CENTRO UNIVERSITÁRIO AUTÔNOMO DO BRASIL

PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO

HENRIQUE DE ALMEIDA FREIRE GONÇALVES

ATIVISMO JUDICIAL E AUTOCONTENÇÃO NO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE DO BRASIL: POSSIBILIDADES E PERSPECTIVAS DIANTE DAS NORMAS DA CONSTITUIÇÃO DE 1988

CURITIBA

2020

H.A.F. GONÇALVES

ATIVISMO JUDICIAL E AUTOCONTENÇÃO SOB A PERSPECTIVA DA ATUAÇÃO DEMOCRÁTICA DO PODER JUDICIÁRIO

2020

HENRIQUE DE ALMEIDA FREIRE GONÇALVES

ATIVISMO JUDICIAL E AUTOCONTENÇÃO NO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE DO BRASIL: POSSIBILIDADES E PERSPECTIVAS DIANTE DAS NORMAS DA CONSTITUIÇÃO DE 1988

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação *stricto sensu* (Mestrado) em Direitos Fundamentais e Democracia do Centro Universitário Autônomo do Brasil – Unibrasil, como requisito à obtenção do grau de Mestre em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Bruno Meneses Lorenzetto

CURITIBA

2020

HENRIQUE DE ALMEIDA FREIRE GONÇALVES

ATIVISMO JUDICIAL E AUTOCONTENÇÃO NO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE DO BRASIL: POSSIBILIDADES E PERSPECTIVAS DIANTE DAS NORMAS DA CONSTITUIÇÃO DE 1988

Dissertação apresentada como requisito parcial para a obtenção do grau de Mestre no Curso de Pós-Graduação *stricto sensu* (Mestrado) em Direitos Fundamentais e Democracia, Centro Universitário Autônomo do Brasil - UniBrasil, pela seguinte banca examinadora:

Orientador: Prof. Dr. Bruno Meneses Lorenzetto
Centro Universitário UniBrasil

Membros: Profa. Dra. Claudia Maria Barbosa
Pontifícia Universidade Católica do Paraná

Prof. Dr. William Soares Pugliese
Centro Universitário UniBrasil

Curitiba, 27 de março de 2020.

RESUMO

A presente dissertação de mestrado se insere no debate sobre qual a postura adequada do Poder Judiciário em um sistema democrático com tripartição de poderes. Investigaram-se as posturas denominadas de “ativismo judicial” e “autocontenção”. De início, no primeiro capítulo se tentou expor o conceito e o histórico da postura. Quanto ao conceito, chegou-se à conclusão de que há grande variação de significado a depender de quem utiliza os termos, mas mesmo assim não se entendeu que são vazios de interesse acadêmico. Em relação ao histórico, apresentou-se o desenvolvimento de posturas mais ativas do judiciário, desde os Estados Unidos, passando pela Alemanha pós-guerra e pela disseminação pelo mundo do novo constitucionalismo, com um grande protagonismo do Judiciário.

No segundo capítulo, analisou-se a obra de quatro expoentes do debate sobre a postura adequada do Poder Judiciário: Jeremy Waldron, Samuel Issacharoff, David Strauss e Mark Tushnet. Além disso, fez-se análise sobre a aplicabilidade das teorias expostas no caso brasileiro. Em que pesem a inegável pertinência das críticas de Waldron e Tushnet, a conclusão parcial foi de que o Brasil é uma democracia frágil, adequando-se à descrição de Issacharoff. Sendo assim, poderia ser contraproducente sob o ponto de vista da manutenção da democracia simplesmente abrir mão de um judiciário razoavelmente ativo, em que pese a postura ativa do judiciário representar em si, como aduz Waldron, um déficit democrático.

No terceiro capítulo a análise se voltou, partindo da premissa fixada no capítulo anterior – que, ao menos por ora, o controle judicial de constitucionalidade é necessário – às formas pelas quais o Judiciário deveria exercer esse poder de modo a não desbordar em um puro e simples voluntarismo, trazendo alguma segurança jurídica; e, ainda, na hipótese de o Judiciário se recusar a se conformar com essas balizas, quais os instrumentos que estão à disposição do Poder Executivo e do Poder Legislativo para reagir. A conclusão parcial é que o exercício do controle de constitucionalidade deveria se dar dentro de uma teoria da argumentação que garanta coerência ao sistema, que deveria partir sempre da presunção de constitucionalidade das leis e que faz-se necessário levar a sério os precedentes constitucionais, a fim de evitar o casuísmo. Em relação aos meios de reação, concluiu-se que a grande maioria deles ou são débeis demais para dissuadir o Judiciário, ou representam uma ruptura grave demais para serem utilizados fora de situações-limite, não podendo ser banalizados. Além disso, concluiu-se que a alteração dos *designs* institucionais pode ser modulado, de modo que representem uma ruptura mínima e possam enfrentar

uma disfunção no sistema de maneira proporcional.

No quarto capítulo, desenvolveu-se mais a questão dos *designs* institucionais, apresentando formas diferentes de sistematizar o controle judicial de constitucionalidade. Discutiu-se a fundo o controle de constitucionalidade fraco e o protocolo de votação supermajoritário, defendendo ainda uma proposta híbrida entre os dois de modo a induzir a Corte Constitucional a produzir decisões mais consensuais, que não se resumam a uma simples contagem de votos com fundamentos desconexos.

Concluiu-se que não existirá um sistema perfeito enquanto se depender de seres humanos imperfeitos para conduzí-lo, mas isso não significa que se deve abandonar a busca por aperfeiçoamento das instituições para mitigar tais falhas. Um sistema com tripartição de poderes é melhor que um sistema absolutista porque as virtudes de uns podem servir para compensar as falhas de outros. Do mesmo modo, em um colegiado se reúnem diferentes pontos de vista, de modo que o ponto de vista de um possa lançar luz sobre um "ponto cego" posicional de outro. Sendo assim, o melhor sistema é aquele que lide melhor com as falhas dos operadores desse sistema.

Palavras-chave: Ativismo Judicial; Autocontenção; Freios e Contrapesos; Democracias Frágeis.

ABSTRACT

The present master's dissertation is part of the debate on what is the appropriate position of the Judiciary in a democratic system with tripartition of powers. The attitudes called “judicial activism” and “self-restraint” were investigated. In the first chapter, the concept and history of said postures were exposed. As for the concept, it was concluded that there is a great variation of meaning depending on who uses the terms, but even so it was not understood that they are empty of academic interest. In relation to history, there was the development of more active positions of the judiciary, from the United States, through post-war Germany and the spread of the new constitutionalism throughout the world, with a major role for the judiciary.

