, dos seguintes critérios: (a) superação do sentido literal do texto interpretado; (b) superação de precedentes judiciais; (c) concretização de norma em casos de inconstitucionalidade por omissão; (d) alargamento dos próprios poderes/atribuições individuais ou institucionais; (e) modificação de pauta e/ou controle do “timing” da decisão²²³.

A pesquisa, por romper com o dualismo epistemológico, não pretende apresentar uma única ou mais correta forma de se identificar ativismo judicial. Não será adotada uma metodologia quantitativa, que por sua vez exigiria a adoção de um ou mais critérios fixos para a produção de estatísticas, e deixaria de evidenciar outras possíveis e importantes dimensões do ativismo.

Pretende-se contribuir, a partir do uso contextual e estratégico da chave de análise do ativismo, para fomentar uma observação crítica do campo judicial, na sua inevitável interação com os campos da política e

²²³ Ainda que haja maior dificuldade em se indentificar esse tipo de ativismo, e que a sua demonstração empírica talvez fique condiciona a uma verbalização dos próprios julgadores nesse sentido, trata-se de fator relevante na interferência do Judiciário sobre a dinâmica política, conforme destacado em LINDQUIST, STEFANIE; Cross, FRANK B. *Ibid.* Tushnet também sublinha como habilidade política/estratégica das Cortes o controle de agenda, do “timing” das decisões. TUSHNET, M. *Taking back the Constitution*. New Haven: Yale University Press, 2020 (No Prelo), p. 279.

da ciência; sublinhar escolhas políticas maquiadas por técnica jurídica e tendências autoritárias.

Serão a seguir realizados alguns estudos de caso, qualitativamente relevantes, que exemplifiquem comportamentos ativistas a partir da proposta elaborada neste capítulo. Esses exemplos contribuirão para que se avaliem, de maneira mais concreta e contextual, promessas, armadilhas e estratégias em torno da política togada.

2.3.3.1 Estudos de Caso

Uma das dimensões que integram a proposta de abordagem de ativismo construída nesta investigação, como se adiantou, é a superação do sentido literal do texto interpretado. Essa dimensão pode equivocadamente sugerir uma visão mecanicista da atividade de interpretação, que recuse a natureza criativa desse processo. Não é o caso.

Por essa dimensão, propõe-se o foco na atuação do Judiciário como legislador positivo, como ocorre, por exemplo, quando adotadas técnicas alternativas à declaração de inconstitucionalidade, entre as quais, a interpretação conforme e a declaração de nulidade sem redução do texto²²⁴.

Ambas as técnicas são por vezes pensadas como uma postura de autoconceção do judiciário, no sentido de que buscariam aproveitar em alguma medida o trabalho feito pelo legislador, ao invés de simplesmente invalidá-lo²²⁵.

Ao refletir sobre os limites da interpretação constitucional, Konrad Hesse alerta para o risco autoritário presente na técnica ou princípio da interpretação conforme à Constituição. Segundo essa técnica, uma lei não

²²⁴ A declaração de nulidade parcial sem redução do texto corresponde à decisão por “considerar inconstitucional apenas determinada hipótese de aplicação da lei, sem proceder à alteração do seu programa normativo”. (MENDES, G. F.; BRANCO, P. G. G. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2019, p. 1484).

²²⁵ Como visto, é a leitura feita na pesquisa de POGREBINSCH, T. *Ibid.*

deve ser declarada nula se puder ser interpretada em consonância com a Constituição²²⁶.

A técnica, em leitura inicial, parece mesmo sinalizar para uma lógica de aproveitamento do trabalho do legislador e, portanto, para um comportamento mais deferente da Corte, ao legislativo, do que a invalidação da lei.

Porém, como aprofunda Hesse, essa “consonância” é avaliada pela Corte, que pode conferir à lei, via interpretação conforme, um conteúdo que encerra “não um minus, e sim um aliud em face do conteúdo original da lei”. Nesta hipótese, o tribunal é mais invasivo na esfera de decisão do legislador do que na situação em que declara a nulidade, uma vez que o próprio tribunal conforma, positivamente, a pauta em questão, ao passo que ao declarar a nulidade, preserva espaço de decisão, de nova conformação, para o legislador²²⁷.

Nesse sentido, o recurso à interpretação conforme pode ser mais indicativo de uma postura ativista do que a frequência com que o Tribunal invalida normas.

O comportamento judicial do STF no caso “Raposa Serra do Sol” exemplifica a dimensão ativista que o uso da técnica da interpretação conforme pode revelar.

Por ampla maioria de votos, o Supremo, na ocasião, decidiu a favor da demarcação contínua da área de 1,7 milhão de hectares da reserva indígena Raposa Serra do Sol, em Roraima, a favorecer a sua ocupação exclusiva pelos grupos indígenas. Os agricultores, que defendiam a demarcação da área em ilhas, para viabilizar a produção agrícola na região, seriam então obrigados a se retirarem. A decisão, a princípio, é deferente ao executivo, na medida em que não invalida o decreto presidencial que previa a demarcação contínua²²⁸.

Ocorre que o voto que conduziu o entendimento da maioria, o do Min. Carlos Alberto Menezes de Direito, adotou a técnica da interpretação

²²⁶ HESSE, K. *Temas fundamentais do Direito Constitucional*. Textos selecionados e traduzidos por Carlos dos Santos Almeida; Gilmar Ferreira Mendes; Inocêncio Mártires Coelho. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 120-121

²²⁷ Ibid.

²²⁸ BRASIL, STF, PET 3388, DJ 25/09/2009.

conforme a Constituição. Mobilizando diversas normas constitucionais, relacionadas à segurança nacional, meio ambiente, liberdade de ir e vir, propriedade privada, entre outras, o Ministro propôs dezoito condições para regular a situação dos territórios, sem que houvesse qualquer sugestão semelhante no decreto sob sua interpretação²²⁹.

Nos debates travados entre os Ministros, ponderou inicialmente o Min. Carlos Britto, Relator original do caso, que o autor da ação só havia pedido a anulação do decreto demarcatório e que a proposta em análise poderia ser compreendida como decisão *extra petita*. Rendeu-se, porém, à solução de incorporar ao dispositivo da decisão do STF parte da fundamentação. Ao final dos debates, foram fixadas dezenove cláusulas restritivas da demarcação contínua, algumas fragilizando sensivelmente a proteção dos interesses indígenas²³⁰.

²²⁹ Ibid.

²³⁰ “1 - O usufruto das riquezas do solo, dos rios e dos lagos existentes nas terras indígenas pode ser relativizado sempre que houver como dispõe o artigo 231 (parágrafo 6º, da Constituição Federal) o relevante interesse público da União na forma de Lei Complementar; 2 - O usufruto dos índios não abrange o aproveitamento de recursos hídricos e potenciais energéticos, que dependerá sempre da autorização do Congresso Nacional; 3 - O usufruto dos índios não abrange a pesquisa e a lavra das riquezas minerais, que dependerá sempre de autorização do Congresso Nacional, assegurando aos índios participação nos resultados da lavra, na forma da lei; 4 - O usufruto dos índios não abrange a garimpagem nem a faiscação, devendo se for o caso, ser obtida a permissão da lavra garimpeira; 5 - O usufruto dos índios não se sobrepõe ao interesse da Política de Defesa Nacional. A instalação de bases, unidades e postos militares e demais intervenções militares, a expansão estratégica da malha viária, a exploração de alternativas energéticas de cunho estratégico e o resguardo das riquezas de cunho estratégico a critério dos órgãos competentes (o Ministério da Defesa, o Conselho de Defesa Nacional) serão implementados independentemente de consulta a comunidades indígenas envolvidas e à Funai; 6 - A atuação das Forças Armadas da Polícia Federal na área indígena, no âmbito de suas atribuições, fica garantida e se dará independentemente de consulta a comunidades indígenas envolvidas e à Funai; 7 - O usufruto dos índios não impede a instalação pela União Federal de equipamentos públicos, redes de comunicação, estradas e vias de transporte, além de construções necessárias à prestação de serviços públicos pela União, especialmente os de saúde e de educação; 8 - O usufruto dos índios na área afetada por unidades de conservação fica sob a responsabilidade imediata do Instituto Chico Mendes de Conservação da Biodiversidade; 9 - O Instituto Chico Mendes de Conservação da Biodiversidade responderá pela administração da área de unidade de conservação, também afetada pela terra indígena, com a participação das comunidades indígenas da área, que deverão ser ouvidas, levando em conta os usos, as tradições e costumes dos indígenas, podendo, para tanto, contar com a consultoria da Funai; 10 - O trânsito de visitantes e pesquisadores não-índios deve ser admitido na área afetada à unidade de conservação nos horários e condições estipulados pelo Instituto Chico Mendes; 11 - Deve ser admitido o ingresso, o trânsito, a permanência de não-índios no restante da área da terra indígena, observadas as condições estabelecidas pela Funai; 12 - O ingresso, trânsito e a permanência de não-índios não pode ser objeto de cobrança de quaisquer tarifas ou quantias de qualquer natureza por parte das comunidades indígenas; 13 - A cobrança de tarifas ou quantias de qualquer natureza também não poderá incidir ou ser exigida em

Postura semelhante ocorreu no julgamento do caso da pesquisa com células tronco-embriônicas. A dimensão de ativismo, porém, foi em comportamentos individuais e não no comportamento institucional.

O Supremo Tribunal Federal, no julgamento da ADI 3510, decidiu pela constitucionalidade da Lei de Biossegurança, Lei n. 11105, de 2005, recusando o argumento de que essas investidas científicas violariam o direito à vida ou à dignidade da pessoa humana, articulados pelo então Procurador geral da República, Cláudio Fonteles²³¹.

Seis Ministros votaram pela constitucionalidade da Lei sem apontar-lhe qualquer necessidade de reparo. Os Ministros Gilmar Mendes e Cezar Peluso votaram pela constitucionalidade, mas propondo que em sua decisão o Tribunal declarasse a necessidade de que as pesquisas fossem rigorosamente fiscalizadas do ponto de vista ético por um órgão central, a Comissão Nacional de Ética em Pesquisa (Conep)²³².

Após intenso debate entre os Ministros essa proposta não foi acolhida. Os Ministros Carlos Alberto Menezes Direito, Ricardo Lewandowski e Eros Grau também propuseram uma leitura substantiva da Lei, permitindo a pesquisa apenas sob a condição de que os embriões ainda viáveis não fossem destruídos para a retirada das células-tronco²³³.

troca da utilização das estradas, equipamentos públicos, linhas de transmissão de energia ou de quaisquer outros equipamentos e instalações colocadas a serviço do público tenham sido excluídos expressamente da homologação ou não; 14 - As terras indígenas não poderão ser objeto de arrendamento ou de qualquer ato ou negócio jurídico, que restrinja o pleno exercício do usufruto e da posse direta pela comunidade indígena; 15 – É vedada, nas terras indígenas, qualquer pessoa estranha aos grupos tribais ou comunidades indígenas a prática da caça, pesca ou coleta de frutas, assim como de atividade agropecuária extrativa; 16 - As terras sob ocupação e posse dos grupos e comunidades indígenas, o usufruto exclusivo das riquezas naturais e das utilidades existentes nas terras ocupadas, observado o disposto no artigo 49, XVI, e 231, parágrafo 3º, da Constituição da República, bem como a renda indígena, gozam de plena imunidade tributária, não cabendo a cobrança de quaisquer impostos ou contribuições sobre uns e outros; 17 – É vedada a ampliação da terra indígena já demarcada; 18 – Os direitos dos índios relacionados as suas terras são imprescritíveis e estas são inalienáveis e indisponíveis. 19 – É assegurada a efetiva participação dos entes federativos em todas as etapas do processo de demarcação”. Ibid.

²³¹ BRASIL, STF, ADI 3510/DF. Rel. Min. Carlos Ayres Britto. 28-29/05/2008.

²³² Ibid.

²³³ Ibid.

Além dessa ressalva, esses três Ministros fixaram diversas outras condições para a autorização das pesquisas, propondo a adoção da técnica da interpretação conforme à Constituição²³⁴.

Outro exemplo de superação do sentido literal de texto, dessa vez do texto da própria CF/88, combinada no caso com interpretação que alarga os próprios poderes institucionais, foi o julgamento da Reclamação 4335-5/AC, de 2007. Por meio dela, o STF se manifestou sobre o sistema de controle de constitucionalidade brasileiro, mais especificamente, sobre

²³⁴ O Min. Carlos Menezes Direito, condicionou as pesquisas, previstas em lei, aos seguintes termos (judiciais): “[...] 1. no caput do art. 5º, declarar parcialmente a inconstitucionalidade, sem redução de texto, para que seja entendido que as células-tronco embrionárias sejam obtidas sem a destruição do embrião, e as pesquisas devidamente aprovadas e fiscalizadas pelo Ministério da Saúde, com a participação de especialistas de diversas áreas do conhecimento, entendendo-se as expressões “pesquisa e terapia” como pesquisa básica voltada para o estudo dos processos de diferenciação celular e pesquisa com fins terapêuticos; 2. ainda no caput do art. 5º, declarar parcialmente a inconstitucionalidade, sem redução de texto, para que a fertilização in vitro seja entendida como modalidade terapêutica para cura da infertilidade do casal, devendo ser empregada para fins reprodutivos na ausência de outras técnicas, proibida a seleção de sexo ou de características genéticas, realizada a fertilização de um máximo de quatro óvulos por ciclo e igual limite na transferência, com proibição de redução embrionária, vedado o descarte de embriões, independentemente de sua viabilidade, morfologia ou qualquer outro critério de classificação, tudo devidamente submetido ao controle e à fiscalização do Ministério da Saúde; 3. no inciso I, declarar parcialmente a inconstitucionalidade, sem redução de texto, para que a expressão “embriões inviáveis” seja considerada como referente àqueles insubsistentes por si mesmos, assim, os que comprovadamente, de acordo com as normas técnicas estabelecidas pelo Ministério da Saúde, com a participação de especialistas em diversas áreas do conhecimento, tiveram seu desenvolvimento interrompido por ausência espontânea de clivagem após período no mínimo superior a vinte e quatro horas, não havendo, com relação a estes, restrição quanto ao método de obtenção das células-tronco; 4. no inciso II, declarar a inconstitucionalidade, sem redução de texto, para que sejam considerados os embriões congelados há 3 (três) anos ou mais, na data da publicação da Lei nº 11.105/2005, ou que, já congelados na data de publicação da Lei nº 11.105/2005, depois de completarem 3 (três) anos de congelamento, dos quais, com consentimento, informado prévio e expresso dos genitores, por escrito, somente poderão ser retiradas células-tronco por método que não cause a sua destruição; 5. no § 1º, declarar parcialmente a inconstitucionalidade, sem redução de texto, para que seja entendido que o consentimento é um consentimento informado prévio e expresso, por escrito, dos genitores; e 6. no § 2º, declarar a inconstitucionalidade, sem redução de texto, para que seja entendido que as instituições de pesquisa e serviços de saúde que realizem pesquisa ou terapia com células-tronco embrionárias humanas deverão submeter previamente seus projetos também à aprovação do Ministério da Saúde, presente o crime do art. 24 da Lei nº 11.105/05 na autorização para a utilização de embriões em desacordo com o que estabelece a lei, nos termos da interpretação acolhida neste voto”. O Ministro Eros Grau, na linha dos ministros Menezes Direito e Ricardo Lewandowski, votou pela constitucionalidade do artigo 5º da Lei de Biossegurança, com três ressalvas: 1) criação de um comitê central no Ministério da Saúde para controlar as pesquisas; 2) fertilização de apenas quatro óvulos por ciclo; 3) obtenção de células-tronco embrionárias a partir de óvulos fecundados inviáveis ou sem danificar os viáveis. *Ibid.*

as competências desse órgão e as do Senado em hipótese de controle difuso²³⁵.

O art. 52, X, CF/88, prevê expressamente, como competência privativa do Senado: “suspender a execução, no todo ou em parte, de lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal”. Ao interpretar esse dispositivo, o Min. Gilmar Mendes, alegando mudança nos contextos fático e jurídico, construiu a tese de que caberi ao Tribunal definir os efeitos da decisão e que o Senado, ao suspender a execução lei, apenas daria publicidade à decisão da Corte.

Se o Supremo Tribunal pode, em ação direta de inconstitucionalidade, suspender, liminarmente, a eficácia de uma lei, até mesmo de uma Emenda Constitucional, por que haveria a declaração de inconstitucionalidade, proferida no controle incidental, valer tão-somente para as partes? A única resposta plausível nos leva a crer que o instituto da suspensão pelo Senado assenta-se hoje em razão de índole exclusivamente histórica²³⁶.

Note-se, no trecho acima transcrito, que o Ministro vale-se do grande poder de que o Tribunal goza no controle concentrado (“suspender, liminarmente, a eficácia de uma lei, até mesmo de uma Emenda Constitucional”); para justificar a interpretação ampliativa dos poderes do STF no controle difuso. O Ministro Eros Grau o acompanhou no que reconheceu constituir um quadro de verdadeira mutação constitucional²³⁷.

O então ministro Sepúlveda Pertence, na mesma ocasião, também reconheceu a prevalência do controle concentrado sobre o difuso e o caráter obsoleto do mecanismo de outorga ao Senado da competência para a suspensão da execução da lei. Realçou, porém, que já não seria necessário combatê-lo por meio do que chamou de “projeto de decreto de mutação constitucional”, uma vez que a EC nº 45/2004 havia dotado o Supremo de um poder que dispensaria essa intervenção do Senado – a súmula vinculante²³⁸.

²³⁵ BRASIL, STF, Rcl 4335-5/AC, 2007.

²³⁶ Ibid.

²³⁷ Ibid.

²³⁸ Ibid.

Nesse exemplo, o STF supera o sentido literal de um artigo da Constituição para ampliar, em comportamento ativista institucional, os próprios poderes, tomando para si poder que o texto constitucional havia reservado ao Legislativo.

Outra dimensão do comportamento judicial ativista pode ser revelada quando o Tribunal supera os próprios precedentes, especialmente se a superação se dá no sentido de se adotar uma interpretação que alarga os poderes ou atribuições do órgão julgador.

Exemplifica-se a combinação desses critérios no caso do direito de greve dos servidores públicos (ar. 37, VII, CF/88). O Supremo Tribunal Federal havia firmado ao longo dos anos jurisprudência majoritária, no sentido de tão somente reconhecer a omissão do Congresso em regulamentar o direito, abstendo-se de proferir sentença de caráter normativo (tese não-concretista)²³⁹.

Em manifestação publicada em outubro de 2007, o Supremo Tribunal Federal, na hipótese do direito de greve dos servidores públicos, incorporou, de forma inédita, a tese concretista geral sobre mandado de injunção²⁴⁰.

Decidiu, por maioria dos votos, conhecer dos mandados de injunção e, no mérito, propôs, como solução à omissão legislativa, a aplicação da Lei 7.783/89 (que dispõe sobre o exercício de greve na

²³⁹ BRASIL, STF, MI 107/1989, Rel. Min. Moreira Alves. Esse foi o primeiro caso que levou o tema à apreciação do Tribunal. Dois anos após essa primeira manifestação, o Supremo Tribunal Federal avançou para a segunda corrente mais moderada sobre mandado de injunção: a tese concretista individual intermediária. No mandado de injunção nº 283, de novembro de 1991, relatado pelo então Ministro Sepúlveda Pertence, o Tribunal estipulou o prazo de 45 dias para que o Congresso produzisse a lei faltante e de mais 15 dias para a sanção presidencial. A decisão contemplou, ainda, que ultrapassado esse prazo sem as providências legislativas, seria reconhecida ao impetrante a faculdade pretendida. Um ano depois (1992), o STF mais uma vez aplicou a tese concretista individual intermediária, fixando, porém, o prazo de seis meses para que o Congresso Nacional produzisse a lei exigida pelo art. 195, §7º, da CF/88. O Tribunal, em seguida, oscilou entre concretização individual direta e intermediária: diante dos vários precedentes com fixação de prazo para a supressão da omissão legislativa, os Ministros avançaram no sentido de utilizar o prazo apenas discursivamente, isto é, forneciam de plano uma norma concreta para o caso em análise, dispensando a fase de estipulação de prazo, sob o argumento de que a mesma já havia sido perpassada em outros mandados de injunção. No que se refere, contudo, ao direito de greve dos servidores públicos, previsto no art. 37, VII, da CF/88, o Tribunal posicionou-se de modo distinto. No MI 20, de 1994, impetrado pela confederação dos servidores públicos do Brasil, o STF decidiu por apenas reconhecer a mora legislativa, sem proferir qualquer conteúdo normativo.

²⁴⁰ BRASIL, STF, MI 670, 708 e 712, 2008.

iniciativa privada), no que coubesse, a todos os dissídios de greve instaurados entre o poder público e os servidores com vínculo estatutário²⁴¹.

Ainda que a decisão não tenha sido unânime, trata-se de uma superação radical de precedente da Corte, tendo em vista que uma tese que nunca havia sido acolhida pelo STF, nem mesmo em votos minoritários, seduziu, nos novos casos, o entendimento majoritário do Tribunal²⁴².

Entre as primeiras posições adotadas, alternadamente, pelo Tribunal e esta última (a tese concretista geral), existe uma diferença fundamental, situada na forma de interpretar a conformação dos próprios poderes de uma jurisdição constitucional.

Se o legislador se fez, no ponto, omissivo, inviabilizando o exercício de direitos constitucionalmente garantidos, que o STF poderia ter realizado uma atividade construtivista para os casos em que foi chamado a se manifestar, incorporando os argumentos das partes envolvidas.

Se assim procedesse, realizaria uma intervenção substancial, criativa, mas restrita às partes envolvidas nos casos, porém, ao estender sua decisão para toda a coletividade, sinaliza o comportamento ativista, busca o monopólio do poder de dizer o Direito.

Essa decisão, pelo perfil aditivo de ultrapassar a concretização do direito de greve para os impetrantes e alcançar a todos os servidores público civis, foi recebida com entusiasmo pela comunidade jurídica. Em função de suposto viés progressista, de concretizar direito constitucional, ora foi assimilada como atividade jurisdicional regular, ora como ativismo “do bem”, “legítimo”.

Importa registrar que em 2016 o tema do direito de greve foi revisitado pelo STF. No julgamento do Recurso Extraordinário (RE) 693456, com repercussão geral reconhecida, o Plenário do STF aprovou, por seis votos a quatro, a tese de que a Administração pública deveria proceder ao corte de ponto dos grevistas, “em função da suspensão do vínculo funcional”, permitida a compensação dos dias parados mediante

²⁴¹ Ibid.

²⁴² Ibid.

acordo e ressalvada a hipótese de greve motivada por conduta ilícita do poder público²⁴³.

Acompanharam o Relator, o Min. Dias Toffoli, pela possibilidade do desconto dos dias parados, os Ministros Barroso, Teori Zavascki, Luiz Fux, Gilmar Mendes, e a Ministra Carmen Lúcia. O Min. Barroso afirmou que o administrador público não só poderia, como teria “o dever de cortar o ponto”, compreendo-o como “necessário para a adequada distribuição dos ônus inerentes à instauração da greve e para que a paralisação, que gera sacrifício à população, não seja adotada pelos servidores sem maiores consequências”.

Fachin abriu divergência, argumentando que a adesão do servidor público a movimento grevista não poderia importar opção de renúncia ao pagamento, porque a greve seria o seu principal instrumento de reivindicação frente ao Estado. A suspensão do pagamento não poderia, portanto, ser decidida unilateralmente, mas apenas por ordem judicial. Foi acompanhado apenas pelos Ministros Ricardo Lewandowski, Marco Aurélio e pela Ministra Rosa Weber, de acordo com os quais não se poderia impor condições ao exercício de um direito constitucionalmente garantido.

O ponto central de desacordo entre os Ministros residiu em como lidar com o próprio comportamento ativista, manifestado na decisão anterior de perfil aditivo. A Constituição de 1988 garantiu ao servidor o direito de greve, mas o Congresso se omitiu quanto à legislação infraconstitucional demandada pelo texto constitucional. Diante da omissão, o STF construiu a norma, mandando aplicar ao serviço público a lei que rege a greve no setor privado.

Para Lewandowski, porém, essa interpretação não poderia abranger a aplicação do art. 7º dessa lei, que prevê a suspensão do contrato de trabalho, pois o servidor público não tem contrato de trabalho, mas sim uma relação estatutária com o Estado. O ativismo judicial, em outras palavras, não poderia servir à restrição de um direito constitucional. A maioria entendeu, contudo, que não haveria problema na adoção da

²⁴³ BRASIL. STF. RE 693456, 2016. Rel. Min. Dias Toffoli.

lógica privada para resolver também a situação do corte de ponto na greve de servidores públicos.

Chamou a atenção, na linha majoritária da Corte, a avaliação consequencialista e de conjuntura política realizada pelo Min. Luiz Fux nessa decisão. De acordo com o Ministro, em uma visão prospectiva e realista, seria preciso estabelecer, na oportunidade, critérios para que “nós não permitamos que se possa parar o Brasil”, isso porque, justificou o Ministro, “nós estamos num momento muito difícil, um momento em que se avizinham deflagrações de greve”.

Essa decisão ocorreu no dia 27 de outubro de 2016, momento em que já se anunciava uma escalada de paralisações no Brasil, a serem iniciadas com uma greve geral do dia 11 de novembro de 2016, convocada por diversas centrais sindicais, contra agenda de reformas do então governo Temer²⁴⁴.

O cálculo político realizado pelo Min. Fux, sobre o *“timing”* e impacto conjuntural da decisão, também revela importante dimensão de comportamento ativista individual. Como já argumentado neste trabalho, essa dimensão, embora de extremo relevo para se compreender o impacto deliberado das Cortes sobre a dinâmica política, é, em geral, de difícil demonstração. Nesse caso, porém, com a verbalização do cálculo pelo Ministro, torna-se possível evidenciá-la e chamar a atenção para um reconhecido²⁴⁵ mecanismo de atuação política das Cortes.

No Brasil, o controle de pauta e de momento das decisões tem sido utilizado recorrentemente na atuação individual de Ministros, na presidência e na relatoria de processos. Neste trabalho, ao fixarmos também como critério para se evidenciar comportamento ativista o “alargamento dos próprios poderes/atribuições”, destacamos as duas dimensões possíveis, a individual e a institucional.

Na dimensão individual, são diversos os exemplos de decisões do STF que, via excesso no uso de poderes monocráticos, a exemplo de

²⁴⁴ Conferir notícia do site valor econômico, disponível em: <https://valor.globo.com/politica/coluna/centrais-convocam-greve-geral-para-11-de-novembro.ghtml>

²⁴⁵ vide nota de rodapé n. 204.

liminares individuais e pedidos de vista, impactaram a vida política recente do país²⁴⁶.

No Mandado de Segurança 34070, impetrado pelo Partido Popular Socialista (PPS), figurou como objeto de análise a nomeação do ex-presidente Luiz Inácio Lula da Silva para o cargo de ministro-chefe da Casa Civil da Presidência da República. Foi alegado na inicial que o ato de nomeação pela então Presidenta Dilma Rousseff ocorreu com desvio de finalidade, com o objetivo de retirar da competência do juízo da 13ª Vara Federal de Curitiba procedimento criminal contra o ex-presidente Lula, haja vista que ministros de Estado possuem prerrogativa de foro no STF²⁴⁷.

Como Relator do caso, o Ministro Gilmar Mendes, por liminar monocrática, suspendeu a nomeação do Ex-Presidente Lula como Ministro da Casa Civil de Dilma Rousseff. O Pleno do Tribunal não chegou a apreciar a questão, pois, com o posterior afastamento de Dilma do cargo da Presidência, houve perda superveniente de objeto, prejudicando a ação²⁴⁸.

Na decisão monocrática, o Min. Gilmar Mendes, embora tenha reafirmado a atribuição constitucionalmente prevista à Presidência da República, no art. 84, I, para nomear Ministros de Estado, argumentou que no caso a “simples nomeação, assim como a renúncia, demonstram suficientemente fraude à Constituição”, e que era “autoevidente que o

²⁴⁶ Conferir estudo específico sobre impactos do poder individual de Ministros no processo democrático. ARGUELHES, D. W.; Ribeiro, L. M. *Ministrocracia: o Supremo Tribunal individual e o processo democrático brasileiro*. In.: *Revista Novos Estudos CEBRAP*. Dossiê STF em discussão. V. 37, n. 01, Jan-Abr 2018. Neste estudo, os autores apontam as limitações das abordagens sobre judicialização da política, ou sobre protagonismo do Supremo na vida pública do país, centradas exclusivamente em decisões colegiadas. O artigo faz esse contraponto até mesmo em seu título, valendo-se do termo “Ministrocracia”, em diálogo e crítica ao “Supremocracia” de Oscar Vilhena (VIEIRA, O. V. *Supremocracia*. *Revista Direito GV*. V. 4., n. 2., pp 441-463, 2008). A presente investigação compartilha dessa avaliação, justamente pelo enfoque estratégico priorizado, coerente com a perspectiva teórica adotada.

²⁴⁷ BRASIL. STF. MS 34070. Rel. Min. Gilmar Mendes. 2007. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4948822>

²⁴⁸ Ibid.

deslocamento da competência é forma de obstrução ao progresso das medidas judiciais”²⁴⁹.

