



CENTRO UNIVERSITÁRIO DE BRASÍLIA – UniCEUB
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO
MESTRADO EM DIREITO E POLÍTICAS PÚBLICAS

DANIEL ROCHA DE FARIAS

**ATIVISMO JUDICIAL, JUDICIALIZAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS E
JUDICIAL REVIEW NO BRASIL: Análise crítica da supremacia do judiciário e
da quimera dialógica**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito do Centro Universitário de Brasília – UniCEUB como requisito parcial para a obtenção do título de mestre em Direito.

Orientador: Prof. Dr. José Levi Mello do Amaral Júnior

Brasília
2016

DANIEL ROCHA DE FARIAS

**ATIVISMO JUDICIAL, JUDICIALIZAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS E
JUDICIAL REVIEW NO BRASIL: Análise crítica da supremacia do judiciário e
da quimera dialógica**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito do Centro Universitário de Brasília – UniCEUB como requisito parcial para a obtenção do título de mestre em Direito.

Orientador: Prof. Dr. José Levi Mello do Amaral Júnior

Brasília, 29 de abril de 2016.

BANCA EXAMINADORA

Prof. José Levi Mello do Amaral Júnior, Dr. Orientador

Prof. Jefferson Carlos Carús Guedes, Dr. Examinador

Prof. André Rufino do Vale, Dr. Examinador

Esta dissertação é dedicada à minha família pela paciência nos momentos de restrição de tempo de diversão para a pesquisa; ao Professor Arnaldo Sampaio de Moraes Godoy pelo incentivo para ingresso no mundo acadêmico; e a todos os amigos que, de alguma forma, contribuíram para a realização deste objetivo.

“Where a judicial decision striking down a law on *Charter* grounds can be reversed, modified, or avoided by a new law, any concern about the legitimacy of judicial review is greatly diminished.”

Peter Hogg e Allison Bushell

RESUMO

Podemos dizer que há no Brasil problemas quanto à legitimidade de decisões judiciais, notadamente quando o Supremo Tribunal Federal confere a última palavra em interpretação constitucional? A discussão, antes sem importância prática, ganhou relevo a partir da adoção da prática do ativismo judicial, especialmente quando associada ao fenômeno da judicialização de políticas públicas. Neste trabalho, pretende-se demonstrar em que termos é discutida a legitimidade das decisões judiciais e a última palavra, a partir de debate frequente na academia americana para, em sequência, demonstrar que a prática do ativismo contribui, em boa medida, para trazer o problema para o Brasil. Além disso, em virtude de uma alegada atenuação ou, até mesmo, esvaziamento do problema em virtude das teorias do diálogo institucional, é feita uma abordagem da teoria e dos sistemas constitucionais reputados como dialógicos com a finalidade de verificar tal assertiva.

Palavras-chave: Ativismo judicial. *Judicial review*. Judicialização de políticas públicas. Diálogo institucional. Jurisdição constitucional. Poder Judiciário. Poder Legislativo. Dificuldade contra-majoritária. Legitimidade de decisões judiciais. *Accountability*.

ABSTRACT

Can we say that there's an issue about the legitimacy of the courts' decisions, especially when the Supreme Court has the last word in constitutional interpretation? The issue, earlier irrelevant, gained importance as long as the courts adopted the practice of judicial activism, increased when it is associated with the policy judicialization. In this essay, it is intended to demonstrate in which terms is understood the issue about courts legitimacy and last word, taking lessons from the american law authors debate, and, after that, demonstrate that the judicial activism contributes, in large scale, to bring the issue to Brazil. Beyond this, because of an alleged mitigation of the problem by the institutional dialogue theories, it is done an approach of the theory e constitutional systems which are called dialogical with the purpose to check the allegation.

Keywords: Judicial activism. Judicial review. Policy judicialization. Institutional dialogue. Constitutional jurisdiction. Judicial branch. Parliament. Countermajoritarian difficulty. Legitimacy of judicial acts. Accountability.

SUMÁRIO

Introdução: por que as discussões quanto à legitimidade das decisões judiciais voltaram à pauta da academia?	10
Capítulo 1 - <i>Judicial review</i> e a última palavra do Judiciário	23
<i>1.1. Alexander Hamilton e a última palavra ao Poder mais fraco</i>	<i>24</i>
<i>1.2. O problema contra-majoritário de Bickel e as virtudes passivas</i>	<i>31</i>
<i>1.3. Dworkin e a obsessão pela defesa dos direitos individuais</i>	<i>36</i>
<i>1.4. Jeremy Waldron e sua objeção ao judicial review.....</i>	<i>40</i>
<i>1.5. Conclusões.....</i>	<i>58</i>
Capítulo 2 – Ativismo, judicialização das políticas públicas e a Supremacia do Judiciário no Brasil	63
2.1. O ativismo judicial	63
2.1.1. Conceito-ideia de ativismo e as múltiplas concepções de ativismo: o bom, o mau, o progressista e o conservador.....	65
2.1.2. O ativismo e a separação de poderes	71
2.2. A judicialização de políticas públicas	76
2.3. Distinção entre ativismo e judicialização de políticas públicas	78
2.4. Críticas comuns ao ativismo e à judicialização de políticas públicas	79
2.5. O Judiciário como protagonista do constitucionalismo contemporâneo	82
2.6. Atuação ativista do Supremo Tribunal Federal	87
2.6.1. Vedação ao nepotismo constante da Resolução n. 7, de 18 de outubro de 2005, do Conselho Nacional de Justiça.....	88

2.6.2. O caso da vedação ao financiamento de campanha eleitoral por pessoa jurídica..... 91

2.7. Conclusões..... 94

Capítulo 3 – As teorias do diálogo institucional e a tentativa de superação da discussão quanto à última palavra na interpretação constitucional..... 96

3.1. O diálogo como interações entre legislações e jurisprudência ou pseudo-diálogo 97

3.2. O minimalismo de Cass Sunstein 98

3.3. O diálogo como decisão participativa 104

3.4. O diálogo por meio da corte conselheira 105

3.5. O segundo olhar como diálogo 107

3.6. A teoria do diálogo como decorrência natural da separação dos poderes 109

3.6.1. A construção coordenada..... 110

3.6.1.1. Construção coordenada disputada da Constituição de Fisher 110

3.6.1.2. A primazia judicial de Pickerill 115

3.6.1.3. O diálogo sem problema de legitimidade de Barry Friedman..... 118

3.6.2. O Parlamento controlador de erro judiciário 121

3.7. Conclusões..... 124

Capítulo 4 – O diálogo institucional na prática: exposição de modelos de jurisdição constitucional dialógicos 126

4.1. A solução britânica para dar efetividade à Convenção Européia de Direitos Humanos e a Suprema Corte do Reino Unido..... 126

4.2. O *New Zealand Bill of Rights act* e o Judiciário..... 130

4.3. A experiência canadense 132

Conclusão 142

Referências	145
-------------------	-----

Introdução: por que as discussões quanto à legitimidade das decisões judiciais voltaram à pauta da academia?

Desde a promulgação da Constituição dos Estados Unidos da América, a discussão quanto à possibilidade de declaração de invalidade de atos normativos expedidos, principalmente, pelo Poder Legislativo é presente na comunidade jurídica norte-americana.

Até então, a inspiração mais presente no mundo ocidental provinha do Reino Unido. Normalmente, a Revolução Gloriosa é utilizada como um marco, um divisor de águas, onde o Parlamento Britânico se sagrou exitoso na disputa secular de poder que havia com o monarca. Pode-se dizer, inclusive, que desde aquele tempo a supremacia dos representantes do povo é um dos princípios basilares da Grã-Bretanha.

Por outro lado, o movimento de independência das colônias britânicas no continente americano trouxe uma nova ideia. De fato, a inovação surgiu nos Estados Unidos da América onde se pregava que a Constituição deveria ser o elemento básico do Estado recém-surgido. Os artigos publicados no *The Federalist Papers* demonstram a tentativa de alguns pais fundadores do Estado norte-americano em promover a ratificação da Constituição americana. Entendeu-se que os valores maiores da nação americana estariam presentes no texto da Constituição. Seria ela quem protegeria o povo estadunidense das arbitrariedades dos governantes que, porventura, figurassem no poder.

Dentro dessa ótica, passou-se a discutir quem seria o responsável por promover o controle quanto ao cumprimento da Carta Constitucional; ou melhor, qual seria a instituição que desempenharia a função de interpretar a Constituição de forma a conferir-lhe força normativa capaz de evitar os desmandos dos detentores do poder: o Parlamento ou o Poder Judiciário.

Um dos pilares da Constituição americana é o regime político democrático. Esperava-se que o poder fosse exercido em benefício do povo e a sua

participação, direta ou indireta, no processo decisório dos caminhos da sociedade era um pressuposto.¹

Inspirada no iluminismo, a ideia do regime democrático era trazer racionalidade à tomada de decisões quanto aos rumos da sociedade. Nesse aspecto, havia a noção de que as decisões relevantes na vida de uma sociedade jamais poderiam ser capazes de satisfazer todos os seus integrantes. A tomada de decisões com base na vontade da maioria, nesse ponto, trazia um engrandecimento da civilização, ao tentar contemplar o maior número de súditos de um determinado Estado.

Segundo o modelo de estado americano, a democracia é exercida por meio de representantes eleitos mediante sufrágio. O Parlamento é o responsável por elaboração de leis que vão reger os rumos da sociedade.² O povo seria o responsável por acompanhar a tomada de decisões do merecedor de seu voto e, se for o caso, optar por permanecer votando naquele representante nas próximas eleições. Isso é o controle eleitoral. Assim, ao executar sua atividade legiferante, o Parlamento, ao menos em teoria, estaria apenas sendo o portador da voz do povo.

Por outro lado, os juízes não são representantes eleitos do povo. Ao contrário. Os juízes integrantes da Suprema Corte americana são indicados pelo Presidente da República, embora passem por uma sabatina no Senado.³ Não existe controle eleitoral, portanto, em relação a estes detentores de poder.

Quando o Poder Judiciário promove a declaração de inconstitucionalidade de uma lei e a sua conseqüente invalidação, argumenta-se que ocorre uma distorção da vontade do povo naquele espaço temporal. A decisão judicial é elaborada em detrimento da vontade da maioria que, mediante sufrágio, elaborou a

¹ Não se ignora, no entanto, que o conceito de povo, naquele tempo, era muito restritivo. Nesse conceito, por exemplo, não se incluíam os escravos.

² ESTADOS UNIDOS. *The Constitution of the United States of America*, 17 de setembro de 1787. Article I, Section 2 e 3. Disponível em <http://www.senate.gov/civics/constitution_item/constitution.htm>. Acesso em 15 jan. 2016.

³ ESTADOS UNIDOS. *The Constitution of the United States of America*, 17 de setembro de 1787. Article II, Section 1. Disponível em <http://www.senate.gov/civics/constitution_item/constitution.htm>. Acesso em 15 jan. 2016.

norma atacada. Por esse motivo, afirma-se que a revisão judicial possui contornos antidemocráticos.⁴

Na prática, a decisão proferida pela Suprema Corte americana na disputa judicial havida entre James Madison e William Marbury é referida como o marco da consagração do *judicial review* nos Estados Unidos, ou seja, a possibilidade de uma Corte promover o controle de constitucionalidade de normas expedidas pelo Poder Legislativo. No entanto, esse fato histórico não foi apto a encerrar as discussões quanto a quem deveria prevalecer a última palavra quanto à interpretação de uma Constituição, debate este que permanece atual.

No Brasil, essa discussão tinha pouca relevância prática. Afinal de contas, o Estado brasileiro tem um histórico de instabilidade política, onde o poder foi obtido, não raras vezes, por meio do uso da força, contra o quê o Direito possui pouca capacidade de resistência.⁵

Além disso, as normas constitucionais sempre traziam disposições em que continham direitos que, muitas das vezes, eram assegurados nos termos da lei; ou seja, dependiam de atividade legislativa.

De fato, reinava aquilo que foi chamado de “insinceridade normativa”⁶, onde as normas constitucionais que pudessem gerar efeitos no desenvolvimento de políticas públicas eram tidas por não auto-aplicáveis e dependiam da atividade legislativa para se concretizarem. Era comum a doutrina constitucional classificar as normas constitucionais, quanto à aplicabilidade, como de eficácia plena, contida limitada ou denominar como programáticos alguns dispositivos constitucionais, em que o este tipo demandava atuação legislativa para ser executável.⁷

É verdade que o controle de constitucionalidade abstrato de leis e atos normativos federais e estaduais pelo Poder Judiciário está presente no ordenamento

⁴ BICKEL, Alexander. *The least dangerous branch: the supreme court at the bar of politics*. 2a. ed. New Haven: Yale University Press, 1986, p. 16-17.

⁵ Cf. SOUZA, Jorge Munhós de. *Diálogo institucional e direito à saúde*. Salvador: Juspodivm, 2013, p. 40.

⁶ BARROSO, Luis Roberto. *Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial*. p. 5. Disponível em <<http://www.conjur.com.br/dl/estudobarroso.pdf>>. Acesso em: 23 mar. 2016.

⁷ SILVA, José Afonso. *A aplicabilidade das normas Constitucionais*. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

jurídico brasileiro desde a Emenda Constitucional n. 16, de 26 de novembro de 1965. No entanto, talvez pelo momento político que se viveu – logo após a instauração do regime militar –, por uma questão cultural, ou, ainda, pelo fato de o Procurador-Geral da República ser a única autoridade legitimada a propor a demanda, as declarações de inconstitucionalidade em controle abstrato eram pouco frequentes e raramente davam um ponto final a questões realmente importantes para a sociedade brasileira.

Pode-se dizer que a partir da denominada “redemocratização” ocorrida no final dos anos 80 no Brasil, e com a promulgação da Constituição Federal de 1988, houve uma virada histórica. O Brasil progressivamente consolidou o modelo democrático como regime político, e consagrou a obtenção do poder por meio do voto direto e universal. A força bruta não era mais responsável pela instituição de um governante, mas era decorrência de um procedimento eleitoral que, ainda que se questione a sua lisura, legitimava o detentor do poder.

O exercício do poder no modelo democrático possibilitou um crescente fortalecimento das instituições brasileiras, de modo que órgãos autônomos, como é o Ministério Público, e o Poder Judiciário passaram a exercer suas funções constitucionais com segurança e plenitude. As garantias previstas na Carta Constitucional para os agentes públicos das instituições foram respeitados, de forma que permitiu-lhes atuar de maneira mais segura e efetiva.

O controle abstrato de constitucionalidade passou a contar com um extenso rol de legitimados, envolvendo, inclusive, entidades não governamentais ou políticas, como é o caso das entidades de classe e da Ordem dos Advogados do Brasil.⁸

A própria cultura jurídica de atenção às normas constitucionais passou a se fazer mais presente. O controle de constitucionalidade na modalidade difusa passou a fazer parte do dia-a-dia judicial. Os juízes passaram a afastar normas legais por incompatibilidade com o texto constitucional, sem o receio de serem destituídos de seus

⁸ BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, 1988. Artigo 103: “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. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 20 out. 2015.

cargos, especialmente quando afetassem alguma política pública estabelecida pelo governo. Os próprios advogados passaram a demandar mais com fundamento em inconstitucionalidade de normas.

Imperava, nesse momento, a doutrina do papel do juiz como legislador negativo.⁹ De fato, o entendimento predominante era o de que ao juiz caberia o poder de extirpar do ordenamento jurídico as normas que não fossem compatíveis com a Carta Constitucional. Mas não caberia ao magistrado a formulação positiva de comandos por se entender que haveria violação ao princípio da separação de poderes.

No entanto, esse novo cenário possibilitou à comunidade jurídica voltar à discussão quanto à eficácia das normas constitucionais antes consideradas programáticas. Com o passar dos anos desde a promulgação da Constituição Federal de 1988, percebeu-se que muitas de suas normas, especialmente as que previam direitos sociais, não tinham sido efetivamente concretizadas.

A emergente doutrina iniciou o desenvolvimento de várias teorias ou ideais que possuíam como interseção a defesa da força normativa das normas constitucionais e a possibilidade de determinação judicial de seu cumprimento, sem que houvesse necessidade de intervenção legislativa, que se revelava morosa.

Nesse ambiente, um “neoconstitucionalismo” apareceu de forma a impulsionar as discussões acadêmicas nesta seara. Pode-se promover um corte temporal de forma a afirmar que o pensamento foi difundido a partir da publicação da famosa coletânea de artigos de autores estrangeiros organizada por Miguel Carbonell denominada “Neoconstitucionalismo(s)” em 2003¹⁰, embora a discussão quanto à maioria de suas características tenha se iniciado em momento anterior.¹¹

⁹ BRANDÃO, Rodrigo. O STF e o dogma do legislador negativo. *Direito, Estado e Sociedade*. Rio de Janeiro, n. 44, p. 189-190, jan./jun. 2014.

¹⁰ SARMENTO, Daniel. O Neoconstitucionalismo no Brasil: Riscos e possibilidades. *Revista Brasileira de Estudos Constitucionais – RBEC*, Belo Horizonte, ano 3, n. 9, jan./mar. 2009. Disponível em <<http://bid.editoraforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=56993>>. Acesso em: 22 fev. 2015.

¹¹ BARROSO, Luis Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito (o triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil). Disponível em: <http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/themes/LRB/pdf/neoconstitucionalismo_e_constitucionalizacao_do_direito_pt.pdf>. Acesso em 16/02/2015. No texto, o autor afirma, categoricamente, que a partir da promulgação da Constituição da República de 1988, as discussões sobre a força normativa da Constituição.

Indica-se o constitucionalismo desenvolvido na Alemanha e na Itália ocorrido após a Segunda Guerra Mundial como marco histórico para o surgimento desta nova interpretação constitucional – ao menos na Europa ocidental. A percepção de que atribuir unicamente ao Parlamento a responsabilidade de afirmar o significado do texto constitucional não seria suficiente para garantir proteção aos direitos fundamentais.¹² Por isso, fez-se necessário criar uma alforria da produção legislativa para concretização do texto constitucional.

Nessa toada, o novo pensamento surgiria como um modelo de Estado de Direito híbrido que contemplaria uma junção de duas qualidades dos arranjos anteriormente mencionados: o reconhecimento da força normativa da Constituição, cujos termos deveriam ser assegurados pelo Poder Judiciário; e a participação do próprio texto constitucional como condicionante para realização das atividades estatais na forma como interpretado pelas Cortes.¹³

Assim, nesse novo modelo de Estado de Direito, a construção das políticas públicas disciplinadas no texto constitucional poderia ser realizada independentemente da intermediação do Poder Legislativo, mas decorrente direta e imediatamente da Constituição.¹⁴ Note-se que há sinalização não somente de uma participação efetiva do Poder Judiciário na construção de políticas públicas, mas de um papel central, já que portador da última palavra sobre o caminho a ser trilhado pelo Estado.

A força normativa da Constituição decorreria do princípio da supremacia da Constituição, donde o texto maior está situado em posição hierarquicamente superior aos demais corpos normativos.¹⁵ Por esse motivo, hoje se trabalha com uma nova premissa, a de que as normas constitucionais são dotadas de imperatividade e sua

¹² SARMENTO, Daniel. O Neoconstitucionalismo no Brasil: Riscos e possibilidades. *Revista Brasileira de Estudos Constitucionais – RBEC*, Belo Horizonte, ano 3, n. 9, jan./mar. 2009. Disponível em <<http://bid.editoraforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=56993>>. Acesso em: 22 fev. 2015.

¹³ SANCHÍS, Luis Prieto. Neoconstitucionalismo y ponderación judicial. *Neoconstitucionalismo(s)*. Miguel Carbonell (org.), Madri: Trotta, 2003, p. 204.

¹⁴ SANCHÍS, Luis Prieto. Neoconstitucionalismo y ponderación judicial. *Neoconstitucionalismo(s)*. Miguel Carbonell (org.), Madri: Trotta, 2003, p. 205.

¹⁵ BARROSO, Luís Roberto; BARCELLOS, Ana Paula de. O Começo da História. A Nova Interpretação Constitucional e o Papel dos Princípios no Direito Brasileiro. *Fórum Administrativo - Direito Público - FA*, Belo Horizonte, ano 4, n. 37, mar. 2004. Disponível em: <<http://bid.editoraforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=4716>>. Acesso em: 18 fev. 2015.

inobservância há de deflagrar mecanismos de coação e cumprimento forçado de suas disposições.¹⁶

O problema é aquilo que decorre desse reconhecimento: a necessidade de interpretar o texto constitucional, recheado de expressões vagas e de alta carga axiológica e com dispositivos muitas vezes contraditórios entre si, por aqueles que não foram eleitos para o exercício de tal mister. Luis Roberto Barroso e Ana Paula Barcellos ressaltam essa visão ao afirmar que a Constituição passou a ser vista como um sistema de princípios e regras de caráter aberto e, portanto, sujeita a aderência de valores jurídicos no qual a ideia de justiça e de realização dos direitos fundamentais ganham relevância.¹⁷

Afirma-se que os princípios contêm um espaço de indeterminação que enseja a possibilidade fixação de seu conteúdo, sempre no caso concreto, de acordo com a concepção ideológica ou filosófica do intérprete.¹⁸ Dessa forma, a conclusão alcançada por uma interpretação de um princípio envolve avaliações de caráter subjetivo e que, por isso, o resultado poderá variar em função de circunstâncias pessoais do intérprete e de “outras tantas influências”¹⁹, desde que não relacionadas à metafísica. Essa circunstância, inclusive, abre espaço para renovação do pleito de utilização da moral como fundamento para tomada de determinadas decisões judiciais. Na verdade, caberia ao intérprete desempenhar um papel criativo na concretização do direito.²⁰²¹

¹⁶ BARROSO, Luís Roberto; BARCELLOS, Ana Paula de. O Começo da História. A Nova Interpretação Constitucional e o Papel dos Princípios no Direito Brasileiro. *Fórum Administrativo - Direito Público - FA*, Belo Horizonte, ano 4, n. 37, mar. 2004. Disponível em: <<http://bid.editoraforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=4716>>. Acesso em: 18 fev. 2015.

¹⁷ BARROSO, Luís Roberto; BARCELLOS, Ana Paula de. O Começo da História. A Nova Interpretação Constitucional e o Papel dos Princípios no Direito Brasileiro. *Fórum Administrativo - Direito Público - FA*, Belo Horizonte, ano 4, n. 37, mar. 2004. Disponível em: <<http://bid.editoraforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=4716>>. Acesso em: 18 fev. 2015.

¹⁸ BARROSO, Luís Roberto; BARCELLOS, Ana Paula de. O Começo da História. A Nova Interpretação Constitucional e o Papel dos Princípios no Direito Brasileiro. *Fórum Administrativo - Direito Público - FA*, Belo Horizonte, ano 4, n. 37, mar. 2004. Disponível em: <<http://bid.editoraforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=4716>>. Acesso em: 18 fev. 2015.

¹⁹ BARROSO, Luís Roberto; BARCELLOS, Ana Paula de. O Começo da História. A Nova Interpretação Constitucional e o Papel dos Princípios no Direito Brasileiro. *Fórum Administrativo - Direito Público - FA*, Belo Horizonte, ano 4, n. 37, mar. 2004. Disponível em: <<http://bid.editoraforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=4716>>. Acesso em: 18 fev. 2015.

²⁰ BARROSO, Luís Roberto; BARCELLOS, Ana Paula de. O Começo da História. A Nova Interpretação Constitucional e o Papel dos Princípios no Direito Brasileiro. *Fórum Administrativo - Direito Público - FA*, Belo Horizonte, ano 4, n. 37, mar. 2004. Disponível em: <<http://bid.editoraforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=4716>>. Acesso em: 18 fev. 2015.

Essa corrente não é clara quanto à forma como devem ser aplicados os valores incorporados pelas normas constitucionais. Assim, em razão da vagueza da norma e da sua indeterminação, há espaço para leituras jurídicas extremamente diversificadas.²² Nesse ponto, comenta-se que há tendência atual de utilização de princípios constitucionais de conteúdo vago com fundamentação superficial nas decisões judiciais.

O construtivismo de significados dos princípios aliados ao caráter hierarquicamente superior das normas constitucionais possibilitam o afastamento de qualquer norma promulgada pelo Congresso Nacional e que servem de norte para as condutas dos membros da sociedade e de outros operadores do direito, assim como a própria Administração Pública.

Somam-se a isso outras características defendidas pelo “neoconstitucionalismo”: o caráter extremamente analítico da Constituição; em decorrência disso, a existência corriqueira de conflitos entre princípios constitucionais e a chamada “constitucionalização do direito”.

A nova interpretação do Direito tem como pressuposto a existência de uma pluralidade de valores e postulados distintos e tendencialmente contraditórios.²³ A defendida onipresença da Constituição Federal pressupõe, assim, um texto constitucional repleto de valores, princípios e direitos fundamentais de forma que é quase impossível que nos litígios minimente relevantes não haja um princípio ou valor que oriente em situações distintas a solução jurídica.

Menciona-se, inclusive, que o princípio de presunção de constitucionalidade das leis e atos do poder público fica esvaziado em razão da

²¹ SARMENTO, Daniel. O Neoconstitucionalismo no Brasil: Riscos e possibilidades. *Revista Brasileira de Estudos Constitucionais – RBEC*, Belo Horizonte, ano 3, n. 9, jan./mar. 2009. Disponível em <<http://bid.editoraforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdicntd=56993>>. Acesso em: 22 fev. 2015.

²² BARROSO, Luís Roberto; BARCELLOS, Ana Paula de. O Começo da História. A Nova Interpretação Constitucional e o Papel dos Princípios no Direito Brasileiro. *Fórum Administrativo - Direito Público - FA*, Belo Horizonte, ano 4, n. 37, mar. 2004. Disponível em: <<http://bid.editoraforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdicntd=4716>>. Acesso em: 18 fev. 2015

²³ SANCHÍS, Luis Prieto. Neoconstitucionalismo y ponderación judicial. *Neoconstitucionalismo(s)*. Miguel Carbonell (org.), Madri: Trotta, 2003, p. 209-210.

pluralidade de normas que estão contidas na Constituição brasileira, de caráter absolutamente analítico.²⁴

Nesse sentido, percebe-se que é possível alcançar a solução para todos os tipos de litígio por meio do texto constitucional, e que a interpretação de seus termos cabe, em última palavra, aos juízes. Daí a conclusão de que uma característica do neoconstitucionalismo seria a onipotência judicial, em detrimento das decisões formuladas pelo Poder Legislativo. Assim, a solução trazida pela lei para os conflitos existentes na sociedade não seria uma resposta completa, pois dependeria sempre de uma avaliação de sua conformidade com a Constituição.²⁵

De acordo com esse modelo, em síntese, toda e qualquer decisão judicial pode ser proferida por meio de utilização de princípios constitucionais – muitos deles de caráter implícito – cujo conteúdo depende de preenchimento subjetivo e valorativo do julgador – especialmente quanto ao senso de justiça e razoabilidade. Devido às prerrogativas inerentes à magistratura, a utilização dos valores por parte dos juízes faz parte do livre convencimento motivado e não se sujeita a qualquer controle popular ou administrativo, por mais atroz que tenha sido a conduta do magistrado.

Na prática, questões como a forma de resolver o problema da seca na Região Nordeste, a forma de gerar energia e, até mesmo, os rumos da política econômica estariam sujeitos a decisões judiciais para que tomassem outro rumo com base unicamente em princípios constitucionais, ainda que implícitos.

Nesse ambiente de ideias, ganha relevância no Brasil a secular discussão norte-americana quanto à compatibilidade da última palavra na interpretação constitucional pelo Poder Judiciário em face do princípio democrático. Antes desinteressante, a supremacia judicial passou a ser questionada pela doutrina brasileira em razão de uma incursão cada vez maior do Poder Judiciário na seara de políticas públicas e na concepção moral e cultural da sociedade.

²⁴ BARROSO, Luís Roberto; BARCELLOS, Ana Paula de. O Começo da História. A Nova Interpretação Constitucional e o Papel dos Princípios no Direito Brasileiro. *Fórum Administrativo - Direito Público - FA*, Belo Horizonte, ano 4, n. 37, mar. 2004. Disponível em: <<http://bid.editoraforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=4716>>. Acesso em: 18 fev. 2015.

²⁵ SANCHÍS, Luis Prieto. Neoconstitucionalismo y ponderación judicial. *Neoconstitucionalismo(s)*. Miguel Carbonell (org.), Madri: Trotta, 2003, p. 208.

Afirma-se que a impressão geral é a de que a ideia de ineficiência do modelo de supremacia parlamentar pode ter levado aos pensadores contemporâneos a defender uma supremacia judicial irrestrita, em detrimento das formulações legais produzidas pelo Poder Legislativo.²⁶

Condutas não ortodoxas inundaram a prática judicial especialmente por incursões dos juízes em searas em que antes era campo do exercício da autocontenção. O termo “ativismo judicial” é comumente utilizado para denominar esse tipo de iniciativa da magistratura, embora ainda não se tenha chegado a um consenso quanto à definição do termo.

Declaração de inconstitucionalidade com base em preceitos constitucionais mediante elasticidade hermenêutica ou em princípios não-escritos, interpretações questionáveis, aplicação direta de preceitos constitucionais com baixíssima densidade, são algumas características do ativismo.

Algumas questões recentemente decididas pelo Supremo Tribunal Federal tem demonstrado claramente esse aspecto. O financiamento de campanhas eleitorais por pessoas jurídicas²⁷ e a vedação à prática de nepotismo²⁸ podem ser citados como exemplos disso. No âmbito de alçadas menores da estrutura do Poder Judiciário, pode-se verificar um sem número de decisões judiciais envolvendo o fornecimento de medicamentos e de tratamentos de saúde experimentais e de alto custo, assim como a internação de enfermos em unidades de terapia intensiva, sem preocupação com a macropolítica de saúde, o que pode gerar uma seletividade judicial de usuários de políticas públicas.

Outro fenômeno que tem propiciado a discussão quanto o acerto da supremacia judicial é a judicialização de políticas públicas. Uma vez consagrada a força normativa de todos preceitos constitucionais e a constatação de que muitos dispositivos da Constituição disciplina políticas públicas a serem adotadas pelo Estado brasileiro,

²⁶ SOUZA, Jorge Munhós de. *Diálogo institucional e direito à saúde*. Salvador: Juspodivm, 2013, p. 51.

²⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 4.650*. Tribunal Pleno. Ministro Relator Luiz Fux. Brasília, 17 de setembro de 2015. Diário da Justiça Eletrônico de 24 de fevereiro de 2016.

²⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Declaratória de Constitucionalidade n. 12*. Tribunal Pleno. Ministro Relator Carlos Britto. Brasília, 20 de agosto de 2008. Diário da Justiça Eletrônico de 18 de dezembro de 2009.

abre-se espaço para o Poder Judiciário se pronuncie sobre o assunto. A atuação dos magistrados ocorreria quando, na sua ótica, o Estado não estivesse realizado a política pública determinada pela Carta Maior ou, ainda, quando a atuação estatal não fosse suficiente para cumprir o comando constitucional.

Embora as decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal tenham sido muito festejadas na sociedade brasileira de maneira geral, o fato é que a nova forma de atuar da Corte passou a ser criticada. Os termos “juristocracia”²⁹ e “supremocracia”³⁰ são exemplos da visão de que o Poder Judiciário como protagonista na execução de políticas públicas em virtude de ser o detentor da última palavra pode acarretar num governo movido por juízes.

Na tentativa de solucionar os problemas decorrentes do *judicial review*, alguns autores brasileiros e estrangeiros vem defendendo uma releitura do princípio da separação de poderes, de forma que entre eles não haja uma distinção estanque de funções estatais, mas sim uma interação institucional dinâmica de forma a alcançar os melhores resultados no desenvolvimento de políticas públicas e na proteção de direitos fundamentais.

A ideia é a de que não se pode confiar de forma absoluta no Poder Judiciário e, simplesmente, justificar e festejar o ativismo com base em uma visão extremamente pessimista do processo político. Da mesma forma, deve-se evidenciar o descrédito na representatividade do processo legislativo de forma a impossibilitar a defesa de uma autocontenção irrestrita dos juízes.

As cortes, nessa teoria, participariam de um verdadeiro diálogo com o Parlamento. A noção é a de que é preciso entender e enxergar as diferentes capacidades institucionais do intérprete – seja ele parlamentar, administrador ou juiz – e a necessidade de que cada qual contribua e participe do processo decisório.

²⁹ NERY JUNIOR, Nelson; ABOUD, Georges. O CPC/2015 e o risco de uma juristocracia: a correta compreensão da função dos tribunais superiores entre o ativismo abstrato das teses e o julgamento do caso concreto. *Revista Brasileira de Direito Processual – RBDPro*, Belo Horizonte, ano 24, n. 93, p. 225-254, jan./mar. 2016.

³⁰ VIEIRA, Oscar Vilhena. Supremocracia. *Revista Direito GV*, São Paulo, n. 8, p. 441-464, jul./dez. 2008.

A utilização da metáfora “diálogo” tem como propósito conferir a ideia de horizontalidade ou igualdade entre as instituições envolvidas, de forma a não atribuir a nenhuma delas uma “última palavra”. Seria necessário, nessa ótica, defender uma cooperação entre os atores do processo político de forma a alcançar as melhores respostas no equilíbrio entre os direitos fundamentais e a vontade da maioria.

A controvérsia existente numa sociedade sobre questões relevantes é valorizada já que suscita o diálogo entre as esferas de poder e acarretaria o amadurecimento dos temas envolvidos para que a sociedade adote o rumo que desejar.

Percebe-se que o modelo dialógico recusa à existência de uma última palavra ou, pelo menos, de que o Poder Judiciário a tenha por meio de revisão judicial. As características verificadas no modelo dialógico almejam apontar para uma superação das discussões que envolvem os problemas decorrentes da supremacia judicial.

A pesquisa objeto deste trabalho, no entanto, tem como desiderato avaliar a capacidade das teorias do diálogo em superar a celeuma quanto ao detentor da última palavra ou se, ao contrário, intensifica e qualifica mais ainda o debate. De fato, o propósito desta dissertação é contribuir com o debate acerca dos problemas decorrentes do *judicial review*, notadamente a legitimidade dos comandos advindos das decisões judiciais, e a tentativa de amenizar ou, até mesmo, afastar esses problemas por meio da defesa de interação entre as instituições estatais envolvidas neste processo.

Para tanto, é preciso, de início, promover um levantamento dos principais problemas encontrados pelos defensores da supremacia dos representantes do povo e por aqueles que entendem mais adequado para a sociedade o sistema do *judicial review*. O propósito é, neste momento inicial, entender o objeto que deveria ser superado pelas teorias dialógicas, o que será desenvolvido no primeiro capítulo. Esta parte do trabalho tem marcada presença de literatura estrangeira, notadamente a norte-americana, tendo em vista que as discussões quanto ao tema naquele país nunca cessaram, mesmo depois da icônica decisão proferida em *Marbury v. Madison*.

Num segundo momento, será a hora de nacionalizar o debate, trazendo a lume a discussão emergente da comunidade acadêmica brasileira quanto à dicotomia supremacia judicial ou parlamentar. Como afirmado, a discussão teria passado a figurar

de maneira mais constante na produção acadêmica a partir de uma nova postura do Poder Judiciário, comumente denominada como ativismo judicial e por meio do fenômeno da judicialização de políticas públicas. Nesse momento, serão analisados alguns textos da literatura brasileira sobre o tema.

No terceiro capítulo do trabalho, aposta-se numa apresentação das principais teorias dialógicas existentes, onde se busca afastar a relevância das discussões sobre o detentor da última palavra no processo de interpretação da Constituição.

No derradeiro capítulo, apresenta-se o funcionamento de alguns sistemas políticos que são caracterizados pela doutrina como dialógicos. A intenção é verificar de que forma o modelo dialógico, na prática, induz a uma superação do problema da supremacia judicial ou da soberania do Parlamento.

O último capítulo será, naturalmente, destinado à apresentação das conclusões decorrentes da pesquisa.

Capítulo 1 - *Judicial review*: a última palavra do Judiciário e seus problemas

No presente capítulo, pretende-se apresentar alguns dos fundamentos que ensejaram a submissão de diversos estados ocidentais ao regime jurídico que confere a última palavra acerca da interpretação do texto constitucional para o Poder Judiciário e, na sequência, abordar as principais críticas apresentadas ao modelo. Algumas observações, no entanto, precisam ser tecidas.

Inicialmente, optou-se por utilizar uma bibliografia estrangeira, notadamente a literatura norte-americana – para tratar do tema. Conforme dito na introdução, por muito tempo a doutrina nacional praticamente não problematizou as questões envolvendo a revisão judicial e a supremacia do Poder Judiciário. Na realidade, o que se percebe pela diminuta amostra de tratamento do tema no Brasil, especialmente se comparada ao montante de textos norte-americanos, é que a revisão judicial era um verdadeiro dogma entre os juristas nacionais e passava sem qualquer questionamento há até pouco tempo, o que mostra um certo grau de artificialidade da teoria constitucional brasileira³¹. Soma-se a isso a existência de dispositivo expreso que estabelece poderes ao Judiciário para a declaração de inconstitucionalidade de leis aprovadas pelo Parlamento.

Em contrapartida, a discussão nunca arrefeceu nos Estados Unidos da América, ainda que o célebre caso *Marbury v. Madison*, julgado em 1803, seja utilizado como ponto paradigmático do controle de constitucionalidade de leis naquele país. Basta ver que autores contemporâneos permanecem tratando do assunto em árduas e clássicas discussões.

Como se pode imaginar, não há espaço neste trabalho para apresentação exaustiva das teses pró e contra o *judicial review*. Por opção metodológica, optou-se por abordar os autores que tem sido mais constantemente citados e festejados entre os autores brasileiros: Alexander Hamilton, Ronald Dworkin e Jeremy Waldron.

³¹ MENDES, Conrado Hübner. *Direitos Fundamentais, separação de poderes e deliberação*. Tese de doutorado defendida perante o Departamento de Ciência Política. São Paulo: USP, 2008, p. 33.

O propósito é testar os argumentos utilizados pelos citados autores e verificar a sua adequação a sistemas constitucionais como o brasileiro em que a Constituição prevê uma série de políticas públicas a serem realizadas pelo Estado, com expressões cuja semântica pode ensejar um sem-número de interpretações distintas.

Da mesma forma, é preciso evidenciar os elementos que deveriam ser superados pelas teorias dialógicas, com a finalidade de confrontar a tese de superação da dicotomia controversa firmada entre *judicial review* e *sovereignty of the parliament*.

1.1. Alexander Hamilton e a última palavra ao Poder mais fraco

Não há como se falar em *judicial review* de leis em face de uma Constituição sem fazer alusão aos escritos de Alexander Hamilton publicados no famoso *The Federalist* n. 78. Naquele escrito, Hamilton procurou defender a sua visão do papel do Poder Judiciário na recém formada república dos Estados Unidos da América. Pode-se deduzir que a preocupação do autor americano se dava quanto à efetividade da Constituição americana e o repúdio à tirania.

Em certas passagens, o autor faz clara defesa do sistema montesquiano de separação das funções executiva, legislativa e judiciária do Estado, com a finalidade de evitar o abuso do poder. Em outros momentos, é exposto o receio de que o conteúdo da carta fosse deturpado no futuro por novo corpo legislativo que não ficasse feliz com os direitos constantes da Carta e que estivessem assolados pelos por humores nocivos.³²

De início, Hamilton tratou dos problemas na formação dos tribunais. Para esse mister, indicou três problemas: a forma de indicação dos juízes para ocupar seus cargos; a questão da permanência dos juízes na função; e a divisão de competência entre as várias cortes e as relações entre elas.³³

Em relação ao primeiro ponto, defendeu que a indicação para os cargos de juiz deveria se dar da mesma forma como os demais servidores públicos em geral,

³² Tradução livre de “ill humors”, texto original em inglês.

³³ HAMILTON, Alexander. *The Federalist* n. 78: The judiciary department. *The Democracy Sourcebook*. Robert A. Dahl *et alli* (org.). Cambridge: The Massachusetts Institute of Technology Press, 2003, p. 201.

assunto que já tinha sido abordado nas edições anteriores do Federalista.³⁴ Trata-se de seus escritos na edição de número 76 do Federalista. No referido *paper*, Hamilton não tratou especificamente da indicação de juízes, mas de servidores públicos em geral, incluindo Ministros de Estado, Juízes da Suprema Corte, embaixadores e cônsules.³⁵ O fundamento utilizado pelo autor foi mais pautado na falta de opções diante da impossibilidade de se atribuir ao cidadão a indicação de todos os ocupantes de cargos.³⁶ Além disso, defendeu que a indicação formulada por um único homem seria mais adequada do que a composição de uma comissão para tanto.³⁷

É curioso perceber que o pensamento de Hamilton tem um caráter progressivo de solução de problemas. Ele trata da indicação para ocupação de cadeiras no Judiciário por parte do Chefe do Poder Executivo e aprovação pelo Legislativo, mas enxerga a fragilidade de esta indicação estar associada ao caráter periódico da indicação ao defender a independência do Poder Judiciário em face dos demais.

De fato, Hamilton defende abertamente a independência do Poder Judiciário como fator essencial nos Estados que possuem uma constituição em que se limite o poder de legislar.³⁸ Um dos argumentos utilizados é o fato de o Judiciário, segundo o autor, ser o mais fraco dos Poderes da República.³⁹⁴⁰ As cortes incontestavelmente jamais poderiam atacar os demais poderes. Pelo contrário, o Poder Judiciário é que deverá tomar toda cautela possível para permitir sua defesa perante ataques dos outros Poderes. Argumenta, com sobriedade, que o Executivo detem a espada da comunidade, fazendo alusão às forças armadas. Por sua vez, o Legislativo

³⁴ HAMILTON, Alexander. The Federalist n. 78: The judiciary department. *The Democracy Sourcebook*. Robert A. Dahl *et alli* (org.). Cambridge: The Massachusetts Institute of Technology Press, 2003, p. 201.

³⁵ HAMILTON, Alexander. The appointing power of the executive. *The Federalist Papers*, n. 76. Disponível em <http://avalon.law.yale.edu/18th_century/fed76.asp>. Acesso em 10 jan. 2016.

³⁶ HAMILTON, Alexander. The appointing power of the executive. *The Federalist Papers*, n. 76. Disponível em <http://avalon.law.yale.edu/18th_century/fed76.asp>. Acesso em 10 jan. 2016.