In the second chapter, the work of four exponents of the debate on the proper position of the Judiciary was analyzed: Jeremy Waldron, Samuel Issacharoff, David Strauss and Mark Tushnet. In addition, an analysis was made on the applicability of the theories exposed in the Brazilian case. Despite the undeniable relevance of Waldron's and Tushnet's criticisms, the partial conclusion was that Brazil is a fragile democracy, adapting to Issacharoff's description. Therefore, it could be counterproductive from the point of view of maintaining democracy to simply give up a reasonably active judiciary, despite the fact that the active position of the judiciary represents, as Waldron adds, a democratic deficit.

In the third chapter, the analysis turned, starting from the premise set in the previous chapter - that, at least for now, judicial control of constitutionality is necessary - to the ways in which the Judiciary should exercise this power so as not to overflow in a pure and simple voluntarism, bringing some legal certainty; and, also, in the event that the Judiciary refuses to conform to these standards, what instruments are available to the Executive and Legislative Power to react. The partial conclusion is that the exercise of constitutionality control should take place within a theory of argument that guarantees coherence to the system, that it should always start from the presumption of constitutionality of laws and that it is necessary to take constitutional precedents seriously, to in order to avoid casuistry. Regarding the means of reaction, it was concluded that the vast majority of them are either too weak to dissuade the Judiciary, or represent a rupture that is too serious to be used outside of limit situations and cannot be trivialized. In addition, it was concluded that the change in institutional designs can be modulated, so that they represent a minimal disruption and can face a dysfunction in the system proportionately.

In the fourth chapter, the question of institutional designs was further

developed, presenting different ways of systematizing judicial control of constitutionality. The weak constitutionality control and the supermajority voting protocol were thoroughly discussed, also defending a hybrid proposal between the two in order to induce the Constitutional Court to produce more consensual decisions, which are not limited to a simple counting of votes with grounds disconnected.

The conclusion was that there will not be a perfect system as long as it depends on imperfect human beings to conduct it, but that does not mean that the search for the improvement of institutions should be abandoned to mitigate such failures. A system with tripartite powers is better than an absolutist system because the virtues of some can serve to compensate for the failures of others. Likewise, in a collegiate, different points of view come together, so that the point of view of one can shed light on a positional “blind spot” of another. Therefore, the best system is the one that best deals with the failures of the operators of that system.

Keywords: Judicial Activism; Self-Restraint; Checks and Balances; Fragile Democracies.

SUMÁRIO

RESUMO.....**4**

ABSTRACT.....**6**

INTRODUÇÃO.....**11**

1. CONCEITO E HISTÓRIA DO ATIVISMO JUDICIAL.....**17**

1.1 CONCEITO DE ATIVISMO JUDICIAL E AUTOCONTENÇÃO.....17

1.2 UM BREVE HISTÓRICO DO ATIVISMO JUDICIAL.....21

1.2.1 Ativismo Judicial nos Estados Unidos.....22

1.2.1.1 Marbury v. Madison, a Era Lochner e o Abandono do Ativismo Judicial no New Deal.....22

1.2.1.2 Ativismo Judicial Progressista: Corte de Warren e Corte de Burger.27

1.2.1.3 A Virada Conservadora: Corte de Rehnquist.....30

1.2.1.4 Bush v. Gore.....36

1.2.1.5 Depois de Bush v. Gore: A Formação da Corte de Roberts e Dias Atuais.....42

1.2.2 A Expansão do Ativismo Judicial Pelo Mundo.....48

1.2.2.1 Europa e o Pós-Segunda Guerra Mundial.....50

1.2.2.2 A Expansão do Ativismo Judicial Após a Segunda Guerra: O Caso da *Basic Structure Doctrine*.....55

1.3 CONCLUSÃO PARCIAL.....60

2. POSICIONAMENTOS SOBRE O *JUDICIAL REVIEW*.....62

2.1 O POSICIONAMENTO DE JEREMY WALDRON.....62

2.2 O POSICIONAMENTO DE DAVID STRAUSS.....76

2.3 O POSICIONAMENTO DE MARK TUSHNET.....84

2.4 O POSICIONAMENTO DE SAMUEL ISSACHAROFF.....98

2.5 A APLICAÇÃO DOS POSICIONAMENTOS NO BRASIL.....110

2.5.1 Ativismo Judicial por *Design* Constitucional.....110

2.5.2 Precisamos do Controle Judicial de Constitucionalidade?.....118

2.6 CONCLUSÃO PARCIAL 131

3. A FORMA ADEQUADA DO EXERCÍCIO DO PODER PELA CORTE CONSTITUCIONAL E FORMAS DE REAÇÃO DOS DEMAIS PODERES EM CASO DE ABUSO 133

3.1 COMO DEVE A CORTE CONSTITUCIONAL EXERCER O SEU PODER.... 133

3.1.1 A Adoção de uma Teoria da Argumentação 133

3.1.2 Presunção de Constitucionalidade..... 142

3.1.3 Necessidade de uma Cultura de Precedentes Constitucionais..... 153

3.2 FREIOS E CONTRAPESOS AO ATIVISMO JUDICIAL 156

3.2.1 O Poder de Emendar a Constituição 163

3.2.2 O *Impeachment* de Juízes da Corte Constitucional 165

3.2.3 A Alteração do Número de Magistrados da Corte Constitucional 168

3.2.4 A Possibilidade de Retirar a Competência da Corte Constitucional Sobre Determinadas Matérias 170

3.2.5 A "Lei da Reação Antecipada" 171

3.2.6 A Dependência da Corte em de ser Provocada por Outros Atores: A Falta de "Poder de Agenda" da Corte Constitucional 172

3.2.7 A Dependência da Corte em Relação às Outras Instituições Políticas para Levar a Cabo suas Decisões: A Possibilidade de Deflagrar uma "Crise Constitucional" 173

3.2.8 O Processo de Escolha dos Magistrados da Corte Constitucional 176

3.2.9 A Manipulação da Idade de Aposentadoria dos Magistrados da Corte Constitucional 179

3.2.10 A Alteração de *Design* Institucional 181

3.3 CONCLUSÃO PARCIAL 183

4. *DESIGNS* INSTITUCIONAIS ALTERNATIVOS 185

4.1 O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE FRACO..... 185

4.2 O PROTOCOLO DE VOTAÇÃO SUPERMAJORITÁRIO 189

4.3 O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE HÍBRIDO 192

CONSIDERAÇÕES FINAIS **212**

REFERÊNCIAS **218**

INTRODUÇÃO

A presente dissertação de mestrado terá por objeto a investigação das posturas do ativismo judicial e a autocontenção, e a adequação de cada uma dessas posturas ao papel democrático do Poder Judiciário. Tem-se a possibilidade de um Judiciário omisso quanto à concretização da Constituição em caso de excessivo apego à autocontenção judicial. Por outro lado, é nítido que a postura ativista deve encontrar limites robustos, caso contrário as visões políticas do magistrado prevalecerão sobre a própria Constituição.