Superou, nessa linha argumentativa, precedentes do próprio Tribunal, sobre presunção relativa de legitimidade dos atos estatais, afirmados e aplicados, porém, pelo Min. Celso de Melo, à nomeação de Moreira Franco, pelo então Presidente Michel Temer, sobre a qual a mesma alegação de desvio de finalidade também motivou pedido de liminar²⁵⁰.

As liminares monocráticas, cuja lógica de existência no desenho institucional do Supremo seria a de garantir a autoridade futura das decisões do plenário, têm se configurado campo propício para atuações individuais ativistas. O seu caráter precário, excepcional, condicionado à confirmação colegiada, não tem se confirmado na prática²⁵¹.

Os Ministros, valendo-se de poder de agenda, o poder de temporalizar a sua manifestação, têm conseguido adiar e, por vezes, assim evitar, como no caso acima, a apreciação do plenário, neutralizando o controle institucional sobre a sua atuação individual. Decisões individuais, portanto, conseguem, por vezes, alterar radicalmente a dinâmica política antes que o plenário chegue a se manifestar.

Com os recursos que os próprios Ministros constroem, para emparedar e evitar o Plenário, sinaliza-se dimensão de extrema

²⁴⁹ BRASIL. STF. MS 34070 MC / DF - DISTRITO FEDERAL. Rel. Min. Gilmar Mendes. Disponível em:

<http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28MS%24%2ESCLA%2E+E+34070%2ENUME%2E%29+NAO+S%2EPRES%2E&base=baseMonocraticas&url=http://tinyurl.com/jcypepd>

²⁵⁰ BRASIL. STF. MS 34609 MC / DF - DISTRITO FEDERAL. Rel. Min. Celso de Mello. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/MS34609.pdf>

Conferir interessante pesquisa sobre a judicialização da megapolítica no Brasil, valendo-se da chave proposta por Ran Hirschl, a qual se debruçou sobre diversas manifestações, ativistas ou não, e omissões do STF, as quais, combinadas a decisões havidas na Operação Lava Jato e outras determinantes políticas, teriam sido decisivas para a constituição da crise política pela qual passa o país. (FERNANDES, P. de A. *A Judicialização da “Megapolítica” no Brasil: O Protagonismo do STF no Impeachment da Presidente Dilma Rousseff*. Dissertação de Mestrado. PUC-Rio, 2007).

²⁵¹ ARGUELHES, D. W.; RIBEIRO, L. M. Ibid.

importância dentro da proposta de uma abordagem multidimensional de ativismo.

A decisão em liminar monocrática, cuja apreciação do Plenário ficou prejudicada ou adiada, sugere uma busca individual do monopólio do poder de dizer o direito, uma escolha que impede ou fragiliza o impacto da leitura inclusive de outros integrantes do Tribunal. Trata-se, portanto, de uma dimensão ainda mais preocupante de ativismo judicial e seus possíveis impactos para a dinâmica democrática, na medida em que o risco de captura²⁵² de um ator judicial isoladamente é ainda maior do que de todo um Tribunal.

Ativismo judicial, como já se assentou para efeitos desta investigação, diz respeito a um comportamento judicial, individual ou institucional, a que se considera excessivo, orientado pela busca do monopólio do poder de dizer o direito.

No capítulo seguinte, esses e outros exemplos de ativismo judicial serão retomados em conjunto com as promessas que, pelo alto, são articuladas em torno da política togada.

²⁵² Ibid.

3

Ativismo Judicial como Promessa

No capítulo anterior, por meio do resgate histórico do ativismo, destacou-se como esse termo contribuiu, em seu contexto de origem, para fomentar uma cultura de acompanhamento (e de reivindicação) de comportamentos judiciais, ora favorecendo o campo mais progressista da política estadunidense, ora o campo mais conservador.

Avançando-se na proposta contextual de ativismo, foram sublinhados alguns fatores históricos e institucionais que repercutiram no Brasil para que a atividade jurisdicional passasse a conviver com o fenômeno da judicialização da política. Ao fim dessa contextualização, demarcou-se que o ciclo da judicialização pode ou não vir acompanhado de um comportamento ativista, o que depende, por sua vez, de uma escolha individual ou institucional.

Retomando-se o referencial teórico da pesquisa, compreende-se que a decisão judicial apropria-se a um só tempo da lógica do campo político e da do campo científico. Isso significa dizer que o ativismo judicial, ainda que possa ser orientado a algum resultado moral ou político específico, alimenta-se de uma racionalidade e discursos técnicos que operam uma neutralização de interesses de outros campos por vezes em disputa direta.

Entre os exemplos de ativismo judicial trabalhados no capítulo anterior, figura o julgamento da Lei de Biossegurança. O Ministro Carlos Menezes de Direito, cujo voto recebeu destaque pelo caráter de legislação positiva sobre o tema, possuía notório vínculo religioso²⁵³.

Acusado de ter se orientado por sua moralidade religiosa, o Ministro procurou descartar qualquer cunho religioso a seu voto, alegando

²⁵³ Conforme amplamente noticiado quando da nomeação do Ministro, Carlos Menezes era inclusive membro da União dos Juristas Católicos do Rio de Janeiro. Ver, por exemplo, matéria da Folha de São Paulo a respeito, disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/fsp/brasil/fc2708200708.htm>

tratar-se de uma decisão sob ângulo jurídico²⁵⁴, ainda que tenha projetado uma leitura moral bastante particular sobre a ideia de proteção da vida humana²⁵⁵.

Percebe-se, assim, como o uso do discurso jurídico reveste a decisão, que dele se alimenta, de natureza técnica, especializada, distanciada dos antagonismos em jogo. Converte conflitos de partes, abertamente antagônicas, em diálogo regulado entre peritos, entre profissionais dotados de um saber sagrado, de um capital cultural específico, isto é, o conhecimento das próprias regras do jogo jurídico.

Para uma compreensão mais ampla do comportamento ativista é fundamental, portanto, evidenciar-se como o próprio discurso jurídico pode contribuir para a naturalização da escolha por uma atuação judicial exorbitante (item 3.1) e para associá-la a promessas de incremento democrático (item 3.2).

3.1

A naturalização do protagonismo judicial

Pesquisa recente, da Associação dos Magistrados Brasileiros (AMB), coordenada pelos Professores Werneck Vianna, Maria Alice Rezende e Marcelo Burgos, fez um levantamento do perfil atual²⁵⁶ da magistratura brasileira e apresentou a percepção dos entrevistados sobre a sua própria atividade. Essa percepção foi obtida a partir das respostas

²⁵⁴ Conforme noticiado pelo próprio site do Supremo Tribunal Federal. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=89703>

²⁵⁵ “A vida humana é autônoma, independente de impulsos externos”, sustentou Menezes Direito. “O embrião é, desde a fecundação, desde a união do núcleo do óvulo, um indivíduo humano, que será criança, adulto e velho, um indivíduo”. Portanto, segundo ele, a ciência deve trabalhar para “fazer o bem a partir do bem, e não o bem a partir do mal”. (Ibid.)

²⁵⁶ Os mesmos pesquisadores, com o acréscimo de Manuel Melo, produziram há mais de duas décadas atrás um outro perfil da magistratura brasileira. Cf. BURGOS, M.; MELO, M.; CARVALHO, M. A.; VIANNA, L. W. *Corpo e alma da magistratura brasileira*. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 1997.

ao questionário, composto por diversas questões sobre sistema de justiça, acompanhadas de proposições delimitadas²⁵⁷.

Entre as diversas questões formuladas, a questão sobre o protagonismo judicial (n. 64) revela mais diretamente como os juízes entrevistados interpretam a expansão do poder judicial no Brasil.

Os juízes, na ativa, de primeiro e segundo grau aderiram, em sua maioria, à proposição que avalia de forma positiva a presença, supostamente em caráter procedimental, “do Poder Judiciário em diferentes dimensões da vida brasileira”, associando-a a “um maior controle do funcionamento dos poderes Executivo e Legislativo”.

Os autores da pesquisa avaliaram positivamente essa percepção institucional, pois foram preteridas, pela maioria dos entrevistados, outras duas proposições mais fortes, ou mais substantivas, a saber, a de que essa presença judicial “favorece a ampliação de direitos que não encontram passagem no Poder Legislativo” e a de que é prejudicial à democracia, “pois pode levar a que o Judiciário exerça papéis substitutivos aos dos poderes políticos”²⁵⁸.

O fato, porém, de que as três proposições sobre protagonismo judicial da pesquisa sejam iniciadas com a premissa da “presença do Poder Judiciário em diferentes dimensões da vida brasileira” sinaliza uma

²⁵⁷ VIANNA, L. W.; CARVALHO, M. A. R.; BURGOS, M. B. *Quem somos*. A magistratura que queremos. Catálogo da Associação dos Magistrados Brasileiros. Rio de Janeiro, 2018. Disponível em: https://www.amb.com.br/wp-content/uploads/2019/02/Pesquisa_completa.pdf Acesso em dez 2018. “A pesquisa foi lançada durante o XXIII Congresso da Magistratura Nacional, transcorrido na cidade de Maceió (AL) entre os dias 24 e 26 de maio de 2018, e teve o período de respostas estendido por três meses. Obteve-se um total de quase 4.000 respostas entre juízes ativos e inativos – o que, num universo de 18.000 magistrados ativos e 3.000 inativos, corresponde a cerca de 19% e 15% desses totais, respectivamente”

²⁵⁸ “O protagonismo do Poder Judiciário na vida política brasileira, que, na pesquisa da AMB de vinte anos atrás, parecia mais orientado para os temas sociais, está agora predominantemente referido a temas procedimentais da democracia política” [...] “Diante de proposições que apresentam diferentes hipóteses acerca do protagonismo do Judiciário (Questão 64), a que obteve maior adesão foi a que afirma que a presença ‘do Poder Judiciário em diferentes dimensões da vida brasileira é um fenômeno positivo para a consolidação da democracia no país, na medida em que propicia um maior controle do funcionamento dos Poderes Executivo e Legislativo’. Entre os juízes de 1º grau, 46,8% escolheram essa alternativa, enquanto 35,4% optaram pela alternativa que também considera positiva a presença do Poder Judiciário em diferentes dimensões da vida brasileira, porém pelo entendimento de que isso ‘favorece a ampliação de direitos que não encontram passagem no Poder Legislativo’. Entre as três alternativas, somente uma apontava como um ‘fenômeno prejudicial à democracia’ o protagonismo do Poder Judiciário, e apenas 17,8% ficaram com essa opção. As respostas dos juízes de 2º grau seguem o mesmo padrão”. Ibid., p. 135.

naturalização, não problematizada, da expansão do poder judicial. Além disso, se apenas a minoria aderiu à formulação de que essa presença pode “levar a que o Judiciário exerça papéis substitutivos ao dos poderes políticos”, é sinal de que a maioria dos juízes não identifica um risco democrático nesse protagonismo e não, propriamente, que ele não exista.

Um dos fatores que talvez explique essa percepção dos juízes, de que o protagonismo judicial se coloca necessariamente a favor da dinâmica democrática, seja um ambiente teórico favorável a essa leitura.

A versão brasileira do movimento “neoconstitucionalista”, amplamente difundida por esforços intelectuais de seus adeptos, tem tido muito eco na construção jurisprudencial do país²⁵⁹, no progressivo distanciamento judicial de métodos interpretativos considerados retrógrados ou “mecanicistas”.

Nos próximos itens serão, então, investigadas as principais propostas (3.1.1), referências (3.1.2 e 3.1.3) e repercussões brasileiras (3.1.4) desse movimento.

3.1.1

Neoconstitucionalismo e a defesa de uma jurisdição ampliada

Os estudos que procuram sistematizar o discurso neoconstitucionalista reconhecem que ainda se trata de um rótulo impreciso, eclético²⁶⁰ ou em fase de construção.

Convergem, contudo, para a compreensão de que a novidade sugerida pelo título e a própria unidade do movimento está na adoção conjunta de pelo menos três fatores, a seguir explicitados.

²⁵⁹ “As condições interpretativas para a expansão do Judiciário estão presentes no Brasil, tendo logrado incutir nas mentes dos juízes significativa mudança na sua percepção quanto à natureza e à extensão das suas funções [...] percebe-se forte alinhamento entre a jurisprudência do STF e as teses básicas do neoconstitucionalismo. BRANDÃO, Rodrigo. *Ibid.* p. 202

²⁶⁰ “Pretender conjugar estas dos perspectivas desde las que es posible afrontar o Derecho creo que resulta un objetivo que explica el núcleo del eclecticismo de las teorías que se agrupan en el movimiento neoconstitucionalista y también muchas de las críticas que se lê formulan”. (*Ibid.*, p. 258).

i) Textos Constitucionais

O neoconstitucionalismo toma como objeto de estudo as Constituições surgidas depois da Segunda Guerra Mundial, marcadas por uma grande e detalhada pauta material, de que é exemplo a Constituição brasileira de 1988²⁶¹.

A pauta substantiva não chega a constituir propriamente uma inovação das Constituições mais recentes, pois já era verificada na Constituição Mexicana, de 1917, e na da República de Weimar, de 1919, como admite o próprio Carbonell, um dos principais difusores do movimento neoconstitucionalista²⁶².

De toda forma, há uma convergência em torno desse recorte qualitativo e temporal, de modo que o movimento neoconstitucionalista tem sido amplamente associado a textos constitucionais mais contemporâneos, marcados por acomodarem uma “pauta substantiva” ou “alargada”.

El neoconstitucionalismo pretende explicar un conjunto de textos constitucionales que comienzan a surgir después de la segunda guerra mundial y sobre todo a partir de los años setenta del siglo XX. Se trata de Constituciones que no se limitan a establecer competencias o a separar a los poderes públicos, sino que contienen altos niveles de normas << materiales >> o substantivas que condicionan la actuación del Estado por medio de la ordenación de ciertos fines y objetivos. Ejemplos representativos de este tipo de Constituciones lo son la española de 1978, la brasileña de 1988 y la colombiana de 1991²⁶³.

ii) Prática jurisprudencial

²⁶¹ Os adeptos do movimento neoconstitucionalista no Brasil costumam tomar a Constituição de 1988 como marco histórico de um novo Direito Constitucional, cf. BARROSO, L. R. Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito: o triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil. *Revista da EMERJ*, v. 9, nº33, 2006, p. 45.

²⁶² CARBONELL, M. *Teoría del neoconstitucionalismo*. Madrid: Editorial Trotta, 2007, p. 11.

²⁶³ CARBONELL, M. op. cit., p. 9-10

O neoconstitucionalismo pressupõe, em decorrência dos novos textos constitucionais, uma prática jurisdicional fundada em parâmetros interpretativos de ordens distintas, como os valores, mediante um raciocínio jurídico mais complexo. Compõem esse raciocínio específicos métodos de interpretação, como a ponderação, a proporcionalidade, a razoabilidade, a máxima efetividade, etc.²⁶⁴

iii) Desenvolvimentos teóricos

Como terceira e última exigência mais geral do movimento, encontra-se a assunção de um papel menos contemplativo pela Ciência do Direito, de tal forma que constitua, em si mesma, uma meta garantia²⁶⁵.

De acordo com Carbonell, as propostas de Dworkin, Alexy, Nino, Ferrajoli, Sanchís e Zagrebelsky têm cumprido esta missão epistemológica do neoconstitucionalismo, não se limitando à mera contemplação das novas Constituições ou práticas constitucionais, mas verdadeiramente instigando a própria existência dessa prática diferenciada²⁶⁶.

Entre os três fatores apontados como componentes do discurso neoconstitucionalista²⁶⁷, parece ser este o mais determinante para a sua identificação.

Como visto, os próprios neoconstitucionalistas explicam que para a invocação do rótulo que vestem não basta tomar os textos constitucionais mais recentes como objeto de estudo, em valorização do seu conteúdo. É requisitado, também, que, em função do caráter mais substantivo dos textos, seja reconhecida, como decorrência necessária, a conformação de

²⁶⁴ Ibid., p. 10. No Brasil, fator semelhante é invocado sob o rótulo de uma nova interpretação constitucional, composta por princípios específicos como o da supremacia da Constituição; o da presunção de constitucionalidade das normas e atos do Poder Público; o da interpretação conforme a Constituição; o da unidade; o da razoabilidade e o da efetividade. (BARROSO, L. R. Op. cit., 52).

²⁶⁵ FERRAJOLI, L. *Derechos e garantías: la ley del más débil*. Madrid: Trotta, 2006, p.33.

²⁶⁶ "Aportaciones como las que han hecho en diferentes ámbitos culturales Ronald Dworkin, Robert Alexy, Gustavo Zagrebelsky, Carlos Nino, Luis Prieto Sanchís o el mismo Luigi Ferrajoli han servido no solamente para comprender las nuevas prácticas jurisprudenciales sino también para ayudar a crearlas" CARBONELL, M., op. cit., p. 11.

²⁶⁷ CARBONELL, Miguel. op.cit., p. 9.

uma prática jurisdicional diferenciada, amparada por parâmetros interpretativos diversos, entre eles, os valores²⁶⁸.

De fato, a decorrência que vislumbram de uma prática jurisprudencial orientada por valores deve ser sublinhada como um diferencial em seu discurso, uma vez que há aqueles que, mesmo possivelmente atribuindo especial valor ao conteúdo de uma Constituição, fazem objeções à ideia de uma *jurisdição constitucional* orientada por valores²⁶⁹.

Neoconstitucionalistas naturalizam uma prática jurisdicional diferenciada, o segundo grupo a problematiza. Afinal, trata-se ou não de uma decorrência necessária dos textos constitucionais com pautas normativas alargadas?

É razoável supor que quanto maior a pauta substantiva de uma Constituição, maior o espaço de atuação de uma jurisdição constitucional, cuja função precípua é garantir a supremacia do texto constitucional. Essa circunstância, no contexto brasileiro, foi analisada no capítulo anterior, sob o tema da judicialização da política.

Porém, até que ponto os textos constitucionais substantivos alargam a própria conformação de uma jurisdição constitucional ou explicam, por si só, uma configuração expandida da atividade jurisdicional?

3.1.2

Jurisdição Constitucional como fórum de moralidade política

Uma das leituras mais influentes para o desenvolvimento neoconstitucionalista, embora com ele não se confunda, é a proposta de

²⁶⁸ Ibid., p.10.

²⁶⁹ Inserem-se nessa última linha Jürgen Habermas, J. Ely, Jeremy Waldron, entre outros, que por vezes são situados de forma indistinta entre autores que valorizam algum aspecto axiológico das Constituições. Comanducci, por exemplo, aproxima as análises de Dworkin, Zagrebelski, Nino, Alexy e Habermas, por supostamente convergirem na atribuição de um valor intrínseco à Constituição, sem, contudo, declinar quais características constitucionais seriam valoradas positivamente por cada autor (Ibid., p. 52-53).

uma leitura moral da Constituição, de Ronald Dworkin, a ser realizada precipuamente pelas jurisdições constitucionais²⁷⁰.

Embora Carbonell²⁷¹ tenha incluído Dworkin entre os autores que têm cumprido a missão epistemológica de instigar uma prática jurisdicional diferenciada, tal como pretendida pelo neoconstitucionalismo; a proposta de Dworkin se diferencia consideravelmente do neoconstitucionalismo apontado em Alexy, Sanchís, entre outros.

Dworkin não se propõe a defender a legitimidade dessa prática a partir da objetividade dos métodos utilizados na ponderação de valores, como faz Alexy²⁷², e todos que pretendem conferir um caráter técnico ao discurso moral franqueado às jurisdições constitucionais.

Essa tentativa de capturar a leitura moral a partir de métodos lógicos, objetivos, acaba colocando em segundo plano a questão preliminar acerca de quem deve, em um Estado de direito democrático, produzir discursos de moralidade política.

Nessa esteira, a proposta de Dworkin se coloca como uma tese mais forte da conformação alargada da jurisdição constitucional, pois enfrenta principalmente essa questão preliminar.

Em *Uma Questão de Princípio*, o autor indaga se o juiz deve decidir casos utilizando fundamentos políticos, sob o amparo de que “certos princípios de moralidade política são corretos”²⁷³.

Para Dworkin, uma resposta adequada à indagação proposta necessita incorporar a distinção entre argumentos de princípio político e argumentos de procedimento político: os primeiros justificariam decisões a partir do respeito a um direito político de um cidadão individual e os

²⁷⁰ DWORKIN, R. *Freedom's Law: a moral reading of the American Constitution*. Cambridge, MA: Harvard University Press, 1996, p. 31-33.

²⁷¹ “Aportaciones como lãs que han hecho en diferentes ámbitos culturales Ronald Dworkin, Robert Alexy, Gustavo Zagrebelsky, Carlos Nino, Luis Prieto Sanchís o el mismo Luigi Ferrajoli han servido no solamente para comprender las nuevas prácticas jurisprudenciales sino también para ayudar a crearlas” CARBONELL, M., op. cit p. 11.

²⁷² No âmbito dessa discussão, Alexy preocupou-se mais em defender a racionalidade dos postulados propostos para o discurso ético-normativo de aplicação do que em legitimar a possibilidade de sua realização por um Tribunal Constitucional (ALEXY, Robert. Constitutional rigths, balancing and rationality. *Ratio Juris*. V. 16, n. 2. jun, 3003, p. 131-140)

²⁷³ DWORKIN, R. *Uma Questão de Princípio*. Trad. Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 3.

segundos exigiriam que as decisões promovam algum objetivo coletivo, ou alguma concepção de bem-estar geral²⁷⁴.

A distinção entre as duas ordens de argumento demarca, em Dworkin, os limites entre as funções do legislador e do juiz, atribuindo-lhes responsabilidade política de modo distinto.

O legislador pode decidir com base em argumentos de princípio político e em argumentos de procedimento político. O juiz, por sua vez, diante de um caso controverso pode e deve decidir com base em argumentos de princípio político, mas nunca invocando argumentos de procedimento político²⁷⁵.

O argumento de princípio não se estabelece a partir de um balanceamento de interesses contrapostos, de uma tentativa de distribuição de recursos para a comunidade, nem na vontade da maioria. O argumento de princípio estabelece-se tão-somente a partir da consideração do indivíduo, como sujeito moral.

Sinalizadas algumas premissas da teoria geral que Dworkin formula acerca da decisão judicial, pode-se introduzir com mais segurança a proposta que articula para o âmbito específico das Jurisdições Constitucionais.

Em linhas gerais, a teoria da decisão judicial de Dworkin aplica-se aos casos constitucionais. Interessante notar, contudo, que, enquanto lançada à atividade jurisdicional como um todo, a teoria de Dworkin contrapõe-se ao voluntarismo judicial, presente em alguma medida na obra de seus interlocutores positivistas, o que lhe confere alguma impressão conservadora.

Porém, aplicada aos casos constitucionais, a teoria de Dworkin mergulha em novas interlocuções, que lhe acentuam o caráter construtivista, até, então, obscurecido.

No âmbito da adjudicação comum, a hipótese de um juiz suplantar a decisão do legislador, invocando um argumento de princípio, não levanta os problemas verificados quando no plano de uma Jurisdição

²⁷⁴ Ibid.

²⁷⁵ Ibid.

Constitucional. Não se trata apenas de discutir a natureza da atividade jurisdicional, se cognitiva ou criativa; mas de delimitar as fronteiras entre os poderes estatais.

Se no primeiro campo, os opositores de Dworkin defendiam uma maior discricionariedade do juiz; no plano constitucional, seus opositores defenderão a necessidade de domar as deliberações jurisdicionais, sob o temor de que o juiz contrarie a vontade majoritária e a substitua por sua vontade individual.

Dworkin rejeita as reivindicações conservadoras por uma jurisdição moderada por entender que os homens têm direito a exigir mais do Estado do que uma postura omissa frente às suas liberdades individuais, por entender que as cláusulas difíceis da *Bill of Rights* (Declaração de Direito e Garantias) estabelecem verdadeiros direitos morais dos homens contra o Estado.

[...] um tribunal que assume o ônus de aplicar plenamente tais cláusulas como lei deve ser um tribunal ativista, no sentido de que deve estar preparado para formular questões de moralidade política e dar-lhes uma resposta²⁷⁶.

Dworkin propõe, assim, que seja realizada uma leitura moral da Constituição, que configura um método interpretativo que traz a moralidade política para o seio do Direito Constitucional. Essa leitura implica a tese da distinção entre a disciplina jurídico-positiva do Direito Constitucional e a moralidade política, que seria uma disciplina ético-normativa.

Reconhece, entretanto, que a moralidade política não inspira certezas, ou verdades, dizendo o sistema político a quem compete a decisão ou a compreensão dotada de autoridade. Dworkin afirma que no contexto estadunidense essa autoridade recai sobre a Suprema Corte, o que costuma levantar diversas objeções.

In the American system judges—ultimately the justices of the Supreme Court—now have that authority, and the moral reading of the Constitution is therefore said by its

²⁷⁶ DORKIN, R. Ibid.

critics to give judges absolute power to impose their own moral convictions on the public²⁷⁷.

Segundo Dworkin, o fato de recair essa autoridade sobre a leitura moral realizada pela Suprema Corte não significa que esta imponha as suas próprias convicções à sociedade.

A partir de uma demarcação entre *conceito* e *concepção*, defende que o Poder Constituinte não formula *concepções* específicas de justiça, ou seja, não pretende consagrar seus pontos de vistas sobre as questões, de forma a vincular futuras gerações, mas, sim, *conceitos* de justiça, como igualdade, liberdade, crueldade, a serem determinados de tempos em tempos²⁷⁸.

Assim, as *cláusulas vagas* contidas em textos constitucionais, caracterizam, para o filósofo americano, verdadeiros “apelos a conceitos morais”²⁷⁹. Isso equivale a dizer que não compete à Suprema Corte nem a busca por concepções ultrapassadas do Constituinte – postura convencionalista – nem a imposição de suas próprias concepções.

Inserir determinações abertas na Constituição é uma escolha de seus fundadores. Na presença delas, a leitura moral não apenas se faz cabível, como também necessária. Por meio desse método, os conceitos (não as concepções) permanecem, garantindo a fidelidade ao texto Constitucional.

Dworkin sustenta que em face da linguagem aberta da Constituição, é preciso reconhecer a circunstância de que não se trata de aplicar métodos lógicos ou linguísticos, mas de realização de uma leitura moral pelo juiz. Admitindo-a, o juiz se abre para o confronto de argumentos, ao invés de camuflar a avaliação moral que realiza sob uma roupagem tecnicista não comportada pelo texto constitucional²⁸⁰.

A leitura moral da Constituição ainda enfrenta mais uma objeção de peso: a de que ofende a democracia.

²⁷⁷ DWORKIN, R. The moral reading of the constitution. In: *The New York Review of Books*, de 21 de março de 1996, p. 46-50.

²⁷⁸ Ibid.

²⁷⁹ Ibid.

²⁸⁰ O ponto sublinhado no parágrafo é o que destaca a teoria de Dworkin daquelas que se dedicam mais à formulação de técnicas e métodos lógicos de ponderação de valores.

Para rebater a crítica, Dworkin problematiza o próprio conceito de democracia. Não se trata de saber quais concessões a democracia deve fazer a outros ideais, mas de estabelecer o que a democracia efetivamente é.

A partir da etimologia da palavra (governo do povo), Dworkin realça que por Democracia se pretende o governo de um sujeito coletivo, o povo. Trata-se, assim, de uma ação coletiva. O autor distingue, entretanto, dois tipos de ação coletiva: uma ação estatística e uma comunal²⁸¹.

Na ação coletiva estatística, ou majoritarista, o que se tem é a soma de ações individuais independentes. Cada cidadão age de forma individual e não como integrante de um grupo. Já na ação coletiva comunal, tem-se a combinação de ações de um grupo, interconectadas, que produzem um resultado desejado por todos²⁸².

Antes que lhe seja atribuído um viés comunitário, o autor ressalta que a ação comunal só é viável se os indivíduos defendem certos ideais, cuja manutenção não deve ser, por isso, situada como limite à democracia, mas como condição²⁸³.

A democracia em Dworkin não se absorve pela regra da maioria, mas diz respeito à ideia de uma filiação moral (*moral membership*). Cuida-se da atitude de um indivíduo que assume como sua uma decisão majoritária com a qual não concorda, em razão de ter sido respeitado na sua condição de indivíduo dotado de igual dignidade.

Armando-se desse conceito próprio de democracia, Dworkin reafirma a possibilidade de uma leitura moral da Constituição a partir de um autêntico fórum de princípio, representado pela Corte Constitucional²⁸⁴.

Argumenta que diante da ideia de filiação moral, o fórum de princípio dispensa a representação democrática em seu sentido tradicional, pois não se coloca a debater vontades políticas

²⁸¹ Dworkin, Ronald. *Freedom's law*, op. cit. p.20.

²⁸² A orquestra é tomada pelo autor como exemplo de ação comunal. São ações individuais, mas que sugerem um aspecto coletivo. Os componentes da orquestra podem tecer um juízo sobre o que faz toda a orquestra, mas a partir de seu próprio senso de realização musical: mantêm consciência individual (Ibid., p. 20)

²⁸³ Ibid.

²⁸⁴ Ibid.

estatisticamente agregadas, mas a concepção de comunidade, a concepção abstrata de indivíduo enquanto membro moral dessa comunidade²⁸⁵.