³⁷ HAMILTON, Alexander. The appointing power of the executive. *The Federalist Papers*, n. 76. Disponível em <http://avalon.law.yale.edu/18th_century/fed76.asp>. Acesso em 10 jan. 2016.

³⁸ HAMILTON, Alexander. The Federalist n. 78: The judiciary department. *The Democracy Sourcebook*. Robert A. Dahl *et alli* (org.). Cambridge: The Massachusetts Institute of Technology Press, 2003, p. 202.

³⁹ HAMILTON, Alexander. The Federalist n. 78: The judiciary department. *The Democracy Sourcebook*. Robert A. Dahl *et alli* (org.). Cambridge: The Massachusetts Institute of Technology Press, 2003, p. 201-202.

⁴⁰ Nessa passagem, Hamilton utiliza como referência passagem do livro do Barão de Montesquieu em que afirma que o Poder Judiciário é o mais próximo do nada.

comandaria o orçamento, além de estabelecer regras por meio das quais os direitos e deveres dos cidadãos seriam regulados.⁴¹

O Judiciário, afirma, não teria influência na força ou na riqueza da sociedade; as cortes não possuiriam nem força nem vontade, mas, tão-somente, julgamento e que dependeria do braço do executivo para conferir eficácia às suas decisões.⁴²

Algumas observações devem ser feitas nesse momento. A questão que se indaga é: os argumentos utilizados por Hamilton são válidos para aplicação sociedade brasileira? Vale dizer, o texto constitucional realmente confere ao Poder Judiciário é o mais fraco entre aqueles constantes da República Federativa do Brasil? As questões são relevantes, tendo em vista que a defesa do exercício do *judicial review* por Hamilton considerava esses pressupostos.

A Constituição Federal de 1988 possui linhas similares com os pressupostos utilizados pelo *founding father*: o executivo comanda as forças armadas⁴³; o Legislativo controla o orçamento⁴⁴, onde autoriza a realização de despesas, além de poder instituir e majorar ou diminuir tributos. Além disso, a Judiciário não possui recursos humanos para executar as suas próprias decisões, dependendo da vontade do vencido ou da força policial, quando for o caso. Nesse aspecto, há muita semelhança.

Interessante notar que, atualmente, a corrente filosófica que defende um novo modo de enxergar o Direito Constitucional, mediante eficácia das normas constitucionais e a constitucionalização do Direito, entende que há uma predominância

⁴¹ HAMILTON, Alexander. The Federalist n. 78: The judiciary department. *The Democracy Sourcebook*. Robert A. Dahl *et alli* (org.). Cambridge: The Massachusetts Institute of Technology Press, 2003, p. 201.

⁴² HAMILTON, Alexander. The Federalist n. 78: The judiciary department. *The Democracy Sourcebook*. Robert A. Dahl *et alli* (org.). Cambridge: The Massachusetts Institute of Technology Press, 2003, p. 202.

⁴³ BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*, de 5 de novembro de 1988. Art. 142: “As Forças Armadas, constituídas pela Marinha, pelo Exército e pela Aeronáutica, são instituições nacionais permanentes e regulares, organizadas com base na hierarquia e na disciplina, sob a autoridade suprema do Presidente da República, e destinam-se à defesa da Pátria, à garantia dos poderes constitucionais e, por iniciativa de qualquer destes, da lei e da ordem”. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em: 13 jan. 2016.

⁴⁴ BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*, de 5 de novembro de 1988. Art. 166: “Os projetos de lei relativos ao plano plurianual, às diretrizes orçamentárias, ao orçamento anual e aos créditos adicionais serão apreciados pelas duas Casas do Congresso Nacional, na forma do regimento comum”. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em: 13 jan. 2016.

do Poder Judiciário sobre os demais braços da República, manifestação incompatível com a premissa utilizada por Hamilton. No entanto, em defesa da atuação jurisdicional em matéria de políticas públicas quase sempre há uma alusão ao caso *Marbury v. Madison*, cuja inspiração para utilização do *judicial review* se deu com base, dentre outros, no próprio Federalista n. 78.⁴⁵

Hamilton indica que, naquele sistema em que o Poder Judiciário era distinto dos demais da República, seria até possível a restrição de liberdade individualmente considerada pelas cortes; mas o próprio autor nega a possibilidade de restrição da liberdade de uma maneira geral por conta das decisões do Judiciário. A questão fundamental, era a da existência da separação dos Poderes. Afirma o autor que a liberdade não tem nada a temer na atuação do Poder Judiciário isoladamente.⁴⁶

Dai a necessidade de que o Poder Judiciário possua independência das demais instâncias de Poder: eventuais influências que o Executivo e/ou o Legislativo pudessem envolver os membros da corte poderia trazer os mesmos efeitos de se conferir as funções da república a somente uma alçada.⁴⁷

No modelo raciocinado por Hamilton, portanto, deveria haver uma separação da atuação judicial das demais funções da República e deveria ser conferida independência a este Poder, de forma a garantir um julgamento imparcial, sem riscos às garantias contidas na Constituição.

Note-se, desde já, haver uma aparente repulsa do autor americano a uma atuação do Poder Judiciário conjugada com os demais Poderes da República, o que afasta a ideia de interação entre instituições próprias das teorias do diálogo institucional, ainda que para fundamentar a decisão.

Hamilton defende a necessidade de independência do Poder Judiciário para que seja possível a missão de guarda da constituição. Segundo ele, essa independência é necessária para proteger os direitos individuais dos efeitos de humores

⁴⁵ Cf. ELY JR., James W.; HALL, Kermit L. *The Oxford guide to United States Supreme Court decisions*. 2. ed., New York: Oxford University Press, 2009, p. 204.

⁴⁶ HAMILTON, Alexander. The Federalist n. 78: The judiciary department. *The Democracy Sourcebook*. Robert A. Dahl *et alli* (org.). Cambridge: The Massachusetts Institute of Technology Press, 2003, p. 202.

⁴⁷ HAMILTON, Alexander. The Federalist n. 78: The judiciary department. *The Democracy Sourcebook*. Robert A. Dahl *et alli* (org.). Cambridge: The Massachusetts Institute of Technology Press, 2003, p. 202.

nocivos, algumas vezes disseminados entre o povo, ou da influência de conjunturas específicas, que podem ocasionar inovações tenebrosas no governo e séria opressão para a minoria da comunidade.⁴⁸

Nesse aspecto, o autor elucubra que o próprio princípio republicano poderia ser alterado por parlamentares representantes de uma maioria insatisfeita com a forma de governo. Ressalta que, ainda que a população pudesse reverter esse quadro mediante nova eleição, a população estaria sujeita à nova forma de governo e, também, sempre haveria o risco de os novos representantes não promoverem a volta à República.⁴⁹ Pode-se afirmar que, embora tenha defendido o *judicial review*, Hamilton não deixou de considerar o decurso do tempo e a evolução da política.

O autor ressalta ainda a importância da independência dos juízes para possibilitar a mitigação de leis consideradas injustas ou parciais, causadas pelos humores malévolos da sociedade. Alega que a simples possibilidade de pronunciamento judicial em que se questione a validade de uma lei opera como um fator relevante para o corpo legislativo antes da aprovação da lei. Argumenta que o Parlamento será compelido a qualificar sua proposta para fundamentar a lei injusta que deseja criar.⁵⁰

A independência dos juízes dependeria, fundamentalmente, do tempo em que ele permanecerá no cargo, o que atualmente, fundamenta o princípio da vitaliciedade. As indicações periódicas dos juízes fulminaria a sua fidelidade aos direitos individuais contidos na Constituição, qualquer que seja o sistema de indicação: pelo Legislativo, pelo Executivo ou, até mesmo, diretamente pelo povo. Além disso, é preciso ressaltar a importância da experiência obtida pelos juízes no exercício do seu mister, mediante inúmeras leis e regulamentos, e a necessidade de obediência aos precedentes.⁵¹

⁴⁸ HAMILTON, Alexander. The Federalist n. 78: The judiciary department. *The Democracy Sourcebook*. Robert A. Dahl *et alli* (org.). Cambridge: The Massachusetts Institute of Technology Press, 2003, p. 204.

⁴⁹ HAMILTON, Alexander. The Federalist n. 78: The judiciary department. *The Democracy Sourcebook*. Robert A. Dahl *et alli* (org.). Cambridge: The Massachusetts Institute of Technology Press, 2003, p. 204.

⁵⁰ HAMILTON, Alexander. The Federalist n. 78: The judiciary department. *The Democracy Sourcebook*. Robert A. Dahl *et alli* (org.). Cambridge: The Massachusetts Institute of Technology Press, 2003, p. 204-205.

⁵¹ HAMILTON, Alexander. The Federalist n. 78: The judiciary department. *The Democracy Sourcebook*. Robert A. Dahl *et alli* (org.). Cambridge: The Massachusetts Institute of Technology Press, 2003, p. 205.

A partir dessa premissa, o *founding father* abertamente defende a possibilidade de revisão dos atos do legislativo em face do conteúdo da Constituição. Segundo o autor, sem a possibilidade de o Judiciário proibir quaisquer atos contrários ao manifesto teor da Constituição, todos os direitos individuais atribuídos aos cidadãos seriam o mesmo que nada.⁵²

O autor afirma que não seria natural a presunção de que o próprio corpo legislativo seria o juiz constitucional de seus próprios poderes, de forma a impor sua interpretação aos demais poderes. Também não seria razoável, especula, que a Constituição pretendesse atribuir aos representantes do povo o poder para substituir a vontade do constituinte. Conclui, nessa linha que seria mais racional supor que as cortes foram designadas para serem o corpo intermediário entre o povo e seus representantes, com a missão de manter a autoridade da constituição.⁵³ Percebe-se, aqui, uma clara aceitação de um papel contra-majoritário do Poder Judiciário, e a alusão a um Estado fundado num compromisso assumido pela população numa Constituição. Atualmente, há uma dicotomia entre democracia e constitucionalismo com base na mesma distinção apontada pelo autor federalista.⁵⁴

Segundo argumenta, a interpretação das leis é uma atividade típica das cortes. Nesse ponto, Hamilton lembra que a constituição é uma lei fundamental; ou seja, cabe o Judiciário conferir o significado da lei fundamental assim como o faz com aquelas leis que não são fundamentais, expedidas pelo Legislativo.⁵⁵ Seria uma espécie de aproveitamento da expertise dos tribunais para aplicação em nível constitucional.

Importante notar que, nesse momento, Hamilton jamais havia imaginado a celeuma existente nos dias atuais quanto à distinção entre regras e princípios e a necessidade de utilização da técnica de ponderação ou, ainda, de uma argumentação para se proferir decisões judiciais. Essas técnicas são razoavelmente recentes e foram elaboradas diante da dificuldade de julgamento com base em normas constitucionais

⁵² HAMILTON, Alexander. The Federalist n. 78: The judiciary department. *The Democracy Sourcebook*. Robert A. Dahl *et alli* (org.). Cambridge: The Massachusetts Institute of Technology Press, 2003, p. 203.

⁵³ HAMILTON, Alexander. The Federalist n. 78: The judiciary department. *The Democracy Sourcebook*. Robert A. Dahl *et alli* (org.). Cambridge: The Massachusetts Institute of Technology Press, 2003, p. 203.

⁵⁴ DWORKIN, Ronald. Constitutionalism and democracy. *European Journal of Philosophy*. vol. 3, issue 1, p. 2-11, 1995.

⁵⁵ HAMILTON, Alexander. The Federalist n. 78: The judiciary department. *The Democracy Sourcebook*. Robert A. Dahl *et alli* (org.). Cambridge: The Massachusetts Institute of Technology Press, 2003, p. 203.

auto-excludentes. Não haveria como aplicar o critérios clássicos de solução de antinomias tão utilizadas quando do julgamento com base em regras, já que as normas constitucionais têm a mesma hierarquia e têm vigência simultânea. Ainda que fosse utilizado o critério da especialidade, estar-se-ia considerando a hipótese de não utilização de uma regra constitucional em determinados casos.

Nas palavras do autor americano, no entanto, é possível verificar o estabelecimento do critério hierárquico para sanar antinomias. Afirma que nas hipóteses em que houver uma contradição inconciliável entre a lei fundamental e uma expedida pelo Legislativo, deveria prevalecer aquela que tem um caráter mais relevante para a República. Nesse ponto, afirma, que o adequado para apontar o significado da norma constitucional é o Poder Judiciário.⁵⁶ Informa que a técnica para sanar as antinomias não está prevista em qualquer regra, mas que vem sendo utilizados pelos tribunais sem qualquer tipo de questionamento.⁵⁷

A preocupação do autor se dá quanto à atuação do Estado – enquanto órgão do Legislativo ou do Executivo, já que o Judiciário era o mais fraco – em face de seu cidadão e a respectiva preocupação com os direitos fundamentais contidos na Constituição americana. Não se tratou, por exemplo, de disposições constitucionais que impusessem uma ação governamental, mas simplesmente de garantias fundamentais de proteção do cidadão em face do Estado.

Em antecipação a eventuais críticas, Hamilton desqualifica a preocupação de que as cortes poderiam impor a sua vontade em detrimento da *mens* constitucional na forma como vista pelo Legislativo. Ele ressalta que a técnica interpretativa dos juízes são utilizadas quando da aplicação da lei no dia-a-dia. Não haveria novidade, nesse ponto. Além disso, nas hipóteses em que os juízes estivessem impondo sua vontade mediante interpretação, isso não os faria diferente do corpo de

⁵⁶ HAMILTON, Alexander. The Federalist n. 78: The judiciary department. *The Democracy Sourcebook*. Robert A. Dahl *et alli* (org.). Cambridge: The Massachusetts Institute of Technology Press, 2003, p. 203.

⁵⁷ HAMILTON, Alexander. The Federalist n. 78: The judiciary department. *The Democracy Sourcebook*. Robert A. Dahl *et alli* (org.). Cambridge: The Massachusetts Institute of Technology Press, 2003, p. 203..

legisladores, que também poderiam desconsiderar a *mens* constitucional e impor seu desiderato à sociedade.⁵⁸

Pelo que se pode perceber, a preocupação do *founding father* se dá especialmente em relação aos direitos e garantias fundamentais constantes da Constituição americana, notadamente, a liberdade tão cara ao povo americano.

Não há, portanto, qualquer alusão ao exercício de coerção por parte do Judiciário em relação ao Poder Executivo para que este promova políticas públicas não aprovadas pelo Parlamento, mas previstas, de modo abstrato, em normas constitucionais. Embora haja uma expressa preocupação quanto às minorias, não há qualquer defesa da efetivação de políticas públicas em prol de minorias, algo nem imaginado naquele tempo.

1.2. O problema contra-majoritário de Bickel e as virtudes passivas

Alexander Bickel é um autor por vezes associado a defensor da supremacia judicial e, em outras ocasiões, tratado como um precursor das teorias do diálogo.⁵⁹ A realidade é que é difícil enquadrar o citado autor como pertencente a alguma dessas correntes, tendo em vista a dualidade de seus escritos.

A parte da teoria mais comumente vista em trabalhos acadêmicos é a visão exposta pelo referido autor quanto ao papel da Suprema Corte americana, quando julga a inconstitucionalidade de uma lei. Segundo o autor, ao retirar a validade de uma lei regularmente elaborada pelo Parlamento, a Corte Constitucional distorce a vontade dos representantes do povo e, por isso, o controle de constitucionalidade é, nessas

⁵⁸ HAMILTON, Alexander. The Federalist n. 78: The judiciary department. *The Democracy Sourcebook*. Robert A. Dahl *et alli* (org.). Cambridge: The Massachusetts Institute of Technology Press, 2003, p. 204.

⁵⁹ MENDES, Conrado Hübner. *Direitos Fundamentais, separação de poderes e deliberação*. Tese de doutorado defendida perante o Departamento de Ciência Política. São Paulo: USP, 2008, p. 100.

hipóteses, exercido em desfavor da maioria.⁶⁰ Por esse motivo, afirma que o *judicial review* é a força contra-majoritária do sistema americano.⁶¹

Segundo o autor, a atividade judicante é necessária e tem como objetivo a proteção de princípios e valores duradouros que geram coesão e unidade a uma comunidade política,⁶² onde a tese se aproxima à de Dworkin. O Parlamento, por sua própria característica deliberativa, está sujeito à tomada de decisões pautadas em critérios políticos de conveniência e oportunidade que se distanciam dos princípios, e pode resultar em medidas elaboradas com pressa e sem a necessária reflexão no calor de uma insurgência social e acarretar vulnerações a direitos fundamentais. Nesse ponto, é possível vislumbrar a predileção de Bickel pela supremacia do Judiciário na interpretação do texto constitucional, num papel de guardião.

No entanto, o autor demonstra preocupação quanto a uma eventual atuação da Corte em constante choque com a maioria estabelecida. Em essência, são dois os pontos de tensão.

O primeiro é a franca atuação da Corte em descompasso com a sociedade. Bickel entende que a reiterada invalidação de atos aprovados pela maioria parlamentar acarretaria riscos à própria instituição judicial, na medida em que a sua legitimidade para tomada de decisões passaria a sofrer ataques cada vez mais constantes. Haveria claro risco de a autoridade da Suprema Corte ruir.⁶³ O receio do autor americano, portanto, é a possibilidade de descrédito do Poder Judiciário e seu enfraquecimento, na medida em que a sociedade passasse a desconsiderar as decisões judiciais. Haveria, nesta hipótese, risco aos princípios constitucionais tão caros à sociedade.

Essa observação é claramente vista quando o referido autor trata da icônica decisão proferida no caso *Brown v. Board of education*, em que a Suprema

⁶⁰ BICKEL, Alexander. *The least dangerous branch: the supreme court at the bar of politics*. 2a. ed. New Haven: Yale University Press, 1986, p. 16-17.

⁶¹ BICKEL, Alexander. *The least dangerous branch: the supreme court at the bar of politics*. 2a. ed. New Haven: Yale University Press, 1986, p. 16.

⁶² BICKEL, Alexander. *The least dangerous branch: the supreme court at the bar of politics*. 2a. ed. New Haven: Yale University Press, 1986, p. 187-188.

⁶³ BICKEL, Alexander. *The least dangerous branch: the supreme court at the bar of politics*. 2a. ed. New Haven: Yale University Press, 1986, p. 28.

Corte decidiu abolir a segregação racial na escolas públicas de Topeka, no Estado de Kansas. Embora tenha se referido à decisão como um início de mudanças substantivas na estrutura social americana e na natureza e expectativa quanto à forma de interpretação da Constituição americana pela Suprema Corte, o fato é que, mesmo depois de passada uma década do pronunciamento do tribunal, menos que dois por cento das escolas realmente experimentaram efetivamente uma desegregação.⁶⁴

Sob outro ângulo, as constantes declarações de inconstitucionalidade da leis movidas pela Suprema Corte poderia levar a um desvirtuamento da democracia, em virtude do caráter contra-majoritário da Corte. Importante lembrar que as decisões políticas tomadas por uma sociedade por maioria, atende a uma conquista civilizatória em contraponto a vontade de um soberano.

Para Bickel, as decisões movidas com base em princípios – no caso as de tribunais – teriam caráter extremamente rígido na medida em que sua natureza seria de tudo ou nada: ou a lei é inconstitucional ou não. Não haveria espaço para negociações, uma vez que a Corte está comprometida com esses valores fundamentais de uma sociedade.

Argumenta que a atividade parlamentar dificilmente tomará decisões com base em princípios, preferindo atuar com preocupações ligadas à conveniência política.⁶⁵ Os tribunais, ao contrário, possuem uma capacidade singular em realizar uma análise mais profunda de significado dos princípios para decidir, especialmente ao analisar casos concretos. Nessa parte do pensamento do autor, há uma clara influência da teoria de que o Poder Judiciário possuiria uma dádiva especial para lidar com princípios contidos na carta constitucional.

Diante da situação vivenciada por Bickel em algumas decisões judiciais que imporiam uma grande mudança na sociedade americana, como a *Brown v. Board of*

⁶⁴ ELY JR., James W.; HALL, Kermit L. *The Oxford guide to United States Supreme Court decisions*. 2. ed., New York: Oxford University Press, 2009, p. 40.

⁶⁵ Segundo Bickel, o termo *expediency* faz alusão à percepção, por parte de um tomador de decisão política – no caso o Parlamento –, de que existem algumas condutas que são pautadas no compromisso de mudança. Cuida-se de uma percepção daquilo que é possível – factível – ser alterado no comportamento da sociedade. Nesse campo, está sempre presente uma ideia negocial.

Education aludida acima, mas que não tiveram a efetividade adequada, o autor passou a defender um papel estratégico a ser realizado pelo Judiciário: a não-decisão.⁶⁶

As decisões judiciais pecam por serem proferidas mediante um juízo pautado em princípios sem o espaço negocial próprio da conveniência política exercida no âmbito parlamentar.⁶⁷ Dessa forma, a palavra de ordem da Corte deve ser a prudência, onde antes do pronunciamento pela inconstitucionalidade de uma lei deveria analisar a possibilidade de abdicar de decidir. A essa estratégia, Bickel denomina de virtudes passivas.⁶⁸ Cuida-se dos instrumentos de alçada, barreiras procedimentais, que as cortes normalmente usam para apreciação das causas.⁶⁹

A ideia do autor é a de que as Cortes deveriam esperar o decurso do tempo para que houvesse um processo de estimulação do processo deliberativo e um amadurecimento da questão de princípio. Nesse sentido, o tribunal deveria tentar persuadir antes de coagir de forma a encontrar uma acomodação tolerável entre as demandas do princípio e da conveniência política.⁷⁰

A Corte teria, portanto, uma missão educativa: ao evitar decidir, o tribunal estimularia o colóquio com os outros Poderes e a sociedade, fazendo um papel de tutor da cidadania.

Essa parte final da obra de Bickel fez com que muitos autores mencionasse que autor americano formulou a agenda das próximas gerações, com uma alusão às teorias do diálogo institucional.⁷¹

⁶⁶ BICKEL, Alexander. *The least dangerous branch: the supreme court at the bar of politics*. 2a. ed. New Haven: Yale University Press, 1986, p. 233

⁶⁷ BICKEL, Alexander. *The least dangerous branch: the supreme court at the bar of politics*. 2a. ed. New Haven: Yale University Press, 1986, p. 206.

⁶⁸ BICKEL, Alexander. Forewords: The Passive virtues. *Harvard Law Review*, Cambridge, v. 75, p. 46, 1961-1962.

⁶⁹ Um exemplo disso é o *writ of certiorari*. Cuida-se de um procedimento movido por advogados junto a cortes inferiores para que estas encaminhem os registros de uma causa para a Suprema Corte americana, para que esta, em juízo absolutamente discricionário, opte por analisar o caso ou não. Aqui no Brasil, um exemplo disso é o instituto da repercussão geral, onde o Supremo Tribunal Federal, em análise parametrada em critérios, decide pelo conhecimento ou não do recurso extraordinário.

⁷⁰ BICKEL, Alexander. *The least dangerous branch: the supreme court at the bar of politics*. 2a. ed. New Haven: Yale University Press, 1986, p. 188.

⁷¹ MENDES, Conrado Hübner. *Direitos Fundamentais, separação de poderes e deliberação*. Tese de doutorado defendida perante o Departamento de Ciência Política. São Paulo: USP, 2008, p. 100.

As teorias do diálogo, expostas abaixo, tem por pressuposto uma interação entre o Judiciário e o Legislativo com o intento de produzir respostas melhores para os problemas da sociedade. Bickel, no entanto, não estava exatamente preocupado com isso. Ele expressamente informa que as Cortes deveriam cuidar de matéria de princípios. A presença de virtudes passivas dar-se-ia em virtude de risco de desvalorização das decisões proferidas pela Suprema Corte com um perigo ainda maior para os direitos fundamentais garantidos pela Constituição norte-americana. Ou seja, Bickel não tinha como foco uma preocupação com o mérito das decisões da Corte, mas sim com a eficácia de tais decisões, embora, reiteradamente, faça alusão ao caráter contra-majoritário da corte.

O que o autor americano enxergou é que os pronunciamentos feitos pelas Cortes necessitam, também, de alguma legitimidade para que a sociedade cumpra as decisões. Na hipótese do julgamento quanto à segregação racial – *Brown vs Board of Education* –, Bickel não imaginou uma interação entre a Suprema Corte americana por entender que a decisão fora equivocada.

Outro ponto interessante de Bickel é a noção difundida de que as decisões formuladas pelas Cortes elas não teriam um caráter final definitivo, mas teria sim um prazo de vigência por algum tempo. Nesse sentido, a Suprema Corte americana não seria exatamente detentora de uma última palavra, senão por uma ou duas gerações.⁷²

Essa constatação feita por Bickel ao tratar dos casos de segregação racial nas escolas americanas se aproxima muito de uma característica das teorias do diálogo que é a negativa da existência de uma última palavra. No entanto, o próprio autor americano ressalta que a imposição de decisões por uma ou duas gerações é tempo longo demais. Ou seja, não afastou a importância da definição de quem seria o detentor da última palavra no lapso temporal, mas percebeu que a forma como o princípio é entendido varia com o tempo.

A preocupação de Bickel se dá quanto aos efeitos de longo prazo que podem ser gerados a partir da concepção de que a última palavra é do Poder Judiciário.

⁷² BICKEL, Alexander. *The least dangerous branch: the supreme court at the bar of politics*. 2a. ed. New Haven: Yale University Press, 1986, p. 244.

Poderia haver o enfraquecimento do princípio democrático na medida em que tudo seria resolvido por membros não eleitos do Judiciário.⁷³

A judicialização generalizada sobre todos os assuntos da vida social, inclusive sobre políticas públicas, é fenômeno que vem ganhando espaço no Brasil. Thayer já apresentava um receio em virtude da busca por membros do Parlamento de forçar suas energias na batalha judicial em detrimento da deliberação parlamentar.⁷⁴

De toda sorte, pode-se perceber que Bickel, embora não tenha sido pioneiro, foi bem sucedido em difundir a ideia do caráter contra-majoritário da corte. Isso não acarretou uma defesa da soberania parlamentar. Ao contrário. A preocupação era, repita-se, com a efetividade das decisões judiciais.

1.3. Dworkin e a obsessão pela defesa dos direitos individuais

Ronald Dworkin é outro festejado autor americano que defende a supremacia do Judiciário. Acredito que seja, aliás, um dos autores mais citados pela doutrina brasileira quando se fala em força normativa da Constituição, princípios e aproximação do Direito com a Moral.

O referido autor americano polariza o debate em torno do *judicial review* por meio da noção de constitucionalismo e a sua principal objeção: caráter contra-majoritário.

O constitucionalismo é um sistema em que há o estabelecimento de direitos individuais sob os quais o grupo majoritário de um Parlamento não pode revogá-los ou negociá-los.⁷⁵ Observa que, essa concepção de constitucionalismo, tornou-se um fenômeno político popular nos últimos tempos. A defesa dos direitos fundamentais, certamente, não poderia ficar a cargo do próprio Parlamento. É o próprio

⁷³ BICKEL, Alexander. *The least dangerous branch: the supreme court at the bar of politics*. 2a. ed. New Haven: Yale University Press, 1986, p. 21.

⁷⁴ THAYER, James Bradley. The Origin and Scope of the American Doctrine of Constitutional Law. *Harvard Law Review*. Cambridge, vol. 7, p. 155-156, 1893.

⁷⁵ DWORKIN, Ronald. Constitutionalism and democracy. *European Journal of Philosophy*. Hoboken, vol. 3, issue 1, p. 2, 1995.

órgão legislativo quem tem o condão de ameaçar a existência dos direitos por meio de produção legal. Por isso, a necessidade de um órgão externo que tenha a possibilidade de verificar a compatibilidade das leis com o conteúdo da Constituição. O problema é que o constitucionalismo poderia se contrapor à ideia de democracia, na medida em que o direito de o grupo majoritário decidir os rumos da sociedade americana estariam comprometidos.

Ao tratar do assunto, Dworkin desqualifica o conflito existente entre democracia e constitucionalismo, onde afirma que a incompatibilidade é apenas ilusória.⁷⁶

Dworkin faz uma distinção entre democracia e regra da maioria. Segundo o autor, a democracia é o que legitima a regra da maioria.⁷⁷ Nesse sentido, o majoritarismo puro e simples não significa democracia, a não ser que preencha algumas condições.

O autor noticia a existência de controvérsia na definição das condições acima aludidas. No entanto, afirma categoricamente que é um pressuposto de democracia a existência de determinada estrutura constitucional que não pode ser suprimida pelo grupo majoritário.⁷⁸

O autor relembra que existem determinadas regras constantes da constituição cuja rigidez não assusta os defensores da democracia. São as chamadas regras positivas⁷⁹ que estabelecem a regra de maioria como fundamento de exercício do poder. Estamos tratando das normas constitucionais que determinam quem pode votar, o tempo de eleições, os poderes que cada grupo de representantes tem.⁸⁰ Ou seja, são regras contidas no texto constitucional em que a própria ideia de democracia está construída e por isso, não se questiona a impossibilidade de um Parlamento subvertê-

⁷⁶ DWORKIN, Ronald. Constitutionalism and democracy. *European Journal of Philosophy*. Hoboken, vol. 3, issue 1, p. 2, 1995.

⁷⁷ DWORKIN, Ronald. Constitutionalism and democracy. *European Journal of Philosophy*. Hoboken, vol. 3, issue 1, p. 2, 1995.

⁷⁸ DWORKIN, Ronald. Constitutionalism and democracy. *European Journal of Philosophy*. Hoboken, vol. 3, issue 1, p. 2, 1995.

⁷⁹ No original, o autor denomina essas de *enabling rules*. DWORKIN, Ronald. Constitutionalism and democracy. *European Journal of Philosophy*. vol. 3, issue 1, p. 2, 1995.

⁸⁰ DWORKIN, Ronald. Constitutionalism and democracy. *European Journal of Philosophy*. Hoboken, vol. 3, issue 1, p. 3, 1995.

las. Parece natural esse entendimento, pois, caso contrário, o Legislativo poderia ruir o próprio modelo democrático.

Por outro lado, as regras negativas constantes da constituição impõem limitações de poder aos representantes eleitos na forma prevista nas regras positivas.⁸¹ Nesse rol de regras estão direitos como a liberdade de expressão e sexual, igualdade de acesso ao serviço de educação, dentre outros.

Nesse ponto, não haveria sentido em se estabelecer tanta perplexidade quanto à impossibilidade de o Parlamento, por meio da regra da maioria, ser proibido de suprimir direitos fundamentais – regras negativas –, e não haver a mesma celeuma quanto a determinadas regras que estabelecem a própria regra de maioria.

Além disso, o autor ataca o argumento de que o constitucionalismo – e, por consequência, o *judicial review* – compromete a igualdade política tendo em vista que confere poder desproporcionalmente grande a um grupo de juízes que não são eleitos e não possuem responsabilidade política.⁸²

Num primeiro momento, Dworkin relembra que não se pode definir igualdade política tendo por base a força política, mas sim com base em *status* e que muitos direitos fundamentais contribuem para a isonomia desejada e não o contrário.⁸³ Não bastasse isso, o autor ressalta que muitos funcionários do governo que também são indicados – e, portanto, não eleitos – são dotados de poder ainda maior do que o de juízes, como, por exemplo, o Secretário de Estado americano que pode levar o país a uma guerra.⁸⁴

Outro ponto tratado pelo autor é a objeção ao *judicial review* no sentido de que a interpretação constitucional na realidade é legislar. Indica que importantes declarações de inconstitucionalidade movidas pelas cortes americanas se dá com

⁸¹ DWORKIN, Ronald. Constitutionalism and democracy. *European Journal of Philosophy*. Hoboken, vol. 3, issue 1, p. 3, 1995.

⁸² DWORKIN, Ronald. Constitutionalism and democracy. *European Journal of Philosophy*. Hoboken, vol. 3, issue 1, p. 5, 1995.

⁸³ DWORKIN, Ronald. Constitutionalism and democracy. *European Journal of Philosophy*. Hoboken, vol. 3, issue 1, p. 5, 1995.

⁸⁴ DWORKIN, Ronald. Constitutionalism and democracy. *European Journal of Philosophy*. Hoboken, vol. 3, issue 1, p. 5, 1995.

fundamento em dispositivos que possuem termos bastante abstratos, a exemplo do devido processo legal e a igualdade perante as leis.⁸⁵

Dworkin destaca que a objeção é pautada na teoria positivista⁸⁶ que, segundo o autor, informa que Direito consiste em decisões de autoridades a quem a comunidade conferiu poderes para tanto. Nesse sentido, as decisões judiciais seriam o próprio Direito e, assim, os tribunais possuiriam o poder de legislar.⁸⁷

O argumento do autor é o de que o positivismo jurídico ignora a existência de princípios. Afirma que Direito não é somente aquilo que foi decidido pelas autoridades – regras –, mas também os princípios subjacentes daquele pronunciamento, ainda que não haja reconhecimento ou intenção de declará-los por parte da autoridade. Direito é uma questão de integridade e não somente uma ordem^{88, 89}.

Dworkin trabalha com os conceitos de equidade, a justiça e o devido processo legal. Para o autor, equidade faz referência à distribuição do poder político pelos membros da sociedade, por meio de procedimentos dentro do processo político, de forma a trazer tratamento isonômico.⁹⁰

Afirma, em conclusão, que o positivismo jurídico não tem como dar suporte ao argumento de que o constitucionalismo é antidemocrático, tendo em vista que a própria teoria em comento não é adequada.⁹¹

Como se pode perceber, Dworkin trabalha com uma concepção diferente de democracia de forma que a existência do regime dependeria de respeito aos direitos fundamentais. O problema contra-majoritário evidenciado por Bickel estaria, assim,

⁸⁵ DWORKIN, Ronald. Constitutionalism and democracy. *European Journal of Philosophy*. Hoboken, vol. 3, issue 1, p. 5-6, 1995.

⁸⁶ O autor fala em positivismo jurídico em sentido mais estrito.

⁸⁷ DWORKIN, Ronald. Constitutionalism and democracy. *European Journal of Philosophy*. Hoboken, vol. 3, issue 1, p. 6, 1995.

⁸⁸ No original, em inglês, o autor utiliza a expressão “fiat”. DWORKIN, Ronald. Constitutionalism and democracy. *European Journal of Philosophy*. Hoboken, vol. 3, issue 1, p. 6, 1995.

⁸⁹ DWORKIN, Ronald. Constitutionalism and democracy. *European Journal of Philosophy*. Hoboken, vol. 3, issue 1, p. 6, 1995.

⁹⁰ DWORKIN, Ronald. *O império do Direito*. Trad. Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999, p.

⁹¹ DWORKIN, Ronald. Constitutionalism and democracy. *European Journal of Philosophy*. vol. 3, issue 1, p. 6, 1995.

superado. A corte deveria ter um papel efetivamente contra-majoritário; mas isso não viola o princípio democrático.

1.4. Jeremy Waldron e sua objeção ao *judicial review*

Pode-se afirmar que, atualmente, um dos maiores opositores à possibilidade de controle judicial de atos do Poder Legislativo é o neozelandês Jeremy Waldron. Com efeito, o referido autor possui tradição em questionar o motivo pelo qual devem os juízes ter autoridade para derrubar leis quando eles estão convencidos de que elas violam direitos individuais.⁹²

O autor ressalta que, nos países onde não há o *judicial review*, o povo pode decidir questões relevantes para a sociedade, como o casamento gay, a restrição de gastos em campanhas eleitorais, etc. Se o povo não concordar com a decisão tomada, poderá resolver o problema mediante escolha de novos representantes para que defendam seu ponto de vista.⁹³

De forma oposta, em países em que há controle de constitucionalidade de leis, como nos Estados Unidos, o povo ou seus representantes podem endereçar estas questões na forma como entenderem. Mas não há certeza de que seus pontos de vista irão prevalecer, pois, se alguém discordar da legislação, pode levar o caso para discussão numa corte e a visão que irá prevalecer é a de juízes.⁹⁴ Assim, em questões de profunda moralidade política debatidas há séculos por filósofos, cidadãos e políticos, o povo deve aceitar as deliberações movidas por uma maioria de juízes, cujos pontos de vista nessas questões não são particularmente especiais.⁹⁵ Por esse motivo, defende que

⁹² WALDRON, Jeremy. The core of the case against judicial review. *Yale Law Journal*. New Haven, vol. 115, n. 6, p. 1348, abr. 2006.

⁹³ WALDRON, Jeremy. The core of the case against judicial review. *Yale Law Journal*. New Haven, vol. 115, n. 6, p. 1349, abr. 2006.

⁹⁴ WALDRON, Jeremy. The core of the case against judicial review. *Yale Law Journal*. New Haven, vol. 115, n. 6, p. 1350, abr. 2006.

⁹⁵ WALDRON, Jeremy. The core of the case against judicial review. *Yale Law Journal*. New Haven, vol. 115, n. 6, p. 1350, abr. 2006.

o *judicial review* é inapropriado como modelo de última palavra em tomadas de decisão numa sociedade livre e democrática.⁹⁶

Em artigo produzido especificamente para demonstrar a sua objeção ao modelo de controle de constitucionalidade de leis, Waldron ressalta que a oposição ao *judicial review* tende a ser algo de um tempo, que surge apenas quando ocorrem decisões que são contrárias aos interesses dos opositores ao sistema. Da mesma forma, os posicionamentos favoráveis à supremacia do judiciário são pautadas em questões de mérito.⁹⁷

Por esse motivo, a proposta do neozelandês é trazer argumentos para compreensão geral da doutrina que não estejam contaminados pelas preocupações políticas, culturais e históricas de cada sociedade num determinado período de tempo.⁹⁸

A pretensão do autor é, portanto, apresentar em essência seu argumento contrário ao *judicial review*, de forma a ser independente de suas manifestações históricas e questionamentos acerca de seus efeitos particulares. A ideia é focar nos aspectos da revisão judicial que não digam respeito à maneira que os juízes exercem seus poderes – se deferentes ou ativistas.⁹⁹

Segundo Waldron, o *judicial review* é particularmente vulnerável a dois argumentos: (i) ele não promove uma forma para que a sociedade se concentre nos verdadeiros problemas em jogo quando ocorre desacordo social sobre direitos, mas, ao contrário, contamina a discussão sobre textos, precedentes, e técnicas de interpretação; e (ii) ilegitimidade política, tendo em vista que os juízes não são eleitos e não se sujeitam à prestação de contas (*accountability*), o que afasta os caros princípios de igualdade de representação política na resolução final de questões ligadas a direitos.¹⁰⁰

⁹⁶ WALDRON, Jeremy. The core of the case against judicial review. *Yale Law Journal*. New Haven, vol. 115, n. 6, p. 1348, abr. 2006.

⁹⁷ WALDRON, Jeremy. The core of the case against judicial review. *Yale Law Journal*. New Haven, vol. 115, n. 6, p. 1351, abr. 2006.

⁹⁸ WALDRON, Jeremy. The core of the case against judicial review. *Yale Law Journal*. New Haven, vol. 115, n. 6, p. 1352, abr. 2006.

⁹⁹ WALDRON, Jeremy. The core of the case against judicial review. *Yale Law Journal*. New Haven, vol. 115, n. 6, p. 1351, abr. 2006.

¹⁰⁰ WALDRON, Jeremy. The core of the case against judicial review. *Yale Law Journal*. New Haven, vol. 115, n. 6, p. 1353, abr. 2006.

Waldron defende que os desacordos sobre direitos numa determinada sociedade não são questões que devam ser objeto de hermenêutica jurídica. São questões que ensejam interpretação na seara da filosofia política.¹⁰¹ Ressalta que a existência de desacordo não importa em que um dos lados em disputa não leve os direitos do outro a sério.¹⁰²

Waldron chama a atenção para o fato de que as disputas sobre desacordos envolvendo direitos fundamentais ocorrem quanto o rol de direitos não estabelece claramente a solução para a disputa.¹⁰³ Por esse motivo, advogados demandam por direitos fazendo uso da força gravitacional do texto contido no *Bill of Rights*. Ao invés de encorajar um confronto direto quanto aos desacordos, as questões são emolduradas como problemas de interpretação dos direitos contidos na declaração.¹⁰⁴

O autor em referência confessa que, muitas vezes, o legislador não tem condições de verificar possíveis violações a direitos que a lei aprovada possa ensejar. Nesse sentido, defende que deva haver algum tipo de mecanismo para chamar atenção do Parlamento para os problemas causados.¹⁰⁵

Aqui se pode perceber que o autor tende a aceitar um mecanismo de diálogo entre o Parlamento e outra instituição com a finalidade de conferir melhores resultados para solução fornecida pelo Parlamento. Mas isso, no entanto, não prestigia, necessariamente, uma atuação revisora do Poder Judiciário.

Diante de um desacordo, o autor defende a necessidade de um procedimento-decisão que deve resultar na solução do problema. Indica que o procedimento decisório, qualquer que seja, deve enfrentar questionamentos quanto à sua legitimidade.¹⁰⁶

¹⁰¹ WALDRON, Jeremy. The core of the case against judicial review. *Yale Law Journal*. New Haven, vol. 115, n. 6, p. 1366, abr. 2006.

¹⁰² WALDRON, Jeremy. The core of the case against judicial review. *Yale Law Journal*. New Haven, vol. 115, n. 6, p. 1367, abr. 2006.

¹⁰³ WALDRON, Jeremy. The core of the case against judicial review. *Yale Law Journal*. New Haven, vol. 115, n. 6, p. 1368, abr. 2006.

¹⁰⁴ WALDRON, Jeremy. The core of the case against judicial review. *Yale Law Journal*. New Haven, vol. 115, n. 6, p. 1369, abr. 2006.

¹⁰⁵ WALDRON, Jeremy. The core of the case against judicial review. *Yale Law Journal*. New Haven, vol. 115, n. 6, p. 1370, abr. 2006.

¹⁰⁶ WALDRON, Jeremy. The core of the case against judicial review. *Yale Law Journal*. New Haven, vol. 115, n. 6, p. 1371, abr. 2006.