O país passa por um momento de polarização política da população[1] e de intensa crise de representatividade em relação aos membros eleitos dos poderes. Soma-se a isso a tendência de membros de instituições que deveriam salvaguardar a Constituição buscarem, cada vez mais, aceitação popular de suas atuações e repercussão midiática positiva, ainda que ao custo de ignorar o conteúdo legal e constitucional.

O Direito, e sobretudo o Direito Constitucional, é atingido por esse momento. Diversos juristas têm pautado suas manifestações mais por suas preferências ideológicas do que por análises técnicas dos problemas apresentados.

Nos países da América do Sul, inclusive o Brasil, tem-se a equivocada noção de que o ativismo judicial está ligado a uma postura progressista do Judiciário. Por essa razão, juristas progressistas têm se alinhado na defesa de um judiciário cada vez mais ativista. Contudo, historicamente o ativismo judicial não guarda relação com

[1] Desde 2013, destacam-se alguns eventos que demonstram o clima de intolerância política que tomou conta do país: (1) Em 2016, durante as manifestações pelo *impeachment* da então presidente Dilma Rousseff, instalou-se pela primeira vez na história um muro de metal de um quilômetro de extensão na esplanada dos Ministérios a fim de separar manifestantes pró e contra o governo (SERPA, 2016), dado o risco de que as pessoas de posições contrárias entrassem em conflito físico; (2) Em setembro de 2018, o então candidato a presidente Jair Bolsonaro foi esfaqueado durante um ato de campanha por um indivíduo de esquerda (JAIR, 2018) – nas redes sociais, apoiadores do candidato já culpavam "a esquerda" como um todo mesmo antes de surgir qualquer evidência, enquanto aqueles contrários ventilavam teorias conspiratórias de que o ataque foi uma farsa; (3) No dia das eleições presidenciais em 2018, o artista Rosário da Costa (conhecido como Moa do Katendê), de 63 anos, foi esfaqueado em um bar em Salvador. Segundo as investigações da polícia, a motivação do autor do crime seria porque a vítima teria manifestado contrariedade ao candidato à presidência Jair Bolsonaro (PORTAL G1, 2018); (4) No dia 27 de março de 2018, um ônibus de caravana a favor do ex-presidente Luiz Inácio Lula da Silva foi atingido por tiros no interior do Paraná, sendo uma das hipóteses que os disparos foram efetuados por opositores do ex-presidente (WURMEISTER e BITTENCOURT, 2018); (5) Em 07 de novembro de 2019, o jornalista Glenn Greenwald e o comentarista político Augusto Nunes participavam ao vivo do programa "Pânico", da Rádio Jovem Pan. Após Glenn chamar Augusto de "covarde", este agrediu aquele fisicamente (LARA, 2019) – Glenn Greenwald é tido como um jornalista identificado com a esquerda política, enquanto Augusto Nunes é considerado como identificado com a direita.

qualquer preconcepção política, podendo servir para fazer avançar pautas progressistas, conservadoras ou de qualquer outro alinhamento ideológico, à revelia da vontade popular.

Tem-se observado, ademais, frequentes violações aos limites semânticos e sintáticos das normas constitucionais, forçando interpretações descabidas do texto legal a fim de sobrepor a opinião do magistrado ao que efetivamente preconiza a lei. Muitas decisões não demonstram a mínima deferência à lei posta, gerando insegurança jurídica e exibindo profundo desrespeito ao sistema democrático.

A intenção desse trabalho é justamente demonstrar como um ativismo judicial ilimitado pode ser nocivo à democracia e resultar em posturas autoritárias, propondo limites à sua aplicação visando a preservação da segurança jurídica. A corte constitucional tem um papel contramajoritário[2], mas isso não significa que não se submeta a regra nenhuma e que pode se sobrepor ao resultado do processo democrático sempre que discordar do seu resultado final.

Mesmo as decisões que materialmente parecem razoáveis e garantidoras de direitos abrem precedente para o arbítrio e a imposição da vontade de membros de um poder sobre toda a sociedade. Como disse Ruy Barbosa, “a pior ditadura é a ditadura do Poder Judiciário. Contra ela, não há a quem recorrer”.

A pesquisa proposta é sobre tema de grande relevância no momento. Muito se produz em solo pátrio sustentando que o ativismo judicial seria um método eficaz de enfrentar a inércia do legislativo e a crise de representatividade em uma época em que o povo parece ter perdido completamente a confiança nos políticos. Assim, exalta-se o ativismo judicial como um mecanismo concretizador de direitos constitucionalmente previstos.

Por outro lado, salvo raras exceções, a defesa da autocontenção judicial, bem como os limites e críticas ao ativismo são temas abordados de maneira sucinta, com literatura muito mais densa na doutrina estrangeira.

[2] Alude-se aqui à chamada “dificuldade contramajoritária”, conforme descrita por Alexander Bickel (1986, p. 16-17): O *judicial review* é, por si, uma força contramajoritária dentro do sistema. Embora muitos tentem evitar essa realidade inescapável, o fato é que o *judicial review* consiste no controle, por uma minoria não representativa (magistrados não eleitos), de uma atividade de um corpo de representantes eleitos pela maioria do povo. Por mais que alguns digam que o controle de constitucionalidade judicial é exercido em nome do povo, conforme sua vontade expressa na Constituição, o fato é que quando a corte constitucional exerce o controle sobre a atividade legislativa dos representantes eleitos, ela não está exercendo o controle em nome da vontade da maioria, mas contra a vontade da maioria.

Considerando que o Brasil é uma democracia pouco madura, experimentando apenas períodos relativamente curtos de democracia sempre interrompidos por um e outro regime de exceção, é pertinente que se estude o enfrentamento deste tema por democracias mais consolidadas. É comum na América Latina que se tenha pouco apego pela democracia, sendo comum que se lembre de ditadores com certo saudosismo, celebrando as medidas adotadas e ignorando completamente a truculência e o autoritarismo que foram meio para adoção dessas medidas.

Isso acaba se refletindo na análise do ativismo no Brasil. Pensa-se apenas na correção ou incorreção do conteúdo material da decisão ativista, sem uma sincera preocupação com a questão se caberia ou não ao judiciário tomar aquela decisão e quando há insurgência contra o ativismo ela é pontual, justamente porque se discorda do conteúdo material de uma decisão específica. Tem-se um vácuo no que tange à análise da correção da forma da decisão. Poucos são os que se insurgem quanto a esse ponto e defendem abertamente que, embora concordem plenamente com o conteúdo material da decisão, não cabia ao Poder Judiciário decidir naquele caso.