A democracia, por fim, compreenderia dois planos: o plano do princípio político e o plano do procedimento político. No primeiro, em que se estabelece a filiação moral, não há que se falar em uma melhor instituição, e, sim, em uma boa decisão. Quem decide, extrai a sua legitimidade do bom argumento e não da representação. No segundo, o procedimento seria o majoritário, que discute não mais direitos morais dos indivíduos, mas preferências, cálculos de interesse.

3.1.3

Jurisprudência de Valores e “novos” métodos interpretativos

Além da tese forte de que a jurisdição constitucional seria um fórum mais propício para lidar com argumentos de princípios, outras referências, mais metodológicas, do Neoconstitucionalismo, parecem dialogar com parâmetros interpretativos construídos há mais de cinquenta anos pela jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal da Alemanha.

Como já sublinhado, entre os três fatores apontados como componentes do discurso neoconstitucionalista, parece mais determinante para a sua identificação a ideia de que, em face dos textos constitucionais contemporâneos, como a Constituição brasileira de 1988, seja necessária uma prática jurisprudencial diferenciada, fundada em parâmetros interpretativos de ordens distintas, orientada por valores extraídos a partir dos textos constitucionais.

Para lidar com esses novos parâmetros, o Neoconstitucionalismo propõe algumas técnicas “mais sofisticadas” de aplicação do Direito, entre elas, a ponderação, a incidência de direitos fundamentais em relações privadas, interpretação das leis conforme à Constituição (essa última,

²⁸⁵ Ibid.

inclusive, já analisada no capítulo anterior, como propícia a comportamentos ativistas).

Esses métodos interpretativos, prescritos pelo discurso neoconstitucionalista, possuem notória zona de contato com argumentos construídos pela jurisdição constitucional alemã, no emblemático Caso Lüth²⁸⁶.

Tratava-se de atribuir solução jurídica definitiva a uma longa disputa entre dois atores privados: (1) Erich Lüth, Diretor do Clube de Imprensa de Hamburgo; e (2) Veit Harlan, famoso cineasta alemão.

A disputa teve início em 1950, quando Erich Lüth, na condição de crítico de cinema e diretor do Clube de Imprensa na cidade de Hamburgo, resolveu fazer manifestações públicas incentivando a realização de um boicote ao filme “Unsterbliche Geliebte” (A Amante Imortal), dirigido naquele ano por Veit Harlan. Em verdade, as manifestações não atacavam propriamente o filme, um romance inofensivo; mas, sim, o histórico do cineasta, intimamente ligado ao movimento nazista.

Veit Harlan havia produzido, durante o 3o Reich, o filme “Jud Süß” (1941), que ficou conhecido como aquele que mais teria contribuído, na Alemanha, para a difusão do ideal nazista, do ódio ao povo judeu. Em razão desse fato, quando foi sinalizado o retorno de Harlan às telas do cinema alemão, por meio do já referido romance, houve reação enfurecida de algumas personalidades da imprensa, as quais passaram, então, a articular, em fóruns públicos, a necessidade de se promover um boicote a esse filme, ou, mais exatamente, à tentativa de retorno do cineasta.

O movimento encontrou liderança em Erich Lüth que, na Semana do Filme Alemão, na condição de presidente do Clube de Imprensa de Hamburgo, disparou duras críticas ao cineasta, especialmente em carta aberta entregue à imprensa no dia 27 de outubro de 1950.

[...] com efeito, a volta de Harlan irá abrir feridas que ainda não

²⁸⁶ SCHWAB, J. *Cinquenta anos de Jurisprudência do Tribunal Constitucional Alemão*. Trad: Leonardo Martins e outros. Montevideo: Konrad Adenauer Stiftung, 2006, p. 381-395.

puderam sequer cicatrizar e provocar de novo uma terrível desconfiança de que se reverterá em prejuízo da reconstrução da Alemanha. Por causa de todos esses motivos, não corresponde somente ao direito do alemão honesto, mas até mesmo à sua obrigação, na luta contra este representante indigno do filme alemão, além do protesto, mostrar-se disposto também ao debate²⁸⁷.

Em seguida a esse episódio, produtores e distribuidores do filme “Unsterbliche Geliebte” (A Amante Imortal), com base em dispositivo do Código Civil alemão, § 826, BGB²⁸⁸, acionaram o Tribunal Estadual de Hamburgo, por meio de uma ação cautelar, com pedido de liminar, a fim de que Erich Lüth fosse obrigado a se abster imediatamente de conclamar o boicote ao filme.

Ao longo da batalha judicial travada, as razões invocadas pelos autores, inspiradas no Código Civil, tiveram acolhida em todas as instâncias²⁸⁹, com exceção apenas do Tribunal Constitucional Federal da Alemanha (Bundesverfassungsgericht), acionado pela via de uma reclamação constitucional impetrada por Erick Lüth.

O reclamante arguiu que a decisão favorável a Harlan violava seu direito fundamental à livre expressão do pensamento, previsto na Constituição alemã (art. 5 I 1 GG), e alegou que “os direitos fundamentais, enquanto direitos subjetivos com dignidade constitucional, seriam para o direito civil ‘causas [normativas] superiores de justificação’”²⁹⁰.

O que até o momento não passava de uma disputa entre atores privados, a ser ou não encaixada em tipo previsto na legislação civil alemã, transformou-se, com a compreensão que lhe conferiu o Tribunal Constitucional Federal, no paradigmático “Caso Lüth”, no qual, como sugerido pelo apelido, foram acolhidas as alegações de Erich Lüth de ofensa a seu direito fundamental.

A importância do caso, porém, não se deve às partes envolvidas; mas à linha de argumentação desenvolvida pela Corte Constitucional

²⁸⁷ SCHWAB, J. Ibid. p. 384.

²⁸⁸ “§ 826 BGB – “Quem, de forma atentatória aos bons costumes, infligir dano a outrem, está obrigado a reparar os danos causados” (Ibid., p. 385)

²⁸⁹ O tribunal Estadual de Hamburgo deferiu o pedido dos autores da ação, avalizado depois pelo Superior Tribunal Estadual de Hamburgo, tanto em sede cautelar quanto na ação principal. Ibid.

²⁹⁰ SCHWAB, J. Ibid., p. 386.

alemã para atribuir razão a Erich Lüth. De acordo com a Corte, para se afirmar que uma decisão judicial ofende um direito sediado na Constituição, é necessário antes afirmar a existência de um dever de observância desse direito quando da formação da convicção judicial.

Como, no caso, a decisão judicial amparou-se em norma do direito civil, seria necessário, ainda, considerar que a norma de direito fundamental em alguma medida determinasse uma compreensão diferente do dispositivo do Código Civil alemão, de tal forma que este não mais servisse de justificativa para a decisão judicial questionada.

Contra essa lógica, há o entendimento comum, fundado na construção histórica dos direitos fundamentais, de que os direitos previstos em uma Constituição constituem instrumentos de resistência do cidadão contra o Estado, a serem, portanto, invocados exclusivamente na hipótese de um conflito envolvendo o poder público. Nesta esteira, lembrou a Corte, a própria Reclamação Constitucional foi moldada pela legislação alemã como um remédio jurídico de proteção dos direitos fundamentais tão somente contra atos do poder público.

No Caso Lüth, entretanto, a Corte Constitucional alemã, sem propriamente afastar essa concepção tradicional dos direitos fundamentais, construiu outra dimensão para esses direitos, fundada, sobretudo, na ideia de que a Constituição alemã, não tendo a pretensão de se fazer neutra, “estabeleceu também, em seu capítulo dos direitos fundamentais, um ordenamento axiológico objetivo”²⁹¹.

Em outras palavras, ao lado da *dimensão subjetiva* dos direitos fundamentais, a qual tradicionalmente ilumina a posição jurídica do titular do direito frente ao poder público; a Corte Constitucional alemã situou uma nova perspectiva, uma *dimensão objetiva*, que, por sua vez, transparece a carga axiológica do direito, o sistema de valores que influencia na formação de todo o sistema jurídico e que, portanto, constitui parâmetro para todos os ramos do Direito, entre os quais se inclui o Direito Civil.

Segundo a argumentação do Tribunal Constitucional alemão, a

²⁹¹ Ibid., p. 387.

irradiação dessa carga axiológica dos direitos fundamentais para o direito privado é tanto mais visível na presença de normas de linguagem mais aberta no Direito Civil, ou “cláusulas gerais”, espécies de “porta de entrada” desses valores para o direito privado, as quais “remetem para o julgamento do comportamento humano a critérios extra-cíveis ou até critérios extrajurídicos, como os ‘bons costumes’”²⁹².

Nessas hipóteses, para que o aplicador da norma identifique o que é exigível, a partir das cláusulas gerais, em um caso concreto, faz-se necessário que tome por parâmetro o “conjunto de concepções axiológicas, as quais um povo alcançou numa certa época de seu desenvolvimento cultural e que foram fixadas em sua Constituição”²⁹³.

No Caso Lüth, portanto, consagrou-se o entendimento de que se um juiz, em sua decisão, deixa de observar a influência da Constituição sobre as normas de direito privado, ofende, a um só tempo, a dimensão objetiva do direito fundamental e, porquanto manifestação do poder público, a dimensão subjetiva do direito. A dimensão objetiva não substitui, mas, sim, reforça a dimensão subjetiva, contribuindo para um verdadeiro império da Constituição sobre as relações jurídicas.

Por conseguinte, fixou-se a ideia de que compete a uma Corte Constitucional avaliar se o “conteúdo axiológico” das prescrições constitucionais é observado nos mais diversos ramos jurídicos; de que uma Reclamação Constitucional pode levar à discussão de um Tribunal Constitucional uma decisão que não tenha, no caso concreto, ponderado corretamente o significado de um direito fundamental em face do valor do bem jurídico protegido pela lei geral aplicada.

Aplicando essas premissas ao próprio caso em que foram elaboradas, o Tribunal Constitucional Federal da Alemanha entendeu que a decisão da instância ordinária, que enquadrou as manifestações de Lüth como ofensivas aos bons costumes, desconheceu o especial significado do direito fundamental à livre expressão do pensamento, também aplicável na situação em que entra em conflito com interesse privado, posicionando-se, derradeiramente, pela procedência da Reclamação

²⁹² SCHWAB, J. *Ibid.*, p. 388.

²⁹³ *Ibid.*, p. 388.

impetrada por Erich Lüth.

Os principais parâmetros fixados, há mais de cinquenta anos, na oportunidade do Caso Lüth, podem ser, portanto, sintetizados da seguinte maneira: (1) é necessário conceber a Constituição como uma ordem objetiva de valores; (2) dessa concepção, decorre a dimensão objetiva dos direitos fundamentais, por meio da qual se pode chegar a uma eficácia desses direitos nas relações privadas; (3) novos métodos de interpretação constitucional se fazem necessários, como o da ponderação de direitos, tomados em seu aspecto axiológico ou como princípios, na hipótese de colisão.

Por meio dessa linha de raciocínio, o Caso Lüth se insurge como importante afirmação da influência da principiologia constitucional sobre as variadas esferas jurídicas, mediada por uma atividade judicial que tenderia, então, a necessário alargamento e centralidade²⁹⁴.

No Brasil, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, especialmente a partir das contribuições do Ministro Gilmar Mendes, evidenciam ampla repercussão desses parâmetros argumentativos²⁹⁵ e de seus refinamentos, por vezes, inclusive, priorizando teorias gerais de direitos fundamentais pouco conectadas com particularidades do contexto constitucional brasileiro²⁹⁶.

²⁹⁴ GRIMM, D. Judicial Activism. In.: BADINTER, R.; BREYER, S. (Orgs).

Judges in Contemporary Democracy. New York: NYU Press, 2004, p. 21-23.

²⁹⁵ Conferir, por exemplo, o voto do Min. Gilmar Mendes no RE 201819, no caso da União Brasileira de Compositores, no qual discorreu amplamente sobre a eficácia horizontal dos direitos fundamentais. BRASIL. STF, RE 201819. Rel. para acórdão Min. Gilmar Mendes.

²⁹⁶ Nesse sentido, encontra-se entre constitucionalistas brasileiros a reivindicação por um olhar menos genérico e mais contextual de direitos fundamentais no Brasil, capaz de reconhecer, face ao ambiente de ruptura democrática que inspirou a Constituição de 1988, posições preferenciais, de alguns direitos fundamentais, estabelecidas pelo constituinte brasileiro, como as das liberdades de expressão e de imprensa. Nesse sentido, conferir: LEITE, F. C. Liberdade de expressão e direito à honra: novas diretrizes para um velho problema. In: CLÈVE, C. M.; FREIRE, A. (Org.). *Direitos fundamentais e jurisdição constitucional: análise, crítica e contribuições*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 395-408.

3.1.4

Neoconstitucionalismo à brasileira

O discurso neoconstitucionalista, cujas linhas principais já foram explicadas nesse trabalho, recebeu uma versão brasileira, que vem se difundindo a passos largos, com o trabalho de divulgação de seus adeptos.

Nesse ponto, merece destaque o estudo de Luís Roberto Barroso, “Neoconstitucionalismo e a constitucionalização do direito”, pela ampla divulgação editorial que teve, determinante para a difusão do discurso neoconstitucionalista no Brasil²⁹⁷

Em suma: o neoconstitucionalismo ou novo direito constitucional, na acepção aqui desenvolvida, identifica um conjunto amplo de transformações ocorridas no Estado e no direito constitucional, em meio às quais podem ser assinalados, (i) como *marco histórico*, a formação do Estado constitucional de direito, cuja consolidação se deu ao longo das décadas finais do século XX; (ii) como *marco filosófico*, o pós-positivismo, com a centralidade dos direitos fundamentais e a reaproximação entre Direito e ética; e (iii) como *marco teórico*, o conjunto de mudanças que incluem a força normativa da Constituição, a expansão da jurisdição constitucional e o desenvolvimento de uma nova dogmática da interpretação constitucional²⁹⁸.

O autor toma a Constituição de 1988 como “marco histórico” brasileiro do que chama de “novo direito constitucional”, cumprindo a função que o constitucionalismo do pós-guerra exerceu para a Europa.

²⁹⁷ BARROSO, L. R. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito: o triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil. *Revista da EMERJ*, v. 9, nº 33, 2006. O texto foi reproduzido em sete revistas brasileiras entre 2005 e 2007 (http://biblioteca.senado.gov.br:8991/F/LI3XJGU261X1QHJ6PCL7X1RKNL6GPFYHBQRHKX1AN9RXPI7Y74-01194?func=full-set-set&set_number=015629&set_entry=000030&format=999), além de sua publicação em dois volumes coletivos e em vários sites da internet. Conferir também outros trabalhos que contribuíram para a difusão do discurso neoconstitucionalista no Brasil: BARCELLOS, A. P. de. Neoconstitucionalismo, direitos fundamentais e controle das políticas públicas. *Revista Diálogo Jurídico*, no 15, 2007. Disponível em: http://www.direitopublico.com.br/form_revista.asp?busca=ana%20paula%20de%20barcellos; MOREIRA, E. R. *Neoconstitucionalismo: a invasão da Constituição*. São Paulo: Método, 2008.

²⁹⁸ BARROSO, L. R. op. cit., p.57.

De acordo com Barroso, “sob a Constituição de 1988, o direito constitucional no Brasil passou da desimportância ao apogeu em menos de uma geração”²⁹⁹.

No que se refere ao “marco filosófico”, mais um eixo em torno do qual se constrói o neoconstitucionalismo brasileiro, Barroso afirma cuidar-se do “pós-positivismo”. Para o autor, o marco constitui uma síntese entre o que chama de pensamento positivista e o jusnaturalismo, a qual formula nos seguintes termos: “o pós-positivismo busca ir além da legalidade estrita, mas não despreza o direito posto; procura empreender uma leitura moral do Direito, mas sem recorrer a categorias metafísicas”³⁰⁰.

Por fim, quanto ao “marco teórico”, Barroso aponta três grandes diferenciais do pensamento neoconstitucionalista, os quais podem receber a síntese: *i*) consolidação da ideia de força normativa da Constituição³⁰¹; *ii*) superação da supremacia do Poder Legislativo em prol de uma supremacia da Constituição, via proteção da jurisdição constitucional³⁰²; *iii*) reconhecimento da necessidade de uma nova interpretação constitucional³⁰³.

Essa leitura contribuiu para se consolidar no Brasil uma oposição entre velhos e novos métodos interpretativos, sob a promessa de que os “novos” métodos conduziram a um império da Constituição³⁰⁴.

²⁹⁹ Ibid., p. 46.

³⁰⁰ Ibid., p. 47. Barroso insere, assim, como característica do neoconstitucionalismo, uma postura teórica que supera a positivista; mas há neoconstitucionalistas, como Carbonnel, Ariza e Comanducci que se opõem apenas à postura positivista epistemológica. Essa observação se faz importante para comentários que virão após a exposição do estudo de Barroso.

³⁰¹ “O debate acerca da força normativa da Constituição só chegou ao Brasil, de maneira consistente, ao longo da década de 80, tendo enfrentado as resistências previsíveis [...] coube à Constituição de 1988, bem como à doutrina e a jurisprudência que se produziram a partir de sua promulgação, o mérito elevado de romper com a posição retrógrada” (Ibid., p. 49)

³⁰² Ibid., p. 50.

³⁰³ Ibid. p.51 et seq.

³⁰⁴ “Uma das certezas mais difundidas no direito constitucional brasileiro atual está ligada à forma de interpretação da constituição. Nesse campo há uma divisão facilmente perceptível entre o arcaico e o moderno. *Arcaico* é crer que a interpretação da constituição deve ser feita segundo os cânones sistematizados por Savigny ainda na metade do século XIX. *Moderno* é condenar os métodos tradicionais e dizer que eles, por terem caráter exclusivamente privatista, não são as ferramentas adequadas para a interpretação da constituição. Ser *moderno* é, em suma, falar em *métodos* e *princípios* de interpretação *exclusivamente* constitucional” (SILVA, V. A. da. *Interpretação e sincretismo metodológico*. In.: *Interpretação Constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 116)

Quanto ao “marco filosófico” do neoconstitucionalismo, o caminho seguido por Barroso para explicar a ideia de pós-positivismo mostra-se, por vezes, delicado. O autor não retrata a distinção importante que positivistas, como Kelsen, realizam entre Direito e Ciência do Direito³⁰⁵. Assim, ao articular frases como “em busca da objetividade científica, o positivismo equiparou o Direito à lei, afastou-o da filosofia e de discussões como legitimidade e justiça [...]”³⁰⁶, dá ensejo a leituras caricatas do pensamento que pretende superar.

O neoconstitucionalismo de Carbonell, por exemplo, afasta-se de uma rejeição mais rápida ao deixar claro que a postura positivista que pretende superar é a metodológica, pretensamente neutra, contemplativa; e não a teórica, tendo em vista que os positivistas incorporam uma noção bem alargada de criação do Direito, da conexão entre Direito, Moral e Política.

A despeito dos reparos acima efetuados, o que mais interessa à presente investigação é a proposta neoconstitucionalista em torno do papel da jurisdição constitucional.

Na linha que tem sido difundido no Brasil, o discurso neoconstitucionalista propugna pela presença de uma nova “onda constitucional”, que, além de novas Constituições, trouxe um novo modelo, centrado na supremacia da Constituição, cuja proteção se atribui ao Judiciário. O adjetivo “novo” sugere contraposição a um modelo antigo, que, segundo Barroso, corresponde ao modelo de supremacia do Poder Legislativo³⁰⁷.

A partir da linguagem aberta ou substantiva da Constituição, sugere-se, tal como no Caso Lüth, que o Poder Judiciário realize uma leitura valorativa desse texto. No discurso neoconstitucionalista brasileiro, sugere-se, ainda, que a leitura valorativa realizada pelo Judiciário seria a nova e melhor via de se concretizar a supremacia constitucional.

³⁰⁵ “Se bem que a ciência jurídica tenha por objeto normas jurídicas e, portanto, os valores jurídicos através delas constituídos, as suas proposições são, no entanto – tal como as leis naturais da ciência da natureza – uma descrição do seu objeto alheia aos valores (*wertfreie*)” (KELSEN, H. *Teoria pura do Direito*. op. cit., p.89).

³⁰⁶ BARROSO, L. R. op. cit., p. 47.

³⁰⁷ BARROSO, L. R. op. cit. p. 50.

Trata-se de uma lógica de equiparação da supremacia constitucional à supremacia judicial, incorporada pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal³⁰⁸.

Voltando-se à percepção da magistratura brasileira, sobre protagonismo judicial, apurada na recente pesquisa da Associação dos Magistrados Brasileiros, compreende-se com maior facilidade a naturalização da presença do Poder Judiciário nas diversas dimensões da vida brasileira, pois incorporou-se a lógica de que essa presença corresponde, na verdade, à irradiação da própria constituição sobre os diversos domínios da vida pública e privada no país.

Pela premissa de uma “hiperconstitucionalização”, o neoconstitucionalismo forja uma lente juricêntrica, através da qual outras vias de concretização de direitos e garantias, que não a do protagonismo judicial, são desfocadas, obscurecidas³⁰⁹.

3.2

Jurisdição Constitucional e as promessas contramajoritária, representativa e iluminista

Mais recentemente, já compondo o quadro de Ministros do Supremo Tribunal Federal, Luís Roberto Barroso, para além de uma simples afirmação da supremacia judicial, passou a defender a legitimidade de três tipos distintos de atuação do Tribunal, sistematizados no artigo “A razão sem voto, o Supremo Tribunal e o governo da maioria”: a função

³⁰⁸ Rodrigo Brandão, em pesquisa já citada e específica sobre supremacia judicial, sinaliza essa incorporação, rastreando-a a partir do julgamento da ADI 2860, em conjunto com a ADI 2797, de 2006. Na oportunidade, o Tribunal assentou o entendimento de que “admitir a validade de lei frontalmente contrária à jurisprudência constitucional do STF equivaleria a liberar o legislador dos limites constitucionais que deveriam constranger a sua discricionariedade, tornando inviável a supremacia da Constitucional sobre as leis e o Estado de Direito”. (BRANDÃO, R. op. cit., p. 22)

³⁰⁹ SARMENTO, D. Neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades. In.: SARMENTO, D. *Filosofia e Teoria Constitucional Contemporânea*. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2009, p.136.

contramajoritária; a função “representativa” e uma função (ou “vanguarda”) iluminista³¹⁰.

Não se cuida de analisar, como no item anterior, tão somente a influência teórica de um discurso acadêmico amplamente difundido no Brasil, como o neoconstitucionalismo. As proposições discursivas a que este item se propõe a explorar correspondem à visão de um ministro do STF, a um olhar interno à Corte, sobre como ela atua ou deveria atuar.

Assim, independentemente do nível de recepção que essas proposições possam vir a ter no campo acadêmico, a incorporação institucional dessa percepção em alguma medida já está sinalizada com a simples pertença de seu defensor aos quadros do STF.

O artigo em questão é introduzido com uma referência a debate sobre o papel do Judiciário, ocorrido em 2011, na Universidade de Harvard, entre dois professores, ambos, de acordo com o autor, progressistas e comprometidos com o avanço social: o próprio Ministro Luís Roberto Barroso e o Professor Mark Tushnet³¹¹.

Na síntese que Barroso faz do debate³¹², Tushnet afirmaria que “só o Poder Legislativo é que poderia consagrar direitos e garantias”; ao passo que ele, em contraponto, diria que o “Legislativo deveria ter preferência em atuar. Mas, se não agisse, a atribuição seria transferida

³¹⁰ BARROSO, L. R. A razão sem voto: o Supremo Tribunal Federal e o governo da maioria. In.: VIEIRA, Oscar Vilhena; GLEZER, Rubens (Orgs.). *A razão e o voto: diálogos constitucionais com Luíz Roberto Barroso*. São Paulo: FGV Editora, 2017. Essa obra coletiva incorporou o artigo revisto pelo autor, a partir de reações de outros constitucionalistas, reações que compõem os demais capítulos da obra (conferir a interessante proposta editorial que a moveu, explicitada na apresentação feita por um de seus organizadores, Oscar Vieira). O texto original de Barroso foi publicado em 2015, a convite, na Revista Brasileira de Políticas Públicas (BARROSO, L. R. A razão sem voto: o Supremo Tribunal Federal e o governo da maioria. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, v. 5, Número Especial, 2015 p. 23-50. Disponível em: <https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/RBPP/article/view/3180>

³¹¹ Ibid.

³¹² Debate entre os mesmos dois professores ocorreu três anos depois, em 2014, no Brasil, em Congresso sobre o Futuro do Constitucionalismo realizado na Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais. Nesse debate, Barroso já havia circulado a ideia, posteriormente publicada, da legitimidade das três funções supostamente cumpridas pelo Supremo ao longo de sua história (função contramajoritária, representativa e a de “empurrar a história”, como uma “vanguarda iluminista”). A presente pesquisadora acompanhou in locu o debate, inclusive tendo tido a oportunidade de questionar o Min. Barroso, presencialmente, sobre a ideia de “vanguarda iluminista” (Conferir no vídeo produzido pela organização do evento, disponível em: [https://www.youtube.com/watch?v=f8FJHoYkhp8&fbclid=IwAR3Z195RyCrCqTS7fFITheIFZeti3664HaHund0erKHXhsPGlpMY9X9X0J0 - 1'29"50](https://www.youtube.com/watch?v=f8FJHoYkhp8&fbclid=IwAR3Z195RyCrCqTS7fFITheIFZeti3664HaHund0erKHXhsPGlpMY9X9X0J0 - 1'29)”).

para o Judiciário”³¹³. Ainda de acordo com Barroso, no debate em 2011, os professores “1 e 2”, respectivamente, Tushnet e ele, teriam divergido da seguinte forma:

– Professor 1: “A longo prazo as pessoas, por meio do Poder Legislativo, farão as escolhas certas, assegurando os direitos fundamentais de todos, aí incluídos o direito de uma mulher interromper a gestação que não deseja ou de casais homossexuais poderem expressar livremente o seu amor. É só uma questão de esperar a hora certa”.

– Professor 2: “E, até lá, o que se deve dizer a dois parceiros do mesmo sexo que desejam viver o seu afeto e seu projeto de vida em comum agora? Ou à mulher que deseja interromper uma gestação inviável que lhe causa grande sofrimento? Ou a um pai negro que deseja que seu filho tenha acesso a uma educação que ele nunca pôde ter? Desculpe, a história está um pouco atrasada; volte daqui a uma ou duas gerações?”³¹⁴

Segundo Barroso, o artigo procura lidar justamente com essa dualidade de perspectivas, a partir da qual busca legitimar três funções das Cortes Supremas (contramajoritária, representativa e iluminista).

Embora situe ambos os interlocutores do debate no campo progressista, a síntese que realiza da divergência acaba por sugerir que as premissas do atraso da história e do senso de urgência suscitado por questões salientes, como aborto, ações afirmativas e união homoafetiva, apenas seriam consideradas, ou suficientemente consideradas, na fala do “Professor 2”, ou seja, na fala do Professor/Ministro Barroso, a justificar e a legitimar as três funções por ele defendidas e a seguir detalhadas.

Segundo Barroso, em que pese supostamente contrariar o conhecimento convencional, as Cortes Constitucionais, em alguns cenários, ante a obstáculos do processo político majoritário, extrapolariam a função contramajoritária, cabendo-lhes garantir o “governo da maioria e a igual dignidade de todos os cidadãos”³¹⁵.

O que, de acordo com o Ministro, sustentaria essa conclusão seria a adoção de uma perspectiva democrática mais ampla do que “a mera expressão numérica de maior quantidade de votos”, ou, uma perspectiva

³¹³ BARROSO, L. R. Ibid.

³¹⁴ Ibid.

³¹⁵ BARROSO, L. R. Ibid.

que, para além desse aspecto formal, englobe uma dimensão substancial, “preservação de valores e direitos fundamentais” e uma dimensão deliberativa, “feita de debate público, argumentos e persuasão”.³¹⁶

Em outras palavras, resume o Ministro, a democracia contemporânea exigiria três elementos essenciais: “votos, direitos e razões”. A partir deles, são estruturados o artigo e a proposta do Ministro, sobre o papel legítimo das Cortes Constitucionais.

Resgatando o contexto histórico da Constituição de 1988, Barroso destaca a relutância inicial do Poder Judiciário brasileiro para assumir o papel que lhe havia reservado o texto constitucional, o que converge com a leitura adotada neste trabalho, segundo a qual o Supremo Tribunal Federal integrava as forças conservadoras fortemente presentes na disputa da constituinte de 1987-1988.

De acordo com o Ministro, esse quadro – ou disfunção, como prefere chamar – só começou a ser superado a partir de 2000, quando o STF progressivamente passou a se tornar “verdadeiramente, um intérprete da Constituição”. Não aponta o Ministro quais fatores, no marco temporal indicado, teriam contribuído para essa mudança. De toda forma, sugere que a partir desse marco teria havido demanda no plano da interpretação constitucional por maior sofisticação teórica.

Tendo em vista os anos em que foram inicialmente difundidos os trabalhos sobre neoconstitucionalismo no Brasil, é razoável compreender que o Ministro nesse ponto esteja a fazer referência a um movimento teórico que também ele ajudou a costurar, um movimento que reivindicava, como já se viu, uma superação dos métodos tradicionais de interpretação jurídica e uma expansão da jurisdição constitucional, justificadas pelo perfil substantivo do próprio texto constitucional.