Ressalta, no entanto, que nenhum procedimento-decisão é perfeito. Nas situações em que a legislação não se submete a controle judicial e nas hipóteses em que há revisão judicial, o procedimento levará, por vezes, a decisões erradas, vulnerando direitos ao invés de defendê-los. A partir daí, Waldron indaga quais seriam as razões a serem levadas em conta para definir um procedimento-decisão para solucionar desacordos, independentemente de quais sejam esses desacordos.¹⁰⁷

Em resposta apresenta duas ordens de razões. A primeira são razões ligadas ao procedimento de decisão, independentemente de considerações sobre o resultado. Nesse sentido, o autor indica que, em política, o que deve ser assegurado é a igualdade política e o direito democrático ao voto, de se pronunciar, ainda que os outros discordem daquilo que venha a ser falado.¹⁰⁸

Por outro lado, há razões ligadas ao resultado do procedimento (*outcomes*). Assim, o procedimento-decisão deve tomar uma forma para que os resultados sejam aceitáveis (bons, justos, ou corretos).¹⁰⁹

Waldron tende a enfatizar, portanto, que deve haver um modelo de procedimento-decisão que comportará um processo justo para elaboração da decisão sobre os desacordos, e o resultado do processo deve ser igualmente justo. De toda sorte, para o autor, o ponto principal é que haja um procedimento-decisão para trazer uma solução de forma que os dois lados envolvidos na disputa a reconheçam como legítima.¹¹⁰

Nesse sentido, Waldron rechaça o entendimento que confere tanta importância ao resultado que chega a dizer que é somente isso que importa. Para tanto, indica que algumas questões exteriores ao resultado também são relevantes. Exemplifica com questões ligadas a direitos humanos no plano internacional. Afirma que a soberania dos Estados impede que a atuação estatal seja pautada somente no

¹⁰⁷ WALDRON, Jeremy. The core of the case against judicial review. *Yale Law Journal*. New Haven, vol. 115, n. 6, p. 1372, abr. 2006.

¹⁰⁸ WALDRON, Jeremy. The core of the case against judicial review. *Yale Law Journal*. New Haven, vol. 115, n. 6, p. 1373, abr. 2006.

¹⁰⁹ WALDRON, Jeremy. The core of the case against judicial review. *Yale Law Journal*. New Haven, vol. 115, n. 6, p. 1373, abr. 2006.

¹¹⁰ WALDRON, Jeremy. The core of the case against judicial review. *Yale Law Journal*. New Haven, vol. 115, n. 6, p. 1373, abr. 2006.

resultado, em desrespeito a soberania dos Estados que compõem a comunidade internacional.¹¹¹

Assim, as razões ligadas ao resultado são importantes, mas são, no máximo, inconclusivas. Um lado, o vencedor, sempre entenderá que a decisão foi correta; o lado derrotado, ao contrário, terá uma visão de que o resultado foi ruim.

As razões ligadas ao procedimento para a decisão, no entanto, operam para conferir legitimidade ao resultado obtido e, por esse motivo, redundam em descrédito à revisão judicial enquanto mantém o processo legislativo intacto.¹¹² Por esse motivo, entende que, em qualquer que sejam as razões para o estabelecimento de um procedimento-decisão – resultado ou procedimento – o Poder Legislativo é o mais adequado. Por isso, esta é a essência de sua objeção ao *judicial review*.¹¹³

Afirma que é tentador associar as razões de resultado com o *judicial review*. Mas aponta que isso seria equivocado. Defende que há determinadas razões que dificultam o legislativo em lidar com questões ligadas a direito; mas que há outras coisas que fazem com que as cortes tenham dificuldade com questões morais que são apresentadas nos desacordos. As cortes são boas em decidir determinadas questões, e ruins em outras.¹¹⁴

O autor faz um contraponto ao argumento de que os representantes eleitos estão sujeitos a pressões de grupos sectários, e que o Judiciário, por não estar sujeito ao controle eleitoral, estaria imune a essas pressões. Waldron expressa uma visão de que o Poder Judiciário também se sujeita a pressão.¹¹⁵

Indica, dentre outras, a decisão da Suprema Corte americana no caso *Dred Scott vs Stanford*, em que se decidiu que os Estados não poderiam promulgar leis para declarar os escravos como homens livres por violação ao princípio do devido

¹¹¹ WALDRON, Jeremy. The core of the case against judicial review. *Yale Law Journal*. New Haven, vol. 115, n. 6, p. 1374, abr. 2006.

¹¹² WALDRON, Jeremy. The core of the case against judicial review. *Yale Law Journal*. New Haven, vol. 115, n. 6, p. 1375, abr. 2006.

¹¹³ WALDRON, Jeremy. The core of the case against judicial review. *Yale Law Journal*. New Haven, vol. 115, n. 6, p. 1376, abr. 2006.

¹¹⁴ WALDRON, Jeremy. The core of the case against judicial review. *Yale Law Journal*. New Haven, vol. 115, n. 6, p. 1376, abr. 2006.

¹¹⁵ WALDRON, Jeremy. The core of the case against judicial review. *Yale Law Journal*. New Haven, vol. 115, n. 6, p. 1377, abr. 2006.

processo legal e que os afro-americanos não eram e nem poderiam ser cidadãos dos Estados Unidos da América, embora fossem de alguns Estados.¹¹⁶

Além disso, apontou que seria um terrível erro daqueles que depositam suas esperanças de respeito aos direitos e liberdades civis ao Judiciário no momento de pânico do país após os atentados de 11 de setembro de 2001.¹¹⁷

O autor chama a atenção para o fato de que o procedimento legislativo não fecha os olhos para o resultado, dando importância somente à regra da maioria, como normalmente se prega. Lembra que, nas democracias, existem várias maneiras de assegurar que haja um julgamento maduro em determinadas questões. Lembra, a título ilustrativo, a existência da bicameralidade, com legislaturas não coincidentes.¹¹⁸

Nesse aspecto, o argumento que Waldron traz também pode ser aplicável no Brasil, uma vez que existem diversas alçadas na Câmara de Deputados e no Senado, como a existência de comissões temáticas, de forma a proteger a minoria.

Waldron faz uso de três argumentos utilizados pelos defensores do *judicial review* para tentar demonstrar que os resultados não são vantajosos. O primeiro é o de que as decisões movidas pelas cortes se dão no contexto de casos específicos, concretos; o segundo é o de que as decisões são pautadas em direitos individuais constantes de um rol; o terceiro é o de que o papel de argumentação e de fundamentação da decisão são proeminentes na deliberação judicial.¹¹⁹

As pessoas defendem a revisão judicial em virtude de que a argumentação judicial sobre direitos ocorrem sob a forma de situações concretas – de carne e osso. Waldron, no entanto, afirma que se cuida de um mito. Alega que, quando os processos chegam ao nível de tribunais, quase todo o traço de individualidade da causa desapareceu e o argumento utilizado pela corte trata de maneira abstrata o direito

¹¹⁶ Também entendendo que houve influência política na Suprema Corte: ELY JR., James W.; HALL, Kermit L. *The Oxford guide to United States Supreme Court decisions*. 2. ed., New York: Oxford University Press, 2009, p. 323.

¹¹⁷ WALDRON, Jeremy. The core of the case against judicial review. *Yale Law Journal*. New Haven, vol. 115, n. 6, p. 1377, abr. 2006.

¹¹⁸ WALDRON, Jeremy. The core of the case against judicial review. *Yale Law Journal*. New Haven, vol. 115, n. 6, p. 1378, abr. 2006.

¹¹⁹ WALDRON, Jeremy. The core of the case against judicial review. *Yale Law Journal*. New Haven, vol. 115, n. 6, p. 1379, abr. 2006.

em disputa. Quando a causa chega a Suprema Corte americana, a corte decide a causa em termos gerais e não individualizados.¹²⁰

Por outro lado, Waldron defende que o processo legislativo é aberto para considerações de casos individuais, por meio de *lobby*, audiências e debates. Afirma que há uma tendência atual de leis cujo processo legislativo é iniciado com base em casos individuais.¹²¹

No Brasil, poder-se-ia notar esse fenômeno ocorrendo também em nosso legislativo. A Lei n. 12.737, de 30 de dezembro de 2012, também chamada de Lei Carolina Dieckman, foi aprovada após uma violação da intimidade da famosa atriz da televisão brasileira, em que houve invasão de seus arquivos pessoais e divulgação de fotografias íntimas da vítima.¹²²

Em contraponto a afirmativa de que casos difíceis geram leis ruins, Waldron lembra que a lei é o instrumento mais adequado para beneficiar um público em geral diante de uma violação de direito individual a ele reportada, e não uma decisão estabelecida em um caso concreto.¹²³

Em relação ao rol de direitos fundamentais, o autor noticia que as expressões contidas no rol não são escolhidas com foco nos desacordos sobre os direitos ali contidos. Além disso, afirma que um *Bill of Rights* tende a encorajar um certo formalismo textual rígido. Afirma que a experiência obtida mediante observação da jurisdição constitucional americana indica que as palavras dos dispositivos da Constituição tendem a criar vida própria, tornado-se um *slogan* obsessivo para tudo o que se queira tratar sobre o direito em questão. Por esse motivo, entende que o sistema de soberania do Parlamento seria menos perigoso, uma vez que os legisladores podem

¹²⁰ WALDRON, Jeremy. The core of the case against judicial review. *Yale Law Journal*. New Haven, vol. 115, n. 6, p. 1379-1380, abr. 2006.

¹²¹ WALDRON, Jeremy. The core of the case against judicial review. *Yale Law Journal*. New Haven, vol. 115, n. 6, p. 1380, abr. 2006.

¹²² BRASIL. *Lei n. 12.737, de 30 de dezembro de 2012*. Dispõe sobre a tipificação criminal de delitos informáticos; altera o Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal; e dá outras providências. Brasília, 2012. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/lei/112737.htm>. Acesso em: 20 mar. 2016.

¹²³ WALDRON, Jeremy. The core of the case against judicial review. *Yale Law Journal*. New Haven, vol. 115, n. 6, p. 1380, abr. 2006.

tratar os direitos por si mesmo, sem ter as amarras das formulações contidas no rol de direitos fundamentais.¹²⁴

O neozelandês afirma que as cortes tendem a se ocupar com argumentos secundários para tratar da melhor forma de se interpretar os direitos fundamentais. Afirma que boa parte dos argumentos movidos em decisões judiciais se ocupam de teorias da interpretação, de forma que ninguém que se preocupe com os direitos em debate pode ficar satisfeito. Isso decorreria do fato de que os juízes se preocupam com a legitimidade de suas decisões.¹²⁵

Menciona que o rol de direitos fundamentais pode influenciar as decisões judiciais naquilo que não está expresso, alcançando resultados nocivos. Exemplifica ao afirmar que um rol de direitos que não contém direitos sociais podem influenciar a decisão de juízes quando as causas envolverem o direito de propriedade. Ilustra que uma legislação que importe em políticas de bem-estar social que, de alguma maneira, afetem o direito de propriedade, pode resultar numa declaração de inconstitucionalidade. Assim, o *judicial review*, segundo Waldron, pode impedir um avanço social.¹²⁶

É o que ocorreu no caso *Lochner vs New York*, em que o direito de liberdade de contratar foi usado como fundamento para declarar inconstitucional lei do Estado de Nova Iorque que limitava a quantidade de horas trabalhadas em padarias.

Waldron rebate o argumento de que as decisões judiciais são mais bem fundamentadas e que, por esse motivo, os tribunais seriam mais adequados a tratar de direitos do que o Parlamento. Informa que os congressistas também fundamentam os seus votos, quando da realização dos debates.¹²⁷

Ainda quanto à qualidade dos fundamentos para a decisão sobre direitos, Waldron afirma que os argumentos utilizados no exercício da revisão judicial raramente são os

¹²⁴ WALDRON, Jeremy. The core of the case against judicial review. *Yale Law Journal*. New Haven, vol. 115, n. 6, p. 1381, abr. 2006.

¹²⁵ WALDRON, Jeremy. The core of the case against judicial review. *Yale Law Journal*. New Haven, vol. 115, n. 6, p. 1381, abr. 2006.

¹²⁶ WALDRON, Jeremy. The core of the case against judicial review. *Yale Law Journal*. New Haven, vol. 115, n. 6, p. 1382, abr. 2006.

¹²⁷ WALDRON, Jeremy. The core of the case against judicial review. *Yale Law Journal*. New Haven, vol. 115, n. 6, p. 1382, abr. 2006.

mesmos discutidos quando da promulgação dos direitos fundamentais.¹²⁸ Indica que os fundamentos utilizados pelo Judiciário para proteger direitos previstos em cartas constitucionais antigas são artificiais e distorcidos, já que não representam a visão dos instituidores dos direitos. Exemplifica com a cláusula do devido processo legal que, atualmente, tem servido para tratar de assuntos ligados aos direitos trabalhistas e ao aborto.¹²⁹

Apona, igualmente, como problema do julgamento nos tribunais, a constante e trabalhosa discussão acerca da incidência de precedentes aos casos analisados, ainda que notoriamente não seja aplicável, deixando à margem os direitos que realmente estão em discussão.¹³⁰

As cortes são preocupadas com a legitimidade de suas decisões e, por isso, conferem foco à fundamentação em fatos que tendem a demonstrar que estão juridicamente autorizados a proferir decisão. Embora seja compreensível, tal fato pesaria muito a favor da supremacia parlamentar em detrimento da revisão judicial. Enquanto as cortes perdem tempo em tratar de questões de linguagem e de precedentes, os legisladores, com todos os seus vícios, vão direto à questão central. Waldron aponta que, nos países em que não há controle de constitucionalidade pelo Judiciário, os debates ocorridos no Parlamento são muito ricos.¹³¹

Lembra ainda que, da mesma forma como as cortes podem distorcer o conteúdo dos direitos, o Parlamento também pode atuar movido pelo pânico ou por uma situação de popularismo, gerando pseudo-debates. No entanto, o autor indica que a atividade normal do Judiciário é de preocupação com questões marginais aos direitos em jogo, em que atende a questões vinculadas a precedentes e formas de interpretação.

¹²⁸ WALDRON, Jeremy. The core of the case against judicial review. *Yale Law Journal*. New Haven, vol. 115, n. 6, p. 1382, abr. 2006.

¹²⁹ WALDRON, Jeremy. The core of the case against judicial review. *Yale Law Journal*. New Haven, vol. 115, n. 6, p. 1383, abr. 2006.

¹³⁰ WALDRON, Jeremy. The core of the case against judicial review. *Yale Law Journal*. New Haven, vol. 115, n. 6, p. 1383, abr. 2006.

¹³¹ WALDRON, Jeremy. The core of the case against judicial review. *Yale Law Journal*. New Haven, vol. 115, n. 6, p. 1383-1384, abr. 2006.

Já o Legislativo, o seu normal é um debate forte, centrado nos problemas relacionados a direitos. Assim, a aberração no campo judicial é a regra; no Parlamento, a exceção.¹³²

Waldron também trabalha com o sentimento de legitimidade que as pessoas atingidas por decisões tomadas pelo Parlamento possuem. O cidadão, ao participar do debate, ou, ao menos, ter um representante defendendo seu ponto de vista, aceita a decisão em contrário pelo fato de que houve um processo justo para alcançar o resultado e que há legitimidade política na decisão.¹³³

Waldron também trabalha com questões ligadas à legitimidade política das decisões movidas pelo Legislativo com a finalidade de comparar com a legitimidade do Judiciário. Indica que dois pontos devem ser solucionados: o motivo pelo qual os representantes tem o poder de decidir e não os próprios envolvidos na questão submetida; e por que não foi dado maior peso aos representantes que tinham uma visão que discordam da visão predominante.¹³⁴

Em relação aos representantes, indica que a resposta está no processo eleitoral do Parlamento, a partir da concepção de que todos são tratados de forma igual para a escolha de seus representantes. E a segunda questão, seria respondida pelo princípio majoritário.¹³⁵ Ressalta a importância de que os representantes deem voz aos vários pontos de vista sobre os assuntos da pauta, de forma a gerar um processo decisório justo.¹³⁶

O autor, então, promove os mesmos questionamentos em relação às decisões proferidas pela corte: por que os juízes tem o poder de decidir questões onde há desacordo?; e por qual razão o procedimento do resultado se dá pelo voto da maioria da corte.

¹³² WALDRON, Jeremy. The core of the case against judicial review. *Yale Law Journal*. New Haven, vol. 115, n. 6, p. 1386, abr. 2006.

¹³³ WALDRON, Jeremy. The core of the case against judicial review. *Yale Law Journal*. New Haven, vol. 115, n. 6, p. 1387, abr. 2006.

¹³⁴ WALDRON, Jeremy. The core of the case against judicial review. *Yale Law Journal*. New Haven, vol. 115, n. 6, p. 1387, abr. 2006.

¹³⁵ WALDRON, Jeremy. The core of the case against judicial review. *Yale Law Journal*. New Haven, vol. 115, n. 6, p. 1387-1388, abr. 2006

¹³⁶ WALDRON, Jeremy. The core of the case against judicial review. *Yale Law Journal*. New Haven, vol. 115, n. 6, p. 1388-1389, abr. 2006.

Waldron lembra que os defensores do *judicial review* possuem resposta para o questionamento. Afinal de contas, os juízes são indicados pelo Presidente da República que recebeu votos para ali figurar e também, sobre ele, há controle eleitoral. Da mesma forma, o membros do Senado, responsável por cancelar a indicação, sofrem do mesmo mecanismo de controle eleitoral.¹³⁷

No entanto, ressalta que a legitimidade é um fator que pode ser comparável. Há procedimentos que são mais legítimos que outros. Nesse sentido, o processo legislativo, que também não é perfeito, é evidentemente superior em relação à democracia e a valores democráticos do que o procedimento judicial.¹³⁸

Em relação à regra da maioria nas deliberações da Suprema Corte americana, Waldron afirma que não há mecanismos no tribunal semelhantes aos que se verifica no Parlamento de forma a evitar distorções de maioria. Afirma que os juízes não representam ninguém e que sua participação é funcional e não representativa. Indica ainda que a regra de maioria nas cortes é uma técnica decisória simples sem qualquer tipo de suporte teórico, diferentemente do Legislativo.¹³⁹ Arremata afirmando categoricamente que não existe argumento razoável para uso da regra de maioria na corte, e que há para atuação do Parlamento.¹⁴⁰

Waldron, no entanto, enfatiza que, no mundo real, o processo legislativo e eleitoral não são perfeitos. Mas lembra que eles devem ser razoáveis e não perfeitos. Waldron, nesse aspecto, faz questão de ressaltar que, segundo sua visão, embora o processo legislativo, por vezes, não seja perfeito, o fato é que a revisão judicial sempre seria uma aberração dentro de uma democracia. É a troca do “sempre” pelo “as vezes”.

141

¹³⁷ WALDRON, Jeremy. The core of the case against judicial review. *Yale Law Journal*. New Haven, vol. 115, n. 6, p. 1391, abr. 2006.

¹³⁸ WALDRON, Jeremy. The core of the case against judicial review. *Yale Law Journal*. New Haven, vol. 115, n. 6, p. 1391, abr. 2006.

¹³⁹ WALDRON, Jeremy. The core of the case against judicial review. *Yale Law Journal*. New Haven, vol. 115, n. 6, p. 1391-1392, abr. 2006.

¹⁴⁰ WALDRON, Jeremy. The core of the case against judicial review. *Yale Law Journal*. New Haven, vol. 115, n. 6, p. 1393, abr. 2006.

¹⁴¹ WALDRON, Jeremy. The core of the case against judicial review. *Yale Law Journal*. New Haven, vol. 115, n. 6, p. 1393, abr. 2006.

Nesse sentido, defende a soberania do Parlamento ao afirmar que, se uma instituição é claramente superior a outra em disciplinar os direitos que as pessoas têm, então isso deveria pesar em favor desta instituição. O sistema de última palavra do Judiciário falha em oferecer uma resposta adequada ao cidadão em relação ao princípio da igualdade política.¹⁴²

O autor ainda rebate alguns argumentos trazidos pelos defensores do *judicial review*. Afirma que o argumento de que os juízes não promovem decisões com base em suas próprias vontades, mas segundo os direitos fundamentais, não se sustenta. Afirma que o problema posto é o desacordo sobre o significado de alguns direitos e a instituição responsável solucionar o problema.¹⁴³ Nesse ponto, percebe-se claramente que Waldron entende que as decisões da Suprema Corte americana acarretam a criação de direitos, e não simplesmente uma defesa de um direito já posto.

Quanto ao argumento de que a sociedade estaria apenas efetivando os direitos pré-concebidos pela própria sociedade quando da promulgação da Constituição ou do rol de direitos, Waldron afirma que a sociedade não se comprometeu a visões específicas sobre certos direitos.¹⁴⁴ Isso ocorre porque a definição de direitos em uma Constituição se dá em um nível de abstração alto de forma que os membros que aprovaram seus termos não trabalham com casos particulares. Assim, quando os cidadãos discordam em relação a essas visões particulares sobre direitos, não fica claro como os juízes detém a capacidade de identificar o ponto de vista original.¹⁴⁵

Waldron também ataca a possibilidade de o Parlamento superar a decisão judicial por meio de emenda à Constituição, alegando que o procedimento de alteração de direitos fundamentais reclama um supermajoritarismo¹⁴⁶ que não é justificável.¹⁴⁷ No

¹⁴² WALDRON, Jeremy. The core of the case against judicial review. *Yale Law Journal*. New Haven, vol. 115, n. 6, p. 1393, abr. 2006.

¹⁴³ WALDRON, Jeremy. The core of the case against judicial review. *Yale Law Journal*. New Haven, vol. 115, n. 6, p. 1393, abr. 2006.

¹⁴⁴ WALDRON, Jeremy. The core of the case against judicial review. *Yale Law Journal*. New Haven, vol. 115, n. 6, p. 1394, abr. 2006.

¹⁴⁵ WALDRON, Jeremy. The core of the case against judicial review. *Yale Law Journal*. New Haven, vol. 115, n. 6, p. 1394, abr. 2006.

¹⁴⁶ Nos Estados Unidos da América, a alteração da Constituição é extremamente difícil. A proposta de emenda deve ser feita por dois terços dos membros das duas casas do Congresso e deve ser aprovada por três quartos do parlamento dos Estados-membros. Cf. ESTADOS UNIDOS. *The Constitution of the United States of America*, 17 de setembro de 1787. Article V. Disponível em <http://www.senate.gov/civics/constitution_item/constitution.htm>. Acesso em 15 jan. 2016.

Brasil, a emenda sequer seria possível, já que os direitos fundamentais estão acobertados pela cláusula pétrea.

O autor rebate ainda o argumento de que a revisão judicial é um modo adicional de acesso do cidadão no sistema político. A alegação é a de que alguns cidadãos acessam o sistema como eleitores, algumas vezes como lobistas e outras como litigantes. A legitimidade deveria ser avaliada como um todo, do sistema inteiro e não fatiado. Embora reconheça que o argumento é válido, Waldron insiste em afirmar que ele não altera o fato de que a revisão judicial viola o princípio da igualdade política.¹⁴⁸

Waldron também enfrenta o suposto papel do Judiciário em defesa da minoria, diante uma tirania movida pela maioria dentro do sistema político. De início, o autor estabelece a premissa de que a tirania é alegada quando o direito de alguém é negado. De acordo com esta definição, tirania ocorreria em qualquer desacordo existente sobre direitos.¹⁴⁹ A tirania da maioria, portanto, dependeria do ponto de vista da pessoa em relação ao resultado do processo decisório. Afirma que, em alguns casos, os dois lados em disputa alegam que há uma tirania da maioria que lhe prejudica. Waldron lembra, ainda, que as instituições democráticas, por vezes, proferem decisões incorretas e, portanto, agem de forma tirânica. No entanto, argumenta que isso ocorre em qualquer tipo de processo decisório, inclusive os ocorridos em tribunais. Nesse sentido, Waldron adjetiva a tirania de forma a defender a ideia de que a tirania popular é preferível à tirania ocorrida nos tribunais, uma vez que não exclui a participação do cidadão - debates, audiências, lobby - dentro de um patamar de igualdade.¹⁵⁰

Além disso, afirma que o fato de uma pessoa ser derrotada numa votação não significa, necessariamente, que algum fato tirânico tenha ocorrido. O fato de a opinião de uma pessoa não prevalecer não significa, por si só, uma ameaça a seus direitos, a sua liberdade ou a seu bem-estar. É lembrado, ainda, que as pessoas não têm,

¹⁴⁷ WALDRON, Jeremy. The core of the case against judicial review. *Yale Law Journal*. New Haven, vol. 115, n. 6, p. 1394, abr. 2006.

¹⁴⁸ WALDRON, Jeremy. The core of the case against judicial review. *Yale Law Journal*. New Haven, vol. 115, n. 6, p. 1394-1395, abr. 2006.

¹⁴⁹ WALDRON, Jeremy. The core of the case against judicial review. *Yale Law Journal*. New Haven, vol. 115, n. 6, p. 1395, abr. 2006.

¹⁵⁰ WALDRON, Jeremy. The core of the case against judicial review. *Yale Law Journal*. New Haven, vol. 115, n. 6, p. 1396, abr. 2006.

necessariamente, os direitos que elas acham que têm. Nesse sentido, a maioria pode estar correta.¹⁵¹

Outro argumento rebatido é o de que a impossibilidade de revisão judicial faria com que a maioria fosse a julgadora de seus próprios atos. Assim, invoca-se a máxima *nemo iudex in sua causa* para informar que a análise de direitos deve passar por uma instituição imparcial e independente, como é o Judiciário. Waldron afirma que quase todas as regras de decisão irão, eventualmente, envolver alguém decidindo seu próprio caso, especialmente em questões morais.¹⁵²

Afirma que sempre haverá alguma instituição que terá a última palavra. E, em virtude de ser detentor da última palavra, os membros da instituição em comento sempre decidirão de acordo com o seu próprio ponto de vista. Afirma que não se pode esquecer a lógica elementar da democracia de que as pessoas discordam, mas há necessidade de uma decisão final por meio de um procedimento decisório.¹⁵³

No entanto, o autor afirma que a tirania da maioria pode ocorrer. Mas repudia o uso do termo para designar qualquer decisão que seja tomada por maioria.¹⁵⁴

O problema dos argumentos trazidos pelo autor neozelandês é o fato de que, para que sejam válidos, são estabelecidas premissas que, por si só, podem comportar diversos pontos de vista.

De fato, Waldron parte de quatro premissas sem as quais a seu argumento contra a possibilidade de uma corte promover controle de constitucionalidade de leis não tem sustentação. São elas: a) as instituições democráticas devem ter bom funcionamento e o Parlamento deve ser eleito mediante sufrágio universal; b) as instituições judiciais, também em bom funcionamento, tem composição formada em base não representativa e poder para derrubar leis; c) um consenso entre a maior parte dos membros da sociedade e do Estado quanto à ideia de direitos individuais e de

¹⁵¹ WALDRON, Jeremy. The core of the case against judicial review. *Yale Law Journal*. New Haven, vol. 115, n. 6, p. 1398, abr. 2006.

¹⁵² WALDRON, Jeremy. The core of the case against judicial review. *Yale Law Journal*. New Haven, vol. 115, n. 6, p. 1400, abr. 2006.

¹⁵³ WALDRON, Jeremy. The core of the case against judicial review. *Yale Law Journal*. New Haven, vol. 115, n. 6, p. 1400-1401, abr. 2006.

¹⁵⁴ WALDRON, Jeremy. The core of the case against judicial review. *Yale Law Journal*. New Haven, vol. 115, n. 6, p. 1398, abr. 2006.

minorias; d) desacordo social e de boa-fé sobre direitos entre os membros da sociedade.¹⁵⁵

Waldron afirma que, satisfeitas estas premissas, consignar estes desacordos para serem solucionados – e, portanto, com a última palavra – a tribunais é atitude não convincente e fraca, e não há necessidade de que haja decisões formuladas pelo parlamento para que seja, num momento posterior, reapreciado pelas cortes. Argumenta que as decisões de inconstitucionalidade das cortes falham, portanto, por não haver legitimidade.¹⁵⁶

É possível notar, desde já, a dificuldade de verificação do preenchimento dos pressupostos trazidos pelo autor neozelandês, o que enfraquece a sua pretensão de demonstrar a essência de uma objeção ao controle de constitucionalidade dos atos legislativos. Por esse motivo, Waldron busca traçar parâmetros com a finalidade de precisar o significado de cada pressuposto.

Nesse sentido, o autor entende que as instituições democráticas estão em bom funcionamento quando o povo não está oprimido em sistemas tirânicos, ditatoriais ou sob dominação colonial. Sustenta que o sistema político deve ser baseado no sufrágio universal e o processo eleitoral deve ter base regular e justa. O corpo legislativo deve ser acostumado a lidar com questões difíceis e o sistema de votação deve ter procedimentos elaborados com salvaguardas como bicameralismo, estabelecimentos de comissões, espaços para debates e votos.¹⁵⁷ Até esse ponto, é possível vislumbrar o Estado brasileiro como uma democracia em bom funcionamento. O problema vem a seguir.

Segundo Waldron, os membros do parlamento devem ter a consciência de que são representantes do povo, de forma que os interesses e opiniões da sociedade como um todo são a chave para sua participação.¹⁵⁸ Nota-se, desde já, a dificuldade de se verificar essa parte do pressuposto. Afinal, como seria possível distinguir que os

¹⁵⁵ WALDRON, Jeremy. The core of the case against judicial review. *Yale Law Journal*. New Haven, vol. 115, n. 6, p. 1360, abr. 2006.

¹⁵⁶ WALDRON, Jeremy. The core of the case against judicial review. *Yale Law Journal*. New Haven, vol. 115, n. 6, p. 1360, abr. 2006.

¹⁵⁷ WALDRON, Jeremy. The core of the case against judicial review. *Yale Law Journal*. New Haven, vol. 115, n. 6, p. 1361, abr. 2006.

¹⁵⁸ WALDRON, Jeremy. The core of the case against judicial review. *Yale Law Journal*. New Haven, vol. 115, n. 6, p. 1361, abr. 2006.

membros do Congresso Nacional atendem aos interesses da sociedade como um todo? O próprio Waldron afirma que, de certa forma, todos aqueles que decidem alguma questão, especialmente de ordem moral, acabam atingidos pela decisão. Empíricamente, seria muito difícil demonstrar esse requisito. Os desacordos, naturais em qualquer sociedade, não permitiria a comprovação de que o parlamentar age em interesse próprio ou outro interesse escuso. Aqui, faço a mesma observação que o autor faz: na visão do derrotado, a democracia não funciona; na do vencedor, ela é perfeita.

Pense-se, por exemplo, em medidas impopulares a serem votadas pelo Parlamento, cujo autor do projeto esteja, sob seu ponto de vista ideológico, direcionado a um avanço do Estado. É possível afirmar que, se o Legislativo aprovasse as medidas, a contra-gosto da sociedade, ou, ao menos, da maioria dela, estaria desvirtuando a democracia? São questionamentos trazidos para reflexão.

A ideia é a de que as instituições estejam em bom funcionamento; não precisam ser perfeitas. Por isso mesmo, Waldron lembra que o resultado do processo deliberativo por ser justo ou injusto. O bom funcionamento referido pelo autor é associado ao procedimento legislativo e não ao resultado. A premissa é importante, uma vez que, havendo espaço para deliberação justa e discussão de direitos de forma adequada, indaga-se a finalidade de deixar a juízes não eleitos o poder de derrubar o produto do procedimento legislativo.¹⁵⁹

Nesse ponto, a indagação que o autor deveria fazer é: se a preocupação é com o procedimento legislativo, de forma a verificar o bom funcionamento da democracia, por que os interesses da sociedade como um todo são a chave para atuação dos representantes eleitos? Nessa parte, o entendimento do autor fica confuso.

Em relação às instituições judiciais, Waldron considera que as cortes tem um funcionamento razoável quando atua com independência para decidir lides e manter o império da lei. Também considera que, ao menos a maior parte dos juízes, não são eleitos e não estão sujeitos a controle eleitoral. Na premissa de Waldron, as cortes atuam em controle de constitucionalidade da legislação. A pergunta é se ela poderia e, caso positivo, se as determinações da corte deveriam ser finais e com efeito vinculante às

¹⁵⁹ WALDRON, Jeremy. The core of the case against judicial review. *Yale Law Journal*. New Haven, vol. 115, n. 6, p. 1362, abr. 2006.

instituições representativas. As cortes deve ser obedecer à inércia judicial, lidar com questões de forma binária e adversarial e se referir a precedentes ligadas ao caso a decidir.¹⁶⁰ Os juízes não podem estar sujeitos a pressões políticas.¹⁶¹

Interessante notar que, em outra parte de sua obra, Waldron afirma expressamente que a Suprema Corte americana foi vítima de pressão política no caso *Dred Scott vs Stanford*.

Quanto ao compromisso com direitos, Waldron se refere a um modelo social em que a maior parte dos membros da sociedade tem em mente a ideia de direitos individuais e de minoria. Embora a sociedade acredite na perseguição de um bem comum, os membros desta sociedade também acreditam na regra da maioria, mas respeitam algumas liberdades individuais e da minoria, independentemente de seu peso político.¹⁶² Também haveria necessidade de uma declaração de direitos de forma a demonstrar que os membros da sociedade estão comprometidos em respeitar direitos individuais.¹⁶³

A última premissa é a de que há substancial dissenso sobre quais direitos existem e o que eles devem proteger. Alguns desses desacordos estão situados num nível filosófico, alguns se tornam aparentes quando tentamos associar princípios abstratos de direito a proposições legislativas, e alguns surgem apenas no contexto de casos difíceis.¹⁶⁴

O próprio Waldron já antecipa críticas a sua teoria em virtude da necessidade de existência das premissas. Afirma que os defensores do *judicial review* afirmarão que, no mundo real, a revisão judicial é necessária.¹⁶⁵

¹⁶⁰ WALDRON, Jeremy. The core of the case against judicial review. *Yale Law Journal*. New Haven, vol. 115, n. 6, p. 1363, abr. 2006.

¹⁶¹ WALDRON, Jeremy. The core of the case against judicial review. *Yale Law Journal*. New Haven, vol. 115, n. 6, p. 1364, abr. 2006.

¹⁶² WALDRON, Jeremy. The core of the case against judicial review. *Yale Law Journal*. New Haven, vol. 115, n. 6, p. 1364, abr. 2006.

¹⁶³ WALDRON, Jeremy. The core of the case against judicial review. *Yale Law Journal*. New Haven, vol. 115, n. 6, p. 1365, abr. 2006.

¹⁶⁴ WALDRON, Jeremy. The core of the case against judicial review. *Yale Law Journal*. New Haven, vol. 115, n. 6, p. 1366, abr. 2006.

¹⁶⁵ WALDRON, Jeremy. The core of the case against judicial review. *Yale Law Journal*. New Haven, vol. 115, n. 6, p. 1401, abr. 2006.

No entanto, afirma que as premissas utilizadas por ele não estão num mundo imaginário e são absolutamente plausíveis e realistas. Além disso, sustenta que nos sistemas políticos que não atendem às premissas ainda podem subsistir argumentos contrários à revisão judicial, como, por exemplo, se o próprio Judiciário não tiver um funcionamento adequado.¹⁶⁶

Em suma, nas hipóteses em que as premissas estabelecidas não são atendidas, Waldron persiste em afirmar que, embora o seu argumento não mantenha consistência nessas hipóteses, isso não significa que o *judicial review* seja uma alternativa interessante. Afirma que a proteção de minorias por parte do Judiciário pressupõe que os membros do tribunal, em maioria, são simpatizantes dos direitos das minorias. Alega que instituições representativas são melhores para proteger direitos de minorias porque os arranjos políticos propiciam uma forma de canalizar apoio popular para os direitos da minorias dentro do Parlamento, diferentemente do que ocorre no Judiciário.¹⁶⁷

Na mesma linha que Bickel, Waldron alega que o exercício do *judicial review* pode acarretar uma piora na situação do grupo minoritário. Utiliza como exemplo as consequências decorrentes do julgamento do caso *Brown vs. Board of Education* em que, somente depois de uma atuação legislativa que redundou no *Civil Rights Act*, é que o problema da segregação racial no sistema de educação dos Estados Unidos da América foi resolvido.¹⁶⁸

Waldron não é contrário ao *judicial review* em qualquer hipótese. Sua objeção se refere a sociedades democráticas em que as instituições representativas estejam em bom funcionamento, mas seus membros têm desacordo em relação a direitos. A crítica de Waldron é dirigida àqueles que defendem a revisão judicial para fazer uso da prática de forma a ser contemplado em suas demandas, sob a epítome de

¹⁶⁶ WALDRON, Jeremy. The core of the case against judicial review. *Yale Law Journal*. New Haven, vol. 115, n. 6, p. 1402, abr. 2006.

¹⁶⁷ WALDRON, Jeremy. The core of the case against judicial review. *Yale Law Journal*. New Haven, vol. 115, n. 6, p. 1405, abr. 2006.

¹⁶⁸ WALDRON, Jeremy. The core of the case against judicial review. *Yale Law Journal*. New Haven, vol. 115, n. 6, p. 1405, abr. 2006.

respeito aos direitos e como um elemento normal da moderna democracia constitucional.¹⁶⁹

Se uma democracia não funciona bem, o controle de constitucionalidade de leis é uma medida anômala para lidar com patologias especiais.¹⁷⁰ Seria, talvez, um remédio para solucionar um Estado enfermo.

Percebe-se que Waldron tentou construir argumentos contrários ao judicial review por meio de argumentos que não se restringisse ao resultado dos casos, mas a apresentação esmiuçada do déficit democrático da medida. No entanto, o estabelecimento das premissas, por si só, dificultou a avaliação dos argumentos aplicáveis a cada Estado.

1.5. Conclusões

Até agora, foram apresentados alguns argumentos formulados por aqueles que defendem a possibilidade de revisão judicial de atos legislativos e por aqueles que a objetam. É preciso, no entanto, formular algumas conclusões acerca do conteúdo visto.

Inicialmente é preciso observar que os autores apontados neste capítulo estão tratando o tema numa seara constitucional diferente do caso brasileiro. Com efeito, a Constituição norte-americana dispõe de um texto nitidamente sintético, especialmente se comparada ao modelo analítico adotado no Brasil.

Nesse aspecto, a revisão de atos do Parlamento norte-americano pelo Poder Judiciário não consta expressamente do texto constitucional. Na época do escritos de Alexander Hamilton no *The Federalist papers* acima tratado, ainda não havia uma definição clara acerca da possibilidade de *judicial review*. Certamente, é por esse motivo que o tema ainda gera controvérsia nos dias atuais.

¹⁶⁹ WALDRON, Jeremy. The core of the case against judicial review. *Yale Law Journal*. New Haven, vol. 115, n. 6, p. 1405, abr. 2006.

¹⁷⁰ WALDRON, Jeremy. The core of the case against judicial review. *Yale Law Journal*. New Haven, vol. 115, n. 6, p. 1359, abr. 2006.

A produção literária sobre o tema desponta na medida em que a Suprema Corte americana passa a tomar decisões polêmicas em relação à sociedade americana. Daí a tentativa de Jeremy Waldron de tentar discutir o cerne de sua objeção à revisão judicial.

A dificuldade contra-majoritária e a falta de responsabilidade eleitoral surgem como argumentos ainda mais fortes quando a interpretação movida pela Suprema Corte americana invoca conteúdo constitucional que não está expresso na Constituição americana. Um clássico exemplo disso é a garantia do *due process of law*¹⁷¹ que ganhou contornos substanciais de forma a trazer proteção ao cidadão americano em face de ingerências de atos do Parlamento em relação a questões morais como a pena de morte, o direito ao abortamento, união homoafetiva, dentre outras.

Assim, nessas hipóteses, a atuação da Suprema Corte tem alto conteúdo argumentativo de forma a promover inúmeros desdobramentos de um texto que, de início, tinha como significado imediato a garantia de um processo justo como pressuposto para se infligir ao cidadão americano penalidades, como a restrição de liberdade ou de bens.

Nesse aspecto, há uma nítida proximidade da situação vivida pelos norte-americanos e pelos brasileiros: a tomada de decisões questionáveis, por meio de desdobramentos de texto cujo significado *prima facie* não contempla a hipótese em julgamento. É o que ocorre com o ativismo judicial pautado na nova hermenêutica constitucional.

Outro ponto que é importante destacar é que o direito norte-americano adota o sistema da *common law*. Isso significa que a construção das regras que conduzem

¹⁷¹ Importante reproduzir o texto das emendas que tratam do devido processo legal. Cuidam-se da quinta e décima-quarta emendas, transcritas a seguir: “No person shall be held to answer for a capital, or otherwise infamous crime, unless on a presentment or indictment of a Grand Jury, except in cases arising in the land or naval forces, or in the Militia, when in actual service in time of War or public danger; nor shall any person be subject for the same offence to be twice put in jeopardy of life or limb; nor shall be compelled in any criminal case to be a witness against himself, nor be deprived of life, liberty, or property, without due process of law; nor shall private property be taken for public use, without just compensation”; “1: All persons born or naturalized in the United States, and subject to the jurisdiction thereof, are citizens of the United States and of the State wherein they reside. No State shall make or enforce any law which shall abridge the privileges or immunities of citizens of the United States; nor shall any State deprive any person of life, liberty, or property, without due process of law; nor deny to any person within its jurisdiction the equal protection of the laws”.

a sociedade americana, em sua grande maioria¹⁷², decorre de precedentes proferidos pelas cortes. Vale dizer, as decisões judiciais são consideradas as fontes do direito por excelência.¹⁷³ Em virtude disso, é muito forte o conteúdo moral dos precedentes judiciais, que são obedecidos como verdadeira legislação.

Com efeito, é por meio da lógica ínsita a um precedente judicial que se constroem as regras de conduta. O precedente, mais do que uma simples decisão, possui uma lógica argumentativa, cuja razão de ser da tomada de decisão naquele caso concreto, por questões de isonomia, deve ser aplicada aos futuros litigantes.

A utilização de princípios defendida por Dworkin tem por objetivo solucionar os casos concretos em que não sejam aplicáveis regras extraídas de precedentes – os chamados *hard cases* – de forma a evitar o exercício de um poder discricionário do julgador. Importante ressaltar, aqui, que os precedentes gerados nessas decisões em que haja uso de princípios, devem reger os futuros casos. Diferentemente do que possa parecer, não se trata de uma defesa de superação das regras existentes sob o argumento de cumprimento de princípios.

Além disso, percebeu-se tanto em Dworkin como em Hamilton que a defesa da supremacia do Judiciário em termos de interpretação da Constituição se dá em defesa de direitos fundamentais e não, especificamente, para execução de políticas públicas. E não poderia ser diferente, uma vez que a carta constitucional norte-americana é extremamente pobre na definição de políticas públicas, o que reflete o pensamento liberal que era e ainda é dominante naquele país. O grande receio dos defensores do *judicial review* é o de que a maioria eventual presente no Parlamento passe a adotar práticas legislativas que mitiguem a liberdade do povo americano.