Por conta disso é que se propõe pesquisar formas de se limitar o ativismo judicial a fim de evitar o arbítrio, a "juristocracia"[3]. Nessa linha, pretende-se investigar possíveis soluções para evitar o decisionismo sem que se descuide da concretização

[3] O termo juristocracia pode ser atribuído ao trabalho de Ran Hirschl e originalmente tem um significado mais estrito daquele aqui empregado. Ran Hirschl (2004, p. 8-9) defende que, na realidade, a deferência dos poderes eleitos ao judiciário é uma estratégia daqueles para evitar ter que se defrontar com questões delicadas, que invariavelmente desagradariam parte do eleitorado. Essa deferência decorre, portanto, de fatores políticos, não jurídicos. Por esse ponto de vista, a colocação de juízes e cortes constitucionais como os maiores culpados pela judicialização da política é ingênua e equivocada. Para Hirschl, contudo, a ascensão do judiciário se deve aos incentivos auto-interessados dos detentores de poder para adotar a deferência ao judiciário. Essa abordagem parte de quatro premissas. Primeiro, a deferência do legislativo ao judiciário e o fortalecimento do poder judiciário através da constitucionalização não se desenvolvem separadamente das lutas sociais, políticas e econômicas que dão forma a um dado sistema político. Na verdade, a expansão do poder judiciário é uma parte integral e uma importante manifestação dessas lutas, e não pode ser compreendida isoladamente. Segundo, ao se estudar as origens políticas da constitucionalização (assim como as origens políticas de outras reformas institucionais, é importante levar em consideração eventos que não ocorreram e a motivação dos detentores de poder político para não se comportarem de determinada forma. Terceiro, Instituições políticas e legais produzem distributivos diferenciais: elas privilegiam determinados grupos e indivíduos em detrimento de outros. Quarto, na medida em que o judiciário não tem meios de impor suas próprias decisões, mas mesmo assim limita a flexibilidade institucional dos poderes eleitos, a autolimitação voluntária através da transferência de poder das arenas majoritárias para as cortes parece, prima facie, contrária aos interesses dos detentores de poder no executivo e no legislativo. A explicação mais plausível para o fenômeno é que os detentores do poder estimam que observar os limites impostos pelo fortalecimento da intervenção judicial na esfera política serve aos seus interesses (HIRSCHL, 2004, p. 84). O significado do termo aqui empregado no presente trabalho é mais singelo. Refere-se simplesmente à possibilidade da tomada de poder por uma aristocracia de juízes, que decide as questões mais importantes para uma nação à revelia do processo democrático. Salienta-se, contudo, que esse significado destoa daquele originalmente pretendido por Hirschl.

dos direitos fundamentais e da submissão do executivo e do legislativo aos ditames constitucionais.

Ressalte-se que a pertinência da pesquisa proposta em relação à área de concentração – Direitos Fundamentais e Democracia – é evidente. O dilema entre a postura ativista ou a autocontida do magistrado reverbera diretamente na questão da concretização pelo Judiciário dos direitos fundamentais em contraponto aos limites democráticos para essa atuação. Isso porque o excesso de ativismo poderia fulminar a separação de poderes.

Outrossim, a linha de pesquisa eleita é adequada ao estudo pretendido. O ativismo judicial é proposto como um meio de concretização de direitos fundamentais e a análise do delicado balanço entre a concretização de direitos pela atuação do Poder Judiciário e o respeito à separação de poderes, conceito intrínseco à concepção moderna de democracia, mostra-se pertinente à linha de pesquisa em questão.

O problema que a presente pesquisa pretende enfrentar é, em síntese, como (e se) o ativismo judicial pode ser exercido em uma democracia sem que os próprios princípios democráticos sejam feridos. Para responder o problema de pesquisa, é necessário enfrentar algumas questões. Primeiro, a fim de contextualizar o problema de pesquisa é necessário compreender o que exatamente se entende por ativismo judicial e como se chegou até o atual estado de coisas. Em seguida, faz-se necessária uma revisão bibliográfica de alguns dos principais autores a respeito do tema com o objetivo de entender quais as principais críticas sobre o ativismo judicial e quais os principais argumentos em seu favor, concluindo-se parcialmente se, no caso brasileiro, o ativismo judicial é benéfico ou prejudicial à democracia. Na sequência, analisar-se-á como a jurisdição constitucional deve se comportar para evitar que o ativismo judicial represente arbítrio e insegurança jurídica. Por fim, admitindo que os demais poderes devem contar com mecanismos para coibir eventuais abusos sistemáticos do Poder Judiciário ao dar a “última palavra” sobre cada caso, o presente estudo se debruça sobre as possibilidades que Executivo e Legislativo contam para fazer com que o Judiciário não se exceda ao exercer o seu poder nesse novo contexto do constitucionalismo moderno.

Esse roteiro corresponde à divisão de capítulos deste trabalho, que pretende responder as seguintes questões: (1) qual o conceito do ativismo judicial e como surgiu o fenômeno? A seguir, (2) quais as vantagens e desvantagens do ativismo judicial? Após, (3) como o judiciário deve utilizar o *judicial review* sem incorrer em

excessos? e, ainda, (4 e 5) quais os mecanismos que os Poderes Legislativo e Executivo detêm para servir de contrapeso aos excessos do Poder Judiciário?

A pesquisa pretende estudar o conceito e a história do ativismo judicial. Em seguida, analisar-se-á os argumentos contrários e favoráveis a uma postura mais intervencionista do Poder Judiciário através do estudo pormenorizado de quatro importantes autores sobre o tema: Jeremy Waldron e Mark Tushnet, como autores contrários a uma atuação mais intensa do poder judiciário, e David Strauss e Samuel Issacharoff, que apresentam argumentos ressaltando a necessidade da intervenção do judiciário. Feita essa análise, a questão posta é saber até que ponto os argumentos dos autores encontram aplicabilidade no direito brasileiro. A nossa Constituição é muito diferente da Constituição dos Estados Unidos, sendo necessário responder duas questões: uma postura mais intervencionista é requerida pela Constituição? E, de uma forma ou de outra, desejamos uma postura intervencionista do Poder Judiciário?