Barroso, na sequência, perpassa o desenho institucional do Supremo, destacando as múltiplas competências que lhe foram atribuídas pela CF/88 e, em especial, o que situa ser a sua principal função, o exercício da jurisdição constitucional, a interpretação da Constituição seja nos processos subjetivos, seja nas ações de controle concentrado³¹⁷.

³¹⁶ Ibid.

³¹⁷ BARROSO, L. R. Ibid.

Ao ilustrar hipóteses de exercício regular da jurisdição constitucional, Barroso, sem qualquer ressalva ou ponderação, faz referência à regulamentação do direito de greve feita pelo STF como exemplo de saneamento de omissão institucional dos poderes. Isso demonstra que o Ministro situa a decisão judicial com perfil aditivo, decisão judicial que concretiza norma de forma geral e abstrata, tal como legislador positivo, como exercício ordinário de atividade de jurisdição constitucional³¹⁸ – compreensão oposta ao que se construiu nessa investigação.

É na perspectiva político-institucional, porém, e não a partir do desenho institucional do STF, que Barroso aponta dois tipos de atuação do STF no desempenho da jurisdição constitucional (comuns, segundo ele, a supremas cortes e tribunais mundo a fora), a saber, a contramajoritária e a representativa. Segundo o Ministro, a segunda atuação teria se tornado “não apenas mais visível como, circunstancialmente, mais importante.”³¹⁹

3.2.1

Promessa Contramajoritária

Sobre a atuação contramajoritária, Barroso não se alonga muito, limitando-se a pontuar que, a despeito de “resistências teóricas pontuais”, ao que faz referência a Tushnet e a Waldron, o papel contramajoritário do controle de constitucionalidade teria se tornado quase que universalmente aceito³²⁰.

De acordo com o Ministro a legitimidade democrática da jurisdição constitucional se assentaria em princípios de proteção dos direitos fundamentais e na proteção nas regras do jogo democrático e de vias de

³¹⁸ Ibid.

³¹⁹ Ibid.

³²⁰ BARROSO, L. R. Ibid.

participação política³²¹.

De um lado, essa legitimidade se alimentaria de um suposto “mínimo ético e reserva de justiça de uma comunidade política” – o que retoma a ideia de fórum de moralidade política, de Dworkin, situada na pesquisa como uma das referências do discurso neoconstitucionalista. De outro, alimentaria-se da necessidade de estado de vigilância (ou do “status de sentinela”, como prefere o Ministro), sobre o risco da tirania das majorias, de opressão das minorias³²².

O Ministro mobiliza dados levantados pela Secretaria de Gestão Estratégica do STF para sustentar a tese de que o Supremo tem exercido com muita parcimônia o papel contramajoritária, como se escolhesse, por consciência dos limites de sua legitimidade democrática, uma postura de autoconção e deferência aos atos dos outros poderes de estado. De acordo com esses dados, apenas 93 dispositivos de lei federal teriam tido a sua inconstitucionalidade declarada sob a vigência da Constituição de 1988³²³.

Para o Ministro, esse número seria pouco expressivo se considerado que no mesmo período 5379 leis ordinárias federais e 88 leis complementares foram editadas. Destaca o Ministro ainda que na maioria dos casos, o Supremo teria reconhecido a invalidade de dispositivos pontuais, sendo mantidas as partes mais substanciais dos dispositivos³²⁴.

Em termos puramente quantitativos, a sinalização de Barroso encontra respaldo em estudos empíricos mais remotos, sobre judicialização, já citados nesta pesquisa.

O Ministro, contudo, sublinha especialmente um aspecto qualitativo nessa caracterização. Afirma que nos casos mais emblemáticos de judicialização da política a posição do Supremo teria sido de deferência e autoconção. O Ministro, no ponto, faz referência justamente aos casos envolvendo a pesquisa com células tronco e a demarcação contínua de reserva indígena Raposa do Sol, tendo em vista que em ambos decidiu

³²¹ Ibid.

³²² Ibid.

³²³ Ibid.

³²⁴ Ibid.

pela preservação – e não pela invalidação formal – das leis e atos normativos questionados ³²⁵.

Como se demonstrou nessa pesquisa, a preservação de uma lei, mediante adoção da técnica de interpretação conforme à Constituição, prescrita pelo discurso neoconstitucionalista, em leitura mais crítica e estratégica, não pode ser tomada como sinônimo automático de autocontenção ou deferência. Pode, ao contrário, revelar, como se demonstrou nos dois casos citados, dimensão importante de comportamento ativista individual ou institucional.

3.2.2

Promessa Representativa

Além da atuação contramajoritária, Barroso sinaliza, como já visto, outra função exercida pelas Cortes, segundo ele, de ainda maior importância e visibilidade, a que ele chama de função representativa³²⁶.

De acordo com o Ministro, a política é um “gênero de primeira necessidade” em qualquer Estado democrático, apesar de estar globalmente associada a temas como disfuncionalidade, corrupção e captura por interesses privados³²⁷.

Para Barroso, a democracia representativa apresenta atualmente insuficiências “excessivamente óbvias para serem ignoradas”, o que colocaria a dificuldade de a vontade majoritária da população efetivamente se expressar por meio do sistema representativo. Por outro lado, argumenta o autor, juízes e tribunais em dadas situações teriam se tornado mais representativos dos anseios e demandas sociais, ao menos comparativamente às instâncias políticas tradicionais.

Para demonstrar o argumento, Barroso novamente mobilizou o caso das pesquisas com células-tronco embrionárias, alegando que

³²⁵ BARROSO, L. R. Ibid.

³²⁶ Ibid.

³²⁷ Ibid.

quando da aprovação pelo Congresso Nacional da Lei de Biossegurança o tema teria passado despercebido. Uma vez judicializado, porém, teria havido um debate nacional.³²⁸

Como decorrência de uma perspectiva mais ampla de democracia, a abarcar as dimensões representativa e deliberativa, a legitimidade do exercício do poder se daria por votos e por argumentos. Os poderes eleitos, de acordo com o Ministro, nem sempre representariam, apesar dos votos, a vontade majoritária, isso porque as instâncias políticas tradicionais enfrentariam falhas no processo eleitoral, estariam expostas a risco de captura de interesses por agentes econômicos e teriam a dinâmica por vezes alterada pela atuação de minorias como “veto players”, isto é, por obstrução do processamento da vontade majoritária³²⁹.

Com esse enquadramento crítico da democracia representativa, Barroso redireciona o foco para o Judiciário, afirmando não surpreender que este poder, em certos contextos, “seja o melhor intérprete do sentimento majoritário” Para sustentar essa maior representatividade do Poder Judiciário, Barroso combina a depreciação dos processos políticos tradicionais com a exaltação das instituições judiciárias³³⁰.

Retrata o recrutamento de juízes de primeira instância, por concurso, como causa de um suposto pluralismo e representatividade na composição desses órgãos, de um efeito “democratizador” do Judiciário: “significa que pessoas vindas de diferentes origens sociais, desde que tenham cursado um faculdade de direito e tenham feito um estudo sistemático e aplicado, podem ingressar na magistratura”. Os magistrados teriam ainda, a seu favor, a garantia da vitaliciedade, que os insularia das circunstâncias de curto prazo da política eleitoral e os blindaria de tentações populistas.³³¹

De outro lado, o Ministro associa a entrada na política “ordinária” a alto culto financeiro e, por isso, a frequentes parcerias com atores

³²⁸ BARROSO, L. R. Ibid.

³²⁹ Ibid.

³³⁰ Ibid.

³³¹ BARROSO, L. R. Ibid.

econômicos e empresariais. Nesse sentido, agiriam com muito menos independência do que os membros do Judiciário.

Com recurso à ideia de legitimidade discursiva, de Alexy, argumenta Barroso que as Cortes poderiam figurar como representantes argumentativas³³² da sociedade. Mobiliza dois julgamentos do STF, o da fidelidade partidária e do financiamento de campanha por pessoas jurídicas, para sustentar que o suposto exercício da função representativa poderia de alguma forma amenizar ou compensar uma atuação mais arrojada ou exorbitante do Judiciário.

[...] embora tenha sofrido crítica por excesso de ativismo, é fora de dúvida que a decisão atendeu a um anseio social que não obteve resposta no congresso [...] O STF, claramente, espelhando sentimento majoritário [...] a Corte acaba realizando, em fatias, de modo incompleto e sem possibilidade de sistematização, a reforma política que a sociedade tanto clama.³³³

Depreende-se do discurso acima a lógica de que eventuais comportamentos ativistas poderiam ser justificados e/ou legitimados a partir do exercício de um tipo específico de representação política, a representação pela via da argumentação.

3.2.3

Promessa Iluminista

Por fim, o Ministro Barroso apresenta a terceira e última função das Cortes Supremas, a ser, segundo ele, desempenhada apenas “ocasionalmente”, que é de “empurrar a história”, quando ela emperra³³⁴.

Em versões iniciais do artigo, e também em palestras, o Ministro Barroso havia utilizado a expressão “vanguarda iluminista” para fazer

³³² Conferir teorização sofisticada sobre as vias de uma função representativa pelo Judiciário em: ROSANVALLON, P. *Democratic Legitimacy: impartiality, reflexivity, proximity*. op. cit.

³³³ BARROSO, L. R. Ibid., p. 42

³³⁴ BARROSO, L. R. Ibid.

referência a essa última função. Na versão publicada na obra coletiva, porém, substitui a “vanguarda iluminista” por “papel iluminista”, para prestigiar, nas palavras do autor, uma forma “mais autocontida de expressar a mesma ideia”³³⁵.

Por sugestão de Oscar Vilhena Vieira, que teria lhe fornecido o “insight”, Barroso passou nessa última versão do artigo a reconhecer não mais o Judiciário como iluminista e sim a Constituição. Segundo ele, o intérprete apenas potencializaria essa faceta constitucional³³⁶.

De toda forma, o Ministro afirma se tratar de uma função perigosa, cujo exercício deve se dar com “grande parcimônia, pelo risco democrático que ela representa e para que as cortes constitucionais não se transformem em instâncias hegemônicas”³³⁷.

Para exemplificar essa função ocasional, Barroso cita o caso *Brown v. Board Education* (já analisado neste trabalho), bem como julgamento mais recente da Suprema Corte *estadunidense sobre casamento entre pessoas do mesmo sexo Obergefel v. Hodges* 576 U.S, de 2015, e vale-se de julgamentos de outros países também.

No contexto brasileiro, o Ministro faz referência ao julgamento das ADPFs 132 e 142, de Relatoria do Min. Carlos Ayres Britto, no qual a união homoafetiva foi equiparada às uniões estáveis heteronormativas, e também ao julgamento da ADPF 54, sobre interrupção da gestação de fetos anencefálicos³³⁸.

Argumentou o Ministro que talvez os resultados judiciais atingidos nesses casos não tenham representado a posição majoritária da sociedade, mas a atuação judicial estaria legitimada pela proteção de direito fundamental à igualdade³³⁹.

Barroso destacou que os dois casos por ele citados, em razão de serem supostamente mais polêmicos, teriam despertado amplo posicionamento crítico entre juristas, não em função do mérito, mas sim por uma compreensão de que seriam matéria de competência do

³³⁵ Ibid., nota de fim n. 80.

³³⁶ Ibid., nota de fim n. 80.

³³⁷ Ibid., p. 42

³³⁸ Ibid.

³³⁹ BARROSO, L. R. Ibid.

legislador. O Ministro rejeita essa compreensão, acusando-a de priorizar o princípio formal democrático em detrimento dos princípios materiais da igualdade e da dignidade da pessoa humana³⁴⁰.

Também foi situado como caso propício ao exercício do “papel iluminista” do Supremo o caso da alteração do registro civil de pessoa transgênero. À época da publicação do artigo, o RE 670422³⁴¹ ainda não havia sido julgado, mas já estava na pauta e com repercussão geral reconhecida.

O Ministro apontou que, por vezes, diante de avanços propostos por Cortes Supremas, ocorre uma reação na sociedade, conhecida nos E.U.A por *backlash*. No Brasil, identificou alguns casos pontuais de reação normativa a decisões do STF, a exemplo dos casos de foro por prerrogativa de função, taxas municipais de iluminação pública, progressividade de alíquotas de IPTU, cobrança previdenciária de inativos e definição de número de vereadores, sem avaliá-las³⁴².

Listou, por fim, diversos casos, separados por ramo jurídico, em que, de acordo com o Ministro, a decisão do STF teria contribuído para um avanço social no Brasil³⁴³.

³⁴⁰ Ibid.

³⁴¹ BRASIL. STF. RE 670422. Rel. Min. Dias Toffoli, 2018.

³⁴² BARROSO, L. R. Ibid.

³⁴³ “*Direito civil*: proibição da prisão por dívida no caso de depositário infiel, incorporando ao direito interno o Pacto de San Jose da Costa Rica. *Direito penal*: declaração da inconstitucionalidade da proibição de progressão de regime, em caso de crimes hediondos e equiparáveis. *Direito administrativo*: vedação do nepotismo nos três Poderes. *Direito à saúde*: determinação de fornecimento de gratuito de medicamentos necessários ao tratamento da AIDS em pacientes sem recursos financeiros. *Direito à educação*: direito à educação infantil, aí incluídos o atendimento em creche e o acesso à pré-escola. Dever do Poder Público de dar efetividade a esse direito. *Direitos políticos*: proibição de livre mudança de partido após a eleição, sob pena de perda do mandato, por violação ao princípio democrático. *Direitos dos trabalhadores públicos*: regulamentação, por via de mandado de injunção, do direito de greve dos servidores e trabalhadores do serviço público. *Direito dos deficientes físicos*: direito de passe livre no sistema de transporte coletivo interestadual a pessoas portadoras de deficiência, comprovadamente carentes. *Proteção das minorias*: judeus: a liberdade de expressão não inclui manifestações de racismo, aí incluído o antissemitismo. negros: validação de ações afirmativas em favor de negros, pardos e índios. homossexuais: equiparação das relações homoafetivas às uniões estáveis convencionais e direito a casamento civil. comunidades indígenas: demarcação da reserva indígena Raposa Serra do Sol em área contínua. *Liberdade de pesquisa científica*: declaração da constitucionalidade das pesquisas com células-tronco embrionárias. *Direito das mulheres*: direito à antecipação terapêutica do parto em caso de feto anencefálico; constitucionalidade da Lei Maria da Penha”. BARROSO, L. R. Ibid., p. 43-44.

Concluiu o Ministro que a jurisdição constitucional vem servindo bem ao país e que não deveriam ser desprezadas, em função de suposto temor imaginário, o que chamou de “potencialidades democráticas e civilizatórias de uma corte constitucional”. Enquadrou a crítica à atuação do STF como desejável e legítima, mas localizou-a como proveniente de campo insatisfeito com os resultados de algumas decisões³⁴⁴.

Como a listagem confeccionada pelo Ministro reúne decisões com acentuado viés progressista, é razoável supor que Barroso, então, demarca a crítica à atuação do STF como sendo de campo mais conservador, o que remonta o artifício inicial do artigo, mobilizado contra o “Professor 2, Tushnet. Quem não festeja o protagonismo judicial na verdade não se sensibiliza com o atraso histórico relativo a direitos de minorias, direitos sociais, trato da coisa pública, etc.³⁴⁵

Recorreu, ainda, a índices de aprovação no Brasil e no mundo nos quais a Corte Constitucional estaria mais bem posicionada do que o Legislativo, para relativizar as críticas baseadas em aspecto democrático formal. No caso brasileiro, citou pesquisa do Ibope, de 2012, de acordo com a qual o índice de confiança nos brasileiros no STF era de 54 pontos e no Congresso de 39³⁴⁶.

Retoma os exemplos de *backlash* sob a lógica do diálogo constitucional ou institucional, apontando que embora a Corte seja o intérprete final da Constituição, algumas situações poderiam reverter essa circunstância, quais sejam: emendas constitucionais superando o entendimento da Corte; devolução da matéria ao Legislativo com ou sem fixação de prazo pela Corte para a sua deliberação. Todo esse caminho argumentativo para recusar, finalmente, a tese da supremacia judicial³⁴⁷.

Segundo Barroso, o juiz constitucional não estaria autorizado a impor à sociedade suas próprias convicções. Pautando-se em parâmetros normativos e por valores civilizatórios, caberia-lhe interpretar o “sentimento social”, equilibrando as doses de prudência e de ousadia, sem timidez nem arrogância.

³⁴⁴ BARROSO, L. R. Ibid.

³⁴⁵ Ibid.

³⁴⁶ Ibid.

³⁴⁷ BARROSO, L. R. Ibid.

3.2.4

Promessas pelo alto

As ideias acima, defendidas por Barroso, não se limitam à sua percepção como constitucionalista da atuação da mais alta corte do país, não figuram apenas em suas palestras e trabalhos acadêmicos.

Como sugerido por esta pesquisa, o fato de o autor do texto compor o quadro de Ministros do STF já sinalizaria por si só potencial incorporação institucional desses elementos discursivos.

A incorporação já transcendeu, porém, a mera potencialidade. O Ministro Barroso tem adotado, em declarações públicas e em seus votos no Supremo, as principais ideias detalhadas em seu artigo.

Em evento organizado pelo jornal O Estado de São Paulo, em parceria com o Centro de Debates de Políticas Públicas (CDPP), Barroso se manifestou sobre um caso sensível cuja retomada na pauta no Supremo era então iminente: a prisão após decisão de segunda instância³⁴⁸.

Argumentou, na oportunidade, que o país poderia passar por uma crise institucional caso o STF não soubesse “corresponder aos sentimentos da sociedade” – em alusão direta à suposta função representativa do Supremo. Defendeu que a Corte deveria ouvir vozes externas para julgar e em tom de advertência (sobre o possível resultado do julgamento em questão):

Você pode, eventualmente, ser contramajoritário, mas se repetidamente o Supremo não consegue corresponder aos sentimentos da sociedade, vai viver problema de deslegitimação e uma crise institucional.³⁴⁹

³⁴⁸ Conforme notícia do próprio jornal disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-abr-02/barroso-stf-responder-aos-sentimentos-sociedade>

³⁴⁹ Ibid.

O julgamento das ADCs 43, 44 e 54³⁵⁰, sobre prisão após trânsito em julgado, foi concluído no dia 07 de novembro de 2019. Na ocasião, o Supremo, por maioria apertada de votos (6x5), decidiu pela procedência da ação, assentando a constitucionalidade do art. 283, do Código de Processo Penal, nos termos do art. 5º., LVII, da CF/88³⁵¹.

Os votos vencidos, favoráveis à prisão após decisão em segunda instância, ainda que não transitada em julgado, acenaram para a interpretação do dispositivo conforme à Constituição, uma interpretação conforme à Constituição curiosamente bastante distanciada da literalidade do texto constitucional.

O Ministro Barroso, entre os votos vencidos, retomou a ideia de uma função representativa do Supremo, entre outros argumentos, para justificar a superação da literalidade do texto constitucional. O trecho abaixo transcrito revela a reivindicação de uma capacidade judicial de identificar e representar o que segue chamando de “sentimento social”.

[...] opinião pública é um conceito volátil que muda com as nuvens, ela não serve de fundamento para interpretação de coisa alguma e menos ainda serve o clamor público. Os conceitos aqui relevantes são outros. São justiça, direitos fundamentais e interesse público [...] quando um cidadão de bem se sente indignado com a morte de uma criança por tiro de fuzil [...] ou com o desvio de milhões de reais por agentes públicos corruptos, não é de opinião pública que se trata, é a justa indignação do natural sentimento de justiça que todas as pessoas trazem dentro de si, e que unem as pessoas de bem e distingue as sociedades civilizadas das sociedades primitivas [...] compilando as ideias desenvolvidas pela teoria constitucional em todo o mundo, ideias pacíficas: primeira - o juiz não é um ser isolado do mundo, encastelado em uma torre de marfim, intérpretes de textos abstratos e indiferente à vida lá fora. Juízes têm o dever de ter janelas para o mundo, ter olhos para a realidade e a capacidade de identificar o sentimento social, passando-o obrigatoriamente pelo filtro da Constituição [...] a lógica de um juiz é certo ou errado, justo ou injusto, legítimo ou ilegítimo; a lógica de um juiz não é de amigo e inimigo³⁵².

³⁵⁰ BRASIL. STF. ADCs 43, 44 e 54, 2019. Informações divulgadas pelo site institucional, disponíveis em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5440576>

³⁵¹ “Art. 5o. LVII, CF/88: ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”(BRASIL. Constituição federal de 1988)

³⁵² Até o encerramento da presente pesquisa, o inteiro teor do acórdão ainda não havia sido publicado, de maneira as referências ao caso se dão a partir das notícias publicadas

Viu-se, nesse capítulo, que, para além da influência teórica do neoconstitucionalismo na naturalização do protagonismo judicial, uma percepção mais sofisticada e detalhada da atuação da jurisdição constitucional foi incorporada não apenas no discurso acadêmico de Barroso, mas no discurso institucional, por meio de sua atuação como Ministro do Supremo.

Nessa percepção, três promessas são lançadas em torno do ativismo judicial, as promessas contramajoritária, representativa e iluminista. Em conjunto, possuem na prática o efeito de potencialmente fornecer critério de acerto ou de legitimidade para toda e qualquer atuação do Supremo ou, de outro lado, de potencialmente invalidar, de antemão, toda e qualquer crítica às decisões da Corte. Sob esse sincretismo de critérios, legitimadores do Supremo, a Corte dificilmente erra, ou se excede³⁵³.

Na hipótese de invalidação de leis, acerta porque em tese protege algum direito fundamental ou princípio constitucional, porque age de forma contramajoritária. Em outras hipóteses, acerta porque representa a maioria, porque interpreta o sentimento social, com a vantagem, em relação às instâncias políticas tradicionais, de ser em tese mais independente, menos exposto a risco de captura. E, ainda, se, de forma “mais arrojada”, avança em reformas morais, sociais, por alguma razão ainda não enfrentadas pela política ordinária, acerta porque age como vanguarda iluminista ou potencializa o iluminismo da Constituição.

Se, contudo, a atuação suprema inspira *backlash*, ou reação forte em contrário da sociedade ou de outros poderes do Estado, é porque a Corte também acerta ao se colocar em relação dialógica com outros poderes estatais – diálogo constitucional ou institucional.

no site do STF e por transcrição própria do voto do Ministro, a partir de seu registro audiovisual, disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=T5TOSgUi6LU>

³⁵³ Nesse sentido, conferir as críticas contundentes de Diego Werneck ao artigo de Barroso. ARGUELHES, D. W. O Supremo que não erra. In.: VIEIRA, Oscar Vilhena; GLEZER, Rubens (Orgs.). *A razão e o voto: diálogos constitucionais com Luíz Roberto Barroso*. São Paulo: FGV Editora, 2017.

E, por fim, quem não compartilha do entusiasmo sobre essas promessas, em resumo, democráticas e civilizatórias, em torno da atuação de uma Corte Suprema, é porque ou não concorda com os resultados progressistas prometidos/atingidos, ou não se sensibiliza com a urgência dessas conquistas.

Há outras razões, insuficientemente consideradas na análise de Barroso, para uma postura crítica quanto às promessas de representação e vanguarda togadas.

No capítulo seguinte, será feito um contraponto teórico ao protagonismo judicial, com apoio no constitucionalismo popular, e, em função das promessas acima apresentadas, serão por fim sinalizadas armadilhas e estratégias em torno do ativismo judicial.

Ativismo Judicial entre armadilhas e estratégias

No artigo de Barroso, analisado no capítulo anterior, as teses defendidas pelo Ministro são estruturadas, como se viu, a partir da referência ao debate travado entre dois professores, Barroso e Tushnet, em 2011.

Na síntese do desacordo, sobre quem deve consagrar direitos e garantias, o “Professor 1”, Tushnet, parece se limitar à afirmação de uma reserva de atuação ao Legislativo, ao que o “Professor 2”, Barroso, reage apontando vicissitudes do sistema político, da representação política, e, por outro lado, ressaltando vantagens que o Judiciário apresentaria na execução da tarefa.

Ainda que as teses sejam mais elaboradas ao longo do artigo, o ponto de partida remete a uma tática bastante comum na Teoria do Direito e denunciada por Waldron, qual seja, a fórmula de se construir um retrato idealizado do julgar, incrementado com a depreciação do legislar³⁵⁴.

A fórmula, de fato, ou “falácia do espantalho”³⁵⁵, pode ser encontrada em diversas passagens do artigo, a exemplo de como são contrastadas por Barroso as portas de entrada para as duas instituições, Judiciário e Legislativo.

O Ministro, em relação ao recrutamento judicial, vale-se da lógica meritocrática³⁵⁶, do primado da técnica sobre a política, como se os

³⁵⁴ WALDRON, Jeremy. *A dignidade da legislação*. Trad.: Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p.2.

³⁵⁵ “[...] suspeito que o discurso predominante no direito constitucional brasileiro sobre a relação entre jurisdição e política incorra na falácia do espantalho – exagera-se na descrição das virtudes do judiciário e nos defeitos do parlamento” (SOUZA NETO, C. P. O âmbito material da representação discursiva pela jurisdição constitucional: um diálogo com Luís Roberto Barroso. In.: VIEIRA, Oscar Vilhena; GLEZER, Rubens (Orgs.). *A razão e o voto: diálogos constitucionais com Luíz Roberto Barroso*. São Paulo: FGV Editora, 2017).

³⁵⁶ YOUNG, M. *The rise of meritocracy: (1870-2033) an essay on education and equality*. Londres: Penguin Books, 1961. Na edição original dessa obra, o termo meritocracia aparece pela primeira vez, justamente na defesa de um primado da técnica sobre a política. O mérito é situado como associação entre talento e dedicação/esforço, avaliados a partir da performance obtida em processos objetivos de avaliação.

requisitos necessários à aprovação nos concursos para ingresso na magistratura fossem igualmente acessíveis entre homens, mulheres, brancos, negros, ricos, pobres, etc.³⁵⁷

Sobre a porta de entrada da carreira judicial, olhar contrafático³⁵⁸, barreiras invisibilizadas; já sobre a porta de entrada da carreira política, olhar determinista, barreiras irreversibilizadas³⁵⁹.

Essas e outras assimetrias³⁶⁰ de análise serão retomadas neste capítulo, na avaliação das armadilhas do ativismo judicial.

Antes, porém, é preciso sublinhar que a fórmula assimétrica utilizada por Barroso, no contraste entre Judiciário e Legislativo, talvez fosse em algum nível eficiente para um contraponto à defesa de uma supremacia legislativa.

Argumentos em defesa da dignidade do legislar, como os presentes na obra de Waldron³⁶¹, podem ajudar a desnaturalizar o protagonismo judicial, mas não constituem o único caminho possível e nem estão no centro da perspectiva de Tushnet, como foi sugerido no início do artigo do Barroso.

A disputa sobre qual o poder menos elitizado, sobre qual o poder mais virtuoso, mais representativo, para a construção da história

³⁵⁷ Conferir pesquisas empíricas sobre o recrutamento, as quais desautorizam a tese meritocrática, apontando que: “nem os melhores profissionais experimentados, nem os melhores egressos do sistema de ensino”; antes, são recrutados os que têm mais sucesso na feitura das provas, especialmente nas fases de questões de múltipla escolha” (FONTAINHA, F. et al. O concurso público brasileiro e a ideologia concursária. *Revista Jurídica da Presidência*, v. 16, n. 110, pp. 671-702, 2015, p. 693); bem como que: “possuir uma renda familiar alta redundava num efeito marginal positivo sobre a chance de aprovação” (CASTELAR, I. et al. Uma análise dos determinantes de desempenho em concurso público. *Economia Aplicada*, v. 14, n. 1, p.81-97, 2010).

³⁵⁸ Conforme será ainda explorado neste trabalho, o Judiciário segue sendo um poder elitizado, composto amplamente por homens brancos, casados ou em relações de união estável, com origem nos estratos sociais mais altos. CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Perfil Sociodemográfico dos Magistrados Brasileiros 2018. Disponível em:

<https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2019/09/a18da313c6fdcb6f364789672b64fcef_c948e694435a52768cbc00bda11979a3.pdf> Acesso em: 22 mar. 2019

³⁵⁹ A crítica neste ponto não é tanto sobre a descrição das barreiras de acesso às carreiras políticas, que seguem também sendo elitizadas por diversos fatores, mas ao tratamento determinista e simplista que recebem na análise. O Poder Legislativo brasileiro passou por ampla renovação quantitativa de seus quadros, inclusive com aumento significativo da bancada feminina, mas, na dimensão qualitativa, uma renovação complexa, que combina maior representatividade e crescimento de forças conservadoras. DEPARTAMENTO INTERSINDICAL DE ACESSORIA PARLAMENTAR. op. cit.

³⁶⁰ Conferir crítica em sentido semelhante em ARGUELHES, D. W. op. cit.

³⁶¹ WALDRON, J. op. cit., p.2.

constitucional – que, reconhece Barroso, é jurídica e é também política – em alguma medida compromete-se com a premissa de que essa construção se dê pelo alto.

A perspectiva de Tushnet, sobre a construção e vivência da Constituição, opõe-se, na verdade, a essa premissa, à ideia de que só há supremacia constitucional se um poder elitizado, seja ele qual for, salva o povo de si próprio.

Neste capítulo, serão retratadas as linhas gerais do constitucionalismo popular (item 4.1), movimento a que se filia a contribuição de Tushnet, como contraponto teórico ao protagonismo judicial, e serão por fim sinalizadas armadilhas e estratégias em torno do ativismo judicial (4.2).