Outro ponto que é importante destacar é que existe um consenso geral de que o controle de constitucionalidade nos Estados Unidos da América não poderia ser oposto a uma emenda constitucional. É certo que o rito procedimental para a confecção de uma emenda naquele Estado é extremamente rígido¹⁷⁴, o que tornaria quase

¹⁷² Há, é certo, também produção legislativa, os chamados *statutes*. No entanto, não há menção a princípios decorrentes das leis.

¹⁷³ RAMOS, Elival Silva. *Ativismo judicial: Parâmetros dogmáticos*. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 105.

¹⁷⁴ Segundo o artigo 5º da Constituição americana, as emendas podem ser propostas mediante deliberação de dois terços das duas casas parlamentares ou dois terços dos legislativos estaduais. Além disso, para

impossível a aprovação de alterações de texto que envolvessem assuntos polêmicos. Nesse sentido, seria interessante verificar os efeitos na sociedade americana de eventual emenda à carta constitucional que suprimisse direitos fundamentais, como, por exemplo, a liberdade de religião.

Percebe-se, assim, que existem algumas peculiaridades no sistema político e jurídico americano que demandam uma análise crítica dos argumentos trazidos pela doutrina alienígena de forma a poder trazer coerência dos fundamentos dentro de do sistema político e jurídico brasileiros.

Além disso, importante destacar que a academia jurídica está longe de estabelecer um padrão de técnicas ou métodos para formulação de decisões judiciais pautadas em princípios constitucionais. Normalmente, utiliza-se como argumento a técnica da ponderação, mas sem conseguir explicar exatamente como funciona, limitando-se a afirmar que as questões devem ser resolvidas nos casos concretos. Percebe-se, assim, que a dificuldade em estabelecer uma forma aceitável como método decisório agrava ainda mais a questão da legitimidade das decisões judiciais.

Por esse motivo, no capítulo seguinte será feita uma abordagem do problema da revisão judicial no Brasil, onde será apresentado ativismo judicial e a judicialização de políticas públicas como fatores que ensejaram uma nacionalização do debate presente neste capítulo. Algo antes inquestionável, as decisões movidas pelos tribunais brasileiros, em especial, pelo Supremo Tribunal Federal tem despertado a pergunta sobre a legitimidade com que as cortes vem pautando a atuação do Estado, ao suprir ou, até mesmo, substituir o legislador no esmiuçar a forma de cumprimento de preceitos constitucionais que preveem a realização de políticas públicas.

aprovação da emenda, é necessária a aprovação por três quartos dos legislativos estaduais. Transcreve-se o texto do citado dispositivo constitucional: “The Congress, whenever two thirds of both Houses shall deem it necessary, shall propose Amendments to this Constitution, or, on the Application of the Legislatures of two thirds of the several States, shall call a Convention for proposing Amendments, which, in either Case, shall be valid to all Intents and Purposes, as Part of this Constitution, when ratified by the Legislatures of three fourths of the several States, or by Conventions in three fourths thereof, as the one or the other Mode of Ratification may be proposed by the Congress; Provided that no Amendment which may be made prior to the Year One thousand eight hundred and eight shall in any Manner affect the first and fourth Clauses in the Ninth Section of the first Article; and that no State, without its Consent, shall be deprived of its equal Suffrage in the Senate”. ESTADOS UNIDOS. *The Constitution of the United States of America*, 17 de setembro de 1787. Disponível em <http://www.senate.gov/civics/constitution_item/constitution.htm>. Acesso em 15 jan. 2016.

Há uma questão singular. A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 contém previsão expressa em que permite o controle de constitucionalidade de leis pelo Poder Judiciário, ao contrário do que ocorre nos Estados Unidos da América.

Contudo, a legitimidade das decisões judiciais é questionada na medida em que atuação das cortes parece extrapolar a sua função ordinária, de forma a invadir a seara antes destinada a outros Poderes da República. É o que se pretende demonstrar no capítulo seguinte.

Capítulo 2 – Ativismo, judicialização das políticas públicas e a Supremacia do Judiciário no Brasil

No presente capítulo, é feita uma abordagem simplista sobre o ativismo e a judicialização de políticas públicas. Longe de se pretender esgotar os temas, a abordagem tem por objetivo demonstrar que os fenômenos citados acabaram por nacionalizar a discussão da comunidade jurídica norte-americana apresentada no primeiro capítulo deste trabalho, quanto ao problema da legitimidade das decisões judiciais no controle de constitucionalidade de atos do Parlamento.

Para tanto, serão expostas, inicialmente, algumas concepções de ativismo judicial. A ênfase a ser conferida não é a do resultado dos julgamentos proferidos por tribunais ativistas, mas evidenciar a discussão teórica subjacente que ocorre a partir de uma visão de separação de poderes.

Na sequência, a abordagem envolverá a judicialização das políticas públicas, fenômeno normalmente associado ao ativismo judicial e que, também, fomenta o argumento de possível violação da separação de poderes e a alegação do problema contra-majoritário.

Fez-se necessário trazer ao trabalho, ainda que sumariamente, a indagação se os tribunais brasileiros são adeptos do ativismo judicial ou se proferem decisões que acabam por definir ou alterar as políticas públicas estabelecidas pelas instâncias representativas. Por uma questão metodológica, foi necessário fazer um corte epistemológico de forma a trazer apenas algumas decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal que declarem a inconstitucionalidade de leis federais de modo a avaliar uma possível postura ativista. A ideia, insista-se, não é tratar sobre a correção ou não do resultado do julgamento ou dos argumentos que o sustentaram, mas demonstrar que o problema da legitimidade de decisões judiciais entendidas como a última palavra em interpretação constitucional está presente na comunidade jurídica nacional.

2.1. O ativismo judicial

Embora seja um assunto muito debatido no mundo acadêmico, pode-se afirmar que o ativismo judicial é um fenômeno com marcada presença da imprecisão conceitual e de falta de consenso em relação a suas características. Há até quem negue propriamente a existência de um ativismo e o trate como um simples clichê constitucional.¹⁷⁵ De maneira geral, pode-se dizer que parte dos juristas se preocupa em encontrar características desse fenômeno na tentativa, inclusive, de verificar a sua existência.

De outro lado, há uma parte da doutrina que faz simples uso do termo para adjetivar uma decisão judicial ou uma postura de um tribunal, sem maiores preocupações em dar substância à expressão. Assim, o termo “ativismo judicial” vem sendo utilizado como um verdadeiro estigma que pode assumir feição positiva – como um ativismo bom – ou negativa – ativismo mau – a depender se a decisão ou postura do tribunal agrada ou não ao seu utilizador.¹⁷⁶

De certa forma, é comum, especialmente no Direito, a presença de expressões linguísticas que possuem pouco ou nenhum significado, mas que são utilizadas e aceitas em discursos de legitimação ou de crítica.¹⁷⁷ A própria Constituição da República Federativa do Brasil traz inúmeros termos que, avaliados isoladamente, não possuem um significado preciso e são utilizados em demandas judiciais para finalidades diversas, por vezes contrapostas. O princípio da dignidade da pessoa humana, um dos mais festejados pela doutrina, é um exemplo de expressão polissêmica e que, a depender do caso, pode ser utilizada a favor e contra uma mesma pretensão.¹⁷⁸

¹⁷⁵ BARNETT, Randy E. Constitutional Clichés. *Capital University Law Review*, Washington, v. 36, 2008, p. 493-494.

¹⁷⁶ TASSINARI, Clarissa. *Ativismo Judicial: Uma análise da atuação do Judiciário nas experiências brasileira e norte-americana*. 2012, 141f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade do Vale do Rio dos Sinos. São Leopoldo, 2012, p. 128.

¹⁷⁷ BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Em busca de um conceito fugidío – ativismo judicial. . *As novas faces do ativismo judicial*. André Luiz Fernandes Fellet *et alli* (org.). Salvador: Juspodivm, 2011, p. 387.

¹⁷⁸ Pode-se constatar isso em artigo escrito por Luis Roberto Barroso e por Leticia de Campos Velho Martel em que se discute o uso da dignidade da pessoa humana para as hipóteses de eutanásia e de posturas médicas similares em: BARROSO, Luis Roberto; MARTEL, Leticia de Campos Velho. *A morte como ela é: dignidade e autonomia individual no final da vida*. Versão digital. Disponível em: <http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/themes/LRB/pdf/a_morte_como_ela_e_dignidade_e_autonomia_no_final_da_vida.pdf>. Acesso em: 21 jan. 2016.

Esse é exatamente o caso do ativismo judicial, expressão linguística que é utilizada sem maiores preocupações quanto aos seus elementos constitutivos.¹⁷⁹ Alerta-se que esta situação de indefinição quanto ao conceito de ativismo judicial, ou mesmo de suas características, pode tornar o termo inútil por ser muito abrangente ou, ainda, pode permitir a utilização do termo nos debates públicos com o intuito de formar opiniões políticas a partir de verdades não estabelecidas.¹⁸⁰

Devido à multiplicidade de acepções existentes quanto ao que seria o ativismo judicial, optou-se por trazer a lume algumas versões para, em sequência, chegar-se a uma ideia de uma postura ativista. Não há necessidade, para os fins deste trabalho, de alcançar uma definição ou um conceito de ativismo, bastando para tanto, demonstrar que, qualquer que seja a ideia apontada, o ativismo judicial fomenta as discussões quanto à legitimidade das decisões judiciais e, portanto, quanto à correção de uma supremacia judicial irrestrita no modelo.

2.1.1. Conceito-ideia de ativismo e as múltiplas concepções de ativismo: o bom, o mau, o progressista e o conservador.

Pode-se afirmar que o termo “ativismo judicial” remonta à década de 1940, onde, numa publicação de revista não especializada em Direito,¹⁸¹ Arthur Schlesinger Jr. fez uso da expressão para separar grupos de juízes da Suprema Corte americana: havia os ativistas judiciais e os campeões de auto-contenção. Os ativistas eram os juízes que almejavam utilizar o Poder Judiciário para promover um bem social, como um instrumento para alcançar desejados resultados sociais.¹⁸² Nesse ponto, pode-se afirmar que o ativismo, na origem, tratava-se de uma concepção de papel do Poder Judiciário no desenvolvimento da sociedade.

¹⁷⁹ BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Em busca de um conceito fugidio – ativismo judicial. *As novas faces do ativismo judicial*. André Luiz Fernandes Fellet *et alli* (org.). Salvador: Juspodivm, 2011, p. 388.

¹⁸⁰ BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Em busca de um conceito fugidio – ativismo judicial. . *As novas faces do ativismo judicial*. André Luiz Fernandes Fellet *et alli* (org.). Salvador: Juspodivm, 2011, p. 388.

¹⁸¹ A publicação do texto foi realizada na revista *Fortune*, cujo objeto não é jurídico, mas trata de negócios.

¹⁸² KMIEC, Keenan D. The origin and current meanings of “judicial activism”. *California Law Review*, Berkeley, vol. 92, p. 1445-1446, out. 2004.

Kmiec afirma que, nos Estados Unidos, o termo “ativismo judicial” vem sendo utilizado para definir uma atuação do Judiciário num dos seguintes comportamentos: declaração de inconstitucionalidade de atos de outros poderes sem que a incompatibilidade com a Carta seja expressa ou patente; ignorar precedentes da própria Corte; produção legislativa; utilização de métodos hermenêuticos não convencionais; e pragmatismo no julgamento.¹⁸³ No entanto, é importante lembrar que essas características condensadas a partir de textos da doutrina norte-americana cuidam de uma atuação da Suprema Corte em atenção a uma constituição sintética que sequer prevê expressamente a possibilidade de controle de constitucionalidade pelo Poder Judiciário.

No cenário nacional, o ativismo pode considerado como um tratamento distinto que a corte confere a determinadas causas; ou seja, uma espécie de anomalia judicial, não necessariamente antijurídica. Nesse sentido, Branco indica como elementos do ativismo uma atuação jurisdicional arrojada, fora do usual, especialmente quando o objeto de julgamento interfere em opções morais ou políticas.¹⁸⁴ O ativismo, assim, seria decorrência de uma atuação incomum da corte, considerada a atividade desempenhada pelo Poder Judiciário no seu dia-a-dia, em que os preceitos constitucionais sequer são citados quando as leis são suficientes para trazer solução à controvérsia.¹⁸⁵

Essa anomalia judicial pode estar associada ao desempenho de atividades similares à de outros Poderes da República, notadamente, a do Parlamento. Barroso, ao apontar algumas decisões do Supremo Tribunal Federal controversas, indica que o ativismo ocorre nas hipóteses em que a corte se distancia de sua função típica e se aproxima de uma função que mais se assemelha à de criação do próprio direito.¹⁸⁶ O ativismo, assim, estaria relacionado ao exercício de uma função quase-legislativa do judiciário.

¹⁸³ KMIEC, Keenan D. The origin and current meanings of “judicial activism”. *California Law Review*. Berkeley, vol. 92, issue 5, art. 4, p. 1463-1476, 2004.

¹⁸⁴ BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Em busca de um conceito fugidio – ativismo judicial. . *As novas faces do ativismo judicial*. André Luiz Fernandes Fellet *et alli* (org.). Salvador: Juspodivm, 2011, p. 392.

¹⁸⁵ Isso é muito comum nas causas em que interesses privados estão em disputa e a solução perpassa pelo Código Civil, especialmente quando os litigantes são pessoas jurídicas.

¹⁸⁶ BARROSO, Luis Roberto. Constituição, democracia e supremacia judicial: direito e política no Brasil contemporâneo. *As novas faces do ativismo judicial*. André Luiz Fernandes Fellet *et alli* (org.). Salvador: Juspodivm, 2011, p. 233-234.

O termo ativismo, assim, comporta uma atitude do Poder Judiciário em que ele, ao invés de simplesmente interpretar o direito posto, passa a integrar o próprio processo de criação do Direito.¹⁸⁷ Afirma-se que a criação judicial do direito é corolário inarredável dessa arte de interpretar a partir do desenvolvimento do substrato dos princípios e valores constitucionais. Por isso, a atuação do Judiciário não poderia ser diferente, diante da missão que lhe enverga a Constituição de construir a vida social e política, o que não se faz de forma estática, mas dinâmica.¹⁸⁸ Interessante notar que, embora se reconheça o papel de criador de direito desempenhado pelo Poder Judiciário, não é atribuído o caráter de fonte do direito à jurisprudência. A justificativa se dá pela necessidade de que o julgador atue dentro da moldura desenvolvida pela observância dos atos normativos previamente editados, no caso, os dispositivos constitucionais.

Em outro ponto, Barroso afirma que o oposto de uma postura ativista é a auto-contenção judicial, em que a corte se comporta de forma a evitar interferência na atividade dos outros poderes.¹⁸⁹ Dessa forma, utilizando o raciocínio do referido autor, o ativismo deve ser entendido como postura contrária à da auto-contenção, ou seja, uma interferência do Poder Judiciário na atuação típica do Parlamento. Além disso, Barroso afirma, ainda, que o ativismo, nessas hipóteses, não decorre necessariamente de uma atitude positiva da corte, mas pode ser resultado de uma omissão, quando o Poder Judiciário adota postura leniente em face de uma escolha legislativa inconstitucional.¹⁹⁰

Percebe-se, portanto, que as características apontadas pelo autor indicam que o ativismo tem um conteúdo finalístico, na medida em que o judiciário adota uma postura, por vezes omissiva, com o propósito de atingir determinada finalidade. Trata-se, portanto, do uso de pragmatismo judicial.

Há quem defenda o ativismo emprestando-lhe uma acepção de carga política. Nesse sentido, nos tempos atuais, o Poder Judiciário não deveria se limitar a

¹⁸⁷ PAULA, Daniel Gotti de. Uma leitura crítica sobre o ativismo e a judicialização da política. *As novas faces do ativismo judicial*. André Luiz Fernandes Fellet *et ali* (org.). Salvador: Juspodivm, 2011, p. 15.

¹⁸⁸ NOBRE JÚNIOR, Edilson Pereira. Ativismo judicial: possibilidade e limites. *Revista de Direito Administrativo e Constitucional*. Belo Horizonte, ano 11, n. 43, jan./mar. 2011, p. 4.

¹⁸⁹ BARROSO, Luis Roberto. Constituição, democracia e supremacia judicial: direito e política no Brasil contemporâneo. *As novas faces do ativismo judicial*. André Luiz Fernandes Fellet *et alli* (org.). Salvador: Juspodivm, 2011, p. 234.

¹⁹⁰ PAULA, Daniel Giotti de. Ainda existe separação de poderes? A invasão da política pelo direito no contexto do ativismo judicial e da judicialização da política. *As novas faces do ativismo judicial*. André Luiz Fernandes Fellet *et alli* (org.). Salvador: Juspodivm, 2011, p. 293.

exercer função “apenas” jurídica, técnica, secundária, mas exercer um papel inovador da ordem jurídica e social, com decisões de natureza e efeitos marcadamente políticos. A ação seria justificada em virtude de que, na sociedade atual, algumas atividades econômicas e sociais têm aptidão para causar graves efeitos lesivos às populações massificadas.¹⁹¹ Alega-se, inclusive, que as decisões movidas em ação popular ou em ação civil pública possuem natureza política, com carga discricionária que indica decisão criativa, na medida em que definem determinadas opções diante de embates entre grupos de interesse envolvidos.¹⁹² O Poder Judiciário seria, assim, a solução para os problemas políticos do Brasil.

Nessa linha de raciocínio, Barroso procura estabelecer algumas características que indicariam uma atuação ativista das cortes. Menciona, inicialmente, a aplicação de normas constitucionais de forma direta.¹⁹³ Importante observar que não é qualquer aplicação direta de dispositivos constitucionais que ensejam a adjetivação em debate. Existem regras constitucionais cuja aplicação direta por tribunal podem não despertar qualquer anormalidade da atuação judicial. Pode-se exemplificar isso com a regra que estabelece as condições para aposentadoria voluntária de servidores públicos¹⁹⁴ e a que estabelece serem brasileiros natos os filhos de pai ou mãe brasileira a serviço da República Federativa do Brasil nascidos no território estrangeiro.¹⁹⁵ O problema existe quando o Judiciário faz uso de dispositivos abstratos de conteúdo fluído, notadamente princípios constitucionais, para formular decisões para casos concretos ou para determinação de políticas públicas.

¹⁹¹ DOBROWOLSKI, Silvio. A necessidade de ativismo judicial no estado contemporâneo. *Seqüência: Estudos Jurídicos e Políticos*, Florianópolis, p. 99, jan. 1995. Disponível em: <<https://periodicos.ufsc.br/index.php/sequencia/article/view/15778/14280>>. Acesso em: 30 jan. 2016.

¹⁹² DOBROWOLSKI, *op. cit.*, p. 98-99.

¹⁹³ BARROSO, Luis Roberto. Constituição, democracia e supremacia judicial: direito e política no Brasil contemporâneo. *As novas faces do ativismo judicial*. André Luiz Fernandes Fellet *et alli* (org.). Salvador: Juspodivm, 2011, p. 233-234.

¹⁹⁴ BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*, de 5 de novembro de 1988. Brasília, 1988. Artigo 40, III. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em: 13 jan. 2016.

¹⁹⁵ BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*, de 5 de novembro de 1988. Brasília, 1988. Artigo 12, I, “b”. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em: 13 jan. 2016.

Outro tipo de pronunciamento judicial que poderia configurar ativismo é a declaração de inconstitucionalidade com base em normas não patentes da Constituição.¹⁹⁶ A hipótese é a da retirada do ordenamento jurídico de atos proferidos pelo Legislativo, com fundamentação em princípios implícitos ou não escritos na Constituição, ou, ainda, mediante uso da técnica de ponderação para solução de conflito aparente de normas constitucionais.

A prática judicial atual indica que os tribunais não recorrem somente à subsunção do direito ao caso concreto, a partir de uma aplicação mecânica das normas jurídicas, mas também ponderar princípios e chegar a decisões que não estão claramente postas pela legislação ou, por vezes, até a contrariar.¹⁹⁷ Nestas últimas hipóteses é que o ativismo estaria presente.

Outra característica a indicar um comportamento ativista é a imposição de condutas ou abstenções ao Poder Público nas hipóteses de alegada inércia do Parlamento ou de aparente insuficiência das políticas públicas.¹⁹⁸ O ativismo judicial à brasileira resulta, na primeira hipótese, de um suposto esquecimento ou descaso do Congresso Nacional em regular alguns temas suscetíveis de acarretar ponderável repercussão.¹⁹⁹

Na segunda hipótese – insuficiência das políticas públicas – é a marca mais presente do ativismo. O Judiciário seria responsável por avaliar a ineficiência da política pública adotada pelas instâncias representativas e, além disso, estabelecer a forma correta de alcançar o objetivo traçado pelo texto constitucional. A corte, nesse momento, desempenharia a sua própria avaliação da atividade dos representantes eleitos.

¹⁹⁶ BARROSO, Luis Roberto. Constituição, democracia e supremacia judicial: direito e política no Brasil contemporâneo. *As novas faces do ativismo judicial*. André Luiz Fernandes Fellet *et alli* (org.). Salvador: Juspodivm, 2011, p. 233-234.

¹⁹⁷ PAULA, Daniel Giotti de. Ainda existe separação de poderes? A invasão da política pelo direito no contexto do ativismo judicial e da judicialização da política. *As novas faces do ativismo judicial*. André Luiz Fernandes Fellet *et alli* (org.). Salvador: Juspodivm, 2011, p. 272.

¹⁹⁸ BARROSO, Luis Roberto. Constituição, democracia e supremacia judicial: direito e política no Brasil contemporâneo. *As novas faces do ativismo judicial*. André Luiz Fernandes Fellet *et alli* (org.). Salvador: Juspodivm, 2011, p. 233-234.

¹⁹⁹ NOBRE JÚNIOR, Edilson Pereira. Ativismo judicial: possibilidade e limites. *Revista de Direito Administrativo e Constitucional*. Belo Horizonte, ano 11, n. 43, jan./mar. 2011, p. 12.

Sob uma perspectiva positiva, ao citar a Era Warren da Suprema Corte Americana, Barroso indica como traços característicos de uma corte ativista aquela de natureza progressista e que poderia, sozinha, promover a revolução humanista que o processo político majoritário não é capaz de fazer. Informa que, diante de uma acomodação de maiorias, haveria necessidade de uma vanguarda intelectual, comprometida com o avanço civilizatório e a causa da humanidade, desobstrua o caminho e dê passagem ao progresso social.²⁰⁰ O autor conclui que a corte de Warren se destaca pela construção de uma democracia inclusiva, por uma visão humanista dos problemas sociais e pelo avanço dos direitos civis e individuais, ainda que não previstos na Constituição americana.²⁰¹ Nessa visão, a decisão seria ativista quando, aos olhos do intérprete, ela promovesse o citado avanço civilizatório de caráter humanitário.

Numa outra perspectiva, Barroso relata que a expressão “ativismo judicial” foi cunhada em reação de conservadores em relação à atuação da Suprema Corte americana no período do *new deal*, em que o judiciário declarou, por várias vezes, a inconstitucionalidade de leis que representavam intervenção do Estado na economia. Essa conotação negativa do termo é associada a um exercício impróprio do Poder Judiciário.²⁰²

Dworkin também enxerga o ativismo como violador da integridade do Direito. Embora não traga exatamente uma definição sobre o ativismo judicial, o renomado jurista afirma que o juiz ativista ignora o texto da Constituição, a história de sua promulgação, os precedentes da Suprema Corte e as duradouras tradições da cultura política.²⁰³ O ativismo seria próximo de um **decisionismo**, em que o juiz buscaria impor o seu próprio ponto de vista sobre a justiça, ao arrepio dos elementos interpretativos acima elencados.

²⁰⁰ BARROSO, Luis Roberto. *A americanização do direito constitucional e seus paradoxos*. Versão digital, p. 20-21. Disponível em <http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/themes/LRB/pdf/a_americanizacao_do_direito_constitucional_e_seus_paradoxos.pdf>. Acesso em: 15 mar. 2016.

²⁰¹ BARROSO, Luis Roberto. *A americanização do direito constitucional e seus paradoxos*. Versão digital, p. 24-25. Disponível em <http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/themes/LRB/pdf/a_americanizacao_do_direito_constitucional_e_seus_paradoxos.pdf>. Acesso em: 15 mar. 2016.

²⁰² BARROSO, Luis Roberto. *Constituição, democracia e supremacia judicial: direito e política no Brasil contemporâneo. As novas faces do ativismo judicial*. André Luiz Fernandes Fellet *et alli* (org.). Salvador: Juspodivm, 2011, p. 232-233.

²⁰³ DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. Trad. Jefferson Luiz Camargo. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 451-452.

Interessante notar que o ativismo em si pode comportar também adjetivações de modo a lhe trazer conotações ideológico-políticas.

O ativismo normalmente está associado a atuação de caráter progressista de um tribunal, onde o ordenamento jurídico não traz uma resposta completa para a hipótese em apreço no juízo. No entanto, Smith noticia que o adjetivo “ativista” também é utilizado em face de atuações conservadoras das cortes²⁰⁴, razão pela qual afirma que a crítica de atuação ativista é marcada pela hipocrisia, pois a corte somente é taxada como ativista quando se discorda da decisão por ela proferida.²⁰⁵ Dessa forma, podemos falar em ativismo progressista e ativismo conservador.

2.1.2. O ativismo e a separação de poderes

Percebe-se, portanto, o ativismo judicial comporta vários significados de atuação da corte: anomalia judicial; função quase-legislativa; criação do direito; interferência nas atividades dos outros Poderes; pragmatismo; atividade política; decisões tomadas por princípios, cujo fundamento demanda acrobacia interpretativa; atividade política; imposição de condutas a outros Poderes; avaliação e concretização de políticas públicas; e decisionismo.

Em qualquer das concepções acima descritas, é possível estabelecer que uma das principais características do ativismo, se não a principal, é o exercício de uma função pelo Judiciário com a sensação de que haveria incidência no campo de atuação das instâncias representativas. O ativismo judicial, assim, seria algo relacionado à separação de poderes, especialmente no que se refere ao Poder Legislativo.

Ramos, por exemplo, indica uma corte ativista como aquela que ultrapassa os limites estabelecidos para sua atuação, invadindo a esfera de atuação do

²⁰⁴ O autor exemplifica a acusação de que a Suprema Corte americana teria atuação ativista conservadora quando da decisão no caso *Lochner vs. New York*, célebre caso em que o Judiciário fez prevalecer a liberdade contratual em detrimento da regulamentação de carga horária e da jornada de trabalho no Estado de Nova Iorque.

²⁰⁵ SMITH, Stephen F. Taking lessons from the left?: Judicial activism from the right. *The Georgetown Journal of Law & Public Policy*. vol. 57, p. 57-80, 2002.

Poder Legislativo e também do Executivo.²⁰⁶ Haveria, portanto, uma invasão insidiosa sobre o núcleo essencial das funções previstas na Constituição para outros Poderes.²⁰⁷

Dessa forma, uma das principais críticas que se faz ao ativismo é a usurpação de função legislativa por parte do Poder Judiciário quando do julgamento, o que redundaria numa violação ao princípio da separação dos poderes.

É verdade, como afirma Branco, que a alegada vulneração à separação de poderes muitas vezes é formulada por meio de um apelo genérico ao princípio em alusão – com escólio na filosofia política – e não vem acompanhada de uma exposição clara do parâmetro técnico adotado para estimar quando uma deliberação judicial escapa do seu domínio próprio.²⁰⁸ Além disso, o referido autor traz a ideia de que é normal o Poder Judiciário adentre na definição de questões morais e políticas, quando a própria Constituição é recheada de preceitos com esse tipo de conteúdo, e, por esse motivo, essas questões ingressam no mundo jurídico, área de atuação da Suprema Corte.

Branco argumenta, ainda, que o ativismo é uma consequência natural do fato de a Constituição brasileira ter caráter analítico, com regulação de várias políticas públicas e valores jusfundamentais, associado ao desenho institucional em que a Suprema Corte possui o papel de guardião do texto constitucional.²⁰⁹ Além disso, afirma que a quantidade de declarações de inconstitucionalidade de atos legislativos é consequência da expansão dos legitimados para propositura de ações de controle abstrato de constitucionalidade.²¹⁰

O mesmo autor rememora o papel do Poder Judiciário de proteção aos direitos fundamentais que não poderiam sucumbir à omissão causada pelo Parlamento. Nesse sentido, afirma que a inação dos outros poderes é reprovável por frustrar a concretização do texto constitucional. Argumenta que os direitos fundamentais possuem

²⁰⁶ RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 129.

²⁰⁷ RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 116-117.

²⁰⁸ BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Em busca de um conceito fugidio – ativismo judicial. . *As novas faces do ativismo judicial*. André Luiz Fernandes Fellet *et alli* (org.). Salvador: Juspodivm, 2011, p. 395.

²⁰⁹ BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Em busca de um conceito fugidio – ativismo judicial. . *As novas faces do ativismo judicial*. André Luiz Fernandes Fellet *et alli* (org.). Salvador: Juspodivm, 2011, p. 396 e 398.

²¹⁰ BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Em busca de um conceito fugidio – ativismo judicial. . *As novas faces do ativismo judicial*. André Luiz Fernandes Fellet *et alli* (org.). Salvador: Juspodivm, 2011, p. 395.

uma eficácia mínima ainda que demandem atuação legislativa para densificação. Assim, o tribunal tem como missão encontrar soluções de forma a garantir a eficácia dos direitos previstos na Constituição.²¹¹

Nesse sentido, conclui que a atuação judicial que interfira na execução de políticas públicas, supere decisões deliberadas pelas instâncias representativas ou supra omissões do Parlamento em delinear direitos previstos na Constituição, ainda que para isso ultrapasse a função de legislador negativo, não seria, por si só, ofensa à separação de poderes.²¹²

Afirma-se, também, que o ativismo é propício em sistemas em que há retração do Poder Legislativo e, igualmente, de um distanciamento da sociedade civil da classe política, numa visão em que as demandas sociais não são atendidas a contento.²¹³

Acrescente-se a isso o fato de que a elaboração de leis com baixo teor de tecnicidade, com linguagem obscura e ambígua abre espaço para maior discricionariedade dos tribunais para aplicar a lei.²¹⁴

A existência de normas constitucionais que impõe, em alguma medida, obrigações ao Poder Executivo, fez com que o Judiciário fosse cada vez mais acionado para solucionar conflitos, inclusive mediante efetivação de direitos e implementação de políticas públicas. Como resultado disso, houve uma ampliação da criatividade do magistrado e dos poderes institucionais a ele atribuídos no momento da interpretação e aplicação da lei, ganhando, portanto, relevo o pós-positivismo.²¹⁵

Na mesma linha de raciocínio, Sampaio Júnior, ao defender o ativismo, informa que ele decorre de uma nova conjuntura onde o Poder Judiciário deve

²¹¹ BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Em busca de um conceito fugidio – ativismo judicial. . *As novas faces do ativismo judicial*. André Luiz Fernandes Fellet *et alli* (org.). Salvador: Juspodivm, 2011, p. 397.

²¹² BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Em busca de um conceito fugidio – ativismo judicial. . *As novas faces do ativismo judicial*. André Luiz Fernandes Fellet *et alli* (org.). Salvador: Juspodivm, 2011, p. 398.

²¹³ BARROSO, Luis Roberto. Constituição, democracia e supremacia judicial: direito e política no Brasil contemporâneo. *As novas faces do ativismo judicial*. André Luiz Fernandes Fellet *et alli* (org.). Salvador: Juspodivm, 2011, p. 234.

²¹⁴ PAULA, Daniel Giotti de. Ainda existe separação de poderes? A invasão da política pelo direito no contexto do ativismo judicial e da judicialização da política. *As novas faces do ativismo judicial*. André Luiz Fernandes Fellet *et alli* (org.). Salvador: Juspodivm, 2011, p. 301.

²¹⁵ ASENSI, Felipe Dutra. Algo está mudando no horizonte do Direito? Pós-positivismo e judicialização da política e das relações sociais. *As novas faces do ativismo judicial*. André Luiz Fernandes Fellet *et alli* (org.). Salvador: Juspodivm, 2011, p. 212.

abandonar a veneração ao texto legal, que muitas vezes contraria preceitos constitucionais, e deve ser guiado pela Constituição. Diante disso, a possível intromissão do Poder Judiciário na área de atuação do Parlamento seria uma decorrência natural desta nova forma de entender o Direito. A ampliação da função jurisdicional seria um corolário dessa nova conjuntura e não uma indevida cumulação de funções.²¹⁶

O fato é que o novo constitucionalismo parece ter estabelecido um caminho mais fácil para posturas ativistas, embora, na origem, o ativismo esteja atrelado ao modelo constitucional mais contido.²¹⁷

Branco, embora seja simpatizante do ativismo, adverte que não caberia ao Julgador interferir nas escolhas movidas pelas instâncias representativas, especialmente as do Parlamento, quando situadas dentro dos limites dos preceitos constitucionais. Caso assim agisse, o tribunal atuaria com uma clara violação da separação dos poderes.²¹⁸ Por esse motivo, sugere a utilização do princípio procedimental da teoria de Alexy.

A diferença entre as situações abordadas – ativismo regular e irregular – ressalta que a caracterização de uma atuação ativista de uma corte dependeria de esforço de argumento a traçar a distinção entre simples cumprimento de uma norma constitucional e a invasão do campo de atuação das instâncias representativas. Esse esforço teria como sujeito o próprio tribunal. Ou seja, segundo se afirma, a distinção entre uma atuação ativista e uma extrapolação da discricionariedade permitida ao Poder Judiciário, quando do exercício da jurisdição constitucional, seria alvo de juízo da própria corte, com a prerrogativa da última palavra.

Ou seja, o modelo ativista sugere uma atuação anômala do detentor da última palavra em interpretação constitucional, de forma a lhe conferir amplo poder discricionário para estabelecer os rumos da sociedade brasileira a partir de preceitos de

²¹⁶ SAMPAIO JÚNIOR, José Herval. Ativismo Judicial: autoritarismo ou cumprimento dos deveres constitucionais? *As novas faces do ativismo judicial*. André Luiz Fernandes Fellet *et alli* (org.). Salvador: Juspodivm, 2011, p. 403-406.

²¹⁷ PAULA, Daniel Giotti de. Ainda existe separação de poderes? A invasão da política pelo direito no contexto do ativismo judicial e da judicialização da política. *As novas faces do ativismo judicial*. André Luiz Fernandes Fellet *et alli* (org.). Salvador: Juspodivm, 2011, p. 300.

²¹⁸ BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Em busca de um conceito fugidio – ativismo judicial. . *As novas faces do ativismo judicial*. André Luiz Fernandes Fellet *et alli* (org.). Salvador: Juspodivm, 2011, p. 400-401.

conteúdo vago, que comportam uma elasticidade interpretativa, e, notadamente, avaliar ações e omissões dos demais Poderes. Dessa forma, é a corte quem, por exemplo, promoverá a avaliação quanto à existência de omissão do Parlamento ou quanto à insuficiência da política pública adotada, utilizando, para tanto, de um esforço argumentativo.

Numa outra visão, afirma-se que é a própria Constituição quem estabelece os limites de atuação do Judiciário. É a carta maior quem estabelece os rumos do Estado e o papel do tribunal é unicamente fazer com que ela seja cumprida. Os limites semânticos dos preceitos constitucionais seriam os responsáveis pelo controle da discricionariedade dos membros do tribunal.

Esse argumento, no entanto, dificilmente ultrapassa o problema de que é o próprio Judiciário quem dará a última palavra sobre as possibilidades de significado de expressões contidas na Constituição. Além disso, não foi possível verificar como o texto constitucional indica a ineficiência da política pública do Estado.

Interessante notar que a doutrina costuma utilizar o termo “discricionário” quando, na realidade, a atuação assume contornos de arbitrariedade, na medida em que o controle do ato judicial é feito pelo próprio Judiciário, sob o manto de dois entes abstratos: a argumentação utilizada na fundamentação; ou a própria Constituição.

Em decorrência disso, é natural que se faça um questionamento quanto à legitimidade do Judiciário para uma atuação ativista, que ultrapasse as suas atividades ordinárias. O fato de o Poder Judiciário ser uma instituição que possui membros não eleitos e sem responsabilidade eleitoral, evidencia o problema contra-majoritário.

Decidir sobre temas relevantes para a sociedade e que constam da Constituição talvez seja uma decorrência própria da eficácia normativa das normas constitucionais. No entanto, não se explica o porquê de o Judiciário ser o detentor da última palavra nessa seara.

A situação é mais problemática quando é percebida a crescente judicialização das políticas públicas no Brasil.

2.2. A judicialização das políticas públicas

A judicialização das políticas públicas muitas vezes é confundida com o ativismo judicial. Talvez seja uma decorrência natural da dificuldade em conceituar o ativismo. Os contornos da judicialização das políticas públicas, no entanto, são bem mais verificáveis.

Sampaio Júnior traz uma definição que confere ênfase ao papel central da constituição no Estado ao afirmar que a judicialização é o obrigatório pensar e agir de todos os poderes com fundamento em disposições constitucionais, sendo que suas ações ou omissões inconstitucionais se sujeitam ao crivo do Poder Judiciário.²¹⁹

Barroso traz uma definição de judicialização com enfoque no sujeito detentor da palavra final. Nesse aspecto, afirma que o termo compreende um fenômeno no qual questões relevantes do ponto de vista político social ou moral estão sendo decididas pelo Poder Judiciário, em caráter definitivo. Enfatiza, portanto, a transferência de poder para as instituições judiciais em detrimento do Poder Executivo e Legislativo.²²⁰

Hirschl estabelece três dimensões da judicialização da política. A primeira seria o crescimento da utilização do discurso e da linguagem jurídicos nos debates ocorridos na esfera política e nos processos de decisão sobre políticas públicas. Segundo o autor, a ascendência do discurso jurídico e a popularização dos jargões do Direito são evidentes em todos os aspectos da vida moderna. O autor indica que questões que foram negociadas num ambiente informal e não judicial atualmente são dominados por normas legais e procedimentos.²²¹

²¹⁹ SAMPAIO JÚNIOR, José Herval. Ativismo Judicial: autoritarismo ou cumprimento dos deveres constitucionais? *As novas faces do ativismo judicial*. André Luiz Fernandes Fellet *et alli* (org.). Salvador: Juspodivm, 2011, p. 423.

²²⁰ BARROSO, Luis Roberto. Constituição, democracia e supremacia judicial: direito e política no Brasil contemporâneo. *As novas faces do ativismo judicial*. André Luiz Fernandes Fellet *et alli* (org.). Salvador: Juspodivm, 2011, p. 228-229.

²²¹ HIRSCHL, Ran. The new constitutionalism and the judicialization of pure politics worldwide. *Fordam Law Review*, vol. 75, n. 2, p. 723, 2006.

Um segundo aspecto da judicialização é a interferência dos tribunais na determinação das políticas públicas em razão da proteção a direitos fundamentais.²²² São exemplos clássicos a proibição da tortura e de tribunais militares de exceção, ainda que utilizada para combate à terrorismo.²²³

Por fim, estaria a judicialização das políticas públicas num sentido estrito, entendida como a transferência para as cortes de questões de natureza eminentemente política, incluída a essência do regime de legitimidade e questões de identidade coletiva.²²⁴

Percebe-se que a judicialização de políticas públicas significa a submissão e apreciação pelo Poder Judiciário da atividade Estatal entendida como política pública. Nesse sentido, cuida-se de regular atividade jurisdicional sobre atividades que a constituição impõe ao Estado, em benefício da população.

Barroso aponta algumas causas para a expansão da judicialização da política: (a) o reconhecimento da importância de um judiciário forte e independente como elemento essencial para as democracias contemporâneas; (b) desilusão com a política majoritária, em razão da crise de representatividade e de funcionalidade dos Parlamentos; (c) opção dos atores políticos em abrir espaço ao judiciário para decidir questões polêmicas, especialmente quando houver desacordo moral razoável na sociedade; e (d) o caráter analítico da Constituição brasileira, que permite a judicialização de temas antes afetos à seara política; (e) o sistema de controle de constitucionalidade, que permite a qualquer juiz declarar a inconstitucionalidade de uma lei e ao Supremo Tribunal Federal a declaração abstrata com efeito vinculante e *erga omnes*.²²⁵

Numa visão factual, Sampaio Júnior afirma que a judicialização da política é uma realidade mundial que decorreu de dois fatores conjugados: o surgimento

²²² HIRSCHL, Ran. The new constitutionalism and the judicialization of pure politics worldwide. *Fordam Law Review*, vol. 75, n. 2, p. 724, 2006.

²²³ HIRSCHL, Ran. The new constitutionalism and the judicialization of pure politics worldwide. *Fordam Law Review*, vol. 75, n. 2, p. 725, 2006.

²²⁴ HIRSCHL, Ran. The new constitutionalism and the judicialization of pure politics worldwide. *Fordam Law Review*, vol. 75, n. 2, p. 723, 2006.

²²⁵ BARROSO, Luis Roberto. Constituição, democracia e supremacia judicial: direito e política no Brasil contemporâneo. *As novas faces do ativismo judicial*. André Luiz Fernandes Fellet *et alli* (org.). Salvador: Juspodivm, 2011, p. 230-231.

das constituições escritas e a consciência da necessidade de respeitar as suas disposições.²²⁶

Nesse sentido, considerando a doutrina da força normativa da constituição, Barroso entende que a judicialização das políticas públicas não é uma opção do Poder Judiciário, mas uma decorrência natural do sistema constitucional brasileiro.²²⁷

Aponta-se, ainda, o sistema de presidencialismo de coalizão brasileiro como uma das causas para a judicialização da política. Afirma-se que diante do agigantamento do Poder Executivo, especialmente na sua influência quanto à escolha dos presidentes das casas legislativas, e, portanto, no poder de escolher a pauta do Parlamento, a alternativa da oposição é a busca pela atuação do Poder Judiciário com a esperança de que este possa influenciar a formulação de políticas públicas e em questões fundamentais da sociedade brasileira.²²⁸

O fato é que o disciplinamento jurídico das políticas públicas contidas na Constituição brasileira e a prevalência da doutrina da eficácia normativa dos preceitos constitucionais, ensejam o pronunciamento do Judiciário sobre políticas públicas. O próprio texto constitucional contém disposição em que prevê a inafastabilidade da jurisdição quando houver lesão ou ameaça a direito.²²⁹

2.3. Distinção entre ativismo e judicialização de políticas públicas

²²⁶ SAMPAIO JÚNIOR, José Herval. Ativismo Judicial: autoritarismo ou cumprimento dos deveres constitucionais? *As novas faces do ativismo judicial*. André Luiz Fernandes Fellet *et alli* (org.). Salvador: Juspodivm, 2011, p. 421.