Respondidas as perguntas, a pesquisa estabelece a maneira pela qual a corte deve exercer seu poder de modo a preservar minimamente a segurança jurídica. A seguir, passa-se a analisar os instrumentos de que dispõem os outros poderes para conter eventuais abusos do judiciário: (a) poder de emendar a constituição; (b) impeachment dos juízes; (c) alteração do número de magistrados da corte constitucional; (d) a possibilidade de reduzir o âmbito de competência da corte constitucional; (e) a chamada “lei da reação antecipada”; (f) a falta de poder de agenda da corte; (g) a possibilidade de crise constitucional; (h) o processo de escolha dos integrantes da corte; (i) a possibilidade de manipulação da idade de aposentadoria dos magistrados; e (j) a alteração do *design* institucional. Também serão estudados desenhos institucionais alternativos, nomeadamente o controle de constitucionalidade fraco, o protocolo de votação supermajoritário e o controle de constitucionalidade híbrido como formas de mitigar os problemas gerados pelo ativismo judicial.

Os métodos de abordagem propostos são o dialético e o indutivo, enquanto os métodos de procedimento serão o histórico e o comparativo. As técnicas de pesquisa serão a pesquisa documental e bibliográfica. A abordagem será multidisciplinar, como é multidisciplinar o fenômeno do ativismo judicial. Analisar o fenômeno sob uma ótica estritamente jurídica resultaria em uma perspectiva claudicante, que não consegue compreender inteiramente a realidade. O ativismo judicial tem sim um componente jurídico, mas é, ao mesmo tempo, um fenômeno

político, de teoria do estado, teoria da autoridade/do poder. O trabalho também se dedica a estudos de direito constitucional, além de tocar brevemente em temas de história do direito e teoria da argumentação para tentar dar um enfoque holístico ao fenômeno do ativismo judicial.

1. CONCEITO E HISTÓRIA DO ATIVISMO JUDICIAL

1.1 CONCEITO DE ATIVISMO JUDICIAL E AUTOCONTENÇÃO

O termo “ativismo judicial” foi utilizado pela primeira vez em um artigo da revista Fortune em 1947, por Arthur Schlesinger Jr. O criador não ofereceu uma definição clara para o termo (YUNG, 2011, p. 6).

A partir daí, o rótulo de “ativismo judicial” foi utilizado em uma variedade de formas. A primeira vez de que se tem notícia do uso do termo em uma decisão judicial foi em 1959. Desde então, tornou-se cada vez mais comum a utilização do termo em opiniões críticas a decisões judiciais de outros juízes. Corey Rayburn Yung relata que, nos Estados Unidos, alguns acadêmicos defendem o ativismo, mas o termo é normalmente carregado de conotação negativa (YUNG, 2011, p. 7).

Chamar algum nomeado para a Suprema Corte de “ativista” geralmente significa discordância em relação à nomeação; chamar uma decisão judicial de “ativista” geralmente aponta que não se gostou da decisão. O termo é notoriamente escorregadio e ambíguo (YUNG, 2011, p. 8). Nessa mesma linha, Richard Posner sustenta que, atualmente, o termo “autocontenção” é utilizado como um elogio vago, que serve a todos os propósitos, enquanto o termo “ativismo” é usado pejorativamente, mas de maneira igualmente vaga e que serve a todos os propósitos (POSNER, 2012, p. 533). Conforme Carlos Alexandre de Azevedo Campos (2012, p. 149), o termo “ativismo judicial” acaba servindo como uma espécie de substituto para “excesso judicial”. É uma ideia parecida com a de Roger Craig Green (2008, p. 1219), que descreve ativismo como o abuso do poder judicial sem supervisão, exercido para além das fronteiras do papel do judiciário.

Yung lista alguns elementos citados em obras diversas como traços do ativismo: (1) sobrepor a decisão judicial às ações dos outros poderes; (2) não seguir o significado textual da norma; (3) tomar decisão apartada da história ou tradição; (4) dar decisões maximalistas e não minimalistas; (5) atribuir-se poderes amplos; (6) basear decisões em preferências partidárias; (7) deixar de seguir a posição originalista; (8) dar decisão inconsistente com precedente; (9) exercer poder além da jurisdição da corte; (10) criar novos direitos ou teorias; (11) alterar doutrinas ou interpretações anteriores; (12) estabelecer uma política substantiva; e (13) não usar uma metodologia interpretativa aceita (YUNG, 2011, p. 10).

Yung sugere, então, que o conceito de ativismo é multidimensional, fazendo pouco sentido definir “ativismo” e “contenção” como parte de uma construção binária. Ao contrário, os termos devem ser vistos como as pontas de um contínuo, um espectro que descreve um aspecto do comportamento judicial (YUNG, 2011, p. 10). Percebe-se que as definições de ativismo judicial colhidas na doutrina por Yung podem até mesmo ser antagônicas. Se não seguir precedentes é ativismo, mas também não observar o originalismo é ativismo, o julgador pode se ver em uma situação em que há precedente para o caso *sub judice*, mas o precedente não observa o originalismo. Nesse caso, qualquer decisão poderia ser rotulada como “ativista”.

Há outros autores que tentaram definir ativismo judicial de maneira sintética. Patricio Alejandro Maraniello explica que “ativismo é toda atitude ativa, frontal e direta frente a diferentes obstáculos que podem se apresentar no caminho até um determinado objetivo” (MARANIELLO, 2012, p. 121).[4]

Já Luís Roberto Barroso entende que “a ideia de ativismo judicial está associada a uma participação mais ampla e intensa do Judiciário na concretização dos valores e fins constitucionais, com maior interferência no espaço de atuação dos outros dois Poderes”. (BARROSO, 2015, p. 548). Por outro lado, o “oposto do ativismo é a autocontenção judicial, conduta pela qual o Judiciário procura reduzir sua interferência nas ações dos outros Poderes” (BARROSO, 2015, p. 549).

David Strauss defende que uma definição razoavelmente clara é que ativismo é a predisposição pra declarar leis inconstitucionais, em oposição a dar o benefício da dúvida ao legislador (STRAUSS, 2010, p. 52).

Clèmerson Merlin Clève e Bruno Meneses Lorenzetto explicam que o ativismo judicial “se caracteriza por uma atuação jurisdicional forte, invasiva de domínios decisórios em geral pertencentes a outras esferas de poder” (CLÈVE; LORENZETTO, 2014, p. 293). Já a autocontenção “espelha uma postura de não interferência do Judiciário nas outras esferas de poder, relega a 'política para os poderes políticos' (dentro de uma construção da política que a compreende apartada do direito), possibilitando uma margem de atuação maior dos demais poderes no exercício de suas respectivas competências” (CLÈVE; LORENZETTO, 2014, p. 293).