4.1

Constitucionalismo Popular: para além do protagonismo judicial

Por “constitucionalismo popular”, compreende-se um movimento teórico, surgido na academia estadunidense, crítico ao protagonismo das elites na interpretação da Constituição – em especial, mas não apenas, ao da Suprema Corte, crítico, portanto, ao desacoplamento entre o Direito e o Povo. Diversos autores, como Mark Tushnet³⁶², Larry Kramer³⁶³, Akhil Amar³⁶⁴, Richard Parker³⁶⁵, entre outros que dão corpo ao movimento, reivindicam por linhas diversas a importância da interpretação constitucional para além dos muros das cortes, a centralidade do povo nesse processo.

Em “*The people themselves*”, uma das principais referências do constitucionalismo popular, Kramer dirige-se, ainda que de um lugar

³⁶² TUSHNET, M. *Taking the constitution away from the courts*. Princeton: Princeton University, 1999.

³⁶³ KRAMER, L. *The people themselves: popular constitutionalism and judicial review*. New York: Oxford University Press, 2004.

³⁶⁴ AMAR, A.; HIRSCH, A. *For the people: what the constitution really says about your rights*. New York: Simon & Schuster, 1998.

³⁶⁵ PARKER, R. *Here, the people rule: a constitutional populist manifesto*. Cambridge: Harvard University Press, 1994.

acadêmico, aos seus concidadãos. Questiona-os se estão confortáveis em entregar a sua Constituição a forças aristocráticas, se compartilham da falta de fé em si mesmos e em seus pares [ao seu ver, sugerida pelo protagonismo judicial], e se estão preparados para retomar integralmente as responsabilidades do autogoverno³⁶⁶.

Para o autor, essa é uma escolha a ser feita necessariamente pelo povo. Não está dada pelo texto Constitucional, nem pela história, nem pela tradição, nem pelo Direito. Vale-se por diversas vezes da primeira pessoa do plural, colocando-se também como parte do “nós, americanos”, a quem fundamentalmente dirige as provocações e proposições.³⁶⁷ “Nós”, diz Kramer, podemos escolher, por uma questão de fé constitucional, entregar o controle à Corte, torná-la “nossa” platônica guardiã a definir valores constitucionais, ou ficar com essa responsabilidade, mesmo que autorizando a Corte, como “nossa” agente, a tomar decisões³⁶⁸.

De toda forma, alerta o autor, para que haja alguma via de controle da Suprema Corte, o povo precisa antes reivindicar a Constituição para si. Essa reivindicação passaria por repudiar publicamente juízes que afirmam possuir a última autoridade de dizer o que a Constituição significa; bem como repreender publicamente políticos que insistem na submissão incondicionada ao que é decidido pela Suprema Corte. É preciso, portanto, recusar o argumento de que o Direito Constitucional seja muito complexo ou difícil para cidadãos comuns³⁶⁹.

O “povo” aparece na obra de Kramer não como categoria analítica abstrata, mas como um corpo coletivo com capacidade de ação e expressão independentes, manifestadas concretamente em distintos momentos da história dos Estados Unidos³⁷⁰.

Para Kramer, o Direito Constitucional é de fato complexo, mas essa complexidade, argumenta o autor, foi criada pelas Cortes e para as

³⁶⁶ KRAMER, L. op. cit., p.247.

³⁶⁷ A reflexão do autor volta-se ao contexto específico dos Estados Unidos. O uso, na obra de Kramer, como de resto em tantas outras, da expressão “americanos” (ou “norte-americanos”) como sinônima de cidadãos estadunidenses é naturalizado por uma cultura imperialista, que vale-se de lógica e léxico continentais para se referir à experiência de um país.

³⁶⁸ KRAMER, L. op. cit.

³⁶⁹ Ibid., p.248.

³⁷⁰ Ibid.

Cortes, por meio da judicialização. Para legitimar a autoridade judicial, seguem sendo ressaltados os aspectos técnicos de precedentes e argumentos jurídicos – aspectos que sofisticam as matérias³⁷¹. Não se rompe com essa lógica sem antes se recuperar o legado da Constituição como instrumento leigo, profano de governo; sem antes se rejeitar a ideia de Constituição como contrato de advogados.

É necessário, para o autor, insistir que a Suprema Corte é serva do povo estadunidense e não sua mestre, uma serva cujo conhecimento e seriedade merecem deferência, mas que em última análise deveria se curvar aos julgamentos do povo sobre o que a Constituição significa e não o contrário³⁷².

Após essas formulações críticas, o autor sugere, de forma mais concreta, que a Constituição estadunidense deixa espaço para reações políticas a uma Corte demasiadamente assertiva, tais como impeachment de juízes, corte de orçamento da Corte, desconsideração dos mandatos de seus integrantes, diminuição da sua competência, alteração de seus ritos, de sua composição, entre outras. Segundo ele, esses meios estão disponíveis e já foram usados para grandes feitos, quando necessário, e por admiráveis lideranças políticas na história dos Estados Unidos³⁷³.

A independência judicial, segundo Kramer, foi pensada em conexão com as funções ordinárias da Corte, sendo as prerrogativas de proteção salarial e mandato vitalício justificadas como mecanismos para se conter a influência do executivo e do legislativo na litigância ordinária. Com a expansão do poder judicial, porém, argumenta o autor, tornou-se evidente a necessidade de se compensar essa abertura, fortalecendo-se, por isso, a pauta por controle, transparência, “accountability”, com recurso às ferramentas políticas mais bruscas, citadas acima³⁷⁴.

Se em “*The people themselves*”, a supremacia judicial é retratada como uma crescente ameaça, a ser combatida inclusive com o uso de mecanismos que fragilizam a independência judicial; em “*Taking the Constitution away from the Courts*”, de Mark Tushnet, o *judicial review*

³⁷¹ Ibid.

³⁷² KRAMER, L. op. cit.

³⁷³ Ibid., 249.

³⁷⁴ Ibid., p. 250-251.

aparece como muleta política, sem a qual o Direito Constitucional poderia sobreviver³⁷⁵.

Nessa obra, que também se tornou referência do movimento do constitucionalismo popular, o autor trabalha a ideia de se tirar a Constituição das Cortes, de se extinguir o *judicial review*, não sob a premissa de que seja decisivo para o resgate ou ampliação do poder de autogoverno, mas de que possa colaborar no processo de difusão da responsabilidade constitucional³⁷⁶.

É disso que se trata o Constitucionalismo Popular para Tushnet, uma busca por distribuir entre toda a população a responsabilidade constitucional, o papel ativo de construção de direitos constitucionais, sem dependência de uma instituição que salve o povo de si mesmo³⁷⁷.

Nesse sentido, é que o autor estimula o exercício de se imaginar um mundo à época sem o controle de constitucionalidade. Inspirando-se na Constituição irlandesa, que expressamente proíbe a atuação de tribunais sobre os princípios diretivos da política social, Tushnet constrói uma hipótese de trabalho. Convida seus leitores a considerarem a seguinte proposta de emenda à Constituição dos Estados Unidos: “os dispositivos dessa Constituição não devem ser apreciados por nenhuma corte”³⁷⁸.

O autor, então, aborda o receio que a mera ideia de votação de uma emenda constitucional suscita no contexto estadunidense. Acusa os liberais de alimentarem um profundo medo em torno de escrutínios populares, de se entusiasmarem com o *judicial review*, muito mais do que a experiência recente³⁷⁹ poderia justificar, justamente em razão desse medo do povo³⁸⁰.

³⁷⁵ TUSHNET, M. *Taking the constitution away from the courts*. Princeton: Princeton University, 1999, p. 130.

³⁷⁶ TUSHNET, M. *Taking the constitution away from the courts*. op.cit., p. 174.

³⁷⁷ Ibid., p. 174.

³⁷⁸ Tradução nossa do original: “the provisions of this Constitution shall not be cognizable by any court” (Ibid., p. 175).

³⁷⁹ De um modo geral, as críticas que animaram o surgimento do constitucionalismo popular se situam no período de um ativismo conservador da Suprema Corte, conduzido pelo então *Chief of Justice* William Rehnquist.

³⁸⁰ TUSHNET, M. op. cit., p. 177.

O autor se debruça sobre os argumentos liberais contrários a reformas constitucionais³⁸¹ e demonstra que aquilo que se alega de temerário nas hipóteses de reforma constitucional pode também ocorrer nas mudanças informais do texto, nas reinterpretações realizadas pela Suprema Corte, voltadas à satisfação de determinados desejos políticos.

O problema apontado pelos liberais, portanto, não estaria na emenda em si, como alegam, mas na hipótese de as mudanças partirem do povo, hipótese que implicitamente associam a um maior potencial de erro. Tushnet, assim, denuncia que o raciocínio liberal, no contexto estadunidense do final do século XX, deixou-se construir por evidente sentimento antipopular³⁸².

Para o autor, uma vez existindo o *judicial review*, não é condenável que se busque, por meio da Suprema Corte, alcançar aquilo que se deseja politicamente, ainda que sob o pretexto de mera interpretação do texto constitucional. O que, porém, soa-lhe peculiar – e abertamente antidemocrático – é preferir esse caminho a descobrir diretamente o que o povo deseja ao tentar reformar a Constituição³⁸³.

O Constitucionalismo popular, em contraste, ao invés de subterfúgios de forma, ofereceria argumentos substanciais para se opor a específicas propostas de emendas à Constituição, sem constrangimento. Isso porque compreende que a Constituição pertence ao povo, aos que agem coletiva e politicamente, em diálogo uns com os outros, seja nas ruas, nas cabines de votação, seja mediante representação política³⁸⁴.

Depreende-se, assim, na análise de Tushnet, um sentido de povo semelhante ao empregado por Kramer, isto é, um corpo coletivo que se articula e se expressa de forma organizada³⁸⁵, seja por vias formais e

³⁸¹ Analisa, especialmente, as teses liberais de que quanto mais se emenda o texto constitucional, mais ele se aproxima de uma legislação ordinária, perde seu caráter especial de direito fundamental; de que emendas podem trazer incongruências à Constituição; e de que podem suscitar dúvidas interpretativas e conduzirem a mais judicialização. (Ibid., p. 177-180).

³⁸² TUSHNET, M. op. cit., p. 180.

³⁸³ Ibid., p. 180.

³⁸⁴ Ibid., p. 181.

³⁸⁵ Conferir análise do autor sobre a organização do povo, especialmente por meio de partidos políticos e via sociedade civil, em: TUSHNET, M. Popular Constitutionalism and political organization. *Roger Williams University Law Review*, n. 18, 2013.

institucionais (mídia, partidos políticos), seja por vias informais e não institucionais (manifestações, protestos nas ruas, etc.)³⁸⁶.

Tushnet adota em sua análise uma distinção entre “Constituição fina” (*thin constitution*) e “Constituição grossa” (*thick constitution*). A primeira corresponderia aos compromissos mais fundamentais do povo (Declaração de Independência e Preâmbulo da Constituição de 1787); já a segunda seria composta por normas mais específicas da Constituição, pelas emendas e jurisprudência que as adensam³⁸⁷.

A Constituição grossa, para Tushnet, é contingente, objeto de permanente interpretação e alteração pelos poderes estatais. Por outro lado, a Constituição fina (os compromissos fundamentais, imodificáveis, do povo) também requer atualização e é justamente nesse ponto que reside a formulação do Constitucionalismo Popular.

Dar continuidade à Constituição fina, estendê-la, em contexto de participação popular, de compromisso com autogoverno, é, para Tushnet, a base do projeto de Constitucionalismo Popular – permitir às próximas gerações a escrita da Constituição em suas próprias palavras³⁸⁸.

O autor adverte, contudo, para dois grandes riscos nessa compreensão. Um deles estaria em considerar a “Constituição fina” como uma semente, orgânica, de um processo que vai se conduzindo quase que espontaneamente na história, independentemente do que o povo realmente escolhe. Tushnet sublinha que se trata apenas de um projeto, que demanda diariamente renovação de compromisso, no exercício do autogoverno.

O outro risco é de abordagem comemorativa das escolhas já realizadas, como se integrassem um processo linear, ininterrupto, de supressão de todas as práticas inconsistentes com a Declaração³⁸⁹.

Para o autor, em uma perspectiva superficial de constitucionalismo popular, racismo, sexismo, nativismo seriam meros trechos infelizes da

³⁸⁶ Também aproxima-se desse sentido Richard Parker, para quem povo é conjunto de pessoas ordinárias, que se organizam coletivamente e assim buscam intervir nas ações de seu governo. (PARKER, R. *Here, the people rule: a constitutional populist manifesto*. Cambridge: Harvard University Press, 1994).

³⁸⁷ TUSHNET, M. *Taking the constitution away from the courts*. op. cit., p. 9.

³⁸⁸ TUSHNET, M. *Taking the constitution away from the courts*. op. cit., p. 181.

³⁸⁹ *Ibid.*

história estadunidense, meras aberrações no fundo reconhecidas por todos como inconsistentes com os princípios da Declaração, impostas eventualmente por conveniência política. Sob essa leitura, em circunstâncias políticas mais favoráveis, o povo estadunidense teria se movido para eliminar essas escrescências³⁹⁰.

De acordo com Tushnet, essa chave pode sugerir duas conclusões equivocadas: 1) a de que não há mais necessidade de trabalho duro, de luta, para completar o “projeto americano” (aberrações ficaram no passado); 2) e a de que injustiças ficarão automaticamente de fora do projeto, sem que seja necessário confrontá-las, conquanto seja endossado o projeto³⁹¹.

Tushnet alerta para o fato de haver um longo caminho na conclusão do Projeto da Declaração. Recomenda que defensores do Constitucionalismo Popular mantenham em mente, por exemplo, as falhas da economia estadunidense em atender às necessidades básicas de diversas pessoas. A insistência em descrever o Constitucionalismo Popular como simples concretização da “Constituição fina” pode prejudicar a capacidade de enxergar injustiças contínuas³⁹².

Além de arriscada, a abordagem comemorativa do autogoverno é, para Tushnet, equivocada, uma vez que não leva suficientemente a sério a própria história estadunidense. Uma narrativa constitucional real não pode, de acordo com o autor, deixar de fora seus trechos perversos, nem suavizá-los, deve seguir compreendendo-os como de sua responsabilidade, e assim pavimentando caminhos adequados de reparação e de transformação³⁹³.

O autor reconhece, portanto, que executar um projeto de Constitucionalismo Popular não é tarefa simples, envolve reconhecer que no exercício do autogoverno foram e serão feitas muitas escolhas inconsistentes com a demanda popular por agenda menos seletiva de direitos humanos³⁹⁴. Trata-se de retornar o Direito Constitucional ao povo

³⁹⁰ Ibid.

³⁹¹ TUSHNET, M. *Taking the constitution away from the courts*. op. cit., p. 183

³⁹² Ibid.

³⁹³ Ibid., p. 184.

³⁹⁴ Ibid., p. 187.

por meio da política. O povo, assim como as Cortes, pode dar respostas erradas a questões importantes. O Constitucionalismo Popular não oferece qualquer garantia de que se obtenham resultados políticos progressistas – mas, adverte Tushnet, o Direito Constitucional elitista também não o faz³⁹⁵.

Liberais tendem a defender a constitucionalização – e a possibilidade de discussão judicial – de tudo que reputam politicamente importante, mas esse repertório mostra limitações. Direitos sociais, mínimo existencial, por exemplo, não contam com a mesma disposição política do que a inspirada por temas relacionados às liberdades individuais, como o aborto. Por outro lado, conservadores tendem a defender a desconstitucionalização de praticamente tudo – e a possibilidade de se decidir tudo em jogo político ordinário³⁹⁶.

Para ambos os polos, tem-se uma Constituição principiológica, espaço em que a Corte decide (ainda que quase zerado, para conservadores); e uma política não principiológica, espaço em que meras preferências de maiorias democráticas decidem (ainda que quase zerado, para alguns liberais) . A lógica é a mesma, só havendo desacordo, segundo Tushnet, sobre onde se traçar a linha distintiva³⁹⁷.

O Constitucionalismo popular, por sua vez, recusa essa lógica, pois reconhece espaço para política orientada pelos Princípios da Declaração (ou “Constituição fina”), para um Direito Constitucional fora das Cortes³⁹⁸. Acredita que como regra o povo deva participar mais direta e abertamente da modelagem constitucional³⁹⁹.

Em escritos posteriores a essa obra, mais difundida, Tushnet segue construindo o Constitucionalismo Popular, mas sem se deter à hipótese de extinção do *judicial review*.

Em reação a críticas dirigidas à obra de Kramer, Tushnet reforça a abordagem histórica da participação do povo na construção do Direito Constitucional. Retoma a proposição de Kramer, de que o Direito

³⁹⁵ Ibid., p. 186.

³⁹⁶ TUSHNET, M. *Taking the constitution away from the courts*. op. cit., p. 187.

³⁹⁷ Ibid., p. 187.

³⁹⁸ Ibid., p. 187.

³⁹⁹ Ibid., p. 194.

Constitucional seja um tipo especial de direito, um Direito Político. Para Tushnet, as duas partes que compõem essa formulação, direito e política, são igualmente importantes na determinação e compreensão do Direito Constitucional⁴⁰⁰.

O Direito Constitucional, por ser direito, por vezes induziria aplicadores a tomarem decisões inconsistentes com suas preferências puras, aquelas a que dariam vazão na ausência de Direito. Seria também em boa medida retrospectivo, impondo a quem decide que olhe para decisões tomadas no passado, sejam elas evidenciadas pelo próprio texto constitucional, ou por precedentes judiciais. Nelas, seriam encontrados orientações e limites. Essa característica retrospectiva, segundo Tushnet, faz da análise jurídica um exercício interpretativo, de textos, de práticas, da história⁴⁰¹.

De acordo com Tushnet, a política, em contraste, seria em grande medida prospectiva: quem decide volta-se para o que seria melhor para a sociedade dali para frente, sem referência – essencial – a eventos e práticas pretéritos. Uma zona cinzenta inevitável dessa distinção entre os componentes jurídico e político do Direito Constitucional se insinuaria, segundo o autor, imediatamente. Ao contemplar o que seria melhor para a sociedade no futuro, aquele que decide acaba por consultar a sua própria compreensão do que funcionou bem ou mal no passado, uma consulta nem sempre explícita⁴⁰².

Ainda assim, a política pode, de acordo com o autor, envolver decisões que sejam inteiramente prospectivas. E, de outro lado, análises retrospectivas, interpretar o direito tal como já formulado, envolve por vezes avaliar consequências que possam advir da definição do direito de uma forma X ao invés de Y⁴⁰³.

Segundo Tushnet, ao agirmos politicamente, podemos nos engajar em uma atividade interpretativa. Nossas ações políticas são às vezes esforços para compreendermos quem somos enquanto povo, em quem

⁴⁰⁰ TUSHNET, M. Popular Constitutionalism as Political Law. *Chicago-Kent Law Review*, n. 81, p. 991-1006, 2006.

⁴⁰¹ TUSHNET, M. Popular Constitutionalism as Political Law. op. cit., p. 991-1006.

⁴⁰² Ibid., p. 991-1006.

⁴⁰³ Ibid.

nós nos constituímos ao longo da história. Para uma análise mais detida dessa ideia, Tushnet aponta que a resposta está sinalizada na obra de Kramer: olhar a história. O povo performa o Direito Constitucional como direito político por meio de suas mobilizações concretas ao longo da história⁴⁰⁴.

Na análise dessas mobilizações⁴⁰⁵, Tushnet faz referência a enfoques dialógicos⁴⁰⁶ de Direito Constitucional, que abordam o povo, as Cortes, o Legislativo e o Executivo, como se estivessem em uma conversa⁴⁰⁷. Entre essas abordagens, o autor aponta duas variáveis importantes: 1) a moldura temporal em que o diálogo ocorre; 2) quem sinaliza que o diálogo chegou ao fim⁴⁰⁸.

Segundo o autor, em uma abordagem mais tradicional da ciência política, de interação entre a Suprema Corte e os poderes políticos, identifica-se a ocorrência de um diálogo em moldura temporal relativamente longa. De Robert Dahl⁴⁰⁹ a Barry Friedman⁴¹⁰, nesse modelo a Corte aparece alinhada com concepções constitucionais mantidas por uma coalizão política que se sustenta no poder por considerável período de tempo⁴¹¹.

O alinhamento se dá por meio do processo de nomeação na Corte: na medida em que juízes mais velhos se aposentam ou falecem, são substituídos por novos que em tese compartilham as concepções

⁴⁰⁴ Ibid.

⁴⁰⁵ Em outro artigo, Tushnet se debruça sobre a organização dessas mobilizações, como já mencionado, vide nota de rodapé n. 24.

⁴⁰⁶ Para uma categorização mais completa sobre as diversas linhas de teorias dialógicas, conferir: BATEUP, C. A. The dialogic promise: assessing the normative potential of theories of constitutional dialogue (2005). *New York University Public Law and Legal Theory Working Papers*. Paper 11. Disponível em: <https://brooklynworks.brooklaw.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1378&context=blr> Acesso em 8 nov. 2016.

⁴⁰⁷ De acordo com Tushnet, uma vez que compreendemos que o constitucionalismo popular envolve líderes políticos tanto quanto pessoas ordinárias, vemos que o chamado departamentalismo (ou as teorias de diálogos constitucionais e/ou institucionais) é uma versão do constitucionalismo popular. (TUSHNET, M. *Taking Back the Constitution*. Ibid. p. 254)

⁴⁰⁸ TUSHNET, M. *Popular Constitutionalism as Political Law*. op. cit.

⁴⁰⁹ DAHL, R. *Democracy and its critics*. New Heaven: Yale University Press, 1989; DAHL, R. Decision-making in a Democracy: The Supreme Court as a National Policy-Maker. *Journal of Public Law*, n.6, p. 279-285, 1957.

⁴¹⁰ Especialmente em: FRIEDMAN, B. The Politics of Judicial Review. *Texas Law Review*, v. 84, n. 2, 2005. FRIEDMAN, B. Mediated Popular Constitutionalism. *Michigan Law Review*, v. 101, 2003.

⁴¹¹ TUSHNET, M. *Popular Constitutionalism as Political Law*. op. cit.

constitucionais da coalizão política dominante. Importa, nesse modelo, saber se a coalizão dominante se opõe ou não à supremacia judicial na interpretação constitucional ou apenas diverge de interpretações pontuais fornecidas por uma Corte que não controla⁴¹².

No final, a coalizão dominante aceita a supremacia constitucional, tendo em vista que, uma vez assumido o controle da Corte, passa a considerar irrelevante (ou menos relevante) a questão da supremacia⁴¹³.

Em abordagens que enfatizam o papel dos movimentos sociais na conformação do Direito Constitucional, tal como no Constitucionalismo Democrático de Robert Post e Reva Siegel⁴¹⁴, o diálogo aparece retratado em uma moldura temporal mais curta do que na do modelo dos cientistas políticos.

De acordo com essa visão, o povo influencia o Direito Constitucional de duas maneiras. Uma delas nos reconduz à visão dos cientistas sociais: os movimentos afetam a política eleitoral, que, por sua vez, afeta a composição das Cortes. A outra sugere que juízes, observando o movimento social e seus efeitos na mudança social, modificam suas concepções sobre o que a Constituição significa⁴¹⁵.

Nessa última abordagem, não há dependência de mudança na composição da Corte para haver uma mudança na interpretação constitucional, mas de toda forma converge, segundo Tushnet, para a abordagem tradicional, na medida em que também entende que a história acaba quando a Corte se alinha a essa interpretação.

Em referência a Ackerman⁴¹⁶, Tushnet aponta que há quem sugira moldura ainda mais curta para esse diálogo, marcada por alternância no tempo. Ao encarar um público mobilizado e seus líderes políticos, as Cortes abandonariam sua interpretação constitucional prévia e adotariam a oferecida por seus parceiros de diálogo (ou adversários)⁴¹⁷.

⁴¹² Ibid.

⁴¹³ Ibid.

⁴¹⁴ POST, R; SIEGEL, R. B. *Constitucionalismo democrático: por una reconciliación entre Constitución y Pueblo*. Tradução de Leonardo García Jaramillo. Buenos Aires: Siglo XXI, 2013.

⁴¹⁵ Ibid.

⁴¹⁶ ACKERMAN, B. *The Failure of the Founding Fathers: Jefferson, Marshall, and the Rise of Presidential Democracy*. Cambridge: Harvard University Press, 2005.

⁴¹⁷ TUSHNET, M. *Popular Constitutionalism as Political Law*. op. cit.

As interações que produzem a alternância no tempo ocorrem em período compacto, consistente com a metáfora de Ackerman⁴¹⁸ de “momentos constitucionais”, períodos curtos em que importantes desenvolvimentos políticos e constitucionais ocorrem. Nessa leitura, o mecanismo de mudança não é a persuasão, mas a submissão ou medo de que a falha na mudança possa produzir consequências severas para a Corte.

De acordo com Tushnet, nesta leitura também, como na abordagem tradicional, o diálogo termina quando a Corte converge com seus adversários. Para Ackerman, depois que a Corte faz o giro em sua interpretação, um novo período de política ordinária toma espaço até um novo momento constitucional⁴¹⁹.

O Constitucionalismo Popular se diferencia de todos esses modelos dialógicos. Aproxima-se do modelo de Ackerman quanto à variável temporal da interação entre intérpretes da Constituição. No Constitucionalismo popular, todos – as Cortes, os representantes políticos, pessoas mobilizadas – realizam de uma vez só a interpretação constitucional. As interações entre esses atores produzem Direito Constitucional. O elemento distintivo do Constitucionalismo Popular está na consideração de que as Cortes não possuem prioridade normativa dessa interação, conflito ou diálogo⁴²⁰.

Para os que defendem o Constitucionalismo Popular, não importa se, quando ou como as Cortes venham a aceitar a interpretação constitucional oferecida pelo povo. Às vezes, o “diálogo” acaba com o legislativo, executivo, o povo aceitando as decisões dos juízes. Em outras, com o legislativo e executivo seguindo seu próprio caminho, ignorando as interpretações arremessadas pelas Cortes e por apoiadores da supremacia judicial⁴²¹.

Esse aspecto do constitucionalismo popular causa desconforto a quem identifica conexão necessária entre clareza analítica e estabilidade

⁴¹⁸ ACKERMAN, B. *We the People: Foundations*. Cambridge: The Belknap Press of Harvard University Press, 1991.

⁴¹⁹ TUSHNET, M. *Popular Constitutionalism as Political Law*. op. cit.

⁴²⁰ Ibid.

⁴²¹ Ibid.

social. O Constitucionalismo popular não oferece categorias analíticas rígidas que sinalizem cenários decorrentes da hipótese de o povo, por meio dos legisladores, insistir em uma interpretação, o Executivo em outra e as Cortes em uma terceira. De acordo com Tushnet, as instituições políticas podem permanecer operando sem dificuldade em torno de vasto conjunto de assuntos, mesmo se em alguma questão houver um diálogo constitucional popular⁴²².

A abordagem de Kramer, do Constitucionalismo Popular na história dos Estados Unidos, sugere fortemente, segundo Tushnet, que o Constitucionalismo Popular pode ocorrer mesmo com razoável dose de estabilidade social. Mais do que isso, as interações do Constitucionalismo Popular não são inteiramente desestruturadas, valem-se de modos ordinários da ação política, com os quais pessoas comuns já estão familiarizadas. Ao se engajarem nesse tipo de diálogo, não se sentem, portanto, como se estivessem à deriva em suas vidas cotidianas⁴²³.

A mesma história sugere que tanto liberais quanto conservadores já se beneficiaram da supremacia judicial, como ocorre agora, com o controle republicano da Suprema Corte.

Quando esse controle da Corte é combinado a um controle intermitente do Congresso e da Presidência, tem-se um ponto de inflexão, que potencialmente produz uma nova ordem constitucional⁴²⁴.

A Suprema Corte estadunidense, em sua história mais recente, ajudou a avançar a agenda constitucional conservadora, mas o que fará na próxima década dependerá das escolhas políticas mais amplas do povo. Pós governo Trump, um Direito Constitucional conservador pode se reconstruir em novas linhas ou pode ser substituído por uma alternativa progressista⁴²⁵.

No passado, o alinhamento ideológico da Corte com uma coalizão política dominante nem sempre foi sinônimo de decisões judiciais favoráveis à coalizão, pois a Corte, por vezes, aproveitou-se de espaços abertos por divisões internas ao governo. Quanto maior, contudo, esse

⁴²² Ibid.

⁴²³ TUSHNET, M. Popular Constitutionalism as Political Law. op. cit.

⁴²⁴ TUSHNET, M. Taking back the Constitution. op. cit., p. ix.

⁴²⁵ Ibid., p. ix.

alinhamento, e mais acirrada a polarização política no país, maior a chance de um trabalho conjunto, em revezamento, entre os poderes afinados⁴²⁶.

Isso significa dizer que mesmo havendo alinhamento ideológico, por exemplo, entre Judiciário e Congresso, a atuação política da Corte não necessariamente recua, pois pode ser estratégico que a Corte realize um movimento político que o Congresso e a Presidência não teriam tempo de fazer.