²²⁷ BARROSO, Luis Roberto. Constituição, democracia e supremacia judicial: direito e política no Brasil contemporâneo. *As novas faces do ativismo judicial*. André Luiz Fernandes Fellet *et alli* (org.). Salvador: Juspodivm, 2011, p. 231-232.

²²⁸ PAULA, Daniel Giotti de. Ainda existe separação de poderes? A invasão da política pelo direito no contexto do ativismo judicial e da judicialização da política. *As novas faces do ativismo judicial*. André Luiz Fernandes Fellet *et alli* (org.). Salvador: Juspodivm, 2011, p. 303.

²²⁹ BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*, de 5 de novembro de 1988. Brasília, 1988. Art. 5º, XXXV: “XXXV – a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito;”. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em: 13 jan. 2016.

De Paula indica que haveria certo consenso doutrinário de que o ativismo judicial é uma prática dos tribunais que ocorre à revelia ou com a inércia dos demais Poderes da República.²³⁰ Seria uma contraposição ao exercício de auto-contenção, um mecanismo de afirmação do poder jurisdicional além dos limites impostos pela ordem jurídica positiva ou pela prática judicial consolidada.²³¹

Segundo Barroso, a judicialização é consequência de características próprias do ordenamento jurídico brasileiro, com normas constitucionais e legais que permitem a atividade judicial numa moldura normativa mais vaga, ao passo que o ativismo tem como característica o elemento volitivo da corte, no sentido de uma atuação pró-ativa, em que se busca extrair o máximo de efetividade do texto constitucional.²³²

Nesse sentido, enquanto que o ativismo é visto como uma atuação anômala da corte, a judicialização de políticas públicas representa a atuação do Judiciário sobre um tema específico. Ou seja, de acordo com o modelo constitucional vigente e com a predominância da doutrina de eficácia normativa do texto constitucional, há consenso de que o Judiciário pode e deve decidir sobre políticas públicas previstas na Constituição, quando demandado. Mas para isso, não é necessária uma atuação anômala da corte, mediante acrobacias hermenêuticas.

A confusão que se faz entre os dois fenômenos decorre da crítica comum a eles aplicável: o problema da separação dos poderes e, por consequência, a da legitimidade das decisões judiciais e a prerrogativa da última palavra.

2.4. Críticas comuns ao ativismo e à judicialização de políticas públicas

²³⁰ PAULA, Daniel Giotti de. Ainda existe separação de poderes? A invasão da política pelo direito no contexto do ativismo judicial e da judicialização da política. *As novas faces do ativismo judicial*. André Luiz Fernandes Fellet *et alli* (org.). Salvador: Juspodivm, 2011, p. 294.

²³¹ PAULA, Daniel Giotti de. Ainda existe separação de poderes? A invasão da política pelo direito no contexto do ativismo judicial e da judicialização da política. *As novas faces do ativismo judicial*. André Luiz Fernandes Fellet *et alli* (org.). Salvador: Juspodivm, 2011, p. 300.

²³² BARROSO, Luis Roberto. Constituição, democracia e supremacia judicial: direito e política no Brasil contemporâneo. *As novas faces do ativismo judicial*. André Luiz Fernandes Fellet *et alli* (org.). Salvador: Juspodivm, 2011, p. 234.

Inicialmente, alerta-se que o Poder Judiciário, sem que seja provocado, não deve buscar ser o salvador da pátria buscando resolver problemas ligados a legislação ou a políticas públicas; se assim agir, estará atuando de forma arbitrária.²³³

Aponta-se que as decisões que invalidam atos do Legislativo possuem natureza política. Essa fator associado à forma de indicação dos ministros do Supremo Tribunal Federal tem evidenciado a dificuldade contra-majoritária noticiada por Bickel, naquilo que Barroso denomina de crítica político-ideológica que serve tanto ao ativismo quanto à judicialização das políticas públicas.²³⁴

De fato, é conhecido o argumento utilizado especialmente na primeira metade do século XX de que a Constituição é um conglomerado de preceitos que possuem natureza política. A evolução do pensamento jurídico no sentido de que há força normativa nas normas constitucionais e, por esse motivo, o Poder Judiciário tem o poder-dever de obedecê-las, não afasta o caráter político da Constituição.

Nesse sentido, torna-se árdua a tarefa de defender um afastamento absoluto entre a atividade judicial e a política, especialmente quando a corte profere decisões sobre políticas públicas disciplinadas na Constituição e que, devido aos termos vagos muito presentes no texto, envolvem escolhas que podem ser influenciadas pela orientação política dos membros dos tribunais.²³⁵

Além disso, não se pode esquecer a possibilidade do que se convencionou denominar de colisão de princípios constitucionais, em que haveria uma aparente dissintonia entre valores integrantes do corpo constitucional. A solução para o conflito aparente do texto constitucional – ponderação e proporcionalidade – ainda desafia a falta de clareza e objetividade que se espera de métodos hermenêuticos, o que pode conduzir ao subjetivismo do julgador.

²³³ SAMPAIO JÚNIOR, José Herval. *Ativismo Judicial: autoritarismo ou cumprimento dos deveres constitucionais? As novas faces do ativismo judicial*. André Luiz Fernandes Fellet *et alli* (org.). Salvador: Juspodivm, 2011, p. 407.

²³⁴ BARROSO, Luis Roberto. *Constituição, democracia e supremacia judicial: direito e política no Brasil contemporâneo. As novas faces do ativismo judicial*. André Luiz Fernandes Fellet *et alli* (org.). Salvador: Juspodivm, 2011, p. 235.

²³⁵ No mesmo sentido, ao mencionar que, em virtude da linguagem aberta e elásticas de preceitos constitucionais, o direito perde em objetividade e abre espaço para valorações subjetivas, onde há forte risco de utilização de valores políticos pelo juiz: BARROSO, Luis Roberto. *Constituição, democracia e supremacia judicial: direito e política no Brasil contemporâneo. As novas faces do ativismo judicial*. André Luiz Fernandes Fellet *et alli* (org.). Salvador: Juspodivm, 2011, p. 247.

Há quem defenda, por exemplo, a utilização de elementos externos ao direito – como a filosofia moral e política – para solucionar controvérsias em matéria constitucional quando a solução não estiver integralmente na norma.²³⁶ Aqui, poderia ocorrer um subjetivismo elevado à segunda potência: subjetivismo na interpretação do texto vago associado a um subjetivismo na opção do valor constitucional prevalecente no caso concreto.

Subjetivismo e proximidade entre ato judicial e ato político são os fatores que mais acentuam a dificuldade contra-majoritária. Com efeito, as decisões sobre a forma de concretizar as políticas públicas definidas pela Constituição Federal invariavelmente envolvem decisões políticas fundamentadas em normas com alto nível de abstração. A título ilustrativo, a definição de uma política de concretização do direito à moradia pode envolver desde a construção de casas populares, desapropriação de terrenos privados ou pela concessão de crédito. Uma decisão, por exemplo, que entenda que a concessão de crédito não é eficiente, ou a de que a taxa de juros ou o limite do valor financiado não são suficientes para atingir a finalidade do texto constitucional, certamente desafiaria objeções sobre a legitimidade da corte e sobre sua última palavra sobre o tema.

Os simpatizantes do ativismo enxergam esse desvio na atuação do Judiciário como necessário para afastar o mau funcionamento das instituições representativas, especialmente em virtude de inércia quanto a determinados temas de repercussão moral ou política. Por esse motivo, percebe-se que o ativismo normalmente está ligado ao fenômeno da judicialização da política, na medida em que é nessa seara onde é possível observar a atuação ousada do Poder Judiciário.

O problema é que a premissa utilizada – o mau funcionamento – é um fato que está sob o crivo do próprio judiciário. É possível, por exemplo, que o Congresso Nacional perceba o alto grau de desacordo sobre determinados temas e deixe de deliberar sobre eles como uma estratégia para o amadurecimento da sociedade e o Judiciário interprete essa atitude como uma omissão legislativa.

²³⁶ BARROSO, Luis Roberto. Constituição, democracia e supremacia judicial: direito e política no Brasil contemporâneo. *As novas faces do ativismo judicial*. André Luiz Fernandes Fellet *et alli* (org.). Salvador: Juspodivm, 2011, p. 249.

O problema, no entanto, vai mais longe. Como o Supremo Tribunal Federal é o detentor da última palavra em interpretação constitucional, aquilo que for decidido não se submete a outro crivo quanto à constitucionalidade e, pior, pode não ser alterável ainda que por emenda constitucional, nas hipóteses em que a corte fundamentar sua decisão num dos dispositivos acobertados pela cláusula pétrea. Nessas situações, poderá ocorrer o que Vieira denominou supremocracia.²³⁷

No entanto, é preciso registrar que, por muitas vezes, tem-se defendido a atuação ativista do Poder Judiciário nas hipóteses em que haveria omissão do Parlamento em regulamentar determinados direitos previstos na Constituição, mas que, por seu caráter abstrato, dependem de uma regulamentação que defina a maneira de alcançar o objetivo traçado.

Por vezes, o Supremo Tribunal Federal regulamenta a questão fazendo uso de analogia, ou até mesmo criando regras para os casos concretos, mas condiciona seu uso até que o Legislativo exerça seu mister e promulgue o ato normativo necessário para concretização da disposição constitucional.

Foi exatamente nesse sentido o pronunciamento do Supremo Tribunal Federal quando do julgamento dos Mandados de Injunção n. 670, 708 e 712, em que decidiu que deveriam ser aplicadas as Leis n. 7.701, de 21 de dezembro de 1988, e n. 7.783, de 28 de junho de 1989, nas hipóteses de exercício do direito de greve por servidores públicos, enquanto não fosse suprida a lacuna legislativa.

Nessas hipóteses, o problema da legitimidade das decisões judiciais é atenuado, haja vista que a corte não faz uso da última palavra para impor seu ponto de vista. Apenas resolve um problema de eficácia da Constituição por ineficiência do Parlamento.

2.5. O Judiciário como protagonista do constitucionalismo contemporâneo

²³⁷ VIEIRA, Oscar Vilhena. *Supremocracia*. *Revista Direito GV*, São Paulo, n. 8, p. 441-464, jul./dez. 2008.

No entanto, a visão de que o Poder Judiciário tem como papel ser o propulsor da concretização de políticas públicas contidas na Constituição Federal, numa ótica juriscêntrica, é razoavelmente ingênua.

O juiz seria considerado o guardião das promessas de civilidade contidas no texto constitucional, o grande protagonista do constitucionalismo contemporâneo, em desconsideração do Poder Legislativo.²³⁸ Atualmente, é quase impossível que uma questão seja resolvida no âmbito parlamentar sem que haja uma busca da jurisdição constitucional do Supremo Tribunal Federal pelo grupo político perdedor.²³⁹

Essa visão do Poder Judiciário é realmente cativante. De fato, a Constituição Federal brasileira é um documento em que há um sem-número de direitos concedidos àqueles que estão em seu território.²⁴⁰ Estabelecer o Poder Judiciário como protagonista na concretização desses direitos é algo realmente louvável.

A ideia que se difunde do juiz, no entanto, não é compatível com algumas deficiências que o Poder Judiciário brasileiro enfrenta. Pode-se destacar a sobrecarga de trabalho, que dificultaria a utilização de técnicas objetivas de ponderação – como a argumentação – para produção de decisões, falta de expertise, nas áreas de conteúdo eminentemente técnicos, para tomar decisões que promovam eficientemente os princípios constitucionais em jogo.

No campo da concretização das políticas públicas é ainda mais romântico vislumbrar que Poder Judiciário realmente consiga êxito no papel de promover uma verdadeira revolução.

Segundo o Conselho Nacional de Justiça - CNJ²⁴¹, existiam, em 2013, 16.440 juízes em atividade no Brasil. Dentre eles 11.361 integram a magistratura estadual; 3.371 compõem a Justiça do Trabalho; 1.549 são magistrados federais; 39

²³⁸ SARMENTO, Daniel. O Neoconstitucionalismo no Brasil: Riscos e possibilidades. *Revista Brasileira de Estudos Constitucionais – RBEC*, Belo Horizonte, ano 3, n. 9, jan./mar. 2009. Disponível em <<http://bid.editoraforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=56993>>. Acesso em: 22 fev. 2015.

²³⁹ SARMENTO, Daniel. O Neoconstitucionalismo no Brasil: Riscos e possibilidades. *Revista Brasileira de Estudos Constitucionais – RBEC*, Belo Horizonte, ano 3, n. 9, jan./mar. 2009. Disponível em <<http://bid.editoraforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=56993>>. Acesso em: 22 fev. 2015.

²⁴⁰ A Constituição da República restringe somente alguns poucos direitos aos estrangeiros que estejam em território nacional. A grande maioria das garantias e direitos são aplicáveis à população alienígena que esteja no Brasil.

²⁴¹ BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *Justiça em números 2014: ano-base 2013*. Brasília: CNJ, 2014, p. 33.

fazem parte da Justiça Militar estadual; 32 são juízes da Auditoria Militar da União; 77 compõe o quadro de ministros dos Tribunais Superiores; e 11 o número de cargos de Ministro do Supremo Tribunal Federal.

Uma boa parte desses magistrados se ocupa de lides envolvendo interesses absolutamente privados, como é o caso de execução de obrigações, separação, divórcio, ações possessórias, anulação de deliberações sociais, etc. Além disso, há um elevado número de magistrados que atuam exclusivamente com causas de natureza penal.

O CNJ afirma que, do total de ações de conhecimento, aproximadamente 19% dos processos pendentes no Poder Judiciário tratam de matéria criminal; além disso, os processos de execução fiscal, que em muitas comarcas possuem juízos especializados, representam em torno de 45% dos processos pendentes.²⁴²

Esses dados revelam que uma boa parte da força de trabalho desenvolvida pelos magistrados não enseja a concreção de políticas públicas, especialmente as de cunho social, mas trazem solução para lides que não ultrapassam a seara subjetiva das partes.²⁴³

A grande maioria das incontáveis atividades voltadas consecução de políticas públicas contidas na Carta Constitucional brasileira é exercida pelo Poder Executivo com sua imensa estrutura burocrática. Somente na esfera federal, o Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão divulgou a existência de 757.158 cargos públicos, 113.869 cargos em comissão e 20.922 contratados em regime temporário que a União conta para exercer o seu mister constitucional.²⁴⁴ A maior parte desse capital humano está voltado para a execução de políticas públicas, ao contrário do que se viu com os magistrados.

²⁴² BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *Justiça em números 2014: ano-base 2013*. Brasília: CNJ, 2014, p. 36. Os cálculos do percentual foram produzidos pelo próprio autor.

²⁴³ É óbvio que imposição de pena criminal e cumprimento da prestação das obrigações fiscais podem, se considerado o somatório de manifestações judiciais de um País, concretizar a política de segurança pública ou financeira do Estado respectivamente. Mas não foi essa a intenção de Luis Prieto Sanchís que pressupôs a intervenção do judiciário como uma alternativa ao Poder Legislativo, seja para contrariá-lo, seja para suprir sua omissão.

²⁴⁴ BRASIL. Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão. *Portaria n. 156, de 21 de julho de 2014*. publicada no Diário Oficial da União de 25 de julho de 2014, Seção 1, p. 100-104.

Por isso, há excessos em se atribuir ao Judiciário expectativas que ele não tem como concretizar satisfatoriamente.²⁴⁵

Ademais, a falta de concretização das políticas públicas, notadamente as sociais, não parecem ocorrer por falta de vontade da estrutura burocrática do Poder Executivo ou dos governantes, mas sim por falta de conhecimentos relacionados à área de atuação, pela corrupção sistêmica que envolve o país ou, principalmente, por ausência de condições materiais para tanto.

Um exemplo disso é a questão do fornecimento de medicamentos e de atendimento de pessoas no âmbito do Sistema Único de Saúde, que é constantemente objeto de demandas judiciais, onde, individualmente, os pleiteantes normalmente conseguem, por meio da prestação jurisdicional, o atendimento que lhe é necessário. Mas em ações coletivas, onde o problema central deveria ser solucionado, não se consegue trazer eficácia à decisão judicial nem mesmo quando existe a ameaça de bloqueio de bens, pagamento de multa ou de prisão para os agentes públicos.

Vale lembrar que a reputação do Poder Judiciário para exercer a função criativa do Direito com imparcialidade e justiça vem, a cada dia, sendo denegrida. Episódios envolvendo prisões absolutamente arbitrárias em aeroportos,²⁴⁶ apropriação de bens constrictos por magistrados,²⁴⁷ e a instituição de auxílio-moradia para juízes proprietários de imóveis residenciais na localidade onde exercem o labor²⁴⁸ mancham a imagem quase santificada dos magistrados.

Asensi, nessa linha, promove uma crítica à judicialização da política, especificamente no que diz respeito ao papel central do Poder Judiciário na consecução de políticas públicas e realização de direitos sociais. Indica, o referido autor, três

²⁴⁵ SARMENTO, Daniel. O Neoconstitucionalismo no Brasil: Riscos e possibilidades. *Revista Brasileira de Estudos Constitucionais – RBEC*, Belo Horizonte, ano 3, n. 9, jan./mar. 2009. Disponível em <<http://bid.editoraforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=56993>>. Acesso em: 22 fev. 2015.

²⁴⁶ MILHOMEM, Alan; SOUSA, Jefferson. Funcionários da TAM são conduzidos por determinação de juiz. Disponível em: <<http://imirante.globo.com/imperatriz/noticias/2014/12/07/funcionarios-da-tam-sao-conduzidos-por-determinacao-de-juiz.shtml>>. Acesso em: 24 fev. 2015.

²⁴⁷ DURÃO, Mariana; AMORIM, Daniela. Juiz do caso Eike usa Porsche do empresário, diz advogado. O Estado de São Paulo. Disponível em <<http://economia.estadao.com.br/noticias/geral,juiz-do-caso-eike-usa-porsche-do-empresario-diz-advogado,1638816>>. Acesso em: 24 fev. 2015.

²⁴⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Ordinária n. 1773*. Decisão monocrática proferida pelo Ministro Relator Luiz Fux. Brasília, 15 de setembro de 2014. Diário da Justiça Eletrônico de 17 de setembro de 2014.

limitações à concepção de que o Poder Judiciário desempenha uma função de organizador dos direitos, próprio da concepção pós-positivista e dos entusiastas do ativismo. São elas: (i) o modelo adversarial da dinâmica judicial, especialmente quando associada ao princípio da inércia da jurisdição; (ii) a ênfase no momento de aplicação do direito posto, deixando em segundo plano a construção e reconhecimento de novos direitos pelo juiz e também a construção de direitos não-postos e vigentes no âmbito societário; (iii) a sub-valorização metodológica de teórica em relação às demais instituições jurídicas e sociais.²⁴⁹

Ao explicar cada uma das limitações apontadas, o autor faz uma distinção entre a judicialização e a “juridicização”. Este último termo estaria associado à resolução de conflitos por meios extrajudiciais, mas dentro de um consenso obtido por meio do diálogo e de uma participação efetiva da sociedade civil.²⁵⁰

Nesse sentido, enfatiza o pouco destaque que os defensores do ativismo têm conferido à formação de consenso na solução de conflitos. Além disso, a inércia do Judiciário evidencia a participação fundamental de atores extrajudiciais na provocação do judiciário para solucionar questões.²⁵¹

Destaca que há construção de interpretações sobre o Direito vigente que não se remetem à interpretação judicial. As questões jurídicas não são questões desvinculadas da sociedade e estão relacionadas ao contexto social. A decisão judicial, portanto, é apenas um dos múltiplos meios existentes para efetivação do direito posto e de construção de novas concepções e direitos. Nesse sentido, sub-valorizar ou negligenciar tal multiplicidade de processos implica num “reducionismo analítico”.²⁵²

²⁴⁹ ASENSI, Felipe Dutra. Algo está mudando no horizonte do Direito? Pós-positivismo e judicialização da política e das relações sociais. *As novas faces do ativismo judicial*. André Luiz Fernandes Fellet *et alli* (org.). Salvador: Juspodivm, 2011, p. 214.

²⁵⁰ ASENSI, Felipe Dutra. Algo está mudando no horizonte do Direito? Pós-positivismo e judicialização da política e das relações sociais. *As novas faces do ativismo judicial*. André Luiz Fernandes Fellet *et alli* (org.). Salvador: Juspodivm, 2011, p. 219-220.

²⁵¹ ASENSI, Felipe Dutra. Algo está mudando no horizonte do Direito? Pós-positivismo e judicialização da política e das relações sociais. *As novas faces do ativismo judicial*. André Luiz Fernandes Fellet *et alli* (org.). Salvador: Juspodivm, 2011, p. 215.

²⁵² ASENSI, Felipe Dutra. Algo está mudando no horizonte do Direito? Pós-positivismo e judicialização da política e das relações sociais. *As novas faces do ativismo judicial*. André Luiz Fernandes Fellet *et alli* (org.). Salvador: Juspodivm, 2011, p. 215.

Asensi argumenta como exemplo a utilização de termos de ajustamento de conduta, mediante diálogo com os gestores, como forma de concretizar direitos sociais e implementar políticas públicas previstas na Carta Constitucional por meio de consenso e independentemente da participação do Poder Judiciário.²⁵³

Outras formas de obtenção de consenso também podem ser citadas. A realização de conciliação na Câmara de Conciliação e Arbitragem da Administração Federal prevista no Decreto n. 7.392, de 13 de dezembro de 2010, é outro componente importante na busca do consenso para a execução de políticas públicas que não é considerada ao se tratar de ativismo e um suposto protagonismo do Poder Judiciário na execução de políticas públicas.

2.6. Atuação ativista do Supremo Tribunal Federal brasileiro

Depois de apresentados os dois fenômenos que ocorrem no sistema jurídico atual, é preciso verificar se o Supremo Tribunal Federal tem se portado de maneira ativista, especialmente quando profere julgamento sobre preceitos constitucionais que importam em políticas públicas.

Pode-se afirmar que é comum a doutrina apontar julgados do Supremo Tribunal Federal para indicar uma postura ativista da corte. Afirma-se que há diversas manifestações da corte caracterizadas por uma postura ativista.²⁵⁴ São citadas as decisões proferidas quanto à vedação à prática do nepotismo para nomeação em cargos comissionados e funções de confiança²⁵⁵, à possibilidade de união estável entre pessoas do mesmo sexo, dentre outros.

²⁵³ ASENSI, Felipe Dutra. Algo está mudando no horizonte do Direito? Pós-positivismo e judicialização da política e das relações sociais. *As novas faces do ativismo judicial*. André Luiz Fernandes Fellet *et alli* (org.). Salvador: Juspodivm, 2011, p. 216-220.

²⁵⁴ BARROSO, Luis Roberto. Constituição, democracia e supremacia judicial: direito e política no Brasil contemporâneo. *As novas faces do ativismo judicial*. André Luiz Fernandes Fellet *et alli* (org.). Salvador: Juspodivm, 2011, p. 233.

²⁵⁵ PAULA, Daniel Giotti de. Ainda existe separação de poderes? A invasão da política pelo direito no contexto do ativismo judicial e da judicialização da política. *As novas faces do ativismo judicial*. André Luiz Fernandes Fellet *et alli* (org.). Salvador: Juspodivm, 2011, p. 293.

Membros do próprio Supremo Tribunal Federal reconhecem que a corte tem atuado de forma ativista e defendem esse tipo de atuação como uma resposta a provocações formais da sociedade a partir de mecanismos criados pela Constituição para neutralizar o caráter lesivo das omissões do Congresso ou do Executivo. Nesse sentido, não haveria interferência nos demais Poderes, mas simples cumprimento de sua função constitucional.²⁵⁶

É importante, então, fazer uma avaliação da Suprema Corte brasileira, com o objetivo de verificar se tem atuado de maneira ativista, de forma a demonstrar relevância prática do argumento deste trabalho. Em virtude da limitação de espaço, optou-se por abordar apenas duas decisões, que, percebeu-se, são icônicas da atuação ativista do Supremo Tribunal Federal.

2.6.1. Vedação ao nepotismo constante da Resolução n. 7, de 18 de outubro de 2005, do Conselho Nacional de Justiça

O primeiro caso a analisar é o da vedação da prática do nepotismo para preenchimento dos cargos em comissão declarados em lei como de livre nomeação. Cuida-se da Ação Declaratória de Constitucionalidade n. 12 cujo objeto era impedir o pronunciamento judicial de inconstitucionalidade da Resolução n. 7, de 18 de outubro de 2005, do Conselho Nacional de Justiça, em controle difuso de constitucionalidade.

A referida resolução, em síntese, declara nulos os atos caracterizados como prática de nepotismo, assim considerado o exercício de cargo em comissão ou a contratação temporária em virtude de excepcional interesse público em tribunais por parentes em linha reta ou colateral, consanguíneo ou por afinidade, até o terceiro grau de membros, juízes ou servidores.²⁵⁷ Além disso, o ato normativo também proíbe a

²⁵⁶ Anuário da Justiça de 2010. *Revista Consultor Jurídico*. São Paulo, 2010, p. 77.

²⁵⁷ BRASIL. *Resolução n. 7, de 18 de outubro de 2005, do Conselho Nacional de Justiça*: “Art. 1º É vedada a prática de nepotismo no âmbito de todos os órgãos do Poder Judiciário, sendo nulos os atos assim caracterizados. Art. 2º Constituem práticas de nepotismo, dentre outras: I - o exercício de cargo de provimento em comissão ou de função gratificada, no âmbito da jurisdição de cada Tribunal ou Juízo, por cônjuge, companheiro ou parente em linha reta, colateral ou por afinidade, até o terceiro grau, inclusive, dos respectivos membros ou juízes vinculados; II - o exercício, em Tribunais ou Juízos diversos, de

contratação de sociedades empresárias por dispensa ou inexigibilidade de licitação, de pessoa jurídica que tenha como sócio parente nos mesmos parâmetros acima descritos.²⁵⁸

O principal problema jurídico que foi tratado na decisão é o fato de que o ato normativo do Conselho Nacional de Justiça não possui lastro legal. Segundo o preâmbulo do ato, a resolução teria como fundamento a própria Constituição.

A corte julgou procedente o pedido, para declarar a constitucionalidade do ato do Conselho. Segundo voto do relator, Ministro Carlos Britto, o próprio texto constitucional permitiria a edição de atos normativos primários pelo Conselho Nacional de Justiça, mediante interpretação sistemática. Argumentou que os outros conselhos constantes da estrutura do Poder Judiciário – Conselho da Justiça Federal e Conselho Superior da Justiça do Trabalho –, que também foram incluídos pela Emenda Constitucional n. 45, de 30 de dezembro de 2004, tem expressão “na forma da lei” associada à sua atribuição. A referida expressão está ausente no que diz respeito ao poder regulamentar do Conselho Nacional de Justiça.

Soma-se a isso, o fato de que a resolução teria fundamento extraído diretamente da Constituição, com o objetivo dar concreção, densificação a princípios constitucionais da impessoalidade, eficiência e igualdade, que são onivalentes e auto-aplicáveis na lógica da Constituição.

Em seu voto, o Ministro Gilmar Mendes foi mais enfático ao afirmar que o princípio da legalidade constante do artigo 5º da Constituição não alude somente à lei

cargos de provimento em comissão, ou de funções gratificadas, por cônjuges, companheiros ou parentes em linha reta, colateral ou por afinidade, até o terceiro grau, inclusive, de dois ou mais magistrados, ou de servidores investidos em cargos de direção ou de assessoramento, em circunstâncias que caracterizem ajuste para burlar a regra do inciso anterior mediante reciprocidade nas nomeações ou designações; III - o exercício de cargo de provimento em comissão ou de função gratificada, no âmbito da jurisdição de cada Tribunal ou Juízo, por cônjuge, companheiro ou parente em linha reta, colateral ou por afinidade, até o terceiro grau, inclusive, de qualquer servidor investido em cargo de direção ou de assessoramento; IV - a contratação por tempo determinado para atender a necessidade temporária de excepcional interesse público, de cônjuge, companheiro ou parente em linha reta, colateral ou por afinidade, até o terceiro grau, inclusive, dos respectivos membros ou juízes vinculados, bem como de qualquer servidor investido em cargo de direção ou de assessoramento.”

²⁵⁸ BRASIL. *Resolução n. 7, de 18 de outubro de 2005, do Conselho Nacional de Justiça*: “Art. 2º Constituem práticas de nepotismo, dentre outras: (...) V - a contratação, em casos excepcionais de dispensa ou inexigibilidade de licitação, de pessoa jurídica da qual sejam sócios cônjuge, companheiro ou parente em linha reta ou colateral até o terceiro grau, inclusive, dos respectivos membros ou juízes vinculados, ou servidor investido em cargo de direção e de assessoramento.”

no sentido formal, mas deve considerar o próprio texto constitucional. Considerou que o ato do Conselho apenas concretizava os princípios constitucionais da impessoalidade e da moralidade. Além disso, manifestou-se no sentido de que a indeterminação semântica dos princípios mencionados não pode ser um obstáculo à determinação da regra da proibição do nepotismo. Argumentou que há uma zona de certeza de significado do princípio de forma a possibilitar a extração de uma regra.

O que se pode verificar dos argumentos extraídos dos votos dos ministros da corte é o fato de que todos mencionaram que o ato atacado teria concretizado os princípios contidos no artigo 37 da Constituição e de lá extraído o seu fundamento direto de validade, fundamento típico de um tribunal ativista, como visto acima.

No entanto, a maioria dos ministros entendeu que o poder regulamentar disciplinado pelo artigo 103-B, § 4º, II, da Constituição, permitiria a edição de atos primários pelo conselho, dentro de sua área de atuação. Portanto, além de fazerem uso de técnicas hermenêuticas sobre preceitos extremamente abstratos – impessoalidade, moralidade –, os ministros também fizeram uso de um dispositivo constitucional mais concreto de forma que a interpretação foi adotada mediante técnicas clássicas, como, por exemplo, interpretação sistemática aludida pelo relator.

Percebe-se que o Supremo Tribunal Federal faz uso de uma estratégia que blinda a corte perante os críticos do ativismo, na medida em que, a par de uma postura imaginada como ativista, adota técnica interpretativa clássica.

No entanto, o julgamento da Ação Declaratória de Constitucionalidade n. 12 acarretou a aprovação da Súmula Vinculante n. 13²⁵⁹, que, em síntese, atesta que a prática de nepotismo viola a Constituição. Os efeitos da citada súmula atingem qualquer dos poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios.

Curiosamente, um dos fundamentos contrários à constitucionalidade da resolução é a possível violação ao princípio federativo, uma vez que estabelecia

²⁵⁹ Esse é o texto da referida súmula: “A nomeação de cônjuge, companheiro ou parente em linha reta, colateral ou por afinidade, até o terceiro grau, inclusive, da autoridade nomeante ou de servidor da mesma pessoa jurídica investido em cargo de direção, chefia ou assessoramento, para o exercício de cargo em comissão ou de confiança ou, ainda, de função gratificada na administração pública direta e indireta em qualquer dos poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, compreendido o ajuste mediante designações recíprocas, viola a Constituição Federal.”

obrigações para órgãos federais e estaduais. O argumento foi afastado sob o fundamento de que a Constituição dispõe sobre o Poder Judiciário incluindo órgãos de cúpula que atingem os órgãos judiciais das entidades federadas. Assim, devido ao caráter nacional próprio do Judiciário, a resolução não vulneraria a forma federativa de Estado.

Consta como fundamento para edição da súmula analisada os julgamentos proferidos pela corte na Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 1.521, no Mandado de Segurança n. 23.780 e no Recurso Extraordinário n. 579.951, além da Ação Declaratória de Constitucionalidade n. 12. Em todos os julgados, o fundamento principal é o da normatividade dos princípios da impessoalidade e da moralidade e que estes princípios proibiam a prática de nepotismo. No entanto, é possível afirmar que a preocupação dos ministros era não ultrapassar aquilo que fora decidido na Ação Declaratória de Constitucionalidade n. 12.²⁶⁰

A despeito disso, a elaboração do verbete acabou estabelecendo a vedação para todos os Poderes de todos os entes federativos. O texto, similar a um comando normativo, faz com que a corte incida numa atuação quase-legislativa ou, até mesmo, função criadora de Direito. A súmula em alusão, inclusive, foi objeto de interpretação pela própria Suprema Corte para afastar a proibição para situações de nomeação de agentes políticos.²⁶¹ Além disso, a súmula em questão promove uma forte intervenção nos demais Poderes da República e nos demais entes da federação.

2.6.2. O caso da vedação ao financiamento de campanha eleitoral por pessoa jurídica

²⁶⁰ Conforme manifestação do Ministro Ricardo Lewandowski nos debates para aprovação da súmula vinculantes, em que afirmou aos demais membros da corte que não havia extrapolado o decidido na ação declaratória para evitar qualquer questionamento. *Diário da Justiça Eletrônico*, n. 214/2008, publicado em 12 de novembro de 2008. Disponível <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/jurisprudenciaSumulaVinculante/anexo/SUV_11_12_13__Debates.pdf>. Acesso em: 14 abr. 2016.

²⁶¹ Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental no Recurso Extraordinário n. 825.682. Segunda Turma. Ministro Relator Teori Zavascki. “1. A jurisprudência do STF preconiza que, ressalvada situação de fraude à lei, a nomeação de parentes para cargos públicos de natureza política não desrespeita o conteúdo normativo do enunciado da Súmula Vinculante 13”. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=4603954>>. Acesso em: 12 mar. 2016.

Outro exemplo apontado como atuação ativista do Supremo Tribunal Federal foi o julgamento proferido na Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 4.650. A referida demanda teve por objeto a declaração de inconstitucionalidade de dispositivos das Leis n. 9.096, de 19 de setembro de 1995,²⁶² e 9.504, de 30 de setembro de 1997²⁶³, que permitiam a pessoas jurídicas a realização de doações para partidos políticos e para campanhas eleitorais.

O autor da ação, o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, alegou que o financiamento de campanhas eleitorais por pessoas jurídicas ofenderia os seguintes princípios: da isonomia, o democrático, o republicano e da proporcionalidade. Note-se, desde já, que os dispositivos constitucionais alegados como violados, não apontam, ao menos diretamente, para uma clara violação na forma de financiamento eleitoral.

²⁶² BRASIL, Lei n. 9.096, de 19 de setembro de 1995: “Art. 31. É vedado ao partido receber, direta ou indiretamente, sob qualquer forma ou pretexto, contribuição ou auxílio pecuniário ou estimável em dinheiro, inclusive através de publicidade de qualquer espécie, procedente de: I- entidades ou governos estrangeiros; II- autoridades ou órgãos públicos, ressalvadas as dotações referidas no art. 38; III- autarquias, empresas públicas ou concessionárias de serviços públicos, sociedades de economia mista e fundações instituídas em virtude de lei e para cujos recursos concorram órgão ou autoridades governamentais; IV- entidade de classe ou sindical. (...) Art. 38. O Fundo Especial de Assistência Financeira aos Partidos Políticos (Fundo Partidário) é constituído por: (...) III- doações de pessoa física ou jurídica, efetuadas por intermédio de depósitos bancários diretamente na conta do Fundo Partidário (...) Art. 39. Ressalvado o disposto no art. 31, o partido político pode receber doações de pessoas físicas e jurídicas para constituição de seus fundos (...) § 5º. Em ano eleitoral, os partidos políticos poderão aplicar ou distribuir pelas diversas eleições os recursos financeiros recebidos de pessoas físicas ou jurídicas, observando-se o disposto no Parágrafo 1º do art. 23, no art. 24 e no Parágrafo 1º do art. 81 da Lei nº 9.504, de 30 de setembro de 1997, e os critérios definidos pelos respectivos órgãos de direção e pelas normas estatutárias.”

²⁶³ BRASIL, Lei n. 9.504, de 30 de setembro de 1997: “Art. 23. As pessoas físicas poderão fazer doações em dinheiro ou estimáveis em dinheiro para campanhas eleitorais, obedecido o disposto nesta lei: § 1º. As doações e contribuições de que trata este artigo ficam limitadas: I - no caso de pessoa física, a dez por cento dos rendimentos brutos auferidos no ano anterior à eleição. II - no caso de candidato que utilize recursos próprios, ao valor máximo de gastos estabelecido pelo seu partido, na forma da lei. (...) Art. 24. É vedado a partido e candidato, receber direta ou indiretamente doação em dinheiro ou estimável em dinheiro, inclusive por meio de publicidade de qualquer espécie, de: I – entidade ou governo estrangeiro; II - órgão da administração pública direta ou indireta ou fundação mantida com recursos provenientes do Poder Público; III - concessionário ou permissionário de serviço público; IV - entidade de direito privado que receba, na condição de beneficiária, contribuição compulsória em virtude de disposição legal; V - entidade de utilidade pública; VI - entidade de classe ou sindical; VII - pessoa jurídica sem fins lucrativos que receba recursos do exterior; VIII - entidades beneficentes ou religiosas; IX - entidades esportivas; X - organizações não-governamentais que recebam recursos públicos; XI – organizações da sociedade civil de interesse público. Parágrafo único. Não se incluem nas vedações de que trata este artigo as cooperativas cujos cooperados não sejam concessionários ou permissionários de serviços públicos, desde que não estejam sendo beneficiadas com recursos públicos, observado o disposto no art. 81. (...) Art. 81. As doações e contribuições de pessoas jurídicas para campanhas eleitorais poderão ser feitas a partir do registro dos comitês financeiros dos partidos ou coligações. § 1º As doações e contribuições de que trata este artigo ficam limitadas a dois por cento do faturamento bruto do ano anterior à eleição.”

O voto-condutor, proferido pelo Ministro relator Luiz Fux, começa com a apresentação de um quadro empírico, com ênfase no discurso de crise de representatividade do Parlamento brasileiro, argumento típico dos defensores do ativismo judicial. Trata de um descolamento entre a classe política e a sociedade civil, em que cidadão e agentes eleitos estão em lados opostos.

Em sequência, o relator chega a lembrar o caráter contra-majoritário que a corte possui, em virtude de seus membros não serem eleitos. No entanto, argumenta que o financiamento de campanha é uma ferramenta importante da engenharia democrática e, em virtude disso, a atuação do Supremo Tribunal Federal nesse tipo de matéria é uma questão de modelagem institucional do Estado Democrático de Direito.

Sustenta que o interesse na reforma política seria diretamente aos membros que estariam para votá-la. Neste cenário, indaga se seria confiável deixar única e exclusivamente ao Congresso Nacional a prerrogativa de alterar o sistema de financiamento que foi responsável pela eleição de seus membros. Nesse sentido, a atuação mais expansiva da corte se faria necessária para evitar a manipulação e parcialidade das instâncias representativas, fortalecendo, assim, a própria democracia.

Ressalta que a atuação da corte com essas características não se dá por uma expertise diferenciada dos juízes que a compõe, mas em virtude do insulamento de que desfruta por não se sujeitar a controle eleitoral.

Interessante notar que o próprio relator faz questão de afirmar que a Constituição da República Federativa do Brasil não contém dispositivo que trate especificamente de financiamento de campanhas. No entanto, argumenta que o texto constitucional estabelece uma moldura de forma a limitar a atuação discricionária do legislador.

Argumenta, ainda, na linha das teorias do diálogo institucional, que a intervenção da corte não deve ser considerada uma solução definitiva, mas serve para abrir canais de diálogo com os demais atores políticos para a formulação de um modelo constitucionalmente adequado. Afirma que o Supremo Tribunal Federal atua como um catalisador deliberativo de forma a promover a interação e o diálogo institucional de

modo a maximizar a qualidade democrática. Conclui que, em razão disso, não haveria usurpação da competência da Legislativo pela corte.

Embora a análise de mérito da questão tenha sido precedida por essa manifestação marcada por boa cautela, o fato é que o resultado do julgamento foi pela proibição das doações efetuadas por pessoa jurídica para campanhas eleitorais. Os fundamentos para essa decisão envolveram a baixa representatividade de empresárias donatárias se comparadas às que não fazem doação; o encarecimento das campanhas; o abuso de poder econômico, dentre outras. Evita-se esmiuçar os argumentos, tendo em vista que a própria introdução do voto do relator já é confessa de que se trata de uma decisão ativista.

No entanto, no final da abordagem, o relator trouxe um típico argumento não ativista: a quebra de isonomia, uma vez que os dispositivos atacados permitiam somente alguns tipos de pessoa jurídica efetuarem doações.

De toda sorte, esta decisão da corte demonstra a progressiva, mas cautelosa, adesão do Supremo Tribunal Federal ao ativismo judicial. Parece que a corte vem fazendo testes de eficácia de suas decisões de forma a medir a força política que possui.

Embora tenha sido feita alusão a um diálogo institucional, ao que parece, a doação de pessoas jurídicas a campanhas eleitorais tem o efeito de vulnerar o funcionamento da democracia de forma que, mesmo havendo manifestação posterior do Parlamento no sentido de realização de uma reforma política, o fato é que o assunto parece decidido até alteração de entendimento da Suprema Corte brasileira.

2.7. Conclusões

Pelo que se pode perceber do exposto acima, o Poder Judiciário tende a adentrar numa seara que não lhe era própria há algum tempo atrás: a definição de questões políticas e morais da sociedade em desprestígio ao legislador.

Em virtude disso, os próprios juízes sentem a necessidade de demonstrar que as suas decisões possuem justificativa suficiente a autorizar o tribunal a compor essa nova função.

O ativismo judicial é um dos grandes causadores de discussão quanto à legitimidade das decisões judiciais, no que redundou no questionamento quanto ao cabimento da última palavra em interpretação constitucional ao Judiciário.

O argumento trazido pelo Supremo Tribunal Federal tem sido a realização de um diálogo institucional, de forma a, ao menos, suavizar o problema contra-majoritário e a questão da última palavra.

No próximo capítulo, serão analisadas algumas teorias do diálogo com a finalidade de verificar se elas são, realmente, aptas a esvaziar a discussão.

Capítulo 3 – As teorias do diálogo institucional e a tentativa de superação da discussão quanto à última palavra na interpretação constitucional

Como visto, qualquer que seja o detentor da última palavra em relação à interpretação constitucional, o Judiciário ou o Legislativo, o fato é que existe uma enorme controvérsia sobre o tema. O debate, longe de estar resolvido, tende a ganhar maior relevo no Brasil na medida em que, cada vez mais, o Poder Judiciário vem adentrando a seara da escolha da forma de execução de políticas públicas ou de escolhas morais da sociedade, a pretexto da omissão do Poder Legislativo.