Posner indica que a autocontenção pode assumir três principais significados: (1) juízes aplicam a lei, não fazem a lei; (2) juízes que prestam grande deferência para

[4] Tradução livre. No original: “activismo es toda actitud activa, frontal y directa frente a diferentes obstáculos que se pueden presentar em el camino hacia un determinado objetivo”.

outros oficiais (sejam cortes superiores, sejam outros poderes); (3) juízes que são muito relutantes em declarar ações do executivo ou do legislativo inconstitucionais (POSNER, 2012, p. 520-521).

Carlos Alexandre de Azevedo Campos (2012, p. 164) aposta em um conceito multimensional, condensando as lições de diversos autores para, ao fim, definindo ativismo como:

> O exercício expansivo, não necessariamente ilegítimo, de poderes político-normativos por parte de juízes e cortes em face dos demais poderes políticos, que (a) deve ser identificado e avaliado segundo os desenhos institucionais estabelecidos pelas constituições e leis locais; (b) responde aos mais variados fatores institucionais, políticos, sociais e jurídico-culturais presentes em contextos particulares e em momentos históricos distintos; (c) se manifesta por meio de múltiplas dimensões de práticas decisórias.

Embora algumas dessas definições indiquem que necessariamente o ativismo judicial significa uma interferência do judiciário nas ações dos outros poderes, também há quem defenda que o ativismo pode se dar por omissão. Um exemplo seria quando determinada corte deixa de declarar a inconstitucionalidade de uma lei claramente inconstitucional, uma vez que essa lei está alinhada aos interesses da corte (ALLAN, 2015, p. 73).

No presente trabalho, adotaremos uma definição próxima de Yung. Ativismo/autocontenção não é uma construção binária, mas um espectro: há decisões mais ativistas e decisões mais autocontidas, mas o próprio exercício do controle judicial de constitucionalidade já implica, de certa forma, uma interferência do judiciário em uma atividade de outro poder. A lista de traços do ativismo elaborada por Yung também servirá de norte para definir o que seria uma decisão mais ou menos ativista. Sobre a possibilidade de ativismo por omissão, admitir-se-á excepcionalmente a hipótese, mas apenas quando se demonstrar que o mesmo magistrado que prega a “autocontenção” em determinado caso é ativista quando o resultado interessa.

Deixar de declarar a inconstitucionalidade de lei claramente inconstitucional, por si, pode ser considerado como um exemplo de extrema autocontenção, se isso for coerente com o posicionamento em geral do juiz que emite a decisão. Talvez o magistrado apenas considere que deve se abster de declarar a inconstitucionalidade de praticamente qualquer lei, aceitando o resultado do procedimento democrático, exceto em algumas situações bem específicas. Nesse caso, o ativismo por omissão

só se revela quando observamos que a declarada “autocontenção” só ocorre porque, na verdade, os interesses do magistrado convergem com os interesses promovidos pela legislação em exame. O magistrado que só se escandaliza com a interferência do judiciário nos demais poderes quando os demais poderes agiram de acordo com suas preferências pessoais, mas se mostra perfeitamente contente em interferir quando os demais poderes contrariaram sua visão de mundo é inegavelmente um ativista. Isso se identificaria com o 6º ponto elencado por Yung: basear decisões em preferências partidárias.

Os indicadores utilizados para identificar uma decisão como mais ativista ou mais autocontida, portanto, serão os treze elementos sintetizados por Yung, admitindo-se, excepcionalmente, que o ativismo se dê por omissão.

Tem sido comum que se façam classificações do ativismo judicial. É interessante notar a possibilidade de ativismo judicial procedimental (*procedural judicial activism*). Uma descrição mais crítica do fenômeno é que o ativismo judicial procedimental é a invenção de regras procedimentais pelos juízes. Tal descrição está presente na análise de Goutam Jois (2010, p. 939). Roberto Berizonce (2013, p. 249) e Lucía Bellocchio (2016, p. 413) descrevem ativismo procedimental como uma ampliação dos poderes do juiz no comando e direção do trâmite processual, da instrução probatória e alcance da decisão. Já Guilherme Peña de Moraes (2019, p. 236), focado no processo constitucional, explica o ativismo procedimental como um maior grau de liberdade na configuração no processo, pondendo-lhe fornecer uma natureza dúctil, flexível e aberta às suas necessidades. Dmitri Dimoulis e Soraya Lunardi (2017, p. 226) afirmam que raramente é analisada a atuação criativa dos juízes constitucionais que se manifesta em relação às regras processuais. Segundo os autores, tem-se autocriação de regras processuais quando uma autoridade estatal estabelece normas e padrões que ela mesma deve seguir (DIMOULIS; LUNARDI, 2017, p. 227).

Como se vê, o chamado “ativismo procedimental” também se encaixa em diversos pontos elencados por Yung, sendo fenômeno que merece atenção pelo presente estudo.

Em linhas gerais, pode-se dizer que as definições dos termos “ativismo judicial” e “autocontenção” são escorregadias, variando conforme o autor ou mesmo conforme a intenção do autor. Apesar disso, não são termos sem interesse acadêmico ou que mereçam ser simplesmente descartados. No presente estudo, optou-se por

seguir a definição de Yung justamente por se tratar de uma definição mais abrangente e que enxerga o fenômeno como um espectro, um contínuo. Em ambos os extremos do contínuo tem-se decisões ilegítimas por incorrerem em excessos. Mas entre os extremos, há um amplo campo em que decisões ativistas ou autocontidas não são, por si, ilegítimas.

Estabelecido o conceito que adotar-se-á no presente estudo, passa-se a estudar a história do fenômeno no mundo a fim de melhor compreender o atual estado de coisas.

1.2 UM BREVE HISTÓRICO DO ATIVISMO JUDICIAL

Como destaca Carlos Alexandre de Azevedo Campos (2014, p. 41), se se escrevesse sobre a história geral do ativismo judicial, mais da metade dos esforços e do espaço de pesquisa seriam dedicados ao debate norte-americano. Os Estados Unidos são o berço do termo “ativismo judicial” e a principal arena do debate sobre o papel de juízes e cortes em uma democracia. O tema do ativismo judicial se confunde com a própria história do constitucionalismo.

Nos Estados Unidos, o debate sobre ativismo judicial transcende as fronteiras das academias de Direito e Ciências Políticas e é recorrente também na mídia e em campanhas eleitorais. É importante que se note que concentrar-se somente do caso dos Estados Unidos seria insuficiente. Em boa medida, a experiência do constitucionalismo dos Estados Unidos apresenta idiossincrasias que não se verificam nos demais países. Ainda assim, sem dúvida o constitucionalismo dos Estados Unidos exerce enorme influência no restante do mundo, e nenhum estudo sobre ativismo judicial estaria completo sem dedicar algumas páginas à sequência de eventos relacionados ao tema naquele país.