Em países com federalismo e separação de poderes, há espaço para que as forças opostas à coalizão dominante – no caso estadunidense, os progressistas – implementem um pouco de suas próprias agendas nos estados, nas burocracias federais (com autonomia política) e, eventualmente, com manobras estratégicas, no Congresso. A Corte pode ser, então, demandada para sufocar essas iniciativas⁴²⁷.

Por outro lado, as concepções populares sobre o significado da Constituição, progressistas ou conservadoras, sempre exerceram grande papel na construção constitucional estadunidense, surgindo por vezes na vanguarda, em outras, retrocedendo, mas sempre presentes, articuladas por meio de partidos políticos e de movimentos sociais.

O Constitucionalismo Popular, independentemente da conjuntura política, expressa o compromisso de reivindicar esse papel contínuo do povo na interpretação da Constituição, um constitucionalismo vivido pelo povo e não monopolizado por juízes da Suprema Corte⁴²⁸.

4.2

Entre armadilhas e estratégias

Em que pese o Constitucionalismo Popular ser um movimento articulado no contexto estadunidense, pensado a partir da participação

⁴²⁶ Ibid., p. 111.

⁴²⁷ TUSHNET, M. Taking back the Constitution. op. cit., p. 111.

⁴²⁸ Ibid., p. 241.

popular do povo daquele país em sua história constitucional, esta investigação o mobiliza para um contraponto ao protagonismo judicial, especialmente pela associação, que no contexto brasileiro também se habilita, entre Poder Judiciário e elite.

Ao contrário do que o olhar contrafático de Barroso sugeriu, no artigo já analisado por esta pesquisa, a forma de recrutamento judicial brasileira está longe de produzir, por si só, qualquer efeito democratizador desse Poder. O item a seguir procura demonstrar a armadilha colocada pela suposta função representativa como rota legitimadora de decisões judiciais ativistas.

4.2.1

Aristocracia togada⁴²⁹

Conforme já sinalizado na pesquisa, o Ministro Barroso, para construir a promessa representativa, a legitimar, inclusive, decisões que, nos critérios adotados por esta pesquisa, devem ser consideradas ativistas, adota por premissa uma leitura idealizada do Poder Judiciário brasileiro, sob diversos fatores.

O primeiro deles está relacionado à forma como o Ministro compreende o recrutamento judicial, uma forma que de resto habita o imaginário de boa parte da comunidade jurídica. Como já pontuado na introdução ao presente capítulo, o Ministro incorpora a lógica meritocrática⁴³⁰, do primado da técnica sobre a política, pois trata os

⁴²⁹ Em referência à “aristocracia de toga”, termo usado por Merryman para se referir à magistratura francesa pré-revolucionária. Antes da Revolução Francesa, os cargos do sistema judicial eram considerados como propriedades que poderiam ser compradas, vendidas ou legadas. O próprio Montesquieu herdou um destes cargos, ocupou-o por uma década e depois o vendeu. Os juízes eram um grupo aristocrático que apoiava a aristocracia fundiária contra os camponeses, os trabalhadores urbanos e a classe média. (MERRYMAN, J.H. *A tradição da Civil Law: uma introdução aos sistemas jurídicos da Europa e da América Latina*. Porto Alegre, Sergio Antonio Fabris Editor, 2009, p. 216).

⁴³⁰ YOUNG, M. *The rise of meritocracy: (1870-2033) an essay on education and equality*. Londres: Penguin Books, 1961. Na edição original dessa obra, o termo meritocracia aparece pela primeira vez, justamente na defesa de um primado da técnica sobre a política. O mérito é situado como associação entre talento e dedicação/esforço,

requisitos necessários à aprovação nos concursos para ingresso na magistratura como se fossem igualmente acessíveis entre todas as pessoas, bastando talento e dedicação.

A lógica meritocrática poderia explicar, nesse sentido, a superioridade que o Ministro invoca das capacidades institucionais do Judiciário em relação à política ordinária. Por ter acesso, no sentido meritocrático, a um *habitus*⁴³¹ diferenciado, a uma visão de mundo superior, selecionada, o juiz estaria habilitado, por exemplo, a identificar e a **representar** o “sentimento social”.

Em seu voto no julgamento das ADCs 43, 44 e 54⁴³², o Ministro Barroso procurou distinguir entre “opinião pública”, que seria um conceito volátil, “clamor público”, outra noção demasiadamente profana; e o “sentimento social”, que exigiria uma filtragem técnica, a partir da Constituição⁴³³.

Pesquisas empíricas sobre o recrutamento judicial desautorizam, porém, a tese meritocrática, demonstrando que “nem os melhores profissionais experimentados, nem os melhores egressos do sistema de ensino” são os recrutados, mas sim “os que têm mais sucesso na feitura das provas, especialmente nas fases de questões de múltipla escolha”⁴³⁴.

Ocorre que o Ministro, ao mesmo tempo em que apela para uma racionalidade especializada (a de filtrar e representar o “sentimento

avaliados a partir da performance obtida em processos objetivos de avaliação.

⁴³¹ A pesquisa se vale do referencial teórico adotado, mais especificamente nesse ponto da categoria analítica do “habitus” de Bourdieu. “Habitus” seria uma visão de mundo adquirida por sujeitos que compartilham os mesmos espaços sociais, mecanismos de educação formal, familiar e religiosa, um sistema de referências que “orienta de maneira constante escolhas que, embora não sejam deliberadas, não deixam de ser sistemáticas e, embora não sejam ordenadas e organizadas expressamente em vista de um objetivo último, não deixam de ser portadoras de uma espécie de finalidade que se revelará post festum” (BOURDIEU, Pierre. *A economia das trocas simbólicas*. 5. ed. São Paulo: Perspectiva, 2005, p. 356).

⁴³² BRASIL. STF. ADCs 43, 44 e 54, 2019. Informações divulgadas pelo site institucional, disponíveis em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5440576>

⁴³³ “[...] Juízes têm o dever de ter janelas para o mundo, ter olhos para a realidade e a capacidade de identificar o sentimento social, passando-o obrigatoriamente pelo filtro da Constituição [...] a lógica de um juiz é certo ou errado, justo ou injusto, legítimo ou ilegítimo; a lógica de um juiz não é de amigo e inimigo”. Até o encerramento da presente pesquisa, o inteiro teor do acórdão ainda não havia sido publicado, de maneira as referências ao caso se dão a partir das notícias publicadas no site do STF e por transcrição própria do voto do Ministro, a partir de seu registro audiovisual, disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=T5TOSgUi6LU>

⁴³⁴ FONTAINHA, F. et al. op. cit.

social”), assentada na lógica meritocrática; apela para o seu “drástico efeito democratizador”.

Assim, independentemente de selecionar ou não “os melhores”, o concurso “vence” o voto porque possibilita a entrada de “pessoas vindas de diferentes origens sociais, desde que tenham cursado uma Faculdade de Direito e tenham feito estudo sistemático aplicado”. O próprio Ministro, porém, reconhece que esses concursos, pela alta competitividade, exigem “longa preparação”⁴³⁵.

A “longa preparação”, por sua vez, demanda privilégio de tempo, não é condição igualmente disponível a todas as pessoas. De acordo com outra pesquisa empírica sobre concursos públicos, “possuir renda familiar alta redundava em efeito marginal positivo sobre a chance de aprovação”⁴³⁶.

Não surpreende, portanto, que o Poder Judiciário seja composto pela camada privilegiada da sociedade.

De acordo com o perfil sociodemográfico dos magistrados brasileiros de 2018, realizado pelo Conselho Nacional de Justiça, o Judiciário segue sendo um poder elitizado, amplamente composto por homens (62%), pessoas brancas (80,3%), casados ou em relações de união estável (80%), que se declaram religiosos (82%) – especialmente católicos (57,5%), espíritas (12,7%) e evangélicos (6,2) –; com origem nos estratos sociais mais altos⁴³⁷.

Em relação a gênero, foi inclusive apontado pelas pesquisas do CNJ e da AMB um decréscimo de 34% no percentual de ingresso das mulheres entre 2010 e 2018⁴³⁸. O “drástico efeito democratizador” do concurso, apontado por Barroso, não guarda qualquer conexão com os fatos.

Além da predominância masculina na porta de entrada, há um aumento proporcional da presença masculina a cada degrau acima na

⁴³⁵ BARROSO, L. op. cit.

⁴³⁶ CASTELAR, I. et al. op. cit.

⁴³⁷ Os dados foram extraídos da pesquisa do CNJ, e batem também com outra pesquisa já mencionada no trabalho, da AMB. CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. op. cit.

⁴³⁸ “Portanto, no que se refere à tendência à feminização, o movimento ascensional em flecha que havia sido detectado há vinte anos, vem perdendo sua força desde 2010” VIANNA, L. W. et. al. op. cit.

carreira judicial, atingindo 82,4% entre Ministros de Tribunais Superiores. Há, portanto, mais barreiras na progressão de juízas do que de juízes⁴³⁹.

A corporação judiciária também constitui novos privilégios e poderes. A remuneração dos magistrados no Brasil os insere em situação econômica de extremo privilégio.

De acordo com levantamento comparativo feito por Felipe Castro e Marcelo Ramos, o menor salário mensal pago a um magistrado no Brasil, em média, corresponde a mais de 25 vezes o valor do **salário mínimo mensal** e a quase 12 vezes o valor do **salário médio mensal** do brasileiro⁴⁴⁰.

Essa posição privilegiada destoa da de magistrados de Portugal e da França⁴⁴¹, países que apresentam média salarial muito superior à da brasileira, e aproxima-se da posição da magistratura estadunidense – juízes estadunidenses ganham em média entre 3 e 7 vezes o salário médio nacional⁴⁴².

O levantamento registra também que ao se considerar a dinâmica de rendimentos no Brasil, os juízes aparecem no estrato econômico mais alto, ocupando a posição privilegiada junto a 0,5% da população mais abastada do país. Compor os quadros da magistratura brasileira significa, portanto, compor a elite econômica e partilhar padrão elevado de vida,

⁴³⁹ MARONA, M. C. Que magistrados para o século XXI? Desafios do processo de seleção da magistratura brasileira em tempos de novo constitucionalismo latino-americano. In: AVRITZER, L.; GOMES, L. et al. (Org.). *O constitucionalismo democrático latino-americano em debate: soberania, separação de poderes e sistema de direitos*. São Paulo: Autêntica, 2017.

⁴⁴⁰ “O menor salário líquido mensal pago, em média, a um juiz no Brasil representa *mais de vinte e cinco* vezes o valor do salário mínimo mensal, que em 2018 era de R\$ 958,00, e *quase doze* vezes o valor do salário médio mensal do brasileiro, que em 2017 era de R\$ 2.178,00.” (RAMOS, M. M; CASTRO, F. A. Aristocracia judicial brasileira: privilégios, habitus e cumplicidade estrutural. *Revista Direito GV*, v. 15, n. 2, 2019, p. 12-13) .

⁴⁴¹ “Na França, o salário de juiz no começo de carreira é de 2.958 euros, valor muito próximo do salário médio do país, de 2.998 euros. No fim da carreira, o salário de juiz pode chegar a 9.823 euros, o que representa *pouco mais de três* vezes o salário médio nacional. Em Portugal, onde o salário médio mensal é de 1.094 euros, o salário pago aos juízes varia entre 2.549 euros e 6.629 euros. Os magistrados ganham, pois, *entre duas vezes e meia e seis* vezes o salário médio do país”. Ibid.

⁴⁴² “A título de comparação, nos EUA, a circunstância de privilégio dos magistrados não é muito diferente. Enquanto o salário médio mensal de um americano é de US\$ 2.890, seus juízes federais ganham mensalmente entre US\$ 17.091 e US\$ 21.941. Os juízes estaduais ganham, conforme o Estado e a posição na carreira, entre US\$ 9.800 e US\$ 19.400”. Ibid.

bem como espaços de poder e de socialização acessíveis apenas a uma camada privilegiada muito restrita⁴⁴³.

Por essa razão, a elite judiciária tenderia a assumir interesses e compreensões de mundo semelhantes aos das elites política e econômica do país, potencialmente conservadores da ordem estabelecida⁴⁴⁴.

De acordo com Bourdieu, a prática do campo judicial acaba se orientando, no sentido estrutural, por afinidades com aqueles que detêm poder econômico e político: “a proximidade dos interesses e, sobretudo, a afinidade dos *habitus*, ligada a formações familiares e escolares semelhantes, favorecem o parentesco das visões de mundo”⁴⁴⁵. As decisões nesse campo, pela forma como se estrutura, “têm poucas probabilidades de desfavorecer os dominantes”⁴⁴⁶.

Em estudo das elites da Justiça, Frederico de Almeida, também com apoio nas noções de campo de Bourdieu, aponta que “as posições de elite são determinadas pela combinação cumulativa de capitais econômicos, culturais e próprios de cada campo”⁴⁴⁷, e não pela lógica do mérito, como sugerido por Barroso.

De fato, como sinaliza Bourdieu, aquele que detém diferentes tipos de capital tende a trabalhar para preservar e/ou aumentar seu patrimônio e, assim, sustentar ou melhorar sua posição no espaço social. Nesse processo, elites da burocracia do Estado tenderiam a invocar o mérito ou o dom, aferidos em concursos e/ou por títulos escolares, para justificar seus privilégios⁴⁴⁸.

Na pesquisa empírica “A quem interessa o Controle Concentrado de Constitucionalidade? O Descompasso entre Teoria e Prática na defesa dos Direitos Fundamentais”, Juliano Benvindo e Alexandre Costa se debruçaram sobre decisões proferidas nas ADIs julgadas pelo STF entre 1988 a 2012 e concluíram que a prática cotidiana do Supremo, no

⁴⁴³ Ibid.

⁴⁴⁴ Ibid.

⁴⁴⁵ BOURDIEU, P. op. cit., 2010, p. 242.

⁴⁴⁶ Ibid.

⁴⁴⁷ ALMEIDA, F. de. As elites da Justiça: instituições, profissões e poder na política da justiça brasileira. *Revista de Sociologia Política*, v. 22, n. 52, p. 77-95, 2014, p. 87.

⁴⁴⁸ BOURDIEU, P. *La nobleza de Estado: educación de elite y espíritu de cuerpo*. Tradução para o espanhol de Alicia Beatriz Gutiérrez. Buenos Aires: Siglo Veintiuno, 2013, p. 371.

exercício dessa competência institucional, é muito mais voltada à defesa de interesses corporativos e não, como costuma propagar a teoria constitucional, à defesa de direitos e garantias fundamentais⁴⁴⁹.

Ainda que o exame de decisões do STF em sede de ADIs não habilite, por si só, uma fotografia completa da atuação do Supremo, as conclusões acima mencionadas assumem especial relevo se considerada a tendência do próprio Tribunal em atribuir maior relevância à sua atuação no controle objetivo do que nas vias difusas⁴⁵⁰.

Não se quer, com esse enquadramento, sugerir que o Judiciário seja o único poder elitizado ou o mais elitizado do país. Radiografia da atual legislatura brasileira revela que a despeito de ampla renovação quantitativa dos legisladores, da pulverização partidária, em termos qualitativos, será o Congresso mais conservador desde a redemocratização no país⁴⁵¹.

O que se pretendeu com esse item foi apontar a armadilha de se atribuir ao Judiciário uma função representativa e com ela buscar legitimar seus possíveis excessos ao argumento de que seria um poder mais democrático, plural e representativo.

4.2.2

Representatividade via diálogo social

Se o Poder Judiciário não é por estrutura ou por forma de recrutamento um poder representativo, plural ou democratizado, em tese a sua abertura para um “diálogo com a sociedade” e/ou porosidade a diferentes perspectivas de mundo poderiam contornar esse problema e ampliar a legitimidade de sua atuação.

⁴⁴⁹ BENVINDO, J. Z.; COSTA, A. A. *A Quem Interessa o Controle Concentrado de Constitucionalidade? O Descompasso entre Teoria e Prática na Defesa dos Direitos Fundamentais*. Disponível em: <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2509541>

⁴⁵⁰ Conferir o argumento da prevalência do controle concentrado sobre o difuso no julgamento da Reclamação 4335. BRASIL. STF. Rcl 4335

⁴⁵¹ DEPARTAMENTO INTERSINDICAL DE ASSESSORIA PARLAMENTAR. op. cit.

A representação política de diversos setores sociais não se daria por presença nos quadros da Instituição – como de resto também não tem ocorrido nas instâncias políticas tradicionais⁴⁵² –, e nem por espontânea sensibilidade de seus quadros privilegiados e elitizados a agendas⁴⁵³ de grupos politicamente minoritários (ou minorizados).

A representação política por agenda poderia ser, contudo, impulsionada (e a argumentação judicial enriquecida) a partir da abertura da Corte Suprema à participação social, com o uso de instrumentos de diálogo social, a exemplo das audiências públicas e *amicus curiae*, que já integram a prática do Supremo.

O *amicus curiae* corresponde à presença processual de um terceiro, cuja intervenção no processo de tomada de decisão é habilitada com o objetivo de se incrementar a legitimidade técnica da decisão. O instrumento é utilizado principalmente por entidades associativas, que oferecem memoriais reforçando argumentos já presentes nos autos; apresentando dados ou elementos técnicos; prognoses e indícios de preferências políticas dos grupos de interesses que representam⁴⁵⁴.

A participação social via *amicus curiae* tem se intensificado cada vez mais e de algum modo contribuído para o aumento das alternativas de interpretação do processo de tomada de decisão da Corte. O ingresso polarizado, porém, da figura do *amicus curiae* pode levar a um desequilíbrio no jogo informacional, ampliando a assimetria argumentativa⁴⁵⁵.

Nota-se, no ponto, mais um campo propício para o ativismo na dimensão do poder judicial individual. A entrada do amigo do processo, ou do “amigo da parte”, fica amplamente condicionada a uma decisão discricionária de habilitação do Relator, que se porta por vezes de forma

⁴⁵² Ibid.

⁴⁵³ Conferir a distinção entre representação política por presença e por agenda presente na obra: BIROLI, F; MIGUEL, L. F. *Feminismo e Política*. São Paulo: Boitempo, 2014.

⁴⁵⁴ MEDINA, D. *Amicus Curiae: amigo da corte ou amigo da parte?* São Paulo: Saraiva, 2010.

⁴⁵⁵ Ibid., p. 170.

tão seletiva quanto um segurança bancário ao fiscalizar a entrada pela porta giratória⁴⁵⁶.

Por esta razão, as apostas no diálogo social recaíram mais sobre o instrumento da audiência pública, por acenar com maior potencial de incremento deliberativo e de legitimação democrática.

As audiências públicas, na esfera do Poder Judiciário brasileiro, foram inicialmente previstas por meio das Leis 9868/99⁴⁵⁷ e 9882/99⁴⁵⁸, que disciplinam o processo e julgamento, respectivamente, das ações diretas de inconstitucionalidade, ações declaratórias de constitucionalidade; e arguições de descumprimento de preceito fundamental.

No específico âmbito do Supremo Tribunal Federal, as audiências públicas foram regulamentadas a partir das alterações ao Regimento Interno do Tribunal⁴⁵⁹, conduzidas por meio da emenda regimental n. 29/2009.

Desde então, entre as competências e atribuições do Presidente do Tribunal e do Relator do respectivo processo, passou a figurar a possibilidade de convocação de audiência pública, “para ouvir o depoimento de pessoas com experiência e autoridade em determinada matéria, sempre que entender necessário o esclarecimento de questões ou circunstâncias de fato, com repercussão geral e de interesse público relevante [...]”⁴⁶⁰.

Por meio da mesma emenda regimental, foi também normatizado o procedimento das audiências públicas no Tribunal. Assim, o Presidente

⁴⁵⁶ Agradeço, no ponto, ao Professor Ribas por ter inspirado essa analogia em palestra proferida na Semana Jurídica da Faculdade Granbery, em Juiz de Fora, em 2009.

⁴⁵⁷ “Em caso de necessidade de esclarecimento de matéria ou circunstância de fato ou de notória insuficiência das informações existentes nos autos, poderá o relator requisitar informações adicionais, designar perito ou comissão de peritos para que emita parecer sobre a questão, ou fixar data para, em audiência pública, ouvir depoimentos de pessoas com experiência e autoridade na matéria”. (BRASIL. Lei 9868/1999. Art. 9º, § 1º).

⁴⁵⁸ “Se entender necessário, poderá o relator ouvir as partes nos processos que ensejaram a arguição, requisitar informações adicionais, designar perito ou comissão de peritos para que emita parecer sobre a questão, ou ainda, fixar data para declarações, em audiência pública, de pessoas com experiência e autoridade na matéria”. (BRASIL. Lei 9882/1999. Art. 6º, § 1º).

⁴⁵⁹ BRASIL. STF. Regimento Interno. Disponível em: http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/legislacaoRegimentoInterno/anexo/RISTF_Dezembro_2013_versao_eletronica.pdf Acesso em maio de 2014.

⁴⁶⁰ BRASIL. *Ibid.*, Art. 13, XVII, e 21, XVII.

ou o relator do processo, ao exercer a atribuição de convocar uma audiência pública, deve fazê-lo em observância das seguintes diretrizes regimentais:

I – o despacho que a convocar será amplamente divulgado e fixará prazo para a indicação das pessoas a serem ouvidas; II - havendo defensores e opositores relativamente à matéria objeto da audiência, será garantida a participação das diversas correntes de opinião; III – caberá ao Ministro que presidir a audiência pública selecionar as pessoas que serão ouvidas, divulgar a lista dos habilitados, determinando a ordem dos trabalhos e fixando o tempo que cada um disporá para se manifestar; IV – o depoente deverá limitar-se ao tema ou questão em debate; V – a audiência pública será transmitida pela TV Justiça e pela Rádio Justiça; VI – os trabalhos da audiência pública serão registrados e juntados aos autos do processo, quando for o caso, ou arquivados no âmbito da Presidência; VII – os casos omissos serão resolvidos pelo Ministro que convocar a audiência⁴⁶¹.

A primeira audiência pública no STF se deu antes mesmo da regulamentação do instrumento pela via regimental. Ocorreu no julgamento da ADI 3510, sobre pesquisas com células-tronco embrionárias, em 2007.

Na oportunidade, o Relator da ação, Min. Carlos Ayres Britto, determinou a expedição de convites⁴⁶² para alguns especialistas no tema, que, em suas manifestações, trouxeram argumentos técnicos diversos, havendo desacordo substancial, entre biólogos, geneticistas e outros especialistas, sobre o poder de regeneração da célula adulta e sobre a necessidade de uso de células-tronco embrionárias nas pesquisas científicas⁴⁶³.

O resultado desse julgamento foi analisado no capítulo 2, apontando-se comportamento ativista, na dimensão individual, por parte de Ministros que pretenderam moldar a lei de biossegurança, sugerindo a

⁴⁶¹ BRASIL. Ibid., Art. 154, III, parágrafo único.

⁴⁶² Informações disponíveis em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=598204#57%20-%20Despacho%20-%2016/3/2007>

⁴⁶³ Conferir notas taquigráficas, disponíveis em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=598460#60%20-%20Certid%20-%20de%20audi%20EAnca>

incorporação de condições substantivas na sua interpretação para que seguisse válida no ordenamento jurídico.

Desde a primeira audiência, é possível verificar um crescimento do número anual de audiências públicas pelo Tribunal. Algumas pesquisas e análises já se debruçaram sobre as audiências realizadas, movidas pela expectativa do diálogo social, como alternativa ao ativismo⁴⁶⁴; ou de um constitucionalismo popular mediado pela Corte⁴⁶⁵; ou de um incremento técnico-argumentativo⁴⁶⁶ do Supremo.

Convergem no diagnóstico de que falta muito para um efetivo caráter dialógico dessas audiências, seja pela inconstância das práticas e orientação dos trabalhos, sujeitas ao papel dominante do Relator⁴⁶⁷; seja pela pequena abertura para efetivo debate entre os participantes⁴⁶⁸; ou ainda porque o Supremo não lida suficientemente com os argumentos trazidos pelas partes em sua noção de ônus argumentativo⁴⁶⁹.

Mesmo que o Supremo venha a incrementar o caráter dialógico da dinâmica das audiências públicas, a participação social⁴⁷⁰ por essa via

⁴⁶⁴ VALLE, V. R. L. (Coord.). *Audiências públicas e ativismo: diálogo social no STF*. Belo Horizonte: Forum, 2012.

⁴⁶⁵ GODOY, Miguel. *Devolver a Constituição ao povo: crítica à supremacia judicial e diálogos institucionais*. Belo Horizonte: Fórum, 2017, E-book.

⁴⁶⁶ "A pesquisa pretende aferir se, diante de questões controversas, os Ministros e as Ministras do STF tendem a fundamentar seus votos centralmente em argumentos técnicos e científicos, os quais, uma vez levados ao Tribunal, passam a ter uma eficácia condicionante sobre o livre convencimento dos decisores, tendo em vista a alegada certeza e objetividade das informações especializadas" CAMARGO, M.; ANDRADE, M.C.; BURLAMAQUI, B.C. Fatos Legislativos, Audiência Pública e o Supremo Tribunal Federal: o poder da ciência no julgamento do caso da importação de pneus usados. *Revista Direito Público*, v. 15, p. 175-197, 2019, p. 194-196 Disponível em: <https://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/direitopublico/article/view/3188/pdf> Acesso em 08 nov 2019.

⁴⁶⁷ *Ibid.*, p. 238

⁴⁶⁸ *Ibid.*

⁴⁶⁹ ALMEIDA, E. M de. Legitimidade judicial e o argumento das partes. ALMEIDA, E. M de. Legitimidade judicial e o argumento das partes. In.: VIEIRA, Oscar Vilhena; GLEZER, Rubens (Orgs.). *A razão e o voto: diálogos constitucionais com Luiz Roberto Barroso*. São Paulo: FGV Editora, 2017, E-book. Em sentido semelhante: "apesar dos esforços para a promoção de uma audiência pública, para a qual são convocados especialistas em determinada matéria, nada impede que o que venha a prevalecer, no final, seja um estudo obtido por fonte diversa [...] em que pese a autoridade científica e a prova dos fatos, vale mais para o Direito a autoridade jurídica de que deles se utiliza (CAMARGO, M.; ANDRADE, M.C.; BURLAMAQUI, B.C., (Ibid.).

⁴⁷⁰ Rodrigo Brandão alerta no ponto sobre a necessidade de o Supremo buscar se legitimar não apenas caso a caso, mas de forma contínua, adquirindo assim o capital político da confiabilidade perante a opinião pública. BRANDÃO, R. O limitado estoque de decisões contramajoritárias na jurisdição constitucional. In.: VIEIRA, Oscar Vilhena;

ainda assim seria uma aposta em um diálogo social seletivo, dependente de duas sinalizações positivas pelo alto: a de a matéria ser considerada suficientemente controversa ou relevante para justificar a convocação da audiência e a de habilitação dos participantes.

Jane Reis e Rodrigo Brandão convergem sobre a necessidade de o Supremo ampliar a sua porosidade concreta⁴⁷¹ a diferentes argumentos e interesses, de buscar um processo contínuo de legitimação via participação social, como fonte de “accountability democrático” e não apenas caso a caso. Brandão sugere, ainda, que a participação social possa fornecer algum capital político ao Judiciário, inclusive para que supere ou confronte alguma opção legislativa interessante⁴⁷².

Em linha semelhante ao que Friedman chamou de “apoio difuso”⁴⁷³ ao judicial review estadunidense, Brandão adverte que o maior capital político da Corte não se atinge pontualmente, mas se acumula diante da confiabilidade perante a opinião pública.

Tendo em vista a correlação possível entre participação social e busca da Corte por capital político, para enfrentamentos institucionais, argumenta-se que a simples decisão por se convocar uma audiência pública pode, na proposta de enfoque estratégico de comportamento judicial, sinalizar uma predisposição do Ministro Relator para uma decisão ativista.

A pesquisa, portanto, aponta a necessidade de se acompanharem com atenção os resultados dos julgamentos em que são convocadas as audiências públicas.

Ainda para este ano estão previstas mais duas audiências públicas. Uma convocada pelo Ministro Gilmar Mendes, na ADC 51, sobre controle de dados de usuários por provedores de internet no exterior, com

GLEZER, Rubens (Orgs.). *A razão e o voto: diálogos constitucionais com Luiz Roberto Barroso*. São Paulo: FGV Editora, 2017, E-book.

⁴⁷¹ Como reivindicado em: PEREIRA, J. R. G. O Judiciário pode ser entendido como representante do povo? Um diálogo com “A razão sem voto” de Luís Roberto Barroso. In.: VIEIRA, Oscar Vilhena; GLEZER, Rubens (Orgs.). *A razão e o voto: diálogos constitucionais com Luiz Roberto Barroso*. São Paulo: FGV Editora, 2017, E-book.

⁴⁷² BRANDÃO, R. op. cit.

⁴⁷³ FRIEDMAN, B. Mediated Popular Constitutionalism. *Michigan Law Review*, v. 101, 2003.

data de realização estimada no dia 16 de dezembro de 2019; e outra convocada pelo Ministro Barroso, na relatoria do RE 1238853, prevista para o dia 9 de dezembro de 2019, sobre candidaturas avulsas, sem filiação partidária⁴⁷⁴ - temas sensíveis, em especial o último, pela conjuntura de ampla depreciação da política partidária.