Visando à superação dessa eterna discussão, boa parte da doutrina vem apontando as teorias do diálogo institucional como a solução intermediária para o embate. Há uma variedade de teorias que pregam desde a manutenção da última palavra com o órgão judicial ou legislativo até a própria inexistência de uma última palavra. Percebe-se, assim, que não existe apenas uma teoria do diálogo institucional, mas várias acepções dessa dinâmica pretensamente revolucionária de sistema de interpretação da Constituição.

Para tratar o tema de maneira mais adequada, alguns autores formularam classificações das teorias no afã de facilitar o estudo. Nesse sentido, por exemplo, Kent Roach estabelece uma tipologia tríplice das teorias do diálogo institucional.²⁶⁴

O primeiro tipo prega que nenhum dos Poderes da República seria o guardião da interpretação constitucional; ou seja, nenhuma instituição possuiria a última palavra de forma a impor sobre outra a sua forma de ver o preceito constitucional. A ideia é, por meio das diversas interpretações conflitantes, as instituições diante da verdadeira anarquia acabassem por interagir de forma a construir a melhor solução.

A segunda tipologia é a que estabelece uma forma de controle das decisões judiciais. Seria o estabelecimento de uma espécie de *accountability* destinado ao Poder Judiciário, embora este permanecesse com a última palavra.

²⁶⁴ ROACH, Kent. *The Supreme Court on trial: judicial activism or democratic dialogue*. Toronto: Irwin Law, 2001, pp. 241-243.

Por fim, o último tipo está relacionado aos desdobramentos da teoria de Bickel. Segundo esta corrente, como visto, as decisões judiciais não seriam uma última palavra na interpretação da constituição, mas o início dos debates dentro da sociedade que, a depender da evolução dos argumentos, poderia prevalecer ou, até mesmo, ser totalmente reformulado.

Outro exemplo é a classificação conferida por Conrado Hübner Mendes, que conferiu apenas duas tipologias: o diálogo institucional que ocorre no interior das decisões judiciais; ou, ainda, como resultado típico de um Estado que adota a separação dos poderes.²⁶⁵

Embora seja interessante esta classificação, as tipologias adotadas pelos autores acima citados, preferiu-se não adotar classificação. Optou-se, ao invés, por apresentar diversas teorias dialógicas de alguns autores com o intuito de verificar a possibilidade de superação quanto à prevalência da supremacia judicial ou da soberania do parlamento.

3.1. O diálogo como interações entre legislações e jurisprudência ou pseudo-diálogo

Essa concepção de diálogo lembra bastante a teoria do diálogo das fontes de Cláudia Lima Marques presente no direito privado.²⁶⁶ Referida teoria surgiu quando da promulgação do Código de Proteção e Defesa do Consumidor – Lei n. 8.078, de 11 de setembro de 1990.

Na verdade, não tratar-se-ia propriamente de interações entre as instituições de um Estado, mas propriamente a busca de fundamentação para as decisões judiciais em manifestações exaradas por entidades externas à produtora da decisão.

²⁶⁵ HÜBNER, Conrado Mendes. *Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação*. Tese de doutorado defendida perante o Departamento de Ciência Política da Universidade de São Paulo. São Paulo: USP, 2008.

²⁶⁶ MARQUES, Cláudia Lima. Superação das antinomias pelo diálogo das fontes: o modelo brasileiro de coexistência entre o Código de Defesa do Consumidor e o Código Civil de 2002. *Revista da Esmese*. Aracaju, n. 7, p. 15-54, ago. 2004.

A doutrina tem dado vários nomes a esse tipo de comportamento: transconstitucionalismo²⁶⁷, transjusfundamentalidade²⁶⁸ e constitucionalismo cooperativo²⁶⁹, são exemplos.

Essa concepção do diálogo institucional na modalidade transnacional como elemento de fundamentação de decisões judiciais tem levado à Suprema Corte brasileira a adotar, cada vez mais, a citação de doutrina e jurisprudência de cortes estrangeiras.²⁷⁰ No entanto, essas menções ao direito alienígena não vêm acompanhadas da utilização adequada de métodos de direito comparado. Normalmente, essas citações são utilizadas sem a devida necessidade, tendo em vista a existência de outros fundamentos no direito nacional.²⁷¹

Percebe-se que, na realidade, não se trata propriamente de uma interação entre instituições, mas inspiração em argumentos proferidos por outras entidades para a confecção de uma decisão judicial. Não há, portanto, diálogo, mas monólogo inspirado. Por esse motivo, a denominação atribuída de pseudo-diálogo.

Portanto, a alusão a diálogo no sentido aqui exposto não possui propósito de enfrentar a questão da legitimidade da última palavra. Na realidade, esse tipo de diálogo parecer tender em favor da supremacia do Judiciário, na medida em que propõe o avanço civilizatório por meio de decisões judiciais, ao arrepio da participação do Parlamento.

3.2. O minimalismo de Cass Sunstein

²⁶⁷ NEVES, Marcelo. *Transconstitucionalismo*. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

²⁶⁸ SILVA, Christine Oliveira Peter da. *Transjusfundamentalidade: diálogos transnacionais sobre direitos fundamentais*. Curitiba: CRV, 2014.

²⁶⁹ HÄBERLE, Peter. *Estado constitucional cooperativo*. Trad. Marcos Augusto Maliska e Elisete Antoniuk. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

²⁷⁰ VALE, André Rufino do. A deliberação no Supremo Tribunal Federal: Ensaio sobre alguns problemas e perspectivas de análise teórica. *Constitucionalismo e democracia*. André Fellet e Marcelo Novelino (org.). Salvador: Juspodivm, 2013, p. 334.

²⁷¹ VALE, André Rufino do. A deliberação no Supremo Tribunal Federal: Ensaio sobre alguns problemas e perspectivas de análise teórica. *Constitucionalismo e democracia*. André Fellet e Marcelo Novelino (org.). Salvador: Juspodivm, 2013, p. 334.

A primeira teoria apontada como dialógica é a defendida por Cass Sunstein denominada por ele minimalismo. Ao contrário de Bickel que defendia a abstenção do mister decisório das cortes por meio de barreiras processuais, Sunstein entende necessária a intervenção das Cortes para declarar a invalidade de leis na medida em que estas trouxessem disposições contrárias ao texto da Constituição.²⁷² Essa seria a função do Poder Judiciário.

No entanto, o tribunal deveria evitar se manifestar além do necessário para promover a sua decisão, evitando, assim, que ingerências da corte em situações ainda não exatamente apreciadas pelo Parlamento. Em outras palavras: é a prática de dizer não mais que o necessário para justificar o resultado, e deixar o máximo possível não decidido.²⁷³ A ideia é contraposta à do maximalismo, no qual o tribunal deveria esgotar o tema sob debate, não deixando muito espaço para atuação dos membros eleitos do Parlamento.

A teoria de Sunstein, como se pode perceber, explora a noção de virtudes passivas defendida por Bickel, mas num contexto em que há proibição de a Corte deixar questões não decididas, o famoso *non-liquet*. Além disso, a Corte não deveria se imiscuir de exercer seu papel de protetora dos direitos fundamentais consignados na Constituição.

O autor trata o minimalismo associado à ideia de desacordo sobre o alcance dos direitos fundamentais. Para Sunstein, existem alguns direitos previstos na Constituição americana que não são objeto de dissenso. O autor chega a enumerar alguns: proteção contra a escravidão ou opressão por motivo de raça ou sexo; proteção contra o abuso de polícia sobre a pessoa ou a propriedade; dentre outros.²⁷⁴ O problema surge quando há desacordo sobre o alcance dos direitos individuais. São questões que não estão claramente estabelecidas na Constituição e, por isso, o dissenso em relação à

²⁷² SUNSTEIN, Cass. *One case at a time: judicial minimalism on the Supreme Court*. Cambridge: Harvard University Press, 1999, p. 40.

²⁷³ SUNSTEIN, Cass. *One case at a time: judicial minimalism on the Supreme Court*. Cambridge: Harvard University Press, 1999, p. 3.

²⁷⁴ SUNSTEIN, Cass. *One case at a time: judicial minimalism on the Supreme Court*. Cambridge: Harvard University Press, 1999, p. 63-68.

existência de conformidade com a carta ou não. O autor exemplifica com as ações afirmativas, onde indaga se tais medidas estavam de acordo, ou não, com a isonomia.²⁷⁵

A razão de ser do minimalismo é a famosa preocupação da dificuldade contra-majoritária associada à possibilidade de erro judicial. Quanto maior for a abordagem do pronunciamento da Corte quanto aos princípios e direitos envolvidos na causa, maior o risco de repercussões em decorrência de decisões mal elaboradas. Há, por esse motivo, uma valorização da decisão pautada unicamente nas particularidades trazidas pelo caso concreto.²⁷⁶

No entanto, o próprio autor faz questão de esclarecer que o minimalismo não pode ser confundido como a prática de auto-contenção, cujo escopo está na valorização da deliberação majoritária, própria dos defensores da soberania do Parlamento.²⁷⁷

Segundo a concepção minimalista, os casos devem ser decididos como hipótese singular, evitando-se a formulação de teorias que teriam efeitos prospectivos no comportamento dos magistrados e parlamentares. Nesse sentido, defende que as cortes deveriam se preocupar em decidir casos e não em formular teorias.²⁷⁸ Assim, o juiz minimalista não deveria resolver decidir a questão esgotando todas possibilidades que poderiam advir de determinada questão, de forma a permitir que haja espaço para deliberações posteriores. A existência de debates depois da decisão teria o condão de enriquecer a democracia deliberativa.²⁷⁹

As decisões judiciais, assim, ao invés de abrangentes e profundas, deveriam ser estreitas e superficiais. Por estreitas, entende-se as decisões deveriam ter seu objeto limitado à causa discutida, evitando gerar efeitos para além da causa

²⁷⁵ SUNSTEIN, Cass. *One case at a time: judicial minimalism on the Supreme Court*. Cambridge: Harvard University Press, 1999, p. 69.

²⁷⁶ SUNSTEIN, Cass. *One case at a time: judicial minimalism on the Supreme Court*. Cambridge: Harvard University Press, 1999, p. 46.

²⁷⁷ SUNSTEIN, Cass. *One case at a time: judicial minimalism on the Supreme Court*. Cambridge: Harvard University Press, 1999, p. 28.

²⁷⁸ SUNSTEIN, Cass. *One case at a time: judicial minimalism on the Supreme Court*. Cambridge: Harvard University Press, 1999, p. 10.

²⁷⁹ SUNSTEIN, Cass. *One case at a time: judicial minimalism on the Supreme Court*. Cambridge: Harvard University Press, 1999, p. 4.

decidida.²⁸⁰ A ideia de superficialidade está relacionada ao nível de abstração contido na decisão judicial: os juízes deveriam evitar menções a princípios extremamente abstratos e se concentrar em resolver o caso concreto em suas particularidades.²⁸¹

A virtude do uso do minimalismo pode ser percebido, especialmente, em órgãos colegiados, em situações em que há um grande desacordo teórico envolvido na causa. A técnica de se concentrar nos casos concretos evita a necessidade de um acordo abrangente sobre o conteúdo de princípios, por exemplo.²⁸² É preciso afirmar, no entanto, que a forma como as decisões colegiadas são consideradas nos tribunais brasileiros, esquema *one man one vote*, essa virtude do minimalismo tende a não ter importância, já que o resultado é obtido por meio de soma de votos e não por consenso.

A alusão ao minimalismo como parte integrante das teorias dialógicas, embora o próprio Sunstein não faça essa classificação, dá-se em virtude de um comportamento passivo da corte em que há um incentivo para atuação das instâncias deliberativas sujeitas ao controle eleitoral.²⁸³ A postura minimalista dos juízes não é simplesmente uma técnica decisória, mas tem por propósito instigar o Parlamento para que ingresse no debate quanto aos direitos envolvidos, numa clara valorização do órgão da República sujeito a *accountability*. Nesse sentido, uma decisão minimalista buscaria promover uma meta fundamental da sociedade: promover possibilidade de acordo no espaço democrático quando ele for necessário; e tornar o acordo desnecessário quando ele for impossível, promovendo a decisão em respeito à Constituição.²⁸⁴

A concepção de espaço de deliberação sujeita a controle eleitoral de Sunstein levaria em conta o modelo de democracia deliberativa, em contraponto à ideia

²⁸⁰ SUNSTEIN, Cass. *One case at a time: judicial minimalism on the Supreme Court*. Cambridge: Harvard University Press, 1999, p. 10.

²⁸¹ SUNSTEIN, Cass. *One case at a time: judicial minimalism on the Supreme Court*. Cambridge: Harvard University Press, 1999, p. 11.

²⁸² Interessante notar que o autor demonstra que a técnica inversa, o aumento do nível de abstração, pode ser utilizada em algumas situações de desacordo. É o caso, por exemplo, de discussões numa constituinte do alcance do direito à liberdade e à igualdade. Mantendo um alto nível de abstração, nessa hipótese, mais facilmente se chega a um consenso sobre o tema.

²⁸³ Nesse sentido: BATEUP, Christine. The dialogic promise: assessing the normative potential of theories of constitutional dialogue. *Brooklyn Law Review*. Nova Iorque, v. 71, p. 1-85, 2006, p. 28.

²⁸⁴ SUNSTEIN, Cass. *One case at a time: judicial minimalism on the Supreme Court*. Cambridge: Harvard University Press, 1999, p. 69-71.

de simples majoritarismo que determina o respeito às decisões estabelecidas pela maioria presente no Parlamento.²⁸⁵

Para Sunstein, no entanto, a prática minimalista é seletiva, na medida em que o próprio autor defende a possibilidade e acerto de decisões maximalistas em determinados casos. O autor chega a formular uma lista abstrata de hipóteses em que os juízes deveriam adotar o maximalismo: quando houvesse considerável confiança no mérito da solução; quando a solução possa reduzir o custo da incerteza em futuros litigantes; quando a causa envolver situações que atinjam a própria democracia; e quando a decisão proferida elevar o *accountability* do Parlamento.²⁸⁶

Por outro lado, o minimalismo judicial também desponta como teoria dialógica na medida em que reconhece que o Judiciário não parece ser o ambiente mais adequado para a promoção de debates sobre questões que tenham um grande desacordo substantivo. O autor argumenta que os membros da corte, ao decidir questões constitucionais, normalmente não possuem conhecimento suficientes sobre o tema e carecem de informações fundamentais, de forma que as decisões proferidas sob estas condições poderiam gerar consequências indesejadas. Nesse sentido, as decisões minimalistas partiriam do princípio de que o Poder Judiciário reconheceria as suas próprias limitações. Os membros da corte, assim, sabem que não sabem.²⁸⁷

O diálogo é percebido e administrado pelas Cortes, que teriam uma percepção menos heróica da função do Poder Judiciário na República,²⁸⁸ mediante solução de casos concretos e instigação dos espaços deliberativos para a obtenção dos acordos sobre determinadas questões da sociedade, em que for possível.

A crítica mais comum que pode ser associada a essa tipologia dialógica é o fato de que é a Corte quem decide as hipóteses em que adotará uma prática

²⁸⁵ SUNSTEIN, Cass. *One case at a time: judicial minimalism on the Supreme Court*. Cambridge: Harvard University Press, 1999, p. 4; SOUZA, Jorge Munhós de. *Diálogo institucional e direito à saúde*. Salvador: Juspodivm, 2013, p. 60.

²⁸⁶ SUNSTEIN, Cass. *One case at a time: judicial minimalism on the Supreme Court*. Cambridge: Harvard University Press, 1999, p. 57.

²⁸⁷ SUNSTEIN, Cass. *One case at a time: judicial minimalism on the Supreme Court*. Cambridge: Harvard University Press, 1999, p. 47.

²⁸⁸ SOUZA, Jorge Munhós de. *Diálogo institucional e direito à saúde*. Salvador: Juspodivm, 2013, p. 62.

minimalista ou maximalista, a depender das condições estabelecidas pela própria teoria, em análise de cada caso concreto – *one case at a time*.

Outro ponto criticado é o fato de que o autor promoveu uma defesa tão consistente quanto à prática maximalista em determinados tipos de casos que tornou inexplicável a razão pela qual a corte deveria adotar o minimalismo judicial como seu principal papel. Numa concepção de diálogo que teria como pressuposto um posicionamento paritário das instituições, a teoria de Sunstein subestima demais o papel a ser desempenhado pelo Poder Judiciário nas hipóteses em que caberia uma decisão minimalista.²⁸⁹

Um outro problema cuja teoria de Sunstein não resolve diz respeito à resposta proferida pelo Parlamento, ou até mesmo a ausência de manifestação sobre a controvérsia. Imagine-se, por exemplo, que o Parlamento simplesmente não se dedique ao debate fundado em razões sérias e elabore nova legislação em clara violação ao texto constitucional. Nessas hipóteses, o que caberia ao Poder Judiciário? Manter as decisões em cada caso? O que ocorreria com aqueles que, por alguma vulnerabilidade, não pudessem ingressar em juízo? Mais. E se o silêncio construtivo do tribunal fosse seguido de um outro silêncio, o omissivo?

A resposta para isso certamente seria a de que o tribunal deveria fazer uso do maximalismo. Mas aqui, minimalismo e maximalismo seriam aplicáveis a questões com o mesmo nível de desacordo sobre direitos fundamentais.

Além disso, não se pode esquecer que a escolha entre a prática minimalista e maximalista do Poder Judiciário ficaria a mercê de uma opção discricionária de seus membros, ainda que tenham de considerar as premissas abstratas apresentadas por Sunstein para cada tipo de prática. O Parlamento apenas reagiria quando fosse instigado pela corte.

Outra questão que dificulta a teoria minimalista é a abrangência do mínimo possível a ser decidido e o quanto que deve ser deixado por decidir. Vale dizer, entre o minimalismo e o maximalismo há uma zona cinzenta em que não é possível encaixar a prática judicial em nenhum dos dois extremos.

²⁸⁹ BATEUP, Christine. The dialogic promise: assessing the normative potential of theories of constitutional dialogue. *Brooklyn Law Review*. Nova Iorque, v. 71, p. 30, 2006.

Pegando carona nessas críticas, cabe abordar se o minimalismo judicial autoriza a afirmativa de que a sua adoção teria aptidão para superar as discussões quanto à prevalência da revisão judicial ou da soberania do Parlamento.

A resposta parece ser negativa.

De fato, percebe-se que a última palavra permanece com o Poder Judiciário. Em parte alguma da teoria de Sunstein o autor americano fragiliza a decisão tomada pelo Poder Judiciário nos casos concretos submetidas às cortes.

Deve ser lembrado que Sunstein defende a prática maximalista em determinados casos. Nessas hipóteses, há uma clara defesa do *judicial review* de forma a permitir ao Poder Judiciário reagir a determinadas mazelas da democracia.

Mesmo na prática minimalista a decisão tomada pelo Judiciário na hipótese singular é final. Isso faz parte da própria visão do autor do papel a ser desempenhado pelo Judiciário na defesa das pré-condições da democracia, dentre elas, alguns direitos fundamentais como a liberdade de expressão.

Por isso, essa modalidade dialógica não supera a questão da última palavra.

3.3. O diálogo como decisão participativa

Outra forma de modelo dialógico apontado pela literatura brasileira é aquela em que a decisão judicial é formulada nos moldes preconizados para uma democracia participativa.

Com efeito, alguns órgãos jurisdicionais, notadamente o Supremo Tribunal Federal, tem buscado a realização de diligências para tentar qualificar os argumentos das decisões judiciais e, ao mesmo tempo, trazer legitimidade para seus pronunciamentos.

A realização de audiências públicas e a participação de *amici curie* no procedimento antes da tomada de decisão são exemplos desse modelo que buscaria o diálogo com a sociedade, na tentativa de mitigar a dificuldade contra-majoritária.

Nesse aspecto, sem maiores considerações sobre o assunto, percebe-se que o modelo de decisão com participação da sociedade não afasta a última palavra do Poder Judiciário, mas, ao contrário, reforça-a. Nessas hipóteses, a corte parece almejar assumir o papel que deveria ser desempenhado pelo Parlamento.

3.4. Diálogo por meio da corte conselheira

Outra teoria apontada como dialógica é a da corte conselheira. Segundo esta concepção, ao se pronunciar, o Poder Judiciário deveria indicar caminhos que o Poder Legislativo poderia tomar com o intuito de evitar contrariedades à Carta Constitucional. Note-se que, por fazer parte da *ratio decidendi* e não da parte dispositiva, não há efeito vinculante aos demais atores governamentais.

O objetivo principal da Corte conselheira é garantir que Parlamento conheça a visão do Judiciário sobre o tema abordado, de forma a lhe permitir nova produção legislativa na moldura apresentada pela Corte, evitando, assim, uma posterior declaração de inconstitucionalidade.

Existem duas formas de aconselhamento da Corte. Na primeira, o Tribunal promove a declaração de inconstitucionalidade da lei questionada e, conjuntamente, confere um indicativo de métodos constitucionais para que o Parlamento possa elaborar novo ato para atingir a mesma finalidade. Na literatura americana, atribuiu-se ao método a denominação de *constitutional road maps* para dar ênfase no método: alcançar o mesmo objetivo por um caminho viável.²⁹⁰

Na outra forma de aconselhamento, a corte decreta a manutenção da legislação atacada, mas, ao mesmo tempo, encoraja o Parlamento a rever seu ato de

²⁹⁰ LUNA, Eric. Constitutional road maps. *Journal of criminal law and criminology*. Chicago, vol. 90, n. 4, p. 1125-1250, 1999-2000.

maneira a aniquilar ambiguidades, ou, ainda, informar ao Legislativo que, embora mantida a validade do ato, este pode ser invalidado em futuro questionamento judicial. Essa técnica permite ao Judiciário indicar ao Parlamento o potencial de inconstitucionalidade de uma escolha política, de forma a permitir-lhe que evite aprovar leis que tenham risco de constitucionalidade.

Os defensores da técnica de aconselhamento alegam que a atitude pró-ativa das cortes proporciona um ambiente de diálogo produtivo entre o Judiciário e o Legislativo sobre o significado da Constituição e evidencia a responsabilidade que os Poderes têm que ter em seguir suas prescrições. Nesse sentido, as estruturas de poder aprenderiam conjuntamente a encontrar respostas adequadas para os problemas constitucionais. Assim, a corte pode ser um servo fiel do constitucionalismo e agir como um parceiro do Parlamento ao mesmo tempo.²⁹¹

O argumento é que as Cortes exerceriam o papel de proteção aos direitos individuais e, ao mesmo tempo, facilitariam as respostas políticas às grandes controvérsias.²⁹² Nesse ponto, portanto, haveria uma atenuação da dificuldade contra-majoritária.

A teoria, no entanto, comporta muitas críticas.

Argumenta-se que a teoria não comporta propriamente um diálogo. É que ela teria como premissa uma capacidade especial dos juízes em estabelecer o significado constitucional, apondo o Poder Judiciário como a chave geradora das discussões constitucionais, mediante uma desconfiança do parlamento, que não é capaz de atuar corretamente sem o aconselhamento da corte.²⁹³ Essa posição preponderante da corte destoa da ideia de diálogo, cujo pressuposto é a igualdade entre os participantes. Nesse sentido, mais do que uma troca de ideais num genuíno diálogo entre instituições, a

²⁹¹ KATYAL, Neal Kumar. Judges as advicegivers. *Stanford Law Review*. Stanford, vol. 50, p. 1794, 1998.

²⁹² KATYAL, Neal Kumar. Judges as advicegivers. *Stanford Law Review*. Stanford, vol. 50, p. 1712, 1998.

²⁹³ BATEUP, Christine. The dialogic promise: assessing the normative potential of theories of constitutional dialogue. *Brooklyn Law Review*. Nova Iorque, v. 71, p. 20-22, 2006.

teoria da corte conselheira apenas encoraja o Parlamento a deliberar de acordo com o que o Judiciário já definiu.²⁹⁴

É possível perceber que as críticas indicadas acima tem como pano de fundo uma certa defesa da soberania do Parlamento, em contrariedade à própria revisão judicial. Boa parte das críticas é direcionada a uma supervalorização das cortes em face de um Parlamento em que, supostamente, é composto por membros mais preocupados em uma reeleição do que na defesa de direitos fundamentais.

Por outro lado, não parece adequado uma corte conselheira que permita a manutenção de uma legislação que vulnera o texto constitucional, especialmente ao tratarmos de direitos fundamentais, para que, na forma de um suposto diálogo, o Parlamento possa agir. Afinal, como mencionado antes, o cidadão estaria sujeito a uma futura e incerta manifestação do Parlamento para que haja o conserto da legislação de forma a garantir as prerrogativas constitucionais. O Poder Judiciário, no caso, não estaria exercendo seu papel fundamental que seria a defesa da Constituição.

Percebe-se que a teoria da corte conselheira não afasta a última palavra do Poder Judiciário, mas retira do tribunal a preocupação em dar efetividade às decisões proferidas, na medida em que incita o Parlamento a promulgar novo ato legislativo contemplando a visão judiciária da questão. Assim, percebe-se que a teoria considera a prática do *judicial review* como fator fundamental para a interpretação da Constituição.

3.5. O segundo olhar como diálogo

Outra teoria apontada como dialógica é a do segundo olhar.²⁹⁵ De acordo com essa teoria, o Poder Judiciário, ao verificar um ato normativo em contrariedade ao texto constitucional, deveria pronunciar a inconstitucionalidade, possibilitando ao Poder Legislativo um segundo olhar sobre o diploma legal aprovado. A ideia parte da presunção de que o Parlamento não conferiu atenção suficiente ao texto constitucional

²⁹⁴ BATEUP, Christine. The dialogic promise: assessing the normative potential of theories of constitutional dialogue. *Brooklyn Law Review*. Nova Iorque, v. 71, p. 22, 2006.

²⁹⁵ CALABRESI, Guido. Foreword: antidiscrimination and constitutional accountability (what the Bork-Brennan debate ignores). *Harvard Law Review*, Cambridge, vol. 105, p. 80-151, 1991-1992.

e, por isso, o Poder Judiciário deveria conferir possibilidade ao Legislativo para que dê uma maior atenção à Constituição na medida em que for enfrentar o tema novamente.

A concepção leva em consideração que o Parlamento pode agir de forma apressada ou sem a devida preocupação com direitos fundamentais.²⁹⁶ Os motivos podem ser os mais variados: pânico, crises, necessidade de resposta a omissões legislativas, etc.²⁹⁷²⁹⁸ Por vezes, é possível que o Parlamento simplesmente seja submetido a aprovar rapidamente textos de interesse do Poder Executivo ou até de grupos de Poder existentes no próprio Congresso Nacional, com o propósito de evitar maiores reflexões sobre o tema.²⁹⁹

Por outro lado, o Parlamento pode tentar esconder a vulneração ao texto constitucional por meio de expressões vagas ou não percebem o alcance que os termos legais podem chegar, especialmente quando um amplo espaço de regulamentação é atribuído ao titular do Poder Executivo. Somente nessas hipóteses é que o Poder Judiciário deve se pronunciar pela inconstitucionalidade da norma atacada indicando os contornos dos direitos fundamentais atacados, para que o Legislativo possa novamente enfrentar o tema, com os olhos do povo.³⁰⁰

A preocupação, como se pode deduzir, é atenuar o problema contra-majoritário da revisão judicial pautada num tudo-ou-nada, em que a invalidação da lei tolhe a atuação legislativa.³⁰¹

Na mesma linha de raciocínio, centrada em uma nova oportunidade de manifestação do Legislativo, está a possibilidade de estabelecimento de certas regras

²⁹⁶ CALABRESI, Guido. Foreword: antidiscrimination and constitutional accountability (what the Bork-Brennan debate ignores). *Harvard Law Review*, Cambridge, vol. 105, p. 103-104, 1991-1992.

²⁹⁷ CALABRESI, Guido. Foreword: antidiscrimination and constitutional accountability (what the Bork-Brennan debate ignores). *Harvard Law Review*, Cambridge, vol. 105, p. 104, 1991-1992.

²⁹⁸ Podemos citar como exemplo a aprovação da Lei n. 8.930, 6 de setembro de 1994, que alterou a Lei n. 8.072, de 25 de julho de 1990, para incluir o homicídio qualificado no rol de crimes hediondos, promulgada logo após o assassinato da atriz Daniella Perez.

²⁹⁹ A reforma política capitaneada por interesses do Presidente da Câmara de Deputados no segundo semestre de 2015 é um claro exemplo disso.

³⁰⁰ CALABRESI, Guido. Foreword: antidiscrimination and constitutional accountability (what the Bork-Brennan debate ignores). *Harvard Law Review*, Cambridge, vol. 105, p. 104, 1991-1992.

³⁰¹ Importante observar que Guido Calabresi defende vários tipos de atuação das cortes. Esse diálogo somente seria permitido nas hipóteses em que o Parlamento agisse de forma apressada ou impensada, justificando, portanto, a necessidade de um segundo olhar. No mesmo texto, o autor americano defende hipóteses em que o *judicial review* seria proferido nos moldes de Alexander Hamilton, com a última palavra em interpretação constitucional.

por parte das cortes condicionando esse segundo olhar do Parlamento.³⁰² Cuidam-se de regras que contemplam as mais variadas espécies de atitudes do Legislativo: a determinação para que seja esclarecido o alcance das normas atacadas, a necessidade de oitiva de determinados grupos de interesse, a indicação da autoridade competente para decidir são exemplos das *second-look rules*.³⁰³

Segundo se argumenta, o papel dos juízes é estabelecer os direitos potencialmente atingidos com a medida legislativa, enquanto o Parlamento pode rejeitar as sugestões e aprovar novamente a lei atacada. De acordo com a teoria do segundo olhar, os juízes podem potencializar a responsabilidade eleitoral dos membros do Parlamento ao deixá-los dar a última palavra.³⁰⁴

O que ocorre, na realidade, é o estabelecimento de uma espécie de corte conselheira com regras para apreciação do Parlamento. As regras de segundo olhar são premissas estabelecidas em última palavra pelo Judiciário para que o Parlamento trate do assunto sem vulneração ao texto constitucional. É possível, por exemplo, que o Parlamento sequer reaja ao estabelecido pela corte, de forma que diálogo algum haveria.

Cuida-se, portanto, de mais uma teoria que aborda supostas interações entre as instituições, mas que, na verdade, parte da premissa do Judiciário como instância responsável por conferir a última palavra em interpretação constitucional.

3.6. A teoria do diálogo como decorrência natural da separação dos poderes

De acordo com essa teoria, o diálogo seria uma característica própria da separação de poderes, de forma que, onde houvesse esse sistema de partição do poder, necessariamente haveria um diálogo entre as instituições independentes. Parte da inspiração deste teoria remonta aos escritos de Alexander Bickel, que, dentre outros

³⁰² São as denominadas *second-look rules* ou *structural rules* propostas por: COENEN, Dan T. A constitution of collaboration: protecting fundamental values with second-look rules of interbranch dialogue. *William and Mary law review*. Williamsburg, vol. 42, n. 5, p. 1575-1870, 2001.

³⁰³ COENEN, Dan T. A constitution of collaboration: protecting fundamental values with second-look rules of interbranch dialogue. *William and Mary law review*. Williamsburg, vol. 42, n. 5, p. 1585, 2001.

³⁰⁴ BATEUP, Christine. The dialogic promise: assessing the normative potential of theories of constitutional dialogue. *Brooklyn Law Review*. Nova Iorque, v. 71, p. 24, 2006.

temas, indicou que as decisões judiciais não seriam necessariamente a palavra final sobre o assunto, senão para uma ou duas gerações.

Assim, defende-se que não há uma palavra final, seja do Poder Judiciário seja do Legislativo, mas uma construção dialógica de significados dos termos constitucionais no decorrer do tempo. Dentro dessa modalidade da teoria dialógica, argumenta-se a necessidade de incentivo a esse tipo de interação entre as instituições envolvidas de forma a alcançar melhores resultados quanto a direitos fundamentais e políticas públicas.

Essa tipologia dialógica foi elaborada com inspiração no modelo canadense de controle de constitucionalidade, que será abordado no próximo capítulo. Nesse sentido, há quem entenda que, mesmo que o sistema jurídico brasileiro não seja considerado dialógico – como, por exemplo, o canadense – o fato é que o diálogo institucional ocorreria mediante disputas de poder entre o Judiciário e o Legislativo.³⁰⁵

3.6.1. A construção coordenada

Neste tópico, pretende-se apontar uma teoria que entende que o diálogo institucional é fato. Ele ocorre independentemente da vontade dos Poderes Judiciário e Legislativo.

Optou-se por abordar o tema por meio da exposição de três autores que, embora tratem de uma teoria somente – a construção coordenada –, cada um estabelece características diferentes para o diálogo. Por esse motivo, os autores devem ser tratados em diferentes tópicos.

3.6.1.1. Construção coordenada disputada da Constituição de Fisher

³⁰⁵ Nesse sentido: VICTOR, Sérgio Antônio Ferreira. *Interpretação constitucional e diálogo institucional entre os Poderes Legislativo e Judiciário: exame da decisão do STF na ADI 2.797. O Supremo por seus assessores*. Beatriz Bastide Horbach e Luciano Felício Fuck (Coord.). Rio de Janeiro: Almedina, 2014.

Essa concepção tem por base a ideia exposta de James Madison no sentido de que a fórmula de separação de poderes de uma República seria incompatível com o fato de que alguma das instituições tivesse predominância sobre as demais.

Segundo a concepção, a submissão de questões constitucionais à apreciação do Poder Judiciário deve ser vista como algo normal. No entanto, nega-se que a manifestação proferida pela corte tenha uma qualidade singular ou que o texto constitucional americano autorize uma autoridade específica para limitar a divisão de poderes entre as diferentes instituições.

No mesmo sentido, entende-se que cada instituição deve ser coordenada e independente em relação aos demais Poderes, e que cada um destes tem responsabilidade primária em interpretar a Constituição, por se tratar de matéria inserida nas suas próprias funções.

É, de certa forma, intuitivo que a visão acima descrita tenha desafiado críticas, especialmente ao se considerar que ela é contemporânea ao multicitado caso *Marbury v. Madison*. A primeira delas é altamente intuitiva. Com efeito, a inexistência de um dos Poderes com a possibilidade de emitir a palavra final na interpretação da Constituição pode levar a uma anarquia interpretativa, na medida em que os entendimentos conflitantes poderiam estar presentes em qualquer discussão constitucional. Por outro lado, a inexistência da última palavra seria, em uma análise final, inconsistente com o sistema de freios e contrapesos.

É fácil perceber que a teoria está mais próxima de um falso-diálogo. Isso porque, na realidade, na forma como posta a questão, as instituições trabalhariam como verdadeiras ilhas interpretativas, deixando em perplexidade a sociedade, vítima que não saberia como agir diante dos diversos posicionamentos institucionais.

Talvez por isso, na era contemporânea, alguns autores buscaram lapidar a teoria construída pelos *founding fathers*. Nessa nova visão, o modelo dialógico não prescreveria, tão-somente, a inexistência de palavra final e de independência dos Poderes na interpretação de preceitos constitucionais. Na realidade, nessa reformulada

concepção, o Judiciário deveria interagir de forma dialógica com o objetivo de formatar a interpretação a ser conferida ao texto constitucional.³⁰⁶

A concepção é baseada na valorização da interpretação extrajudicial da constituição movida pelos demais atores políticos³⁰⁷ num sistema de freios e contrapesos. No caso, cada instituição seria responsável por controlar a outra. Nesse sentido, da mesma forma que uma ato do Parlamento poderia ser entendido pelo Judiciário como contrário à Constituição, um controle político também deveria existir quando os demais atores políticos discordam da interpretação conferida pela corte. É uma premissa da teoria que a atuação das instituições pode alcançar resultados inconstitucionais.

Assim, o fato de a decisão judicial estar sujeita a controle por parte dos outros Poderes fariam com que ela perdesse o caráter final. No máximo, as decisões judiciais resolveriam precariamente a disputa havida imediatamente antes da manifestação da corte.³⁰⁸ Os outros atores políticos, dotados de interpretações próprias do texto constitucional, poderiam passar a enfrentar a decisão proferida de várias maneiras: desde uma simples ignorada, até a aprovação de novas leis com o intuito de desafiar ou testar os limites da autoridade da manifestação judicial. A hermenêutica constitucional, assim, é um processo circular que somente termina e se estabiliza quando se alcance o consenso, ainda que este tenha prazo de validade.³⁰⁹

Como resultado desse tipo de manifestação dos demais atores políticos, a corte poderia se ver numa situação em que tivesse que adaptar seu posicionamento à nova situação política ou, até mesmo, reverter seu pensamento. Nessa hipótese, a interpretação do texto constitucional movida pelos demais Poderes é que teriam a última palavra.

No entanto, isso, segundo se defende, não conduziria o Judiciário a um papel sem importância. Na realidade, a corte, ao proferir decisões, apresenta a sua

³⁰⁶ DEVINS, Neal; FISHER, Louis. Judicial exclusivity and political instability. *Virginia Law Review*. Charlottesville, vol. 84, p. 83-106, 1998.

³⁰⁷ WHITTINGTON, Keith E. Extrajudicial Constitutional Interpretation: Three Objections and Responses. *North Carolina Law Review*. Chapel Hill, Vol. 80, n. 3, p. 815-840, 2002.

³⁰⁸ DEVINS, Neal; FISHER, Louis. Judicial exclusivity and political instability. *Virginia Law Review*. Charlottesville, vol. 84, p. 91, 1998.

³⁰⁹ Cf. MENDES, Conrado Hübner. *Direitos Fundamentais, separação de poderes e deliberação*. Tese de doutorado defendida perante o Departamento de Ciência Política. São Paulo: USP, 2008, p. 126.

hermenêutica constitucional no que acarreta movimentos exploradores que podem moldurar a interpretação movida por outras instituições.

Na realidade, há uma valorização da interpretação constitucional movida pelos demais Poderes, notadamente a do Parlamento. Indica-se que, ao contrário daqueles que defendem a necessidade de uma supremacia judicial, é falsa a premissa de que as decisões tomadas mediante deliberação no Parlamento são caracterizadas pelo poder, em detrimento da racionalidade.³¹⁰ A ocorrência de interpretação extrajudicial da constituição não seria algo a ser atingido, mas uma realidade que nem sempre é percebida.³¹¹

A ideia é a de que os demais Poderes exerçam controle dos atos judiciais na medida em que estes ultrapassem muito a visão do Parlamento ou de outras forças sociais. Por outro lado, nas hipóteses de inércia legislativa, não poderia haver questionamento pela forma que o Poder Judiciário solucionaria uma questão no caso concreto. Percebe-se, assim, que o controle de uma instituição por outra deve estar presente nas falhas, erros e omissões das outras. Dai a ideia de que o diálogo entre os atores interpretativos dar-se-ia por meio de um sistema conflitivo de freios e contrapesos.

A teoria normalmente é pautada em pesquisa empírica realizada em algumas decisões proferidas pela Suprema Corte americana e que foram claramente desafiadas pelo Parlamento. O resultado desse estado de coisas seria o fato de que ninguém teria a última palavra sobre determinados temas constitucionais, e que gradualmente, fosse construído um consenso acerca das matérias discutidas.

Observa-se que a teoria pretende ter um alto grau descritivo, na medida em que não defende que os poderes ajam assim, mas que isso normalmente ocorre. Seria, portanto, uma decorrência natural do sistema montesquiano da separação dos poderes do Estado.

³¹⁰ WHITTINGTON, Keith E. Extrajudicial Constitutional Interpretation: Three Objections and Responses. *North Carolina Law Review*. Chapel Hill, vol. 80, n. 3, p. 822, 2002.

³¹¹ WHITTINGTON, Keith E. Extrajudicial Constitutional Interpretation: Three Objections and Responses. *North Carolina Law Review*. Chapel Hill, vol. 80, n. 3, p. 848, 2002.

A concepção de diálogo exposta tem sido festejada por dois motivos. Inicialmente, ela derrubaria a premissa normalmente constante das discussões envolvendo a celeuma entre *judicial review* e soberania do Parlamento, na medida em que não haveria uma última palavra, especialmente do Poder Judiciário, mas um jogo constante de freios e contrapesos na elaboração de uma interpretação constitucional.³¹²

Além disso, a teoria estressa o entendimento dos defensores da revisão judicial de que não haveria qualificação nas discussões no Parlamento sobre assuntos constitucionais, e que essa instituição não conferiria a devida atenção a questões de princípios. Da mesma forma, a teoria da construção coordenada possui o condão de atenuar o problema contra-majoritário da revisão judicial, na medida em que esta não significaria última palavra, mas apenas uma participação na síntese de um significado constitucional em conjunto com as esferas de poder eleitas e, portanto, sujeitas a controle eleitoral.³¹³

No entanto, reconhece-se que a construção coordenada subestima o papel desempenhado pelo Poder Judiciário no jogo dialógico. A teoria estabelece o Poder Judiciário como um simples participante, sem uma qualidade distintiva ou um papel especial a ele destinado. Argumenta-se que a tese de que a capacidade interpretativa dos tribunais é um mito e que suas decisões tem marcada presença de barganha em relação aos votos.³¹⁴ Nesse ponto, é difícil justificar a participação de um colegiado não eleito e não sujeito, portanto, ao controle eleitoral ter uma participação paritária com os demais Poderes da República.³¹⁵

Outro ponto criticado é o fato de que a concepção está longe de uma ideia de um diálogo harmônico para a construção de um entendimento de consenso sobre temas constitucionais. Na realidade, a teoria descreve uma situação de permanente estresse entre as instituições que competiriam entre si e que resultado normalmente

³¹² BATEUP, Christine. The dialogic promise: assessing the normative potential of theories of constitutional dialogue. *Brooklyn Law Review*. Nova Iorque, v. 71, p. 36-37, 2006.

³¹³ BATEUP, Christine. The dialogic promise: assessing the normative potential of theories of constitutional dialogue. *Brooklyn Law Review*. Nova Iorque, v. 71, p. 37, 2006.

³¹⁴ WHITTINGTON, Keith E. Extrajudicial Constitutional Interpretation: Three Objections and Responses. *North Carolina Law Review*. Chapel Hill, vol. 80, n. 3, p. 821, 2002.