Ran Hirschl (2007, p. 7-8) destaca seis cenários que levaram ao estabelecimento do *judicial review* pelo mundo: (1) a onda da reconstrução, em que o fortalecimento do judiciário foi um subproduto da reconstrução política do pós-segunda guerra (exemplos: Japão, Itália, Alemanha, França); (2) o cenário da independência, em que a constitucionalização de direitos e o estabelecimento do *judicial review* se deram no contexto dos processos de descolonização (exemplos: Índia, Gana, Nigéria, Quênia); (3) o cenário de transição singular, em que a constitucionalização de direitos e o estabelecimento do *judicial review* se deram na

transição de regimes quase-democráticos ou autoritários para a democracia (exemplos: Brasil, Grécia, Portugal, Espanha, Nicarágua, Colômbia, Peru, Bolívia); (4) o cenário de transição dual, em que a transição não foi só do autoritarismo para a democracia, mas do socialismo para o capitalismo (exemplos: Rússia, Polônia, Hungria, República Tcheca, Eslováquia); (5) o cenário de incorporação, em que a constitucionalização é associada à incorporação de padrões legais internacionais, supranacionais ou transnacionais na lei doméstica (exemplos: Dinamarca, Suécia); e (6) o cenário sem transição aparente, em que as reformas constitucionais não foram *acompanhadas por* nem o *resultado de* mudanças fundamentais nos regimes políticos ou econômicos (exemplos: México, Canadá).

Apesar de cada um desses modelos de adoção de reformas constitucionais apresentar suas próprias questões a serem resolvidas, é possível afirmar que na questão da legitimidade democrática para a atuação do poder judiciário no controle de constitucionalidade há mais questões universais do que específicas. Os problemas narrados por autores de países com experiências históricas bem diferentes são essencialmente os mesmos, e o fenômeno é interligado entre os países, com a jurisprudência e a experiência de uns influindo diretamente nos outros.

Como se verá a seguir, frequentemente países como Brasil e Índia explicam a atuação de seus judiciários por acontecimentos históricos ocorridos na Alemanha. Países tão distintos e distantes como Bangladesh, Tanzânia e Belize citam diretamente jurisprudência desenvolvida na corte constitucional indiana. A jurisprudência da Suprema Corte dos Estados Unidos tem reflexo na prática das cortes constitucionais por todo o mundo, muitas vezes com citação direta dos precedentes desenvolvidos naquele país.

Esse cenário justifica um estudo comparado, uma vez que o ativismo judicial não surge espontaneamente no Brasil, mas é uma onda que se instala em diversos países, com a experiência de uns influenciando o surgimento em outros. Inicia-se pelo estudo da história do ativismo em seu berço, os Estados Unidos.

1.2.1 Ativismo Judicial nos Estados Unidos

1.2.1.1 Marbury v. Madison, a Era Lochner e o Abandono do Ativismo Judicial no *New Deal*

Em 1803, a Suprema Corte dos Estados Unidos decidiu o célebre caso *Marbury v. Madison*, mudando para sempre a história do Direito Constitucional no mundo. Em 1800, o Presidente John Adams, do Partido Federalista, não conseguiu a reeleição, perdendo as eleições presidenciais para Thomas Jefferson, do partido democrático-republicano. Em março de 1801, dois dias antes do final do mandato de John Adams, este nomeou vários apoiadores do partido federalista para cargos de juiz de paz recentemente criados. Os diplomas de alguns destes nomeados – dentre eles, William Marbury – não foram entregues até o término do mandato de John Adams.

Após a posse, o presidente Thomas Jefferson instruiu seu novo Secretário de Estado – James Madison – a interromper os trâmites para a nomeação. No final de 1801, após repetidas recusas de Madison para entregar o diploma de William Marbury, este ajuizou *writ of mandamus* perante a Suprema Corte, pedindo o reconhecimento de sua nomeação e a entrega de seu diploma. À época, presidia a Suprema Corte o justice John Marshall, indicado pelo ex-presidente federalista John Adams.

A habilidade política de John Adams acabou por entrincheirar o *judicial review* na jurisprudência dos Estados Unidos. Diferentemente da Constituição do Brasil de 1988, não há nada na Constituição dos Estados Unidos que determine que a Suprema Corte poderia declarar a inconstitucionalidade dos atos dos poderes eleitos, caso entendesse haver alguma incompatibilidade entre o ato e a Constituição. Este fato fez com que críticos do *judicial review* apontassem que a decisão de *Marbury v. Madison* (1803) incorreu em petição de princípio.

A petição de princípio é uma falácia lógica em que as premissas que se utiliza para se chegar a uma conclusão se confundem com a própria conclusão. No caso de *Marbury v. Madison* (1803), quando a Suprema Corte declara que a Constituição, corretamente interpretada, determina que o judiciário deve ter a última palavra sobre a constitucionalidade dos atos praticados, parte necessariamente da premissa de que é a Suprema Corte que tem a última palavra sobre a interpretação da Constituição. A Suprema Corte ter o poder de dar a interpretação final da Constituição é um pressuposto para que ela própria possa interpretar a Constituição e decidir que tem esse poder.

A habilidade de John Marshall na decisão se revelou quando a Suprema Corte disse que William Marbury *teria* direito à nomeação e diplomação. Contudo, como o *Judiciary Act* de 1789, que dava a competência originária à Suprema Corte para julgar o *writ of mandamus* em questão, era inconstitucional, a Suprema Corte não poderia

decidir naquele sentido, por lhe faltar competência. Como o resultado final da atuação da Corte foi favorável às pretensões do executivo, deu-se pouquíssima importância à introdução do *judicial review* como precedente.

Também merece menção o caso *Thomas Bonham v. College of Physicians* (1610), da Inglaterra, conhecido também como "*Dr. Bonham's case*", tido por alguns como o primeiro caso de *judicial review* (HELMHOLZ, 2009, p. 325). No caso, Thomas Bonham, formado em medicina pela Universidade de Cambridge, na Inglaterra, foi proibido de exercer a profissão em Londres pelo Royal College of Physicians, a menos que tirasse uma licença. Bonham continuou praticando a medicina sem a licença, ignorando o Royal College of Physicians, que primeiramente aplicou uma multa, e depois determinou sua prisão, nos dois casos utilizando uma delegação real (*royal grant*) expressamente confirmada por ato do Parlamento (HELMHOLZ, 2009, p. 325).