4.2.3

Luz, câmera, jurisdição: o risco da atuação performática e do “populismo judicial”

Na defesa das funções representativa e de vanguarda iluminista para o Supremo, Barroso ainda argumenta que o Judiciário, por seu isolamento institucional à lógica eleitoral, estaria mais habilitado a representar a sociedade, sem os riscos de captura presentes na política ordinária.

Sobre o ponto, alerta Gustavo Binimbojm que, a partir da afirmação de função representativa às Cortes Constitucionais, altera-se, potencialmente, a “estrutura de incentivos políticos no regime democrático”. Isso porque a busca por apoio popular é própria de quem se propõe ao papel representativo, bem como o receio de reprovação pela opinião pública e meios de comunicação⁴⁷⁵.

Em outras palavras, ao lado da promessa representativa pode residir também a armadilha do “populismo judicial”⁴⁷⁶, potencializada por sua vez pela crescente exposição midiática do Supremo.

⁴⁷⁴ Informações extraídas do site institucional do STF, disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/audienciaPublica/audienciaPublica.asp?tipo=prevista>

⁴⁷⁵ BINENBOJM, G. Supremo, legitimidade democrática e incentivos políticos. In.: VIEIRA, Oscar Vilhena; GLEZER, Rubens (Orgs.). *A razão e o voto: diálogos constitucionais com Luiz Roberto Barroso*. São Paulo: FGV Editora, 2017, E-book.

⁴⁷⁶ A pesquisa emprega o termo “populismo” no sentido de uma atuação que flerta com o desejo de aprovação pelos meios de comunicação, uma atuação performada para agradar opinião pública mediada por canais de comunicação. O termo, porém, possui, especialmente na América Latina, uma gramática própria, influenciada especialmente pela obra de Francisco Weffort, nos seguintes termos: “O populismo, como estilo de governo, sempre sensível às pressões populares, ou como política de massas, que

Em 11 de agosto de 2012, foi criada no Brasil a primeira emissora no mundo a exibir uma programação exclusivamente relacionada ao Poder Judiciário, a TV Justiça. Nos termos da Lei 10461 de maio de 2002, criava-se assim um canal público e não-lucrativo de televisão, administrado pelo próprio Supremo Tribunal Federal, para divulgação dos atos do Poder Judiciário e outros correlatos.⁴⁷⁷

Com o objetivo de proporcionar transparência e aproximação da justiça constitucional com a sociedade, esse canal, de TV a cabo, transmite, ao vivo, sessões de julgamento e audiências públicas do tribunal, entre outras investidas como telejornal, boletins jornalísticos, programas didáticos, entrevistas e debates. Ao longo desse período, também foram criados, com a mesma finalidade, a Rádio Justiça (2004) e os canais institucionais "STF no YouTube" e "STF no Twitter".

Entre as inovações construídas e/ou adotadas pelo Brasil para divulgação dos atos do Poder Judiciário, a TV Justiça representa de longe a aposta mais alta, principalmente por permitir que se vejam e ouçam, em tempo real, sessões de julgamento do STF, sem a necessidade de se desbravar a capital do país, ou mesmo de sair de casa.

Mas qual o alcance dessa inovação? Qual seria o apelo da liturgia e dos bastidores de um processo decisório do Poder Judiciário para além das partes diretamente envolvidas?

buscava conduzir, manipulando suas aspirações, só pode ser compreendido no contexto do processo de crise política e de desenvolvimento econômico que se abre com a Revolução de 1930. Foi a expressão do período de crise da oligarquia e do liberalismo, sempre muito afins na história brasileira, e do processo de democratização do Estado que, por sua vez, teve que apoiar-se sempre em algum tipo de autoritarismo, seja o autoritarismo institucional da ditadura Vargas (1937-1945), seja o autoritarismo paternalista ou carismático dos líderes de massas da democracia do pós-guerra (1945-1964). Foi também uma das manifestações das debilidades políticas dos grupos dominantes urbanos quando tentaram substituir-se à oligarquia nas funções de domínio político de um país tradicionalmente agrário, numa etapa em que pareciam existir as possibilidades de um desenvolvimento capitalista nacional. E foi sobretudo a expressão mais completa da emergência das classes populares no bojo do desenvolvimento urbano e industrial verificado nestes decênios e da necessidade, sentida por alguns dos novos grupos dominantes, de incorporação das massas ao jogo político." WEFFORT, F. *O populismo na política brasileira. Rio de Janeiro*: Paz e Terra, 1978, p. 59.

⁴⁷⁷ Informações disponíveis em: <http://www.tvjustica.jus.br/> Esta lei, curiosamente, foi sancionada por um integrante do próprio STF, Ministro Marco Aurélio, que, durante o governo Fernando Henrique Cardoso, teve a oportunidade de exercer interinamente a Presidência da República.

Com a reivindicação crescente do Poder Judiciário como campo de novas possibilidades de representação política⁴⁷⁸, passam a incidir sobre essa Instituição demandas antes restritas aos âmbitos dos poderes tradicionalmente considerados políticos – legislativo e executivo. Os discursos pela independência e distanciamento do Poder Judiciário cedem espaço às cobranças por *accountability*⁴⁷⁹, transparência, publicidade, proximidade com a sociedade.

É natural, sob esse prisma, que se exija um acesso cada vez maior aos processos decisórios do Poder Judiciário, que se incrementa o interesse social pelas atividades e pelos integrantes dessa instituição.

No Brasil, a própria Constituição da República prevê, em seu art. 93, IX⁴⁸⁰, a regra da publicidade dos julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário. Ao contrário do que se passa em muitos sistemas constitucionais, nos quais as ações de inconstitucionalidade são julgadas em audiências privadas, as sessões de julgamento do Supremo Tribunal Federal possuem caráter público e os votos dos magistrados, ao menos oficialmente, só podem ser revelados nesse ambiente, ainda que venham a ser precedidos de pedido de vista⁴⁸¹.

Ao fim do julgamento, o acórdão, redigido pelo relator do processo ou por um condutor, é publicado, em versão impressa e digital, no Diário da Justiça, jornal de publicação diária e de circulação nacional da imprensa oficial brasileira. Além disso, disponibiliza-se o inteiro teor do julgamento, isto é, a íntegra de todos os votos proferidos e a transcrição de eventuais debates orais ocorridos na sessão, no site oficial do Supremo Tribunal Federal. Para além disso, os debates são transmitidos ao vivo pela “TV Justiça” e pela “Rádio Justiça”.

⁴⁷⁸ ROSANVALLON, P. op. cit. p. 07;

⁴⁷⁹ FILGUEIRAS, F. *Accountability e Justiça*. In.: AVRITZER, Leonardo [et al.]. *Dimensões políticas da justiça*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2013, p. 261-268.

⁴⁸⁰ Art. 93, IX, CF/88: “todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004).

⁴⁸¹ MENDES, G. F. Controle constitucional e processo de deliberação. *Revista Consultor Jurídico*, 12 de maio de 2011. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2011-mai-12/control-constitucionalidade-processo-deliberacao> Acesso em: 8 nov. 2016

Nos E.U.A, embora a Suprema Corte já libere a transcrição diária dos julgamentos e as gravações de áudio semanalmente, ainda há forte resistência por parte dos juízes em aceitar a presença de câmeras de vídeo na sala do tribunal, postura que é alvo de incompreensão por boa parte da sociedade, imprensa e comunidade acadêmica estadunidense.

Diante de tantas possibilidades de acesso às decisões da Suprema Corte, qual seria a razão de se fechar exclusivamente a porta para as câmeras de vídeo, quando todos os outros meios de publicidade tornam a Suprema Corte uma espécie de casa de vidro? ⁴⁸²

Uma iniciativa de projeto de lei para se inaugurar a prática de uma cobertura televisiva, ao vivo, das sessões abertas de julgamento da Suprema Corte não teve sucesso no Congresso dos Estados Unidos⁴⁸³.

Entre os juízes da Suprema Corte estadunidense, prevalecem preocupações relativas aos possíveis impactos das câmeras televisivas sobre o funcionamento da instituição⁴⁸⁴; o que em boa medida contrasta com o tom positivo do balanço até o momento realizado no Brasil, sobre o exercício de se produzir a justiça diante das câmeras⁴⁸⁵.

Com quase duas décadas completas de “TV Justiça” no Brasil, algumas impressões mais críticas já começam a se colocar em debate.

Um estudo quantitativo dos impactos da “TV Justiça” sobre os julgamentos do Supremo Tribunal Federal apurou dados interessantes no âmbito das Ações Diretas de Inconstitucionalidade: os votos tornaram-se mais longos na era “pós-TV Justiça”; a produção coletiva do Tribunal sofreu redução, ao passo que a produção individual dos Ministros sofreu aumento significativo. Esse estudo acertadamente teve o cuidado de não afirmar uma causalidade inequívoca entre o funcionamento da “TV

⁴⁸² WEST, Sonja R. The Monster in the Courtroom. In.: *The Brigham Young University Law Review*, 2013. Disponível em: http://lawreview.byu.edu/articles/1361462114_09.west.fin.pdf

⁴⁸³ Projeto de lei, janeiro de 2013: “Cameras in the Courtroom Act - Requires the Supreme Court to permit television coverage of all open sessions of the Court unless it decides by majority vote that allowing such coverage in a particular case would violate the due process rights of any of the parties involved”. Disponível em: <http://www.govtrack.us/congress/bills/113/hr96#summary/libraryofcongress>

⁴⁸⁴ Conferir coletânea de opiniões dos juízes, disponível em: <http://www.c-span.org/The-Courts/Cameras-in-The-Court/>

⁴⁸⁵ Ver documentário produzido pela própria TV Justiça, em comemoração aos seus 10 anos, com manifestações positivas de Ministros do STF, disponível em: <http://www.youtube.com/watch?v=CamBlfAuGQ>

Justiça” e os dados obtidos, tendo em vista em que não levou em conta outros possíveis fatores de impacto nas decisões analisadas⁴⁸⁶.

De todo modo, a partir dos dados apurados, o referido estudo conclui que os votos do STF estão mais referenciados ao grande público, e que essa circunstância poderia contribuir para uma maior legitimação do tribunal.

Pois é nessa derradeira conclusão, que o estudo parece assumir a delicada premissa de que a legitimidade do Supremo Tribunal Federal passa por uma sintonia entre a opinião pública e a decisão judicial.

Reside nesse exato ponto o grande perigo de se exercer o poder judicial diante das câmeras, isto é, o perigo da tentação populista, ou seja, de se tentar encarnar o sentimento mais profundo e real do povo, compreendido como uma verdade que se basta, e dispensa os desvios burocráticos da mediação processual⁴⁸⁷.

Ao flertarem com o desejo de aprovação pelos meios de comunicação, juízes são tentados ainda a incorporarem mais especificamente o “populismo penal midiático”, isto é, um discurso punitivista que explora a necessidade de maior rigor penal, a crença na impunidade, o combate à corrupção como virtude política⁴⁸⁸.

O público espectador corre, por sua vez, o risco de cair na armadilha da ilusão de um acesso livre à verdade⁴⁸⁹ produzida pelos juízes, que no Brasil ainda têm visível dificuldade em assumir a natureza política que em boa medida contorna a sua função.

A transmissão ao vivo dos julgamentos vende a sensação aos

⁴⁸⁶ FONTE, F. de M. Votos do STF são cada vez mais para o grande público. *Revista Consultor Jurídico*, 20 de maio de 2013. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2013-mai-20/felipe-fonte-votos-stf-sao-dirigidos-cada-vez-grande-publico>

⁴⁸⁷ GARAPON, A.; PAPAPOULOS, I. *Julgar nos Estados Unidos e na França: cultura jurídica francesa e Common Law em uma perspectiva comparada*. Trad.: Regina Vasconcelos. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 66.

⁴⁸⁸ Conferir, nesse sentido, por exemplo, discurso do Min. Gilmar Mendes ao tomar posse do cargo da presidência do Tribunal Superior Eleitoral, apelando a um sentimento nacional de rejeição à impunidade, conforme notícia disponível em: <https://www.conjur.com.br/2016-mai-12/pais-nao-aceita-impunidade-gilmar-mendes-posse-tse>. Na mesma linha, veja-se a referência feita pelo Min. Fux, ao votar sobre prerrogativa de foro, ao “clamor social de combate à corrupção e à impunidade”. Veja-se, ainda,

⁴⁸⁹ “Essas transmissões para mim representam transparência, porque não tem nada ali, senão a verdade, senão o acontecimento real ali” (frase dita por um dos cidadãos entrevistados no já citado documentário produzido pela TV Justiça, disponível em: <http://www.youtube.com/watch?v=CamBlfAuGQ>

espectadores de constituírem testemunhas oculares da produção da justiça, ofuscando-lhes a mediação realizada, a diferença entre o olhar despido e o olhar aparelhado⁴⁹⁰.

Impõe-se uma lógica de espetáculo aos juízes e demais atores, que, sabidamente observados, podem desencadear ações performáticas, administrando suas imagens e interesses diversos, sem necessariamente fazer prevalecer razão pública sobre razões privadas. Juízes são promovidos a celebridades, a salvadores da pátria⁴⁹¹, quase onipresentes pela via tecnológica. A aproximação prometida por meio da presença de câmeras nos tribunais pode ser em última análise falaciosa, na medida em que o objeto tende a se alterar diante do observador.

4.2.4

Litigância estratégica

Retomando-se a análise de discurso do protagonismo judicial, presente no texto do Min. Barroso, neste item será explorado o “senso de urgência” mobilizado pelo Ministro para legitimar a atuação judicial. Transcreve-se, novamente, o trecho em que esse elemento aparece:

[..] – Professor 1: “A longo prazo as pessoas, por meio do Poder Legislativo, farão as escolhas certas, assegurando os direitos fundamentais de todos, aí incluídos o direito de uma mulher interromper a gestação que não deseja ou de casais homossexuais poderem expressar

⁴⁹⁰ GARAPON, Antoine. Op. Cit., p. 66.

⁴⁹¹ Tem sido frequente o apontamento de Ministros do STF nas pesquisas e análises de intenções de voto para a Presidência da República. Min. Nelson Jobim, às vésperas das eleições de 2006 (Conferir matéria disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/fsp/brasil/fc0512200514.htm>); Min. Joaquim Barbosa, às vésperas das eleições de 2014 (Conferir matéria disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/poder/2014/03/1422658-joaquim-barbosa-diz-que-nao-sera-candidato-a-presidencia.shtml>); Min. Carmen Lúcia em pesquisa de dezembro de 2016, junto com o então juiz Sergio Moro (Conferir matéria disponível em: <http://datafolha.folha.uol.com.br/eleicoes/2016/12/1840614-lula-amplia-vantagem-no-1-turno-mas-perderia-disputa-direta-contra-marina.shtml>); e em 2018 matérias de jornais de 2018 (Conferir matéria disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/colunas/eliogaspari/2017/01/1849965-carmen-lucia-ocupavazio-e-desponta-como-possivel-candidata-em-2018.shtml>)

livremente o seu amor. É só uma questão de esperar a hora certa”.

– Professor 2: “E, até lá, o que se deve dizer a dois parceiros do mesmo sexo que desejam viver o seu afeto e seu projeto de vida em comum agora? Ou à mulher que deseja interromper uma gestação inviável que lhe causa grande sofrimento? Ou a um pai negro que deseja que seu filho tenha acesso a uma educação que ele nunca pôde ter? Desculpe, a história está um pouco atrasada; volte daqui a uma ou duas gerações?”⁴⁹²

No discurso do Ministro, a via judicial surge como resposta ao atraso da história, como alternativa a ser abraçada por quem tem a legítima pressa de se sentir finalmente considerado e representado.

O Ministro dialoga no ponto com o problema da falsa representação política⁴⁹³, com os obstáculos à participação na política comum de atores que ao menos formalmente contariam na tomada de decisão.

Daniel Sarmento, ao se debruçar sobre esse argumento do Ministro, converge no diagnóstico de que a via judicial, caso consiga incrementar a sua representação argumentativa, possa servir de importante alternativa à participação democrática de diferentes grupos sociais⁴⁹⁴.

O autor defendia⁴⁹⁵, para tanto, a releitura do art. 103, IX, no que se refere às entidades de classe, a qual acabou por ocorrer, conforme já sublinhado nesta pesquisa, por decisão monocrática do próprio Ministro Barroso.

Na conclusão de seu texto, Sarmento relatou episódio interessante que vivenciou no Grupo de Trabalho de Direitos Sexuais e Reprodutivos

⁴⁹² BARROSO, L. R. op. cit.

⁴⁹³ Para um aprofundamento desse ponto, na dimensão global, conferir: CITTADINO, Gisele; MACHADO, Joana. Direito e Política: um ensaio sobre o tempo e o espaço. In.: *Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito*. V. 8, N. 2., 2016. Disponível em: <http://revistas.unisinos.br/index.php/RECHTD/article/view/rechtd.2016.82.04>

⁴⁹⁴ SARMENTO, D. op. cit.

⁴⁹⁵ “[...]“é atualmente interpretado de modo a abranger tão somente as entidades que congregam categorias econômicas ou profissionais específicas, quando deveria ser lido de forma mais ampla e democrática, para abarcar também aquelas que representam grupos de outra natureza, como mulheres, grupos étnicos, minorias sexuais e religiosas, presidiários, populações sem-terra e sem-teto etc.” Ibid.

do Ministério Público Federal, por ele integrado. Sarmento havia sido encarregado de fazer a minuta de uma representação ao procurador-geral da República, com o objetivo de levar ao STF o tema do reconhecimento das uniões homoafetivas. De acordo com ele, o documento foi elaborado “em diálogo com colegas do grupo de trabalho e com diversas entidades do movimento LGBT, que haviam antes procurado o MPF para atuar nessa causa tão bonita e importante”⁴⁹⁶.

Segundo Sarmento, apesar do protocolo do documento em 2007, acompanhado por pareceres *pro bono* de Barroso e Gustavo Tepedino, a PGR, passado um ano, ainda não havia proposto a ação, nem dava sinais de que o faria. Como o Supremo ainda não havia superado o seu entendimento restritivo de entidade de classes⁴⁹⁷, era preciso pensar alternativas para a judicialização do tema. De acordo com Sarmento, foi devido a um bom contato entre um dos ativistas do grupo e o então governador do Estado do Rio de Janeiro, e a posição liberal desse último sobre o tema, que foi inspirada a estratégia de judicialização adotada⁴⁹⁸.

Foi dessa forma que se articulou, portanto, a ADPF 132, de autoria do governador do Estado do Rio de Janeiro. A ação foi julgada conjuntamente com a ADI 142, proposta mais tarde pela Procuradora-geral da República em exercício, Deborah Duprah. Ainda de acordo com Sarmento, esta última ação, que também teria se baseado no documento elaborado pelo grupo, em parceria com os movimentos sociais, foi proposta, ainda que contendo o mesmo pedido principal da ADPF n. 132, em razão da insegurança presente na primeira estratégia processual⁴⁹⁹.

Esse episódio ilustra o que vem sendo chamado de “litigância estratégica”, o uso estratégico/calculado de ações judiciais para a

⁴⁹⁶ Ibid.

⁴⁹⁷ SARMENTO, D. op. cit.

⁴⁹⁸ “[...] para a minha surpresa, Carlos Tufvesson – um bem sucedido profissional da moda que também é ativista do movimento LGBT – me disse que tinha ótimo contato com o então governador do Rio de Janeiro, Sérgio Cabral, cuja posição pessoal sobre a matéria seria liberal, e que achava que conseguiria convencê-lo a ajuizar a nocca ação [...] dias depois, Tufvesson me telefona, com a excelente notícia de que Cabral de fato aceitara promover a ação, que viria a ser realmente ajuizada em poucas semanas” Ibid.

⁴⁹⁹ “[...] à luz da jurisprudência do STF, era à época duvidosa a ‘pertinência temática’ da ação ajuizada pelo governador do Rio, já que ela se voltava precipuamente à discussão de normas federais sobre direito de família, incidentes em todos os estados da federação” Ibid.

efetivação de direitos de “diversos segmentos vulneráveis da sociedade”. Articula-se, em geral, a estratégias de comunicação e a práticas de “advocacy”, isto é, de uma representação política obtida por ações individuais ou coletivas no interior das diversas instituições políticas, para influenciar/pressionar a tomada de decisão⁵⁰⁰.

No Brasil, a litigância estratégica vem sendo conduzida, principalmente, por projetos de clínicas de direitos humanos de universidades, por serviços de assessoria jurídica universitária, de assessoria jurídica sindical, de assessoria jurídica de ONGs e de partidos políticos⁵⁰¹.

Escapa em muito ao objetivo da presente pesquisa mapear como esse uso calculado do judiciário brasileiro vem sendo feito por diversos atores sociais, políticos e acadêmicos, para, como compreende Sarmento, “dar voz a quem não tem voz”.

O presente item cumpre nesta investigação o papel de alerta sobre a incorporação do discurso do protagonismo judicial, por vezes de modo até fatalista, na compreensão desse importante instrumento de luta.

O litígio estratégico pode ser pensado com a ideia de que algumas conquistas se dão nos tribunais e não no debate sobre políticas públicas. Para isso, seria preciso ter capacidade de fazer essa advocacia dentro de tribunais. Especialmente nos casos de conquistas de minorias porque tanto parlamentos como governos são resultado de maiorias. Quem está no governo ou no parlamento é quem ganha a eleição, portanto, quem é maioria. É uma lógica de afirmação das maiorias e, em geral, as supremas cortes são **o lugar onde as questões das minorias podem ser defendidas e preservadas**. Isso é difícil de fazer nos governos e parlamentos, a não ser que eles queiram ouvir as minorias. Saber utilizar os tribunais para defender direitos que são controversos, que não estão sendo implementados, é **efetivamente o único jeito** [grifos nossos]⁵⁰².

A se compreender que *advocacy* é um meio interessante de

⁵⁰⁰ ARAÚJO, Ana Valéria. Entrevista. In.: FUNDO BRASIL DE DIREITOS HUMANOS. Litigância estratégica em direitos humanos: experiências e reflexões. Disponível em: <https://fundobrasil.org.br/wp-content/uploads/2016/12/litigancia-estrategia-1.pdf>

⁵⁰¹ ARAÚJO, A. V. Op. cit.

⁵⁰² Ibid.

representação política⁵⁰³, e que as vias da política ordinária estejam excessivamente embarceiradas, o “senso de urgência” pode legitimamente indicar a busca por outras vias de luta política, de resistência e até mesmo de novas conquistas sociais.

É fundamental, porém, que as armadilhas da via judicial sejam adequadamente consideradas, e que o ativismo judicial não seja naturalizado como a única via sensível a demandas contramajoritárias. Como se viu nessa pesquisa, não há dados que sustentem a conclusão de que o judiciário seja uma arena mais propícia a interesses de grupos sociais mais vulneráveis, a despeito de pontuais resultados em contrário.

Isso não impede, contudo, que a via judicial possa ser estrategicamente utilizada, como aposta provisória, consciente de seus riscos, para contornar entraves da dinâmica político-partidária⁵⁰⁴, para promover um maior debate público das agendas invisibilizadas pelas vias tradicionais⁵⁰⁵. Consideradas as armadilhas, os riscos de resistências⁵⁰⁶ ou de *backlash*⁵⁰⁷, o cálculo político da aposta na via judicial pode traduzir escolha consciente.

É preciso sublinhar ainda que, na litigância estratégica, a escolha “do que é estratégico” pode não ser tão representativa quanto se espere. Ainda que em geral seja articulada politicamente, junto a movimentos sociais, partidos políticos, há uma necessária mediação nessa escolha e nesse cálculo por atores do campo jurídico, a qual não necessariamente reflete o “senso de urgência” dos “de baixo”.

⁵⁰³ Para uma análise crítica da representação política via “advocacy”, conferir: MIGUEL, Luis Felipe. Representação democrática: autonomia e interesse ou identidade e advocacy. *Lua Nova*. São Paulo, 84: 353-364, 2011, p. 40 e ss. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/ln/n84/a03n84.pdf>

⁵⁰⁴ GINSBURG, Tom. *Judicial Review in New Democracies: Constitutional Courts in Asian Cases*. Cambridge: Cambridge University Press, 2003.

⁵⁰⁵ CARDINALI, D. C.. *A Judicialização dos Direitos LGBT no STF: limites, possibilidades e consequências*. 1ª ed. Belo Horizonte: Arraes, 2018.

⁵⁰⁶ Contra o uso do termo “backlash”, pela relação causal que estabelece: DINIZ, Debora; CARINO, Gisele. Não há ‘backlash’ provocado pelo feminismo. In: *Jornal El País*, 2019. Disponível em: https://brasil.elpais.com/brasil/2019/03/07/opinion/1551994753_797742.html Acesso em 9 mar 2019.

⁵⁰⁷ FALUDI, Susan. *Backlash: o contra-ataque na guerra não declarada contra as mulheres*. Trad. de Mario Fondelli. Rio de Janeiro: Rocco, 2001. Para uma análise no contexto brasileiro: FONTELES, Samuel Sales de. *Direito e backlash*. São Paulo: Juspodivm, 2019.

5

Conclusão

Em um contexto politicamente acirrado, o próprio Poder Judiciário é capturado de forma polarizada e seus comportamentos recepcionados como mera expressão de fatores externos ao Direito. Forja-se espaço para uma compreensão maniqueísta do ativismo judicial, pela qual o comportamento judicial é comemorado ou execrado exclusivamente em função do alinhamento ideológico de seu conteúdo.

Por outro lado, discursos jurídicos insistem em buscar conferir roupagem estritamente técnica a decisões que não se produzem por mera incidência da racionalidade científico-jurídica, mas que também se impactam por elementos de outros campos, como o político, o econômico, o religioso. Forja-se, por essa outra chave, espaço para uma compreensão neutra da via judicial, a ensejar expectativas desleais sobre um campo cuja lógica é bem mais complexa do que seus atores estão em geral dispostos a reconhecer.

A colaboração de Bourdieu sobre o campo jurídico, na qual a presente pesquisa se apoia, contribui para que se compreenda como o campo judicial se alimenta a um só tempo das lógicas dos campos político e científico, bem como a influência do *habitus*, do compartilhamento de uma formação escolar, de uma visão de mundo, sobre os comportamentos judiciais.

Com amparo nessa compreensão, a pesquisa buscou privilegiar o enfoque estratégico dos comportamentos judiciais, e contribuir com uma proposta multidimensional e contextual de ativismo.

Com o resgate da origem do termo ativismo judicial, demonstrou-se que essa chave de análise contribuiu, em seu contexto de origem, para fomentar uma cultura de acompanhamento e de reivindicação de comportamentos judiciais, o que sinaliza uma potencialidade.

A contextualização, que atravessou o movimento pendular do ativismo estadunidense, também revelou que a captura do ativismo judicial como um fenômeno historicamente progressista é reducionista, pois invisibiliza situações em que assumiu inequívoco viés conservador.

Contrastando-se distintas propostas de abordagem, especialmente as de perfil quantitativo, foi possível identificar diversos aspectos do comportamento judicial que merecem atenção, mas que sozinhos sinalizam apenas parte do problema.

Defendeu-se, no ponto, e com apoio no referencial teórico, a superioridade de uma abordagem qualitativa que se componha de múltiplas dimensões do comportamento judicial, de aspectos individuais e institucionais, reconhecendo-se o caráter dinâmico das relações entre os agentes do campo jurídico e de outros campos, como o político.

Para auxiliar na sinalização do comportamento ativista, a proposta construída nesta tese sugere que se observem os seguintes aspectos: (a) superação do sentido literal do texto interpretado; (b) superação de precedentes judiciais; (c) concretização de norma em casos de inconstitucionalidade por omissão; (d) alargamento dos próprios poderes/atribuições individuais ou institucionais; (e) modificação de pauta e/ou controle do “timing” da decisão.

Após filtragem da proposta multidimensional ao contexto brasileiro (ANC, CF/88), os critérios foram ilustrados por meios de estudos de caso da atuação do Supremo Tribunal Federal, nos quais foram ressaltados elementos individuais e institucionais do ativismo judicial.

Dessa forma, completou-se o ciclo da primeira etapa da pesquisa, ressignificando-se a gramática do ativismo judicial para o contexto brasileiro (capítulo 2).

Na segunda etapa da pesquisa, foram analisados elementos discursivos que naturalizam o protagonismo judicial no ambiente teórico e institucional brasileiros, como o movimento neconstitucionalista, a influência da jurisprudência alemã sobre a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e as promessas presentes nas manifestações do Min.

Barroso sobre as funções de uma jurisdição constitucional, a saber, as funções contramajoritária, representativa e iluminista (capítulo 3).

Na terceira e última etapa da pesquisa (capítulo 4), foram analisados elementos discursivos que se contrapõem ao protagonismo judicial, especialmente o movimento do constitucionalismo popular. Com esse contraponto, foi possível mapear e avaliar armadilhas e estratégias em torno do ativismo judicial brasileiro, considerando-se “quem é” o Poder Judiciário brasileiro; “quem tem voz” no Supremo Tribunal Federal; possível impacto das Câmeras sobre a justiça produzida pelo STF; e a mobilização estratégica da via judicial.

A pesquisa concluiu que não há elementos fáticos que sustentem no contexto atual a identificação do ativismo judicial como uma via que em abstrato e/ou estruturalmente seja mais propícia à defesa e garantia de direitos.