³¹⁵ BATEUP, Christine. The dialogic promise: assessing the normative potential of theories of constitutional dialogue. *Brooklyn Law Review*. Nova Iorque, v. 71, p. 40, 2006.

estaria associado à força que a instituição teria em determinados assuntos.³¹⁶ Nesse sentido, ao invés de uma construção coordenada, a disputa entre os atores hermenêuticos redundaria numa simples aquiescência daqueles que restassem vencidos.³¹⁷

Como se pode perceber, ao invés de afastar o problema da última palavra, a construção coordenada apresenta uma disputa pelo poder de ser o detentor da interpretação constitucional definitiva para a sociedade. A última palavra existe; o detentor depende de resultado de um embate.

3.6.1.2. A primazia judicial de Pickerill

Outro modelo considerado dialógico é muito similar ao discorrido no subcapítulo anterior é uma espécie de construção coordenada com um traço diferente: não se trataria de uma disputa hermenêutica entre Parlamento e Poder Judiciário, mas uma relação com caráter mais deferente.³¹⁸

Esta teoria foi baseada em mais uma pesquisa empírica sobre as decisões da Suprema Corte americana e as reações do Congresso daquele país, que teve por objetivo checar se as casas representativas realmente tratam, efetivamente, dos valores constitucionais. Dentro do estudo, a conclusão alcançada foi a de que é a efetiva ameaça de revisão judicial que faz com que o legislador confira uma maior atenção aos princípios constitucionais.

Percebe-se que, ao contrário da construção coordenada disputada, o sentido da constituição não seria resultado de um estresse entre os Poderes da República, verdadeiro embate de poder, mas resultado de uma estratégia que considera, dentre outros fatores, o desgaste político e os objetivos da política pública objeto de deliberação pelo Parlamento.

³¹⁶ BATEUP, Christine. The dialogic promise: assessing the normative potential of theories of constitutional dialogue. *Brooklyn Law Review*. Nova Iorque, v. 71, p. 39, 2006.

³¹⁷ BATEUP, Christine. The dialogic promise: assessing the normative potential of theories of constitutional dialogue. *Brooklyn Law Review*. Nova Iorque, v. 71, p. 40, 2006.

³¹⁸ PICKERILL, Mitchell J. *Constitutional deliberation in Congress: the impact of judicial review in a separated system*. Durham: Duke University Press Books, 2004.

Nesse sentido, essa concepção não confere uma supervalorização da interpretação extrajudicial. O resultado empírico demonstrou uma tendência de ausência de preocupação do legislador em relação aos princípios constitucionais. Além disso, dentro do escopo do estudo, somente em situações específicas, em que houve uma clara incompatibilidade entre as necessidades políticas identificadas pelo Parlamento e a orientação apresentada pela Suprema Corte, é que foi observado, efetivamente, um confronto entre as instituições. O que se percebeu, portanto, é que, no dia-a-dia político, não se verifica um Parlamento engajado nos profundos debates morais da sociedade.³¹⁹

Dessa forma, ao invés de uma verdadeira disputa sobre a predominância do sentido do texto constitucional, o Parlamento normalmente prefere optar por adaptar a disposição legal aos contornos delineados pela decisão judicial.

No entanto, a concepção não tem por finalidade a defesa de uma supremacia judicial. A teoria é mais elaborada do que isso. A ideia é a de que há um verdadeiro diálogo entre as instituições. Defende-se uma interação, uma verdadeira negociação entre os atores, onde, por vezes, podem ocorrer concessões mútuas. Não se trata, portanto, de uma medição de poder entre o Parlamento e o Judiciário onde haveria perdedor e ganhador, mas uma relação em que todos ganham já que os objetivos das partes são atingidos.³²⁰

A revisão judicial, na realidade, estaria situada num meio-termo entre a supremacia judicial e a soberania do Parlamento. Ao invés de tratar de uma supremacia, utiliza-se a expressão primazia para tentar caracterizar o papel desenvolvido pelos tribunais.

No modelo, cada instituição teria seu papel definido. A corte tem uma responsabilidade institucional primária de interpretar a constituição. A motivação e o engajamento do Parlamento são limitados pela natureza representativa e majoritária da instituição. No entanto, a corte não teria uma posição soberana no sentido de que tem a última palavra ou que não deve deferência ao legislador. A teoria da primazia judicial indica que a determinação de políticas públicas e a tarefa de legislar é uma

³¹⁹ Interessante notar que o fato observado pelo estudo é um dos argumentos utilizados pelos defensores da supremacia judicial: a falta de consideração pelos valores constitucionais pelo Parlamento.

³²⁰ PICKERILL, Mitchell J. *Constitutional deliberation in Congress: the impact of judicial review in a separated system*. Durham: Duke University Press Books, 2004, p. 37.

responsabilidade primária do Congresso, enquanto que a interpretação da constituição é uma responsabilidade primária da Suprema Corte.³²¹

A ideia, portanto, é a de uma construção igualitária e horizontal do significado do texto constitucional.

A teoria da primazia judicial informa que o diálogo entre o Parlamento e o Judiciário é uma decorrência natural do sistema de separação de poderes. As normas jurídicas que conduzem a sociedade seria um produto de balanceamento entre as diferentes instituições, que redundaria em decisões pautadas em justificativas melhores e mais equilibradas.

O papel do Judiciário, na concepção, portanto, é contribuir para adensar os valores constitucionais no discurso político desenrolado no Parlamento, e não simplesmente tomar decisões de forma isolada, com a pretensão de conferir a última palavra. A primazia judicial, portanto, é uma teoria em que se constrói uma concepção integral de constitucionalismo³²², com o objetivo de estimular deliberações de maior qualidade.

A teoria aqui exposta, portanto, tenta informar que o controle de constitucionalidade dos atos do Parlamento não seria a última palavra na interpretação constitucional; mas um passo na construção conjunta de um significado.

No entanto, o que se percebe é que a última palavra, na forma da teoria de Pickerill, pertence ao Poder Judiciário que poderá, por vontade própria ou motivado por ato posterior do Parlamento, rever seu entendimento anterior. Em qualquer hipótese, caso a reação do Legislativo fosse novamente submetida à apreciação da Suprema Corte, haveria a possibilidade de novo pronunciamento pela inconstitucionalidade, situação que evidenciaria a última palavra do Poder Judiciário em interpretação constitucional.

³²¹ PICKERILL, Mitchell J. *Constitutional deliberation in Congress: the impact of judicial review in a separated system*. Durham: Duke University Press Books, 2004, p. 152.

³²² A expressão foi cunhada por Conrado Mendes. MENDES, Conrado Hübner. *Direitos Fundamentais, separação de poderes e deliberação*. Tese de doutorado defendida perante o Departamento de Ciência Política. São Paulo: USP, 2008, p. 132.

3.6.1.3. O diálogo sem problema de legitimidade de Barry Friedman

Barry Friedman³²³ relata que, desde a publicação da obra de Alexander Bickel, a academia falha em tentar resolver o problema de legitimidade da atuação da Suprema Corte americana. A partir desta observação, Friedman observou que as premissas que pautam a discussão não estariam corretas. O autor americano defende que o processo de interpretação constitucional não ocorre no embate entre duas instituições: uma sujeita a controle eleitoral e outra ilegítima em virtude da ausência do referido controle.³²⁴

Na realidade, a hermenêutica constitucional seria um papel atribuído tanto ao Poder Judiciário, quanto ao Legislativo e Executivo, num sistema dialógico para a construção de um significado.

O papel do Judiciário, nesse modelo, seria o de facilitar e moldurar esse diálogo sobre questões constitucionais, especialmente – mas não exclusivamente – quanto aos direitos fundamentais. Ao contrário do defendido por aqueles que negam um papel especial do Judiciário, Friedman dá destaque especial a esse ramo do Poder. Nesse sentido, as cortes seriam vitais para o funcionamento do discurso político e não simplesmente “filho bastardo indiferente do diálogo político legitimado”.³²⁵

Em sua obra, Friedman estabeleceu determinados parâmetros de “medida de majoritarismo” e verificou que, dentro dos parâmetros, o resultado alcançado pela corte não é muito diferente daquele obtido pelo Parlamento.³²⁶³²⁷

São atacadas as premissas sob as quais Bickel construiu a teoria da dificuldade contra-majoritária do Judiciário. Em primeiro lugar, o autor afirma que nem

³²³ FRIEDMAN, Barry. Dialogue and judicial review. *Michigan Law Review*. Ann Arbor, vol. 91, p. 577-682, 1992-1993.

³²⁴ FRIEDMAN, Barry. Dialogue and judicial review. *Michigan Law Review*. Ann Arbor, vol. 91, p. 580, 1992-1993.

³²⁵ FRIEDMAN, Barry. Dialogue and judicial review. *Michigan Law Review*. Ann Arbor, vol. 91, p. 581, 1992-1993.

³²⁶ FRIEDMAN, Barry. Dialogue and judicial review. *Michigan Law Review*. Ann Arbor, vol. 91, p. 586-614, 1992-1993.

³²⁷ O autor, diante das conclusões alcançadas, chegar a identificar um problema de as cortes serem majoritárias. Nesse ponto, o próprio autor questiona o conceito de majoritarismo não suficientemente coerente e por isso não poderia ser utilizado como base comparativa entre o Parlamento e o Judiciário.

o governo eleito e nem a revisão judicial na forma conhecidas atualmente são os mesmos que os *founding fathers* tinham em mente.³²⁸

Em sequência, nega duas premissas fundamentais para a dificuldade contra-majoritária. Inicialmente, desconstrói a afirmativa que a democracia seria fundada em decisões tomadas pelo povo por intermédio de seus representantes sujeitos a *accountability*. Vale dizer, a teoria de que o Parlamento seria capaz de identificar a vontade do povo que o elegeu para o desempenho de sua função não seria verdadeiro.³²⁹

A segunda premissa é a de que as cortes tem que buscar meios de legitimar de forma a sanar a aparente contradição entre governo democrático e revisão judicial. Além disso, o autor afasta a ideia de que as decisões judiciais possuem o caráter de definitividade.³³⁰

Diante dessa situação, o autor constrói sua teoria pautada na ideia de que a atuação judicial não é algo isolado e independente. Ao contrário, o autor usa o termo diálogo exatamente com o propósito de enfatizar que a revisão judicial é significativamente mais interdependente e interativa do que o comumente afirmado.³³¹ Nessa ótica, a interpretação constitucional faz parte de uma elaborada discussão entre juízes e o corpo político, com o intuito de alcançar o consenso, quando este for possível, firmar compromisso e voltar ao desempenho regular de suas atividades.³³²

É chamada a atenção para o fato de que dificilmente as decisões promovidas pela Suprema Corte americana se afastam da vontade do povo, em médio prazo. Friedman, no entanto, não desconsidera a possibilidade de a decisão judicial contrariar os interesses do povo. No entanto, ele indica que quando houver suficiente dissenso do povo em relação ao pronunciamento da corte, haveria uma reação do Parlamento mediante publicação de nova legislação, dessa vez em decorrência de um

³²⁸ FRIEDMAN, Barry. Dialogue and judicial review. *Michigan Law Review*. Ann Arbor, vol. 91, p. 616-652, 1992-1993.

³²⁹ FRIEDMAN, Barry. Dialogue and judicial review. *Michigan Law Review*. Ann Arbor, vol. 91, p. 629-642, 1992-1993.

³³⁰ FRIEDMAN, Barry. Dialogue and judicial review. *Michigan Law Review*. Ann Arbor, vol. 91, p. 643-652, 1992-1993.

³³¹ FRIEDMAN, Barry. Dialogue and judicial review. *Michigan Law Review*. Ann Arbor, vol. 91, p. 653, 1992-1993.

³³² FRIEDMAN, Barry. Dialogue and judicial review. *Michigan Law Review*. Ann Arbor, vol. 91, p. 653-654, 1992-1993.

debate bem mais aprofundado e com ampla participação popular na construção do significado do texto constitucional. Nesse sentido, haveria um constitucionalismo popular mediado pelo Parlamento.³³³

Diante desse novo cenário, a corte poderia reconsiderar e reformular suas decisões, de acordo com a visão dos intérpretes extrajudiciais. Segundo a concepção, esta seria a forma mais efetiva de influência do tribunal quanto à interpretação constitucional. Por esse motivo, segundo a concepção, a tendência é a de haver um certo consenso a longo prazo sobre as questões constitucionais. Além disso, a questão contra-majoritária não seria um problema, diante da participação popular no jogo dialógico.

Nessa dinâmica, o papel do Judiciário é vital para a tarefa hemerônica. A corte, ao elaborar a sua interpretação constitucional, inicia os debates; ela molda e facilita o debate constitucional, indicando a sua ótica do significado do texto e definindo o escopo da discussão.³³⁴ De fato, são apontados dois papéis a serem desempenhados pela Corte: uma de pronunciamento, em que o Judiciário declara direitos e há uma expectativa de que essa declaração tenha efeitos; a outra é a de facilitador e moldurador do debate constitucional.³³⁵

A distinção em relação às demais teorias dialógicas vistas acima, especialmente à da primazia judicial, é o fato de que, na visão de Friedman, a dificuldade contra-majoritária não é um problema a ser resolvido.³³⁶ Ao contrário da visão de um Judiciário apartado da sociedade, a teoria aqui descrita entende que a construção do significado dos direitos é dinâmica e está em constante aperfeiçoamento e conta com uma participação popular.

É chamada a atenção de que o comum é o Poder Judiciário aprovar as normas expedidas pelo Executivo e Judiciário. Observa que as interpretações

³³³ Cf. FRIEDMAN, Barry. Mediated popular constitutionalism. *Michigan Law Review*. Ann Arbor, vol. 101, p. 2595-2632. Disponível em <<http://ssrn.com/abstract=406620>>. Acesso em 25 fev. 2016.

³³⁴ FRIEDMAN, Barry. Dialogue and judicial review. *Michigan Law Review*. Ann Arbor, vol. 91, p. 654, 1992-1993.

³³⁵ FRIEDMAN, Barry. Dialogue and judicial review. *Michigan Law Review*. Ann Arbor, vol. 91, p. 668, 1992-1993.

³³⁶ FRIEDMAN, Barry. Dialogue and judicial review. *Michigan Law Review*. Ann Arbor, vol. 91, p. 584, 1992-1993.

constitucionais tendo como parâmetro a teoria originalista³³⁷ normalmente são aquelas que menos refletem a vontade da maioria. E as decisões tomadas em outras bases normalmente possuem mais aproximação com a vontade da maioria.³³⁸

Embora seja bastante interessante do pensamento de Friedman, o fato é que ele também não supera o problema ligado à última palavra.

Pode-se afirmar, por exemplo, que a teoria não afasta o problema da última palavra quando o pronunciamento do tribunal não abre espaço para deliberações posteriores no âmbito do Parlamento. No Brasil o problema é sintomático, na medida em que os direitos fundamentais estão acobertados pela cláusula pétrea, que impossibilita a elaboração de emenda constitucional pelo Parlamento.

Imagine-se, a título ilustrativo, que a corte indique que é proibida a aplicação de pena capital. Um ato legislativo que imponha sanção cominatória na forma de terminação da vida seria, naturalmente, considerado inconstitucional. Não há espaço deliberativo nessa hipótese. Caberia ao Parlamento, unicamente, obedecer ao pronunciamento da corte ou, como ocorre algumas vezes, promover um embate contínuo com a corte para que este declarasse inconstitucional sucessivas leis que atribuíssem pena de morte a criminosos.

Além disso, há casos em que o pronunciamento judicial não promove um alastramento do debate sobre o tema. Simplesmente há uma observância por parte do Parlamento e por parte da sociedade. Friedman observou algumas reações do Legislativo à atuação da Suprema Corte ocorridas na sociedade americana. Mas, importante que se frise, nada impediria que o tribunal fechasse o espaço para deliberação do Parlamento. A vontade última ainda é a do Judiciário. Por esse motivo, a teoria de Friedman não afasta a questão da última palavra.

3.6.2. O Parlamento controlador de erro judiciário

³³⁷ Movimento que entende que a interpretação do texto constitucional deve levar em conta a vontade dos formadores da Constituição Americana.

³³⁸ FRIEDMAN, Barry. Dialogue and judicial review. *Michigan Law Review*. Ann Arbor, vol. 91, p. 593, 1992-1993.

Outro conjunto de teorias tidas por dialógicas é aquele que enxerga um papel especial a ser desenvolvido pelo Poder Judiciário nas questões que envolvem princípios, assim como a teoria de Barry Friedman acima exposta. No entanto, há uma clara aceitação da possibilidade de ocorrência de erro judicial, de forma que o Parlamento emerge como um braço de Poder do Estado com a função de corrigir o mau funcionamento do Judiciário.

Nesse modelo, o Poder Judiciário também desenvolve um papel especial, e até profético.³³⁹ No desempenho desta função, o tribunal resolve os problemas por meio de revelação de princípios emergentes sob os quais uma nova ordem moral pode ser construída, além de considerar as sedimentadas orientações morais.³⁴⁰

O fato de o Judiciário estar isolado da política protege as cortes de um comportamento interessado na manutenção do poder que afeta negativamente as deliberações movidas no Parlamento. Por isso, os juízes possuem uma vantagem para tomar decisões pautadas em princípios se comparado ao Legislativo. Numa perspectiva comparativa, o Poder Judiciário é o apontado como o mais capaz de desenvolver esta função, tendo em vista que ele está livre das inconstâncias próprias da política e que podem influenciar nos resultados da deliberação. Além disso, nenhum outro poder trata diariamente de questões morais na forma profética como os tribunais o fazem.³⁴¹

No entanto, é reconhecida a possibilidade de o Poder Judiciário, por vezes, elaborar uma falsa profecia, alcançando resultados equivocados em seu pronunciamento. Em decorrência disso, surge a necessidade de um sistema em que o Parlamento possa atuar para corrigir a distorção.

Na realidade, o Parlamento atuaria de forma indireta com o objetivo de consertar o equívoco lançado pelo Judiciário. Cita-se, como exemplos desse tipo de controle, a reaprovação da legislação reputada como inconstitucional, a promulgação de

³³⁹ PERRY, Michael J. *The constitution, the court and the human rights: an inquiry to the legitimacy of constitutional policymaking by the judiciary*. New Haven: Yale University Press, 1984, p. 98-99.

³⁴⁰ PERRY, Michael J. *The constitution, the court and the human rights: an inquiry to the legitimacy of constitutional policymaking by the judiciary*. New Haven: Yale University Press, 1984, p. 111.

³⁴¹ PERRY, Michael J. *The constitution, the court and the human rights: an inquiry to the legitimacy of constitutional policymaking by the judiciary*. New Haven: Yale University Press, 1984, p. 102.

emenda constitucional, e o controle do orçamento e na indicação de novos membros do Poder Judiciário.³⁴²

Assim, em síntese, o diálogo ocorreria mediante uma sucessão de papéis a serem desempenhados pelas diferentes instituições. De início, o Parlamento aprovaria uma lei, mediante um escolha moral ou na determinação de uma política pública. O Poder Judiciário promoveria uma avaliação do ato legislativo em considerações a princípios constitucionais. Na sequência, o Parlamento promoveria um *check* sobre a decisão judicial, podendo ignorá-la, confirmá-la, ou, até mesmo, tentar reformá-la por meio do uso de controle acima indicado.³⁴³

Como resultado desse processo, especialmente quanto ao papel da corte de enfrentar o tema mediante uma análise principiológica, o que surge é uma política moral amadurecida, em que haveria uma maior deferência com os valores constitucionais, patamar este que não seria alcançado de outra maneira.³⁴⁴

Segundo esta concepção, o diálogo institucional promoveria um engrandecimento da capacidade política do povo e encorajaria uma grande participação dos cidadãos nas discussões quanto à interpretação do texto constitucional. Por isso, afirma-se que a interpretação constitucional não é, e nunca foi, uma atividade situada unicamente na seara do Poder Judiciário, mas uma interação que ocorre mediante o povo, seus representantes e os juízes.³⁴⁵

Crítica-se a teoria em virtude da existência de dois problemas. O primeiro é que, ao considerar a habilidade especial que os juízes possuem para tratar de questões baseadas em princípios, não se consegue justificar que o Parlamento, que não possuiria tal expertise, seja o responsável por corrigir os erros do Poder Judiciário. Em segundo lugar, haveria uma dificuldade na identificação do que seria um erro judicial,

³⁴² DIMOND, Paul R. *The Supreme Court and judicial choice: the role of provisional review in a democracy*. Ann Arbor: University of Michigan Press, 1989, p. 4.

³⁴³ PERRY, Michael J. *The constitution, the court and the human rights: an inquiry to the legitimacy of constitutional policymaking by the judiciary*. New Haven: Yale University Press, 1984, p. 125.

³⁴⁴ PERRY, Michael J. *The constitution, the court and the human rights: an inquiry to the legitimacy of constitutional policymaking by the judiciary*. New Haven: Yale University Press, 1984, p. 113.

³⁴⁵ AGRESTO, John. *The Supreme Court and constitutional democracy*. Ithaca: Cornell University Press, 1984, p. 10.

uma vez que o próprio Poder Judiciário entenderia que a decisão tomada é a correta.³⁴⁶ No final das contas, caberia à própria corte avaliar se a reação do Parlamento se deu em virtude de um erro judicial ou numa relutância em contrariar o texto constitucional.

Não se pode também deixar de mencionar, como foi aludida à teoria de Friedman, que a declaração de inconstitucionalidade da corte pode não acarretar esse grande debate nacional sobre o tema contido na legislação derrubada.

A predominância da interpretação constitucional permaneceria com o Poder Judiciário, a quem caberia avaliar, inclusive, a constitucionalidade da reação do Parlamento. A última palavra, na teoria, ainda é judicial.

3.7. Conclusões

Neste capítulo, foram abordadas, na forma que este espaço permite, diversas teorias dialógicas elaboradas, especialmente, por autores estrangeiros. Foi possível perceber que nenhuma delas possui aptidão para inutilizar o debate sobre a instituição adequada para ser detentora da última palavra. Ao invés de superar a celeuma, as teorias do diálogo institucional a fomentam.

Foi visto que todas as teorias apontadas esperam a reação do Parlamento a um pronunciamento do Poder Judiciário de forma a defender a existência das interações. Descuidam, em sua maioria, de considerar o sem-número de casos em que sequer há pronunciamento do Judiciário ou das hipóteses em que o Parlamento permanece silente quanto à causa em jogo.

Nas teorias que defendem uma construção coordenada ou uma interpretação envolvendo diversos atores institucionais, alguns problemas não são resolvidos. Por exemplo, não são apresentadas soluções para um alto nível de desacordo entre o Legislativo e o Judiciário, por exemplo.

³⁴⁶ BATEUP, Christine. The dialogic promise: assessing the normative potential of theories of constitutional dialogue. *Brooklyn Law Review*. Nova Iorque, v. 71, p. 49, 2006.

Em qualquer hipótese, ao menos quanto a um ato legislativo questionado, todas as teorias demonstram que a Suprema Corte seria a responsável por conferir a última palavra.

Há uma tentativa de trabalhar a última palavra ao tratar de temas e não de atos legislativos. Nesse aspecto, os teóricos tentam demonstrar, por meio de demonstração de discussão envolvendo a Suprema Corte e o Parlamento americanos, que há uma evolução do assunto resultante de um diálogo. No entanto, o que se percebe é que o ato declarado incompatível com a constituição não volta à vida.

Imagine-se, aqui no Brasil, que o Congresso Nacional reagisse ao julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 4.277 proferido pelo Supremo Tribunal Federal, e aprovasse uma emenda constitucional que proibisse a união estável de pessoas do mesmo sexo. O ato normativo é outro. A interpretação conferida ao primitivo artigo 226 da Constituição Federal permaneceria intacta.

Além disso, provavelmente o dispositivo promulgado seria submetido também à apreciação da corte, a quem caberia decidir se faria pronunciamento no mesmo sentido ou, segundo passasse a entender, alteraria o resultado.

Dessa forma, a última palavra permanece com o Judiciário.

Cabe, no entanto, verificar os sistemas constitucionais existentes no Reino Unido, na Nova Zelândia e, especialmente, no Canadá de forma a verificar a existência de superação da última palavra.

Capítulo 4 – O diálogo institucional na prática: exposições de modelos de jurisdição constitucional dialógicos

No presente capítulo, passa-se a análise de alguns sistemas constitucionais que são reputados como modelos dialógicos na prática. Assim, superada a etapa teórica dos diálogos institucionais, pretende-se analisar o constitucionalismo em três Estados que têm um sistema diferenciado de controle de constitucionalidade, em que o problema da última palavra estaria superado: o Reino Unido, a Nova Zelândia e o Canadá.

4.1. A solução britânica para dar efetividade à Convenção Europeia de Direitos Humanos e a Suprema Corte do Reino Unido

A Inglaterra talvez seja o maior exemplo de Estado onde impera a supremacia do Poder Legislativo. Marcado pela força da tradição, o Reino Unido tem uma história de luta entre o monarca e os representantes do povo. Numa afirmação simplista, pode-se dizer que desde a Revolução Gloriosa e a aprovação do *Bill of Rights* predomina a ideia de submissão do monarca ao Parlamento. Note-se que a Inglaterra sequer possui uma Constituição escrita e praticamente não há limite de atuação legislativa.

A questão passou a ser sensivelmente modificada a partir da edição do *Human Rights Act* – HRA em 1998 que incorporou ao Direito inglês as disposições contidas na Convenção Europeia de Direitos Humanos de 1950. Até então, as cortes inglesas não reconheciam as normas constantes da citada convenção internacional. O cidadão inglês que almejasse a proteção da referida convenção deveria demandar perante a Corte Europeia de Direitos Humanos, sediada em Estrasburgo na França, e, ainda assim, depois de esgotadas todas as instâncias judiciais inglesas.

Promessa de campanha do Partido Trabalhista nas eleições gerais de 1997, em singelos termos, o HRA estabelece a possibilidade de o cidadão inglês

demandar diretamente perante as cortes inglesas para proteção em face de violações às normas de direitos humanos previstas na convenção. A ideia é evitar que o cidadão inglês tivesse que recorrer à Corte de Estrasburgo para que lhe fossem assegurados os direitos previstos na Convenção,³⁴⁷ submetendo-se a um processo longo e de alto custo. A estimativa era a de que o esgotamento das vias nacionais demorava, em média, cinco anos e a um custo médio de trinta mil libras³⁴⁸.

Por meio da Seção 1 do citado normativo, os direitos e as liberdades reconhecidos na Convenção Europeia de Direitos Humanos integrariam o conteúdo dos direitos fundamentais reconhecidos na ordem interna. Esse passo foi o que possibilitou aos tribunais ingleses a utilização da carta de direitos como fundamento de suas decisões.

Mas o *Human Rights act* vai além disso. Na Seção 3, ficou estabelecida uma nova regra hermenêutica no sentido de que os tribunais devem interpretar e dar efeitos à legislação de forma que ela fosse compatível com os direitos e liberdades reconhecidos, na maior medida possível.

A principal crítica é associada ao fato de a obrigação de interpretar ser feita na medida do possível. Isso porque os juízes poderiam assumir que haveria leis que não permitiriam a interpretação de forma a guardar compatibilidade com a Convenção Europeia de Direitos Humanos. De fato, podem surgir situações em que os juízes se deparem com uma legislação interna que não deixe espaço para essa compatibilidade interpretativa. Nessas hipóteses, deve o juiz aplicar o direito inglês em detrimento das normas internacionais.

Por isso, estas disposições estão longe de conferir aspectos de supremacia judicial na Inglaterra. As cortes inglesas não tem o poder de retirar a validade de um ato normativo primário – expedido, portanto, diretamente do Parlamento – nas hipóteses em que sejam incompatíveis com uma norma constante da Convenção, não se podendo, assim, falar em controle de constitucionalidade na Inglaterra.

³⁴⁷ SOUZA, Jorge Munhós de. *Diálogo institucional e direito à saúde*. Salvador: Juspodivm, 2013, p. 56

³⁴⁸ Cf. REINO UNIDO. *Rights brought home: The Human Rights Bill*. Manifesto elaborado para debate no Parlamento britânico. Londres, 1997. Disponível em: <https://www.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/263526/rights.pdf>. Acesso em 2 dez. 2015.

Na Seção 4 do *Human Rights Act*, contudo, há norma que prevê que, caso um corte entenda impossível proceder à compatibilização e considerar a legislação incompatível com os direitos da Convenção, poderá o órgão judicial emitir um pronunciamento jurisdicional que ateste a impossibilidade de uma interpretação da legislação interna que a torne compatível com o HRA.

Cuida-se de ato discricionário.³⁴⁹ A corte não é obrigada a proferir tal pronunciamento. Além disso, a declaração de incompatibilidade não possui efeitos perante os atos do Parlamento ou o próprio legislativo. Vale dizer, a norma declarada incompatível não perde sua validade e o Poder Legislativo não é obrigado a promover sua alteração ou confirmá-la.

Pode-se afirmar que os efeitos da declaração ocorrem no campo político. O Parlamento pode ficar numa situação desconfortável e com certo constrangimento ao verificar que uma norma por ele aprovada é incompatível com o HRA. No entanto, embora a declaração de incompatibilidade pressione o governo a alterar a legislação, não existe uma obrigação neste sentido.³⁵⁰ Argumenta-se que há uma forte tendência de que o Parlamento respeite a declaração de incompatibilidade, tendo em vista a possibilidade de reversão da decisão pela Corte Europeia. Além disso, não se pode esquecer que o cidadão inglês poderá demandar perante a Corte de Estrasburgo possuindo em mãos uma declaração do próprio Estado indicando a incompatibilidade da legislação interna com a Convenção Europeia de Direitos Humanos. Mas, enquanto não houver alteração da lei pelo Legislativo, o ato normativo continua válido e mantendo seus efeitos.³⁵¹

No entanto, o HRA contempla uma prerrogativa à Coroa de desencadear um processo legislativo célere para possível alteração da legislação inglesa. Além disso, o Ministro pode entender que a alteração se faz urgente e, assim, poderá levá-la a cabo mediante ratificação parlamentar.

³⁴⁹ SILVA, Cecília de Almeida; MOURA, Francisco; BERMAN, José Guilherme; VIEIRA, José Ribas; TAVARES, Rodrigo de Souza; VALLE, Vanice Regina Lírio do. *Diálogos institucionais e ativismo*. 1ª ed. Curitiba: Juruá, 2010, p. 85.

³⁵⁰ SILVA, Cecília de Almeida; MOURA, Francisco; BERMAN, José Guilherme; VIEIRA, José Ribas; TAVARES, Rodrigo de Souza; VALLE, Vanice Regina Lírio do. *Diálogos institucionais e ativismo*. 1ª ed. Curitiba: Juruá, 2010, p. 85.

³⁵¹ SOUZA, Jorge Munhós de. *Diálogo institucional e direito à saúde*. Salvador: Juspodivm, 2013, p. 58.

A alusão a um diálogo institucional se dá por meio de uma visão particular do sistema inglês de que haveria uma divisão de tarefas no disciplinamento dos direitos fundamentais. Haveria uma divisão no processo de controle: aos tribunais é dado o papel de interpretar se há incompatibilidade e ao parlamento o de confirmar o ato normativo ou alterá-lo.³⁵² Essa seria a interação entre as duas instituições britânicas.

A ponderação que se faz acerca do modelo dialógico inglês é o de que o referido Estado possui como princípio a soberania do Parlamento, sem que haja outro poder que possa se apresentar como rival no protagonismo reconhecido ao Legislativo. Importante lembrar, também, que o Parlamento tem liberdade para alterar ou, até mesmo, revogar o próprio *Human Rights Act* de forma a retirá-lo do ordenamento jurídico.³⁵³

Percebe-se, assim, que o modelo inglês pode até ser considerado dialógico, mas está longe de superar, ou tornar irrelevante, a discussão acerca da supremacia legislativa ou judiciária. A última palavra, sem sombra de dúvida, cabe ao Parlamento.

É inegável, no entanto, a oportunidade que foi conferida para o Poder Judiciário de exercer uma nova posição institucional, e que se construiu historicamente uma deferência judicial diante de uma aceitação da soberania do parlamento dogmática.

Acrescente-se a isso a promulgação do *Constitutional Reform Act*, de 2005, mediante o qual o Parlamento britânico promoveu a criação da Suprema Corte do Reino Unido, retirando do *Lord High Chancellor of Great Britain*³⁵⁴ o papel de cúpula do Poder Judiciário, separando, no cume, a função judiciária das demais. Afirma-se que, finalmente, há separação das funções judiciária e legislativa naquele Estado.

No entanto, ainda que se tenha uma Suprema Corte no Reino Unido, a realidade é que naquele Estado não há efetivamente um controle de constitucionalidade de normas expedidas pelo Poder Legislativo. A principal alteração, se não única, foi a de separar efetivamente a função judicante do Parlamento. O Reino Unido não possui

³⁵² SOUZA, Jorge Munhós de. *Diálogo institucional e direito à saúde*. Salvador: Juspodivm, 2013, p. 58.

³⁵³ SILVA, Cecília de Almeida; MOURA, Francisco; BERMAN, José Guilherme; VIEIRA, José Ribas; TAVARES, Rodrigo de Souza; VALLE, Vanice Regina Lírio do. *Diálogos institucionais e ativismo*. 1ª ed. Curitiba: Juruá, 2010, p. 87.

³⁵⁴ O cargo também é conhecido como *Lord Chancellor*.

um corpo textual constitucional com rigidez apto a invalidar normas aprovadas diretamente pelo Parlamento.³⁵⁵

Nesse ponto, é impensável a prolatação de uma decisão judicial na Inglaterra que tenha como intuito a concretização de políticas públicas previstas em corpo constitucional em detrimento dos caminhos escolhidos pelos representantes eleitos para compor o Parlamento. Longe disso. Conforme visto, o Poder Legislativo pode ignorar ou fomentar graves violações a direitos humanos. O controle dos atos parlamentares é o eleitoral, já que os membros prestarão contas junto aos seus eleitores numa eleição futura.

Certamente, elucubra-se, na medida em que a Suprema Corte britânica passasse a interferir na atuação do Parlamento, a discussão quanto à última palavra assumiria a primeira página das publicações acadêmicas inglesas.

O modelo britânico, portanto, não encerrou a discussão quanto ao a última palavra. A própria promulgação do *Human Rights Act* e da *Constitutional Reform Act* podem ser interpretados como resultado de pressão da sociedade para atenuar os efeitos de uma intangível supremacia do legislativo. Dentro do “sistema dialógico inglês” o que se percebe é o aflorar de uma discussão jurídica que, até então, parecia superada em favor das casas parlamentares.

Além disso, muitas críticas, no entanto, têm sido feitas ao modelo inglês. Embora seja feita referência ao sistema britânico como um modelo dialógico, ou uma experiência dialógica, tidos por muitos como o modelo ideal, o fato é que se afirma que notícias recentes denunciam que, apesar de o objetivo do HRA ter sido o de fortalecer a cultura de direitos humanos, tal desiderato não teria se concretizado de forma satisfatória.³⁵⁶

4.2. O *New Zealand Bill of Rights act* e o Judiciário

³⁵⁵ É possível, ao Judiciário, invalidar as chamadas normas secundárias, expedidas por outros órgãos normativos. As leis aprovadas pelo Parlamento, no entanto, somente podem ser superadas ou invalidadas por outra lei.

³⁵⁶ SOUZA, Jorge Munhós de. *Diálogo institucional e direito à saúde*. Salvador: Juspodivm, 2013, p. 59.

Outro exemplo apontado pela doutrina como um modelo dialógico é o adotado pela Nova Zelândia. Submetida politicamente à coroa britânica até a adoção do Tratado de Waitangi, a Nova Zelândia possuía como ideia prevalente a da supremacia do parlamento e a defesa dos direitos por meio da *common law*. Não havia, portanto, a ideia de controle de atos do Poder Legislativo por meio de Tribunais.

Assim como ocorreu na Inglaterra, nos anos 1980, a Nova Zelândia passou por uma pressão forte para que promulgasse uma carta de direitos. Por iniciativa do Ministro da Justiça, foi encaminhado ao Parlamento uma proposta de declaração de direitos. A ideia era impedir que a Casa Legislativa tivesse a supremacia que gozava até então e estabelecer uma espécie de texto constitucional, inclusive estabelecendo quórum qualificado para alteração do texto e possibilidade de controle judicial dos atos legislativos.

Depois de intensos debates, foi promulgada a *New Zealand Bill of Rights Act*, no qual foram reconhecidos diversos direitos fundamentais. No entanto, o comitê responsável pela apreciação, acabou recomendando um corpo normativo com *status* de lei ordinária, retirando, também, a possibilidade de *judicial review* de atos primários do Parlamento.

O modelo Neozelandês, nesse ponto, aproxima-se muito daquele experimentado pelo Reino Unido: existe um rol de direitos fundamentais, cuja proteção pode ser buscada junto aos tribunais nacionais; no entanto, o Poder Judiciário não pode invalidar leis expedidas pelo Parlamento, ainda que afrontem diretamente os direitos contidos no NZBORA.

De fato, na Seção 4 do *New Zealand Bill of Rights Act* ficou estabelecido expressamente que nenhum tribunal poderá considerar leis promulgadas antes ou após a vigência da declaração implicitamente repelidas ou revogadas, ou ainda inválidas ou ineficazes. Além disso, na mesma seção, há uma determinação de que os tribunais não podem se recusar a aplicar qualquer disposição promulgada sob o argumento de inconsistência com a declaração de direitos. Aqui, mais uma vez, fica nítida a manutenção do modelo de supremacia do Parlamento.

No entanto, assim como no modelo britânico, Seção 6, ficou estabelecido uma importante norma de interpretação do direito. Naquele dispositivo, há a previsão de que sempre que a uma lei seja possível atribuir um sentido consistente com os direitos e liberdades contidos na declaração, ele deverá ter preferência sobre os outros possíveis sentidos.

Verifica-se, assim, que o sistema neozelandês proíbe expressamente que as cortes invalidem os atos do Parlamento, permitindo que os legisladores arquem com os custos políticos de aprovarem leis que violem os direitos previstos no NZBORA. Mas, além disso, transfere importantes poderes para os tribunais na proteção dos direitos, na medida em que os permite interpretar os demais atos legislativos, sempre que possível, de acordo com os direitos fundamentais declarados.

A última palavra, portanto, pertence ao Parlamento neozelandês.

4.3. A experiência canadense

O Estado cujo sistema jurídico é o mais utilizado como exemplo de modelo dialógico, sem dúvida, é o canadense.

Pode-se afirmar que a partir do *British North America Act*, de 1867, adotou-se com plenitude o princípio da supremacia parlamentar. Argumenta-se que, sobre este manto, havia uma perspectiva de poderes ilimitados aliada a uma cultura de pouco respeito aos direitos fundamentais.³⁵⁷

A situação começou a mudar a partir da intensa mobilização cujo ícone foi John Diefenbaker. O referido advogado defendia a necessidade de promulgação de um rol de direitos fundamentais no Canadá a fim de evitar discriminações baseadas em

³⁵⁷ SOUZA, Jorge Munhós de. *Diálogo institucional e direito à saúde*. Salvador: Juspodivm, 2013, p. 59-60.

cor, crença e origem.³⁵⁸ Ao alcançar o posto de Primeiro Ministro canadense, conseguiu viabilizar a promulgação do *Canadian Bill of Rights* em 1960.

A referida norma trouxe efetivamente uma boa lista de direitos fundamentais. No entanto, não havia previsão expressa do exercício de controle de constitucionalidade a ser movido pelo Poder Judiciário. Além disso, a própria lei determinava que ninguém poderia deixar de aplicar as normas contidas no CBR sob qualquer tipo de alegação, à exceção de promulgação posterior de uma lei pelo Parlamento. Por essa razão, entendeu-se que o CBR possuía *status* de lei ordinária. Por esse motivo, em várias oportunidades, o Poder Judiciário tomou decisões prestigiando as normas advindas de atos do Parlamento em detrimento das contidas no rol de direitos fundamentais.³⁵⁹ Ao contrário do que se afirma³⁶⁰, não se pode considerar que o *Canadian Bill of Rights Act* era pouco efetivo, já que operava efeitos perante o Estado. No entanto, houve frustração por quem esperava frear os desmandos do Legislativo em relação aos direitos fundamentais.

Numa evolução da forma de controle de atos do Estado, foi promulgado em 1982, o *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. Além de trazer consigo um novo rol de direitos fundamentais, sem dúvida, a maior novidade foi a possibilidade de o Poder Judiciário invalidar atos legislativos contrários ao CCRF, numa inegável aproximação ao sistema de supremacia do judiciário.

Essa aproximação dar-se-ia em virtude de algumas características: (i) status supralegal das normas de direitos fundamentais, com procedimento formal diferenciado para alteração das normas; e (ii) possibilidade de controle judicial.³⁶¹

Em virtude dessas características, parte dos juristas canadenses passaram a criticar o *Charter* sob o argumento de que ele seria antidemocrático, nos moldes das

³⁵⁸ DIEFENBAKER, John. *Citizen`s Forum*. Toronto: Canadian Broacast Company, 1950. Disponível em: <<http://www.cbc.ca/archives/entry/john-diefenbaker-and-the-canadian-bill-of-rights>>. Acesso em 16 jan. 2016.

³⁵⁹ SOUZA, Jorge Munhós de. *Diálogo institucional e direito à saúde*. Salvador: Juspodivm, 2013, p. 59-60.

³⁶⁰ VICTOR, Sérgio Antônio Ferreira. Interpretação constitucional e diálogo institucional entre os Poderes Legislativo e Judiciário: exame da decisão do STF na ADI 2.797. *O Supremo por seus assessores*. Beatriz Bastide Horbach e Luciano Felício Fuck (Coord.). Rio de Janeiro: Almedina, 2014, p. 115.

³⁶¹ SOUZA, Jorge Munhós de. *Diálogo institucional e direito à saúde*. Salvador: Juspodivm, 2013, p. 61.

críticas formuladas pelos autores norte-americanos quanto ao *judicial review*. Argumenta-se que o CCRF seria antidemocrático, na medida em que juízes não eleitos e não sujeitos à responsabilidade eleitoral teriam o poder de anular leis. É o velho problema contra-majoritário de Bickel. Argumenta-se que a Constituição é recheada de expressões vagas que raramente informam diretamente para os casos perante as cortes.³⁶² O risco maior seria a ocorrência de um ativismo judicial na forma como ocorre nos Estados Unidos da América.