Analisando-se o perfil elitizado do poder judicial, comum aos Judiciários brasileiro e estadunidense, a pesquisa também conclui pela dificuldade de a via judicial se afastar do problema da má representação política. Alerta, ainda, para a armadilha do populismo midiático, a atrair ainda mais a dinâmica de incentivos políticos para o Tribunal.

Por fim, a pesquisa reconhece a aposta estratégica que movimentos sociais, em particular, têm buscado fazer, na via judicial, como forma de resistência ao acirramento das forças conservadoras no país, à necropolítica e à criminalização de ideias. Alerta, no ponto, para a necessidade de desnaturalização do protagonismo judicial e adequado dimensionamento dos riscos autoritários do ativismo judicial.

Espera-se contribuir para uma compreensão mais crítica da complexa lógica do campo judicial e, assim, evidenciar que não há caminho simples pelo alto ou atalho para o avanço da agenda civilizatória no país.

Nada impede, contudo, que jogadas no campo judicial, movidas por “senso de urgência”, com cálculo político, porém, menos idealizado, possam contribuir para a temporalização das disputas, para acautelar a possibilidade de vitórias mais sólidas, a longo prazo, no campo em que os

nossos traços coletivos mais perversos são escancarados e, apenas assim, enfrentados e superados – o campo político.

Referências Bibliográficas

ACKERMAN, B. **The Failure of the Founding Fathers**: Jefferson, Marshall, and the Rise of Presidential Democracy. Cambridge: Harvard University Press, 2005.

_____. The rise of world constitutionalism. **Yale Law School Occasional Papers**, Second Series, Number 3, Connecticut, 1997.

_____. **We the People**: Foundations. Cambridge: The Belknap Press of Harvard University Press, 1991.

ALBERT, R. Quasi-Constitutional Amendments. **Buffalo Law Review**. Vol. 65, 739, 2016. Disponível em: <<http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2844770>> Acesso em 8 nov. 2016.

ALEXY, R. Constitutional rights, balancing and rationality. **Ratio Juris**. v. 16, n. 2. jun, 3003.

ALMEIDA, E. M de. Legitimidade judicial e o argumento das partes. In.: VIEIRA, Oscar Vilhena; GLEZER, Rubens (Orgs.). **A razão e o voto: diálogos constitucionais com Luiz Roberto Barroso**. São Paulo: FGV Editora, 2017, E-book.

ALMEIDA, F. As elites da Justiça: instituições, profissões e poder na política da justiça brasileira. **Revista de Sociologia Política**, v. 22, n. 52, p. 77-95, 2014.

AMAR, A.; HIRSCH, A. **For the people**: what the constitution really says about your rights. New York: Simon & Schuster, 1998.

ARANTES, R. B. Constitutionalism, the expansion of justice, and the judicialization of politics in Brazil". In: SIEDER, et al (Eds.) **The Judicialization of Politics in Latin America**. New York: Palgrave: 2005.

ARAÚJO, A. V. Entrevista. In.: FUNDO BRASIL DE DIREITOS HUMANOS. **Litigância estratégica em direitos humanos: experiências e reflexões**. Disponível em: <<https://fundobrasil.org.br/wp-content/uploads/2016/12/litigancia-estrategia-1.pdf>> Acesso em: 8 nov. 2019

ARGUELHES, D. W.; RIBEIRO, L. M. Ministrocrazia: o Supremo Tribunal individual e o processo democrático brasileiro. **Revista Novos Estudos**

CEBRAP. Dossiê STF em discussão. V. 37, n. 01, Jan-Abr-2018.

ARGUELHES, D. W. O Supremo que não erra. In.: VIEIRA, O. V.; GLEZER, R. (Orgs.). **A razão e o voto: diálogos constitucionais com Luíz Roberto Barroso.** São Paulo: FGV Editora, 2017.

AVRITZER, L. et al (orgs). **O constitucionalismo democrático latino-americano em debate: soberania, separação de poderes e sistema de direitos.** Belo Horizonte: Autêntica, 2017.

BALEEIRO, A. **Constituições Brasileiras: 1891.** Brasília: Senado Federal e Ministério da Ciência e Tecnologia, Centro de Estudos Estratégicos, 2001.

_____. SOBRINHO LIMA, B. **Constituições Brasileiras: 1946.** Brasília: Senado Federal e Ministério da Ciência e Tecnologia, Centro de Estudos Estratégicos, 2001.

BALKIN, J.; LEVINSOS, S. Understanding the Constitutional Revolution. **Virginia Law Review.** 87, 2001.

BARBOSA, R. O Supremo Tribunal Federal na constituição brasileira. **Coletânea Jurídica.** São Paulo: Companhia Editorial Nacional, 1928.

BARCELLOS, A. P. de. Neoconstitucionalismo, direitos fundamentais e controle das políticas públicas. **Revista Diálogo Jurídico**, no 15, 2007. Disponível em: http://www.direitopublico.com.br/form_revista.asp?busca=ana%20paula%20de%20barcellos, Acesso em: 8 nov. 2017.

BARROSO, L. R. A razão sem voto: o Supremo Tribunal Federal e o governo da maioria. **Revista Brasileira de Políticas Públicas**, Brasília, v. 5, Número Especial, 2015 p. 23-50. Disponível em: <https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/RBPP/article/view/3180>> Acesso em 8 nov. 2017.

_____. A razão sem voto: o Supremo Tribunal Federal e o governo da maioria. In.: VIEIRA, Oscar Vilhena; GLEZER, Rubens (Orgs.). **A razão e o voto: diálogos constitucionais com Luiz Roberto Barroso.** São Paulo: FGV Editora, 2017, E-book.

_____. **Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática.** Disponível em: <http://www.oab.org.br/editora/revista/users/revista/1235066670174218181901.pdf>> Acesso em abril de 2012.

_____. Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito: o triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil. **Revista da EMERJ**, v. 9, nº33, 2006.

BATEUP, C. A. The dialogic promise: assessing the normative potencial of theories of constitutional dialogue. **New York University Public Law and Legal Theory Working Papers**. Paper 11, 2005. Disponível em: <<https://brooklynworks.brooklaw.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1378&context=blr>> Acesso em 8 nov. 2016.

BELKNAP, M. R. *The Supreme Court under Earl Warren, 1953-1969*. Columbia: University of South Carolina Press, 2005.

BENVINDO, J. Z. A “última palavra”, o poder e a história: o Supremo Tribunal Federal e o discurso de supremacia no constitucionalismo brasileiro. **Revista de Informação Legislativa** Ano 51 Número 201 jan./mar. 2014.

BICKEL, A. **The least dangerous branch: the Supreme Court at the bar of politics**. New Haven: Yale University Press, 1986.

BINENBOJM, Gustavo. Supremo, legitimidade democrática e incentivos políticos. In.: VIEIRA, Oscar Vilhena; GLEZER, Rubens (Orgs.). **A razão e o voto: diálogos constitucionais com Luiz Roberto Barroso**. São Paulo: FGV Editora, 2017, E-book.

BIROLI, F.; MIGUEL, L. F. **Feminismo e Política**. São Paulo: Boitempo, 2014.

BLACK, C. The principle of stare decisis. **American Law Register**, 34, 1886.

BORK, R. At Last, an End to Supreme Court Activism. **New York Times** (ago 29), 1990.

BOURDIEU, P. **A economia das trocas simbólicas**. 5. ed. São Paulo: Perspectiva, 2005.

_____. **La nobleza de Estado: educación de elite y espíritu de cuerpo**. Trad. de Alicia Beatriz Gutiérrez. Buenos Aires: Siglo Veintiuno, 2013.

_____. **O Poder Simbólico**. Trad.: Fernando Tomaz. 14 edição. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2010.

BRANDÃO, R. O limitado estoque de decisões contramajoritárias na jurisdição constitucional. In.: VIEIRA, Oscar Vilhena; GLEZER, Rubens (Orgs.). **A razão e o voto: diálogos constitucionais com Luiz Roberto Barroso**. São Paulo: FGV Editora, 2017, E-book

_____. **Supremacia Judicial versus Diálogos Constitucionais**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012.

CALDEIRA, G. A. Neither the purse nor the sword: dynamics of public confidence in the Supreme Court. **American Political Science Review**, 80, 1986.

CAMARGO, M.; ANDRADE, M.C.; BURLAMAQUI, B.C. Fatos Legislativos, Audiência Pública e o Supremo Tribunal Federal: o poder da ciência no julgamento do caso da importação de pneus usados. **Revista Direito Público**, v. 15, p. 175-197, 2019. Disponível em: <<https://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/direitopublico/article/view/3188/pdf>> Acesso em: 08 nov. 2019.

CAMAZANO, J. B. **La acción de inconstitucionalidad**. México: UNAM, 2000.

CANOTILHO, J. J. G. **Direito Constitucional e teoria da Constituição**. Coimbra: Almedina, 2003.

CARBONELL, M. **Teoría del neoconstitucionalismo**. Madrid: Editorial Trotta, 2007.

CARDINALI, D. C. **A Judicialização dos Direitos LGBT no STF: limites, possibilidades e consequências**. 1ª ed. Belo Horizonte: Arraes, 2018.

CARTER, J. D. **Warren Court and the Constitution: a critical view of judicial activism**. Gretna, LA: Pelican Publishing Company, 1972.

CASTELAR, I. et al. Uma análise dos determinantes de desempenho em concurso público. **Economia Aplicada**, v. 14, n. 1, p.81-97, 2010.

CHEMERINSKY, E. Perspective on Justice. **L.A. Times** (B11), de 18 de maio de 2000.

CITTADINO, G.; MACHADO, J. Direito e Política: um ensaio sobre o tempo e o espaço. **Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito**. V. 8, N. 2., 2016. Disponível em: <http://revistas.unisinos.br/index.php/RECHTD/article/view/rechtd.2016.82.04> Acesso em 22 ago. 2017.

CITTADINO, G. Judicialização da política, constitucionalismo democrático e separação de poderes. In.: VIANNA, L. W. (Org.). **A democracia e os três poderes no Brasil**. Rio de Janeiro: IUPERJ/FAPERJ, 2002.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Perfil Sociodemográfico dos Magistrados Brasileiros 2018**. Disponível em: <<https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2019/09/a18da313c6fdcb6f364789672b64fcefc948e694435a52768cbc00bda11979a3.pdf>> Acesso em: 22 mar. 2019

DAHL, R. Decision-making in a Democracy: The Supreme Court as a National Policy-Maker. **Journal of Public Law**, n.6, p. 279-285, 1957.

_____. **Democracy and its critics**. New Heaven: Yale University Press, 1989.

DELMAS-MARTY, M. **Les forces imaginantes du droit (III):** la refondation des pouvoirs. Paris: Seuil, 2007.

DEPARTAMENTO INTERSINDICAL DE ASSESSORIA PARLAMENTAR. **Radiografia do Novo Congresso:** Legislatura 2019-2023. Brasília: DIAP, 2018. 164 p. color. (Estudos Políticos do DIAP) Disponível em: <<https://www.diap.org.br/index.php/publicacoes/viewcategory/41-radiografia-do-novo-congresso>> Acesso em: 22 mar. 2019.

DINIZ, D.; CARINO, G. Não há 'backlash' provocado pelo feminismo. **Jornal El País**, 2019. Disponível em: <https://brasil.elpais.com/brasil/2019/03/07/opinion/1551994753_797742.html> Acesso em: 9 mar. 2019.

DWORKIN, R. **Freedom's Law:** a moral reading of the American Constitution. Cambridge, MA: Harvard University Press, 1996.

_____. The moral reading of the constitution. **The New York Review of Books**, de 21 de março de 1996.

_____. **Uma Questão de Princípio**. Trad. Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

ELY JR., J. W.; HALL, K. L. (Ed.). **The Oxford Guide to United States Supreme Court Decisions**. Nova York: Oxford University Press, 2009.

EPP, C.R. **The rights revolution:** lawyers, activists, and Supreme Courts in Comparative Perspective. Chicago: The University of Chicago Press, 1988.

FALUDI, S. **Backlash:** o contra-ataque na guerra não declarada contra as mulheres. Trad. de Mario Fondelli. Rio de Janeiro: Rocco, 2001.

FAVOREU, L. **Cortes Constitucionais**. Trad.: Dunia Marinho Silva. São Paulo: Landy, 2004.

FERNANDES, P. de A. **A Judicialização da "Megapolítica" no Brasil:** O Protagonismo do STF no Impeachment da Presidente Dilma Rousseff. 2007. 98 f. Dissertação (Mestrado), Faculdade de Direito, PUC-Rio, 2007.

FERRAJOLI, L.. **Derechos e garantias:** la ley del más débil. Madrid: Trotta, 2006.

FILGUEIRAS, F. Accountability e Justiça. In.: AVRITZER, L. et al. **Dimensões políticas da justiça**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2013.

FONTAINHA, F. et al. O concurso público brasileiro e a ideologia concursista. **Revista Jurídica da Presidência**, v. 16, n. 110, pp. 671-702, 2015, p. 693.

FONTE, F.de M. Votos do STF são cada vez mais para o grande público. **Revista Consultor Jurídico**, 20 de maio de 2013. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2013-mai-20/felipe-fonte-votos-stf-sao-dirigidos-cada-vez-grande-publico>> Acesso em 22 ago. 2014.

FONTELES, S. S. de. **Direito e backlash**. São Paulo: Juspodivm, 2019.

FRIEDMAN, B. Mediated popular constitutionalism. **101 Michigan Law Review**, n. 2596, 2003. Disponível em: <<https://repository.law.umich.edu/mlr/vol101/iss8/4>> Acesso em 8 nov. 2016

_____. The Politics of Judicial Review. **Texas Law Review**, v. 84, n. 2, 2005.

GARAPON, A.; PAPAPOULOS, I. **Julgar nos Estados Unidos e na França**: cultura jurídica francesa e *Common Law* em uma perspectiva comparada. Trad.: Regina Vasconcelos. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

GARGARELLA, R. Acerca de Barry Friedman y el Constitucionalismo Popular Mediado. **Revista Jurídica de la Universidad de Palermo**, 2005. Disponível em: https://www.palermo.edu/derecho/publicaciones/pdfs/revista_juridica/n6N1-October2005/061Juridica07.pdf Acesso em 8 nov 2016.

GILLMAN, H. **The Constitution Besieged**: the rise and demise of Lochner Era police powers jurisprudence. Duke University Press, 1993.

GINSBURG, T. **Judicial Review in New Democracies**: Constitutional Courts in Asian Cases. Cambridge: Cambridge University Press, 2003.

_____. The global spread of constitutional review. In.: The CALDEIRA, Gregory. et al. **The Oxford handbook of Law and Politics**. Nova York: Oxford University Press, 2008.

GODOY, Miguel. **Devolver a Constituição ao povo**: crítica à supremacia judicial e diálogos institucionais. Belo Horizonte: Fórum, 2017, E-book.

GOMES, L. F.; ALMEIDA, D. de S. **Populismo penal midiático caso mensalão, mídia disruptiva e direito penal crítico**. São Paulo: Saraiva, 2013.

GRABER, M.; LEVINSON, S.; TUSHNET, M. (Ed.). **The Oxford Handbook of the U.S. Constitution**. Nova York: Oxford University Press, 2015.

GRIMM, D. Judicial Activism. In.: BADINTER, R.; BREYER, S. (Org.). **Judges in contemporary democracy: an internacional conversation**. New York. New York University Press, 2004.

HABERMAS, J. **Between facts and norms: contributions to a discourse theory of law and democracy**. Trad.: William Rehg. Cambridge: The MIT Press, 1998.

HAMILTON, A. The Federalist 78: a view of the constitution of the judicial department in relation to the tenure of good behavior, 1788. In.: HAMILTON, A; JAY, J; MADISON, J. **The Federalist Papers**. Disponível em: <<https://www.congress.gov/resources/display/content/The+Federalist+Papers#TheFederalistPapers-78>> Acesso em 8 nov. 2016.

HEALY, T. The Rise of Unnecessary Constitutional Rulings. **North Carolina Law Review**, v. 83, 2005.

HESSE, K. **Temas fundamentais do Direito Constitucional**. Textos selecionados e traduzidos por ALMEIDA; G. F. M.; COELHO; I. M. C. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 120-121.

HIRSCHL, Ran. The Political Origins of the New Constitutionalism. **Indiana Journal of Global Legal Studies**, Vol. 11, n. 1, p. 71-108, 2004.

_____. The Judicialization of Megapolitics and the Rise of Political Courts. **Annual Review of Political Science**. Vol. 11, 2008. Disponível em: <<https://ssrn.com/abstract=1138008>> Acesso em 22 ago 2016.

_____. **Towards Juristocracy: The origins and consequences of the new constitutionalism**. Cambridge: Harvard University Press, 2007.

HOLLAND, K. M. **Judicial Activism in comparative perspective**. Nova York: St. Martin's Press, 1991.

HORKHEIMER, M. Teoria tradicional e teoria crítica. In.: BENJAMIN, W. et al. **Textos escolhidos**. Trad.: Edgard Afonso Malagodi; Ronaldo Pereira Cunha. São Paulo: Abril Cultural, 1975.

HOWARD, M.; SEGAL, J. A., A preference for deference? The Supreme Court and Judicial Review. **Political Research Quarterly** 57, 2004.

IRONS, P. **A People's History of Supreme Court: the men and the women whose cases and decisions have shaped our constitution**. Nova York, 2006.

KAGAN, R. American Courts and the policy dialogue: the role of adversarial legalism. In: MILLER, Mark; BARNES, Jeb (Ed.). **Making Policy, making law**: an interbranch perspective. Washington: Georgetown University Press, 2004.

KALMAN, L. **The Strange Career of Legal Liberalism**. New Haven: Yale University Press, 1996.

KECK, T. **The most activist Supreme Court in history**: Chicago: University of Chicago Press, 2004.

KMIEC, Keenan D. The origin and current meanings of 'judicial activism'. **California Law Review**, 2004. Disponível em: <<https://scholarship.law.berkeley.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1324&context=californialawreview>> Acesso em 8 nov. 2016.

KELSEN, H. **Jurisdição Constitucional**. Trad.: Alexandre Krug. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

_____. **Teoria Pura do Direito**. Trad.: João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

KOERNER, A.; FREITAS, L. B. O Supremo na Constituição e a constituinte no Supremo. **Lua Nova**, n. 88, 2013.

KRAMER, L. **The people themselves**: popular constitutionalism and judicial review. New York: Oxford University Press, 2004.

_____. The Supreme Court 2000 term foreword: We the Court. **Havard Law Review** 115, 4, novembro, 2001.

LEITE, F. C. Liberdade de expressão e direito à honra: novas diretrizes para um velho problema. In: CLÈVE, C. M.; FREIRE, A. (Org.). **Direitos fundamentais e jurisdição constitucional**: análise, crítica e contribuições. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

LESSA, R. A Constituição, experimento de filosofia política. In.: OLIVEN, Ruben George et al (Orgs.). **A Constituição de 1988 na vida brasileira**. São Paulo: Aderaldo & Rothschild Editores (ANPOCS), 2008.

LINDQUIST, S.; Cross, F. **Measuring judicial activism**. Oxford University Press: New York, 2009, E-book.

LIPKIN, R. J. Wich Constitution? Who decides? The problem of judicial supremacy and the interbranch solution. **Cardozo Law Review**. 28:3, 2006.

MACHADO, J. de S. **Ativismo judicial no Supremo Tribunal Federal**. 120 f. Dissertação (Mestrado). Faculdade de Direito, PUC-Rio, Rio de Janeiro, 2008.

MACIEL, D.; KOERNER, A. Sentido da Judicialização da Política: Duas Análises. **Lua Nova**, São Paulo, n. 57. 2002.

MARSHALL, W. P. Conservatives and the Seven Sins of Judicial Activism. **University of Colorado Law Review**, v. 73, 2002.

MEDINA, D. **Amicus Curiae**: amigo da corte ou amigo da parte? São Paulo: Saraiva, 2010.

MENDES, G. F.; COELHO, I. M.; BRANCO, P. G. G. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2007.

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

MERRYMAN, J.H. **A tradição da Civil Law**: uma introdução aos sistemas jurídicos da Europa e da América Latina. Porto Alegre, Sergio Antonio Fabris Editor, 2009.

MIGUEL, L. F. Representação democrática: autonomia e interesse ou identidade e advocacy. **Lua Nova**. São Paulo, 84: 353-364, 2011. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/ln/n84/a03n84.pdf> Acesso em 8 nov. 2016.

MOREIRA, E. R. **Neoconstitucionalismo**: a invasão da Constituição. São Paulo: Método, 2008.

NONET, P.; SELZNICK, P. **Direito e Sociedade**: a transição ao sistema jurídico responsivo. Trad.: Vera Pereira. Rio de Janeiro: Revan, 2010.

PARKER, R. **Here, the people rule**: a constitutional populista manifesto. Cambridge: Harvard University Press, 1994.

PEREIRA, J. R. G. O Judiciário pode ser entendido como representante do povo? Um diálogo com “A razão sem voto” de Luís Roberto Barroso. In.: VIEIRA, Oscar Vilhena; GLEZER, Rubens (Orgs.). **A razão e o voto**: diálogos constitucionais com Luiz Roberto Barroso. São Paulo: FGV Editora, 2017, E-book

PILATTI, A. **A constituição de 1987-1988**: progressistas, conservadores, ordem econômica e regras do jogo. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

POGREBINSCHI, T. **Judicialização ou Representação?** Rio de Janeiro: Campus Elsevier, 2011.

POST, R; SIEGEL, R. B. **Constitucionalismo democrático**: por una reconciliación entre Constitución y Pueblo. Trad. de Leonardo García Jaramillo. Buenos Aires: Siglo XXI, 2013.

RAMOS, M. M.; CASTRO, F. A. Aristocracia judicial brasileira: privilégios, habitus e cumplicidade estrutural. **Revista Direito GV**, v. 15, n. 2, 2019.

RAYMOND, J. W. **Dictionary of politics**. Lawrenceville: Brunswick Publishing Corporation, 1992.

RIBEIRO, L. M. L. Ministério Público: Velha instituição com novas funções? **Revista Crítica de Ciências Criminais**, n. 113, 2017. Disponível em: <<https://journals.openedition.org/rccs/6654>> Acesso em 8 fev. 2019.

RIBEIRO, R. L. A condenação de Lula: o maior caso de *lawfare* do Brasil. IN.: PRONER, C. et al (Orgs). **Comentários a uma sentença anunciada: o processo lula**. Bauru: Canal 6 Editora, 2017.

RINGHAND, L. Judicial activism: an empirical examination of voting behavior on the Rehnquist Natural Court. **24 Const.** 2007, Disponível em: <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=765445> Acesso em: 8 nov. 2016.

RODRIGUES, L.B. **História do Supremo Tribunal Federal**. Rio de Janeiro: Civilização brasileira, 1965.

ROSANVALLON, P. **Democratic Legitimacy**: impartiality, reflexivity, proximity. Trad.: Arthur Goldhammer. Princeton: Princeton University Press, 2011.

ROSENBERG, G. **The hollow hope**: can Courts bring about social change. Chicago: The University of Chicago Press, 2008.

SARMENTO, D. SARMENTO, Daniel. Dar voz a quem não tem voz: por uma nova leitura do art. 103, IX, da Constituição. In.: VIEIRA, Oscar Vilhena; GLEZER, Rubens (Orgs.). **A razão e o voto**: diálogos constitucionais com Luiz Roberto Barroso. São Paulo: FGV Editora, 2017, E-book.

_____. Neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades. In.: SARMENTO, D. **Filosofia e Teoria Constitucional Contemporânea**. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2009.

SCHICK, M. Judicial Activism on the Supreme Court. In.: HALPERN, S.; LAMB, C. **Activism and restraint**. Lexington: Lexington Books, 1984.

SCHLESINGER JR., A. M. The Supreme Court: 1947. **Fortune**, v. 35, p. 201, jan. 1947.

SCHWAB, J. **Cinquenta anos de Jurisprudência do Tribunal Constitucional Alemão**. Trad. de Leonardo Martins e outros. Montevideo: Konrad Adenauer Stiftung, 2006.

SEGAL, J. A. Judicial Behavior. In: CALDEIRA, Gregory. et al. **The Oxford handbook of Law and Politics**. Nova York: Oxford University Press, 2008.

_____.; SPAETH, H. **The Supreme Court and the Attitudinal Model**. Cambridge: Cambridge University Press, 1993.

SEGAL, J. A. Judicial Behavior. In: CALDEIRA, Gregory. et al. **The Oxford handbook of Law and Politics**. Nova York: Oxford University Press, 2008.

SHAPIRO, M. **On Law, Politics, and Judicialization**. New York: Oxford University Press, 2002^[1]_{SEP}

_____. The United States. In.: **The Global Expansion of Judicial Power**. New York: New York University Press, 1995.

SILVA, V. A. da. Interpretação e sincretismo metodológico. In.: **Interpretação Constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2005.

SMITH, S. Activism as restraint: lessons from criminal procedure. **Texas Law Review** 80 (5), 2002.

SOLOMON, P. H. **Courts and Judges in Authoritarian Regimes**. Cambridge: Cambridge University Press. *World Politics* 60 (out), 2007.

SOUZA NETO, C. P. O âmbito material da representação discursiva pela jurisdição constitucional: um diálogo com Luís Roberto Barroso. In.: VIEIRA, Oscar Vilhena; GLEZER, Rubens (Orgs.). **A razão e o voto: diálogos constitucionais com Luíz Roberto Barroso**. São Paulo: FGV Editora, 2017.

SPILLER, T.P.; GELY, R. Strategic judicial decision-making. In.: CALDEIRA, G. et al. **The Oxford handbook of Law and Politics**. Nova York: Oxford University Press, 2008.

STRECK, L. L. Os Dilemas da Representação Política: O Estado Constitucional entre a Democracia e o Presidencialismo de Coalizão. **Revista Direito e Sociedade**, n. 44, jan/jun, 2014.

SUNSTEIN, C. R. Lochner's Legacy. In.: **Columbia Law Review** 873, 1987. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=3281030>

_____. **Radicals in Robes: Why extreme right-wings Courts are wrong for America?** New York: Basic Books, 2005.

_____. Titling the scales rightward. **New York Times**, April 26, 2001.

VALLE, V. R. L. (Coord.). **Audiências públicas e ativismo: diálogo social no STF**. Belo Horizonte: Forum, 2012.

_____. et al (Org.). **Ativismo jurisdicional e o Supremo Tribunal Federal**. Curitiba: Juruá, 2009.

VIEIRA, O. V. **Supremo Tribunal Federal: jurisprudência política**. São Paulo: Malheiros, 1994.

TATE, C. N.; TORBJORN, V. (Ed.). **The Global Expansion of Judicial Power**. Nova York: New York University Press, 1995.

TAVARES, A. R. A concretização judicial dos direitos fundamentais: o ativismo como dever. In.: **Manual do Poder Judiciário brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2012.

TUSHNET, M. **In the balance: law and politics on the Roberts Courts**. Nova York: Norton & Company, 2013.

_____. **Popular Constitutionalism and political organization**. *Roger Williams University Law Review*, n. 18, 2013.

_____. **Popular Constitutionalism as Political Law**. *Chicago-Kent Law Review*, n. 81, p. 991-1006, 2006.

_____. **Taking back the Constitution**. New Haven: Yale University Press, 2020 (No Prelo).

_____. **Taking the Constitution away from the Courts**. Princeton: Princeton University Press, 1999.

VIANNA, L. W. et al. A aranha, sua teia e a judicialização da política. **O Estado de São Paulo** – Opinião, 25 de março de 2012.

_____. **A Judicialização da Política e das Relações Sociais no Brasil**. Rio de Janeiro: REVAN, 1999.

_____. **Corpo e alma da magistratura brasileira**. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 1997.

_____. **Quem somos**. A magistratura que queremos. Catálogo da Associação dos Magistrados Brasileiros. Rio de Janeiro, 2018. Disponível em: <https://www.amb.com.br/wpcontent/uploads/2019/02/Pesquisa_completa.pdf> Acesso em dez 2018.

_____. Dezessete anos de judicialização da política. **Tempo Social, Revista de sociologia da USP**, v. 19, n. 2. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/ts/v19n2/a02v19n2>> Acesso em 8 de nov. 2016

VIANNA, L. W. O terceiro poder na Carta de 1988 e a tradição republicana: mudança e conservação. In.: OLIVEN, R. G. et al (Orgs.). **A Constituição de 1988 na vida brasileira**. São Paulo: Aderaldo & Rothschild Editores (ANPOCS), 2008.

_____.; BURGOS, M. B. Revolução processual do Direito e democracia progressiva. In.: VIANNA, L. W. (Org.). **A democracia e os três poderes no Brasil**. Rio de Janeiro: IUPERJ/FAPERJ, 2002.

WALDRON, J. **A dignidade da legislação**. Trad.: Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

WASBY, S. **Continuity and change**: from the Warren to the Burger Court. Pacific Palisades: Goodyear Publishing, 1976.

WEFFORT, F. **O populismo na política brasileira**. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1978.

WEST, S. R. The Monster in the Courtroom. **The Brigham Young University Law Review**, 2013. Disponível em: <http://lawreview.byu.edu/articles/1361462114_09.west.fin.pdf> Acesso em 22 ago. 2014

YOUNG, E. A. Judicial Activism and Conservative Politics. **University of Colorado Law Review** 73 (4), 2002.

YOUNG, M. **The rise of meritocracy**: (1870-2033) an essay on education and equality. Londres: Penguin Books, 1961.