Em defesa do instrumento, parte da doutrina canadense defendeu que o *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, na realidade, promove um verdadeiro diálogo entre o Parlamento e o Poder Judiciário. Não tratar-se-ia, portanto, de uma última palavra do Judiciário, mas sim de uma interação entre a corte e o Legislativo.

Afirma-se que, por resistência política dos canadenses ao modelo de ativismo que vem sendo desenvolvido nos Estados Unidos, a proposta do CCRF é um meio termo entre a supremacia judicial e a supremacia parlamentar, de modo a caracterizar tal sistema como dialógico, minimizando-se, assim, o problema democrático do *judicial review*.³⁶³

O fato é que existem disposições no CCRF que permitem uma flexibilização ou, até mesmo, superação das invalidações das leis por parte do tribunal de forma que a revisão judicial, no Canadá, não significaria última palavra. Esses dispositivos funcionam como facilitadores do diálogo.³⁶⁴ Com efeito, aponta-se quatro seções do *Charter* que poderiam retirar a supremacia do Judiciário. Convém discorrer sobre cada uma delas.

A primeira e mais famosa cláusula do CCRF é a contida na Seção 33 e conhecida como cláusula *notwithstanding*. Segundo o preceito, o Poder Legislativo tem a faculdade de incluir uma cláusula “não-obstante” expressa na lei para que ela não possa ser invalidada em decorrência de contrariedade aos direitos estabelecidos na

³⁶² HOGG, Peter W.; BUSHELL, Allison A. The Charter dialogue between courts and legislatures (or perhaps the Charter of Rights isn't such a bad thing). *Osgood Hall Law Journal*. Toronto, vol. 35, issue 1, p. 76-77, 1997.

³⁶³ SOUZA, Jorge Munhós de. *Diálogo institucional e direito à saúde*. Salvador: Juspodivm, 2013, p. 62.

³⁶⁴ HOGG, Peter W.; BUSHELL, Allison A. The Charter dialogue between courts and legislatures (or perhaps the Charter of Rights isn't such a bad thing). *Osgood Hall Law Journal*. Toronto, vol. 35, issue 1, p. 82, 1997.

Seção 2 e nas Seções 7 a 15 do *Charter*,³⁶⁵ onde estão estabelecidos direitos fundamentais como liberdade de expressão, de religião, e de associação, direito à vida, liberdade, de prisão arbitrária, dentre outros.

Curiosamente, a literatura brasileira sobre o diálogo canadense sempre faz referência a essa cláusula como uma reação a uma decisão judicial. Mas o CCRF não exige que haja um pronunciamento judicial prévio para que o Legislativo faça uso da prerrogativa.³⁶⁶

Por óbvio, no entanto, que a utilização mais relevante da citada prerrogativa do Legislativo ocorre quando ela reage a uma decisão judicial que invalidou uma lei anterior por violação do *Charter*. Assim, o diálogo ocorreria numa sequência em que o Parlamento aprovaria determinada lei ou política pública, seguida por uma avaliação do tribunal sobre a compatibilidade com os direitos da Carta e, por fim, caberia ao Legislativo decidir sobre o futuro do ato atacado, quer seja confirmando-o (por meio de um ato positivo), quer seja revogando-o ou corrigindo-o, tudo isso a partir das considerações apresentadas pelo tribunal.³⁶⁷

Segundo se entende, a afirmativa trazida pelos tribunais de que houve violação de direitos deveria servir como um alerta para que o Parlamento reavaliasse os fins por ele perseguidos e os meios para tanto utilizados, causando alguma forma de custo político quando se optasse por afirmar a validade de leis consideradas inconstitucionais.³⁶⁸

Outro preceito apontado como facilitador do diálogo institucional canadense é o previsto na seção 1 do *Charter*. Cuida-se de norma inicial que informa que os direitos e liberdades garantidos pelo CCRF estão sujeitos aos limites razoáveis estabelecidos pelo Direito e, por isso, podem ser ultrapassados quando expressamente justificado numa sociedade livre e democrática. De acordo com esta norma, todos os

³⁶⁵ HOGG, Peter W.; BUSHELL, Allison A. The Charter dialogue between courts and legislatures (or perhaps the Charter of Rights isn't such a bad thing). *Osgood Hall Law Journal*. Toronto, vol. 35, issue 1, p. 83, 1997.

³⁶⁶ HOGG, Peter W.; BUSHELL, Allison A. The Charter dialogue between courts and legislatures (or perhaps the Charter of Rights isn't such a bad thing). *Osgood Hall Law Journal*. Toronto, vol. 35, issue 1, p. 83, 1997.

³⁶⁷ SOUZA, Jorge Munhós de. *Diálogo institucional e direito à saúde*. Salvador: Juspodivm, 2013, p. 63.

³⁶⁸ SOUZA, Jorge Munhós de. *Diálogo institucional e direito à saúde*. Salvador: Juspodivm, 2013, p. 63.

direitos garantidos pelo *Charter* podem ser limitados por uma lei que atenda aos padrões de razoabilidade prescritos pela seção 1.³⁶⁹

Segundo se afirma, os critérios de razoabilidade foram estabelecidos por meio do caso *R. vs Oakes*, julgado pela Suprema Corte canadense. Dessa forma ficou estabelecido que a lei poderia mitigar os direitos fundamentais desde que obedecesse o seguinte: (1) a lei deve buscar um objetivo importante; (2) a lei deve estar racionalmente conectada com o objetivo; (3) a lei deve restringir os direitos apenas no montante necessário para alcançar seu objetivo; (4) a lei não deve ter um efeito desproporcionalmente severo nas pessoas às quais ela se aplica.³⁷⁰

Quando a lei mitigadora de direitos fundamentais é declarada inválida por ferir o CCRF pela Suprema Corte canadense, o próprio Tribunal tem que indicar qual dos patamares acima delienados foram descumpridos e que envolve, por consequência, a indicação de um texto alternativo que satisfaria o critério de razoabilidade estabelecido na seção 1.³⁷¹ Assim, estaria aberto ao Parlamento a possibilidade de aprovação de uma nova lei que atendesse aos critérios de razoabilidade estabelecidos pelo Judiciário.

Não passa despercebida a hipótese de que as condições indicadas pela corte tornem a lei inexecutável. No entanto, acredita-se que o Legislativo poderia demonstrar, com clareza e evidência, que a alternativa não se revela adequada e que a sua opção é a única possível para consecução do objetivo traçado.³⁷²

³⁶⁹ HOGG, Peter W.; BUSHELL, Allison A. The Charter dialogue between courts and legislatures (or perhaps the Charter of Rights isn't such a bad thing). *Osgood Hall Law Journal*. Toronto, vol. 35, issue 1, p. 82, 1997.

³⁷⁰ HOGG, Peter W.; BUSHELL, Allison A. The Charter dialogue between courts and legislatures (or perhaps the Charter of Rights isn't such a bad thing). *Osgood Hall Law Journal*. Toronto, vol. 35, issue 1, p. 85, 1997.

³⁷¹ HOGG, Peter W.; BUSHELL, Allison A. The Charter dialogue between courts and legislatures (or perhaps the Charter of Rights isn't such a bad thing). *Osgood Hall Law Journal*. Toronto, vol. 35, issue 1, p. 85, 1997.

³⁷² HOGG, Peter W.; BUSHELL, Allison A. The Charter dialogue between courts and legislatures (or perhaps the Charter of Rights isn't such a bad thing). *Osgood Hall Law Journal*. Toronto, vol. 35, issue 1, p. 85, 1997.

Além desses dispositivos, aponta-se alguns direitos que possuiriam uma qualidade especial que permitiriam a reação legislativa.³⁷³ Exemplifica-se com os as Seções 7, 8, 9 e 12. Em todos eles, os direitos lá prescritos estão sempre cercados de expressões vagas. A título ilustrativo, o direito à vida, liberdade e segurança da pessoa é garantido, mas apenas quando a privação viola os princípios fundamentais de justiça; é proibida a busca e apreensão somente quando irrazoáveis; e todos tem o direito de não serem presos arbitrariamente, dentre outros.

Da mesma forma que a Seção 1, nas hipóteses em que houver invalidação da lei pela Suprema Corte canadense, esta deve indicar porque a restrição do direito não atende aos patamares estabelecidos pelo *Charter*. Em decorrência disso, o Parlamento pode aprovar nova legislação, dentro dos parâmetros estabelecidos pelo tribunal.³⁷⁴

Numa visão mais complexa, afirma-se que o direito à isonomia previsto na Seção 15 do CCRF também possibilitaria a reação do Legislativo permitindo, assim, o diálogo. O argumento é ligado ao efeito do princípio da isonomia naquele Estado. Assim, entende-se que as leis que geram problemas quanto à igualdade estabelecem direitos a determinados grupos e excluem outros grupos. De acordo com esse entendimento, uma lei que violasse a Seção 15 do *Charter* deveria ser invalidada. Nesse sentido, o Parlamento tem a opção de não conferir o direito a ninguém ou promover a inclusão do grupo discriminado, o que normalmente tem ocorrido.³⁷⁵

Diante dessas características do sistema canadense, defende-se que, ao contrário do que se prega, não se cuida de um modelo constitucional em que predomina a hermenêutica constitucional promovida pelo Judiciário. As decisões quanto aos rumos da sociedade seriam fruto de uma interação existente entre o Parlamento e o Judiciário.

Nesse sentido, define-se como modelo dialógico aquele em que a decisão judicial está aberta à reversão, modificação ou, até mesmo, desconsideração por parte

³⁷³ HOGG, Peter W.; BUSHELL, Allison A. The Charter dialogue between courts and legislatures (or perhaps the Charter of Rights isn't such a bad thing). *Osgood Hall Law Journal*. Toronto, vol. 35, issue 1, p. 87-88, 1997.

³⁷⁴ HOGG, Peter W.; BUSHELL, Allison A. The Charter dialogue between courts and legislatures (or perhaps the Charter of Rights isn't such a bad thing). *Osgood Hall Law Journal*. Toronto, vol. 35, issue 1, p. 88, 1997.

³⁷⁵ HOGG, Peter W.; BUSHELL, Allison A. The Charter dialogue between courts and legislatures (or perhaps the Charter of Rights isn't such a bad thing). *Osgood Hall Law Journal*. Toronto, vol. 35, issue 1, p. 90-91, 1997.

do Legislativo e que leva a uma significativa relação entre a corte e o corpo legislativo.³⁷⁶ Entende-se que, nessas hipóteses, a decisão judicial acarreta um debate público no qual os valores previstos no CCRF exercem um protagonismo, que não ocorreria se a corte não cuidasse do tema. Além disso, o Parlamento permanece numa posição de responder de forma a atender os objetivos da política pública, mas levando em consideração e respeitando ao máximo os valores contidos no *Charter*.

Sob outro ponto de vista, há uma concepção, no âmbito do sistema constitucional canadense, que entende que a interpretação constitucional é algo inerente aos Poderes da República. No entanto, o Judiciário não teria um papel protagonista nessa relação dialógica. Cada um dos poderes poderia aprender a participação dos demais atores hermenêuticos. Dessa forma, existe uma verdadeira relação paritária entre as instituições da República para formulação de decisões na seara constitucional, de forma que elas podem contribuir na busca por respostas melhores como um resultado de sua singular perspectiva, rejeitando-se, assim, a última palavra para qualquer deles.

Janet Hiebert argumenta que tanto o Parlamento quanto o Judiciário compartilham a responsabilidade pelos juízos quanto aos valores contidos na Constituição mediante uma análise de seus próprios atos em face dos citados valores.³⁷⁷

Dentro dessa concepção, rejeita-se expressamente que o Poder Judiciário tenha uma capacidade maior em tratar de assuntos que envolvam princípios constitucionais. Segundo entende, a ideia de que apenas os juízes são capazes de tomar decisões com racionalidade e mediante apreciação principiológica onde os direitos são afetados, subestima o fato de que as disposições contidas no *Canadian Charter of Rights and Freedoms* se tornou parte intrínseca do processo político.³⁷⁸

No entanto, a autora considera que o relativo isolamento do Judiciário das pressões sociais e políticas confere uma liberdade maior à corte de forma a identificar as circunstâncias sob as quais os objetivos do Parlamento indevidamente

³⁷⁶ HOGG, Peter W.; BUSHELL, Allison A. The Charter dialogue between courts and legislatures (or perhaps the Charter of Rights isn't such a bad thing). *Osgood Hall Law Journal*. Toronto, vol. 35, issue 1, p. 79, 1997.

³⁷⁷ HIEBERT, Janet L. *Charter conflicts: what is Parliament's role?* Montreal: McGill Queen's University Press, 2002, p. 52.

³⁷⁸ HIEBERT, Janet L. *Charter conflicts: what is Parliament's role?* Montreal: McGill Queen's University Press, 2002, p. 54.

restringem direitos fundamentais ou cujas consequências não-intencionais acabem por violar a constituição.³⁷⁹ Da mesma forma, reconhece que a interpretação e definição de direitos está situada na essência do Judiciário, uma vez que esta tarefa faz parte da rotina diária dos juízes.³⁸⁰

Interessante notar que, nesse ponto, a autora é razoavelmente contraditória com a afirmativa pretérita de que o tribunal não desempenha um papel especial ou de destaque na proposta dialógica. Soma-se a isso a afirmativa de que existem “direitos essenciais”³⁸¹, relacionados ao exercício do autogoverno pelos cidadãos, sob as quais o Judiciário teria uma responsabilidade especial em garantir que o Parlamento os cumpra.³⁸² Ao menos nesse tipo de garantia constitucional, a autora parece entender que o Judiciário desenvolve um papel especial no diálogo institucional.

Por sua vez, o Legislativo teria a vantagem de identificar quando os objetivos desejados pela política pública teriam que restringir direitos. Isso se dá em virtude da expertise, dados e informações relevantes obtidos de suas fontes, falhas em tentativas anteriores, experiências de outros países e estimativas mais bem informadas.³⁸³

Da mesma forma, entende que, embora o Legislativo possa se beneficiar das decisões judiciais proferidas, ao aprofundar o debate sobre direitos fundamentais, quando o Parlamento entender que os objetivos são suficientemente importantes de forma a justificar uma possível violação a direitos fundamentais, o ato judicial não poderia se substituir ao ato legislativo.³⁸⁴

Dentro desse escopo, a autora desenvolve a sua teoria de que as posições quanto aos direitos fundamentais de cada Poder estariam separadas, mas, ao mesmo tempo, interconectadas, de forma que o Judiciário e o Legislativo estariam aptos a

³⁷⁹ HIEBERT, Janet L. *Charter conflicts: what is Parliament's role?* Montreal: McGill Queen's University Press, 2002, p. xii.

³⁸⁰ HIEBERT, Janet L. *Charter conflicts: what is Parliament's role?* Montreal: McGill Queen's University Press, 2002, p. 53.

³⁸¹ No original: “core rights”.

³⁸² HIEBERT, Janet L. *Charter conflicts: what is Parliament's role?* Montreal: McGill Queen's University Press, 2002, p. 69-70.

³⁸³ HIEBERT, Janet L. *Parliament and rights. Protecting human rights: instruments and institutions.* Nova Iorque: Oxford University Press, 2003, p. 240.

³⁸⁴ HIEBERT, Janet L. *Parliament and rights. Protecting human rights: instruments and institutions.* Nova Iorque: Oxford University Press, 2003, p. 239.

desenvolver um diálogo sobre o significado do texto constitucional, situação a qual ambos deveriam prestar deferência, escutar e aprender as perspectivas do outro intérprete e, ainda, modificar seus próprios pontos de vista de acordo com o verificado.³⁸⁵

Numa situação regular, o diálogo seria iniciado por meio das deliberações dentro do Parlamento. Nesse momento, o Legislativo já promove uma análise da proposta de lei e sua compatibilidade com o CCRF. Na sequência, o Poder Judiciário apreciaria a compatibilidade da lei em face do CCRF sob suas próprias perspectivas. Caso houvesse incompatibilidade, a palavra retornaria ao Parlamento para, dentro da sua expertise, indicar a necessidade ou não de restringir direitos para os objetivos da política pública contida na lei.

Peter Hogg e Alison Bushell publicaram um artigo em que demonstraram que a maioria esmagadora das decisões judiciais que invalidaram leis no Canadá foi objeto de legislação posterior em que o Parlamento incorporou a jurisprudência firmada. De fato, a pesquisa empírica revelou que de 65 casos em que a lei foi invalidada, em 44 o Parlamento emendou a lei impugnada. Na maioria dos casos, a alteração legal foi apenas o necessário para evitar o confronto entre a lei e o CCRF, sem retirar os objetivos da lei anulada.³⁸⁶ Por esse motivo, afirma-se que a cláusula não-obstante não foi capaz de evitar a ascensão dos tribunais.³⁸⁷

Expostas todas essas considerações, o que se percebe é que o modelo canadense prestigia a soberania do Parlamento, já que contém dispositivos em que possibilita à instituição sobrepujar as decisões exaradas pela Suprema Corte canadense.

É verdade que as reações do Parlamento canadense se revelam tímidas. No entanto, isto se dá em razão de fatores externos ao sistema constitucional, provavelmente devido a uma cultura política dos cidadãos canadenses que tendem a apoiar as decisões da corte. Talvez, por esse motivo, haja temor dos parlamentares em contrariar os pronunciamentos judiciais, tendo em conta a prestação de contas eleitoral.

³⁸⁵ HIEBERT, Janet L. *Charter conflicts: what is Parliament's role?* Montreal: McGill Queen's University Press, 2002, p. 51.

³⁸⁶ HOGG, Peter W.; BUSHELL, Allison A. The Charter dialogue between courts and legislatures (or perhaps the Charter of Rights isn't such a bad thing). *Osgood Hall Law Journal*. Toronto, vol. 35, issue 1, p. 96-98, 1997.

³⁸⁷ SOUZA, Jorge Munhós de. *Diálogo institucional e direito à saúde*. Salvador: Juspodivm, 2013, p. 64.

Outro motivo que pode gerar esse fator, é a visão do Parlamento de que as decisões proferidas não importam em ativismo judicial e, portanto, pronunciamento do tribunal que possa ser questionada em virtude de sua legitimidade.

De toda sorte, o modelo dialógico canadense não soluciona o problema da última palavra. O Parlamento, na hipótese, apenas presta deferência ao decidido pelo Poder Judiciário. Não se trata de um sistema sem última palavra. Ela está na seara do Legislativo que pode exercê-la mediante sua própria interpretação constitucional – na hipótese do uso da Seção 1 – ou mediante oposição da cláusula não-obstante no corpo do ato normativo – Seção 33.

Conclusão

No presente trabalho, procurou-se demonstrar que o ativismo judicial e a judicialização de políticas públicas no Brasil, trouxe à academia nacional preocupações quanto à legitimidade das decisões proferidas pelo Poder Judiciário, algo que não gerava uma celeuma significativa. Além disso, nos capítulos 3 e 4, procurou-se afastar a minimização da discussão em virtude das relativamente recentes teorias do diálogo institucional.

Como se viu no primeiro capítulo, em virtude da inexistência de dispositivos constitucional expresso na Constituição americana de controle de constitucionalidade, faz com que o debate sobre a última palavra seja contemporâneo, especialmente quando a referida corte profere decisões polêmicas, adentrando em questões de profundo desacordo moral.

Os autores discorridos podem ser polarizados da seguinte forma: defensores do *judicial review*, com notada preocupação de esvaziamento do sistema republicano e dos direitos fundamentais, rejeitam a ideia de democracia como simples maioria; aqueles que simpatizam com a soberania parlamentar dão evidência ao caráter contra-majoritário das cortes, ressaltando que seus membros não são eleitos e não há prestação de contas eleitoral, e a rejeição de que questões morais sejam resolvidas por juízes.

No segundo capítulo, foi trabalhada, de forma singela, uma noção de ativismo judicial no Brasil, além do fenômeno da judicialização de políticas públicas, de forma a demonstrar uma mudança de entendimento quanto ao papel do Judiciário. A ideia não é conferir uma definição, mas demonstrar que, qualquer concepção que se tenha, a atitude ativista e as decisões que definem políticas públicas geram questionamentos quanto à possível vulneração da separação de Poderes, na medida em que o Judiciário passaria a ocupar um espaço antes destinado às instâncias representativas.

Além disso, o Judiciário seria o detentor da última palavra, de forma que a definição de políticas públicas ou questões de relevo moral que podem reger a

sociedade brasileira ficaria na mão de juízes, muitas vezes, sem possibilidade de alteração constitucional.

Também foi percebido que, embora muito se tenha atribuído a algumas decisões do Supremo Tribunal Federal o caráter ativista, o fato é que a corte permanece trazendo argumentos de cunho positivista, mediante uso de técnicas clássicas de interpretação de normas jurídicas. Há, é verdade, menção a princípios constitucionais. Mas raramente esse tipo de argumento está solitário.

Da mesma forma, evidenciou-se que, considerada o quantitativo da atividade judicante da Suprema Corte brasileira, o número de decisões judiciais apontadas como ativistas são ínfimas. Nesse sentido, seria um certo exagero afirmar que o Supremo Tribunal Federal é uma corte ativista.

No Capítulo 3, foram abordadas as teorias dialógicas de forma a verificar se há superação do problema da última palavra trazido nos capítulos anteriores. Esse argumento é muito utilizado por quem já identificou a existência de questionamentos quanto à atuação judicial de caráter ativista.

O que se verificou é que as teorias são coerentes. Mediante análise empírica da reação do Parlamento americano em virtude de decisões judiciais, demonstrou-se que pode haver uma interação entre as instituições sobre a forma de diálogo. No entanto, esse processo dialógico não objeta o fato de que uma das instituições é a detentora da última palavra e as eventuais mudanças perpetradas pelo Parlamento, somente são mantidas mediante deferência do tribunal.

No quarto e último capítulo, foram apresentados os sistemas constitucionais de alguns países em que se argumenta haver diálogo institucional. Ao contrário da parte puramente teórica, a análise do constitucionalismo no Reino Unido e na Nova Zelândia revelou que a última palavra pertence ao Parlamento. Na realidade, a aprovação de uma carta de direitos foi resultado de uma insatisfação da população desses países em relação à atuação do Legislativo.

Quanto ao sistema canadense, percebeu-se que é um modelo em que uma visão de diálogo entre Legislativo e Judiciário parece mais evidente. Todavia, o *Canadian Charter of Rights and Freedoms* confere primazia às decisões proferidas pelo

Parlamento. O fato de haver uma significativa prevalência do pronunciamento da corte pode ser entendido como simples deferência do Legislativo.

Algumas reflexões devem ser abordadas aqui.

De fato, conforme observa Jeremy Waldron, as discussões quanto à última palavra parecem tender a fugir dos aspectos teóricos da democracia e refletem apenas uma insatisfação em relação à atuação das instituições. Quando o Parlamento é considerado omissor em relação a direitos individuais e quanto à execução de políticas públicas, os adeptos do *judicial review* tendem a demonstrar o acerto de se atribuir ao Judiciário. Quando o tribunal adentra em questões não claramente disciplinadas no texto constitucional, em atitude ativista, há uma grita de grupos com o estandarte da democracia em mãos, alegando ilegitimidade da corte.

Neste segundo aspecto, há uma proximidade entre o problema norte-americano e o Brasileiro: o questionamento da legitimidade não é da atividade judicial em sua concepção original, de julgamento pautado em regras; o problema contra-majoritário é uma decorrência da criatividade judicial.

Outro ponto que deve ser destacado é que a soberania parlamentar parece estar, de certa forma, em decadência. Em países de marcada tradição de soberania parlamentar, como é o caso do Reino Unido, houve anseio social pela elaboração de um texto com direitos individuais que pudesse ser submetido a tribunais, num nítido flerte com o sistema de controle judicial de constitucionalidade.

Os sistemas apontados como dialógicos não afastam o risco de alteração substancial do conteúdo de direitos fundamentais, papel fundamental para os defensores da supremacia do judiciário. Poder-se-ia, inclusive, imaginar o risco de modificações ainda mais dramáticas ao perceber que o diálogo pretendido envolve certo espaço negocial de acomodação de direitos.

REFERÊNCIAS

AGRESTO, John. *The Supreme Court and constitutional democracy*. Ithaca: Cornell University Press, 1984.

Anuário da Justiça de 2010. *Revista Consultor Jurídico*. São Paulo, 2010.

ASENSI, Felipe Dutra. Algo está mudando no horizonte do Direito? Pós-positivismo e judicialização da política e das relações sociais. *As novas faces do ativismo judicial*. André Luiz Fernandes Fellet *et alli* (org.). Salvador: Juspodivm, 2011.

BARNETT, Randy E. Constitutional Clichés. *Capital University Law Review*, v. 36, p. 493-494, 2008.

BARROSO, Luis Roberto. *A americanização do direito constitucional e seus paradoxos*. Disponível em <http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/themes/LRB/pdf/a_americanizacao_do_direito_constitucional_e_seus_paradoxos.pdf>. Acesso em: 15 mar. 2016.

_____. Constituição, democracia e supremacia judicial: direito e política no Brasil contemporâneo. *As novas faces do ativismo judicial*. André Luiz Fernandes Fellet *et alli* (org.). Salvador: Juspodivm, 2011.

_____. *Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial*. p. 5. Disponível em <<http://www.conjur.com.br/dl/estudobarroso.pdf>>. Acesso em: 23 mar. 2016.

_____. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito (o triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil). Disponível em http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/themes/LRB/pdf/neoconstitucionalismo_e_constitucionalizacao_do_direito_pt.pdf. Acesso em 16/02/2015.

BARROSO, Luís Roberto; BARCELLOS, Ana Paula de. O Começo da História. A Nova Interpretação Constitucional e o Papel dos Princípios no Direito Brasileiro. *Fórum*

Administrativo - Direito Público - FA, Belo Horizonte, ano 4, n. 37, mar. 2004. Disponível em: <<http://bid.editoraforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=4716>>. Acesso em: 18 fev. 2015

BARROSO, Luis Roberto; MARTEL, Letícia de Campos Velho. *A morte como ela é: dignidade e autonomia individual no final da vida*. Versão digital. Disponível em: <http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/themes/LRB/pdf/a_morte_como_ela_e_dignidade_e_autonomia_no_final_da_vida.pdf>. Acesso em: 21 jan. 2016.

BATEUP, Christine. The dialogic promise: assessing the normative potential of theories of constitutional dialogue. *Brooklyn Law Review*. Nova Iorque, v. 71, p. 1-85, 2006.

BICKEL, Alexander. *The least dangerous branch: the supreme court at the bar of politics*. 2a. ed. New Haven: Yale University Press, 1986.

_____. Forewords: The Passive virtues. *Harvard Law Review*, Cambridge, v. 75, p. 40-79, 1961-1962.

BOBBIO, Norberto. *O Positivismo Jurídico: Lições de filosofia do Direito*. Trad. Márcio Pugliesi *et alli*. São Paulo: Ícone, 1995.

BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Em busca de um conceito fugidio – ativismo judicial. *As novas faces do ativismo judicial*. André Luiz Fernandes Fellet *et alli* (org.). Salvador: Juspodivm, 2011.

BRANDÃO, Rodrigo. O STF e o dogma do legislador negativo. *Direito, Estado e Sociedade*. Rio de Janeiro, n. 44, p. 189-220, jan./jun. 2014.

_____. *Supremacia judicial versus diálogos constitucionais: a quem cabe a última palavra sobre o sentido da Constituição?* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *Justiça em números 2014: ano-base 2013*. Brasília: CNJ, 2014.

_____. Conselho Nacional de Justiça. *Resolução n. 7, de 18 de outubro de 2005, do Conselho Nacional de Justiça*. Brasília, 2005. Disponível em <http://www.cnj.jus.br/images/stories/docs_cnj/resolucao/rescnj_07.pdf>. Acesso em: 20 jan. 2016.

_____. *Constituição da República Federativa do Brasil*, de 5 de novembro de 1988. Brasília, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em: 13 jan. 2016.

_____. *Lei n. 8.072, de 25 de julho de 1990*. Dispõe sobre os crimes hediondos, nos termos do art. 5º, inciso XLIII, da Constituição Federal, e determina outras providências. Brasília, 1990. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8072.htm>. Acesso em: 21 fev. 2016.

_____. *Lei n. 8.930, 6 de setembro de 1994*. Dá nova redação ao art. 1º da Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990, que dispõe sobre os crimes hediondos, nos termos do art. 5º, inciso XLIII, da Constituição Federal, e determina outras providências. Brasília, 1994. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8930.htm>. Acesso em: 21 fev. 2016.

_____. *Lei n. 9.096, de 19 de setembro de 1995*. Dispõe sobre partidos políticos, regulamenta os arts. 17 e 14, § 3º, inciso V, da Constituição Federal. Brasília, 1995. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9096.htm>. Acesso em: 12 mar. 2016.

_____. *Lei n. 9.504, de 30 de setembro de 1997*. Estabelece normas para as eleições. Brasília, 1997. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9504.htm>. Acesso em: 12 mar. 2016.

_____. Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão. *Portaria n. 156, de 21 de julho de 2014*. Diário Oficial da União de 25 de julho de 2014, Seção 1, p. 100-104.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Ação Declaratória de Constitucionalidade n. 12*. Tribunal Pleno. Ministro Relator Carlos Britto. Brasília, 20 de agosto de 2008. Diário da Justiça Eletrônico de 18 de dezembro de 2009.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 4.650*. Tribunal Pleno. Ministro Relator Luiz Fux. Brasília, 17 de setembro de 2015. Diário da Justiça Eletrônico de 24 de fevereiro de 2016.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Ação Ordinária n. 1773*. Decisão monocrática proferida pelo Ministro Relator Luiz Fux. Brasília, 15 de setembro de 2014. Diário da Justiça Eletrônico de 17 de setembro de 2014.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Súmula vinculante n. 13*. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menusumario.asp?sumula=1227>>. Acesso em 2 fev. 2016.

_____. Supremo Tribunal Federal. Manifestação do Ministro Ricardo Lewandowski durante sessão para aprovação da Súmula vinculante n. 13. *Diário da Justiça Eletrônico*, n. 214/2008. Disponível <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/jurisprudenciaSumulaVinculante/anexo/SUV_11_12_13__Debates.pdf>. Acesso em: 14 abr. 2016.

_____. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental no Recurso Extraordinário n. 825.682. Segunda Turma. Ministro Relator Teori Zavascki, Disponível em <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=4603954>>. Acesso em: 12 mar. 2016.

CALABRESI, Guido. Foreword: antidiscrimination and constitutional accountability (what the Bork-Brennan debate ignores). *Harvard Law Review*. Cambridge, vol. 105, p. 80-151, 1991-1992.

CANADÁ. *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. Ottawa, 1982. Disponível em <<http://laws-lois.justice.gc.ca/eng/Const/page-15.html>>. Acesso em: 8 jan. 2016.

CAPPELLETTI, Mauro. Necesidad y legitimidad de la justicia constitucional. *Tribunales constitucionales europeos y derechos fundamentales*. Trad. Luis Aguiar de Luque e Maria Garcia Rubio de Casas. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1984.

CARBONELL, Miguel. Nuevos tempos para el constitucionalismo. *Neoconstitucionalismo(s)*. Madri: Trotta, 2003.

COENEN, Dan T. A constitution of collaboration: protecting fundamental values with second-look rules of interbranch dialogue. *William and Mary law review*. Williamsburg, vol. 42, n. 5, p. 1575-1870, 2001.

COMANDUCCI, Paolo. Formas de (neo)constitucionalismo: un análisis metateórico. *Neoconstitucionalismo(s)*. Madri: Trotta, 2003.

DEVINS, Neal; FISHER, Louis. Judicial exclusivity and political instability. *Virginia Law Review*. Charlottesville, vol. 84, p. 83-106, 1998.

DIMOND, Paul R. *The Supreme Court and judicial choice: the role of provisional review in a democracy*. Ann Arbor: University of Michigan Press, 1989.

DIEFENBAKER, John. *Citizen`s Forum*. Toronto: Canadian Broacast Company, 1950. Disponível em: <<http://www.cbc.ca/archives/entry/john-diefenbaker-and-the-canadian-bill-of-rights>>. Acesso em 16 jan. 2016.

DOBROWOLSKI, Silvio. A necessidade de ativismo judicial no estado contemporâneo. *Seqüência: Estudos Jurídicos e Políticos*, Florianópolis, p. 99, jan. 1995. Disponível em: <<https://periodicos.ufsc.br/index.php/sequencia/article/view/15778/14280>>. Acesso em: 30 jan. 2016.

DURÃO, Mariana; AMORIM, Daniela. Juiz do caso Eike usa Porsche do empresário, diz advogado. O Estado de São Paulo. Disponível em <<http://economia.estadao.com.br/noticias/geral,juiz-do-caso-eike-usa-porsche-do-empresario-diz-advogado,1638816>>. Acesso em: 24 fev. 2015.

DWORKIN, Ronald. A bill of rights for Britain. *The Democracy Sourcebook*. Robert A. Dahl *et alli* (org.). Cambridge: The Massachusetts Institute of Technology Press, 2003.

_____. Constitutionalism and democracy. *European Journal of Philosophy*. vol. 3, issue 1, p. 2-11, 1995.

_____. Equality, democracy and constitution: we the people in the court. *Alberta Law Review*. vol. XXVIII, 1989-1990, p. 324-346.

_____. *Freedom`s law: the moral reading of the American constitution*. Cambridge: Harvard University Press, 1996.

_____. *Levando os direitos a sério*. Trad. Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

_____. *O império do direito*. Trad. Jefferson Luiz Camargo. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

ELY JR., James W.; HALL, Kermit L. *The Oxford guide to United States Supreme Court decisions*. 2. ed., New York: Oxford University Press, 2009.

ESTADOS UNIDOS. *The Constitution of the United States of America*, 17 de setembro de 1787. Disponível em <http://www.senate.gov/civics/constitution_item/constitution.htm>. Acesso em 15 jan. 2016.

FRIEDMAN, Barry. Dialogue and judicial review. *Michigan Law Review*. Ann Arbor, vol. 91, p. 577-682, 1992-1993.

_____. Mediated popular constitutionalism. *Michigan Law Review*. Ann Arbor, vol. 101, p. 2595-2632, ago. 2004. Disponível em <<http://ssrn.com/abstract=406620>>. Acesso em 25 fev. 2016.

GALVÃO, Jorge Octávio Lavocat. *O Neoconstitucionalismo e o fim do Estado de Direito*. São Paulo: Saraiva, 2014.

GARGARELLA, Roberto. Theories of democracy. The judiciary and social rights. In Roberto Gargarella, Pilar Domingo and Theunis Roux, editors: *Courts and Social Transformation in New Democracies*. An Institutional Voice for the Poor? Aldershot/Burlington: Ashgate, pp. 13-34.

GRIFFIN, Stephen. The age of Marbury: judicial review in a democracy of rights. *Tulane Law School Working Paper*. New Orleans, n. 2003, p. 1-73, set. 2003.

HÄBERLE, Peter. *Estado constitucional contemporâneo*. Trad. Marcos Augusto Maliska e Elisete Antoniuk. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

HAMILTON, Alexander. The appointing power of the executive. *The Federalist Papers*, n. 76. Disponível em <http://avalon.law.yale.edu/18th_century/fed76.asp>. Acesso em 10 jan. 2016.

_____. The Federalist n. 78: The judiciary department. *The Democracy Sourcebook*. Robert A. Dahl *et alli* (org.). Cambridge: The Massachusetts Institute of Technology Press, 2003.

HIEBERT, Janet. *Charter conflicts: what is the parliament role?* Montreal: McGill-Queen's University Press, 2002.

_____. Parliament and rights. *Protecting human rights: instruments and institutions*. Nova Iorque: Oxford University Press, 2003.

HIRSCHL, Ran. The judicialization of mega-politics and the rise of political courts. *Annual Review of Political Science*. Toronto, vol. 11, 2008. Disponível em <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1138008>. Acesso em: 2 fev. 2016.

_____. The new constitutionalism and the judicialization of pure politics worldwide. *Fordam Law Review*. Nova Iorque, vol. 75, n. 2, p. 721-754, 2006.

HOGG, Peter W.; BUSHELL, Allison A. The Charter dialogue between courts and legislatures (or perhaps the Charter of Rights isn't such a bad thing). *Osgood Hall Law Journal*. Toronto, vol. 35, issue 1, p. 75-124, 1997.

KATYAL, Neal Kumar. Judges as advicegivers. *Stanford Law Review*. Stanford, vol. 50, p. 1794-1832, jan. 1998.

KRAMER, Larry. *The people themselves: popular constitutionalism and judicial review*. New York: Oxford University, 2004

KMIEC, Keenan D. The origin and current meanings of "judicial activism". *California Law Review*, Berkeley, vol. 92, issue 5, art. 4, p. 1442-1457, out. 2004.

LUNA, Eric. Constitutional road maps. *Journal of criminal law and criminology*. Chicago, vol. 90, n. 4, p. 1125-1250, 1999-2000.

MENDES, Conrado Hübner. *Direitos Fundamentais, separação de poderes e deliberação*. Tese de doutorado defendida perante o Departamento de Ciência Política. São Paulo: USP, 2008.

MILHOMEM, Alan; SOUSA, Jefferson. Funcionários da TAM são conduzidos por determinação de juiz. Disponível em: <<http://imparante.globo.com/imperatriz/noticias/2014/12/07/funcionarios-da-tam-sao-conduzidos-por-determinacao-de-juiz.shtml>>. Acesso em: 24 fev. 2015.

NERY JUNIOR, Nelson; ABOUD, Georges. O CPC/2015 e o risco de uma juristocracia: a correta compreensão da função dos tribunais superiores entre o ativismo abstrato das teses e o julgamento do caso concreto. *Revista Brasileira de Direito Processual – RBDPro*, Belo Horizonte, ano 24, n. 93, p. 225-254, jan./mar. 2016.

NEVES, Marcelo. *Transconstitucionalismo*. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

NOBRE JÚNIOR, Edilson Pereira. Ativismo judicial: possibilidade e limites. *Revista de Direito Administrativo e Constitucional*. Belo Horizonte, ano 11, n. 43, jan./mar. 2011.

PAULA, Daniel Giotti de. Ainda existe separação de poderes? A invasão da política pelo direito no contexto do ativismo judicial e da judicialização da política. *As novas faces do ativismo judicial*. André Luiz Fernandes Fellet *et alli* (org.). Salvador: Juspodivm, 2011.

_____. Uma leitura crítica sobre o ativismo e a judicialização da política. *As novas faces do ativismo judicial*. André Luiz Fernandes Fellet *et ali* (org.). Salvador: Juspodivm, 2011.

PERRY, Michael J. *The constitution, the court and the human rights: an inquiry to the legitimacy of constitutional policymaking by the judiciary*. New Haven: Yale University Press, 1984.

PICKERILL, Mitchell J. *Constitutional deliberation in Congress: the impact of judicial review in a separated system*. Durham: Duke University Press Books, 2004.

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

REINO UNIDO. *Rights brought home: The Human Rights Bill*. Manifesto elaborado para debate no Parlamento britânico. Londres, 1997. Disponível em:

<https://www.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/263526/rights.pdf>. Acesso em 2 dez. 2015.

ROACH, Kent. *The Supreme Court on trial: judicial activism or democratic dialogue*. Toronto: Irwin Law, 2001.

SAMPAIO JÚNIOR, José Herval. Ativismo Judicial: autoritarismo ou cumprimento dos deveres constitucionais? *As novas faces do ativismo judicial*. André Luiz Fernandes Fellet *et alli* (org.). Salvador: Juspodivm, 2011.

SARMENTO, Daniel. O Neoconstitucionalismo no Brasil: Riscos e possibilidades. *Revista Brasileira de Estudos Constitucionais – RBEC*, Belo Horizonte, ano 3, n. 9, jan./mar. 2009. Disponível em <<http://bid.editoraforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=56993>>. Acesso em: 22 fev. 2015.

SANCHÍS, Luis Prieto. Neoconstitucionalismo y ponderación judicial. *Neoconstitucionalismo(s)*. Miguel Carbonell (org.), Madri: Trotta, 2003.

SILVA, Cecília de Almeida; MOURA, Francisco; BERMAN, José Guilherme; VIEIRA, José Ribas; TAVARES, Rodrigo de Souza; VALLE, Vanice Regina Lírio do. *Diálogos institucionais e ativismo*. 1ª ed. Curitiba: Juruá, 2010.

SILVA, Christine Oliveira Peter da. *Transjusfundamentalidade: diálogos transnacionais sobre direitos fundamentais*. Curitiba: CRV, 2014.

SILVA, José Afonso. *A aplicabilidade das normas Constitucionais*. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

SMITH, Stephen F. Taking lessons from the left?: Judicial activism from the right. *The Georgetown Journal of Law & Public Policy*. Washington, vol. 57, p. 57-80, 2002.

SOUZA, Jorge Munhós de. *Diálogo institucional e direito à saúde*. Salvador: Juspodivm, 2013.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. A justiciabilidade dos direitos sociais: críticas e parâmetros. In: SARMENTO, Daniel; SOUZA NETO, Cláudio Pereira de (Org.). *Direitos sociais – Fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

SUNSTEIN, Cass. *One case at a time: judicial minimalism on the Supreme Court*. Cambridge: Harvard University Press, 2001.

TASSINARI, Clarissa. *Ativismo Judicial: Uma análise da atuação do Judiciário nas experiências brasileira e norte-americana*. Dissertação de Mestrado em Direito. São Leopoldo: Universidade do Vale do Rio dos Sinos, 2012.

THAYER, James Bradley. The Origin and Scope of the American Doctrine of Constitutional Law, 7 *Harvard Law Review*, Cambridge, vol. 7, 1893, XXX.

VALE, André Rufino do. A deliberação no Supremo Tribunal Federal: Ensaio sobre alguns problemas e perspectivas de análise teórica. *Constitucionalismo e democracia*. André Fellet e Marcelo Novelino (org.). Salvador: Juspodivm, 2013.

VICTOR, Sérgio Antônio Ferreira. Interpretação constitucional e diálogo institucional entre os Poderes Legislativo e Judiciário: exame da decisão do STF na ADI 2.797. *O Supremo por seus assessores*. Beatriz Bastide Horbach e Luciano Felício Fuck (Coord.). Rio de Janeiro: Almedina, 2014.

VIEIRA, Oscar Vilhena. Supremocracia. *Revista Direito GV*, São Paulo, n. 8, p. 441-464, jul./dez. 2008.

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

WHITTINGTON, Keith E. Extrajudicial Constitutional Interpretation: Three Objections and Responses. *North Carolina Law Review*. Chapel Hill, Vol. 80, No. 3, p. 815-840, 2002