Bonham propôs ação na *Court of Common Pleas*, chefiada pelo *justice* Sir Edward Coke. Alegava Bonham que o prestígio da Universidade de Cambridge seria suficiente para atestar sua proficiência médica, sendo absurdo exigir que fosse licenciado por outra universidade para praticar a medicina. A Corte deu razão a Bonham.

O grande problema em se apontar o caso do Dr. Bonham como a primeira ocorrência do *judicial review* é que, à época, era bem firme a posição – expressada inclusive por Edward Coke – a respeito da supremacia do parlamento (HELMHOLZ, 2009, p. 328). A aceitação de uma "lei natural" determinando que ninguém deveria ser juiz de seu próprio caso não era contrária à obediência à soberania do parlamento, ao menos não era vista assim à época (HELMHOLZ, 2009, p. 332). Isso não significava que o judiciário teria o poder de declarar atos legislativos inválidos porque eles não se conformavam às leis naturais (HELMHOLZ, 2009, p. 346). Conclui Helmholz que o caso Bonham não deve ser tomado como exemplo de *judicial review*.

A maior parte da doutrina conclui, portanto, que o nascedouro do controle judicial de constitucionalidade se deu no caso *Marbury v. Madison* (1803), nos Estados Unidos. Houve um hiato relativamente longo até que a Suprema Corte dos Estados Unidos se utilizasse novamente da prerrogativa estampada nesse precedente. Mas, embora *Marbury v. Madison* (1803) não seja exemplo de ativismo judicial, foi esse caso que plantou as sementes que possibilitaram o surgimento do fenômeno anos depois. Se o judiciário tinha a última palavra sobre a correta interpretação da constituição, era ele que definiria suas próprias balizas, os seus próprios limites. A

partir daí, para o surgimento do ativismo bastou que o judiciário decidisse que a correta interpretação da constituição exigia a expansão do seu campo de atuação.

Segundo Jerold Waltman, o ativismo judicial propriamente dito surgiu no período entre 1890 e 1937, na Suprema Corte dos Estados Unidos. Nessa época, os *justices* da Suprema Corte acreditavam que a Constituição determinava que as pessoas deveriam ser livres para conduzir suas vidas de maneira relativamente independente de regulação estatal (WALTMAN, 2015, p. 21). As regulações necessárias e razoáveis eram permitidas, mas eram os juízes, não os legisladores, que decidiam o que era necessário e razoável (WALTMAN, 2015, p. 22).

O caso central desse período, que deu o nome pelo qual normalmente é referida essa época, foi *Lochner v. New York*, decidido em 1905 (WALTMAN, 2015, p. 25). O estado de Nova Iorque editou lei que limitava o máximo que os padeiros poderiam trabalhar em 60 horas por semana. A Suprema Corte decidiu que os padeiros poderiam trabalhar quantas horas desejassem, e que não cabia ao Estado tomar essa decisão no lugar dos indivíduos, dado que a liberdade era o princípio constitucional que norteava a nação. A partir daí, o período ficou conhecido como *era Lochner*.

Grande parte das normas declaradas inconstitucionais nessa época, tal como ocorrido em *Lochner v. New York* (1905), tratava de direitos sociais, sobretudo a regulamentação de trabalho. A Suprema Corte, entendendo que a Constituição prescrevia uma sociedade de ideologia libertária, repetidamente frustrou tentativas legislativas de editar leis trabalhistas. Nessa era, 170 leis trabalhistas foram declaradas inconstitucionais pela Suprema Corte (WALDRON, 2006, p. 1348). Diferentemente do que muitos acreditam, portanto, a origem do ativismo judicial se deu para resguardar um liberalismo econômico ortodoxo. E, como se verá a seguir, não há nenhuma linha ideológica associada ao ativismo judicial, sendo este apenas um instrumento que pode servir às mais diversas concepções de sociedade. O ativismo judicial não é, de maneira alguma, de esquerda ou de direita, ou necessariamente vinculado a determinado posicionamento.

Concordando que a origem histórica do ativismo judicial foi a era Lochner, tem-se a posição de Clèmerson Merlin Clève e Bruno Meneses Lorenzetto (CLÈVE; LORENZETTO, 2014, p. 294) e também Luís Roberto Barroso (BARROSO, 2012, p. 26).

Em meados dos anos 1930, a Suprema Corte entrou em repetidos embates

com o *New Deal* do presidente Franklin Roosevelt, o que ocasionou o fim da era Lochner. Chegou-se a cogitar aumentar o número de *justices* de 9 para 15. Em 1937, a Suprema Corte começou a mudar o tom, e declarou constitucional uma lei do estado de Washington que instituía salário mínimo, no caso *West Coast Hotel Co. v. Parrish* (1937). Em 1941, após 6 nomeações de *justices* por Roosevelt, a Suprema Corte definitivamente abandonou a doutrina defendida durante a era Lochner. Os casos críticos nesse período foram *United States v. Darby Lumber Co.*[5] (1941) e *Wickard v. Fillburn*[6] (1942). Em razão do arrefecimento dos ânimos da Suprema Corte, o plano de *court packing* (aumento do número de magistrados) foi deixado de lado.

Mas nessa mesma época, enquanto a Corte se afastava do ativismo judicial da era Lochner, plantava as sementes para a próxima rodada de ativismo. Num caso que não parecia ter especial relevância, uma nota de rodapé inserida em *United States v. Carolene Products Co.* (1938) serviu de precedente para o que estava por vir.

A nota de rodapé 4 do julgado de Carolene Products, introduzida pelo *justice* Harlan Stone, dava conta de que *naquele* julgado se estaria utilizando um nível de escrutínio mínimo, porque se tratava de uma regulação econômica. Contudo, outros tipos de caso, como legislação dirigida a minorias, justificariam um *standard* mais alto de *judicial review* (WALTMAN, 2015, p. 26-28)[7].

Essa nota de rodapé – conhecida como a mais famosa nota de rodapé da história do direito constitucional (MILLER, 1987, p. 397) – não teve consequências por

[5] O Congresso dos Estados Unidos criou o *Fair Labor Standards Act* em 1938, criando regulações trabalhistas. A empresa Darby Lumber Co. conseguiu decisão favorável do judiciário local, sob o argumento que o governo federal não poderia interferir em situações que fossem estritamente locais, conforme a décima emenda à Constituição dos Estados Unidos. Essa decisão foi revertida pela Suprema Corte em 1941. Na decisão, a corte afirmou o poder do Congresso para regular "comércio interestadual", o que englobava o poder de determinar como se daria a produção e, consequentemente, como se daria a relação entre a empresa e seus empregados.

[6] Em Wickard v. Fillburn, de 1942, a Suprema Corte aumentou o poder regulatório do governo federal de maneira dramática. No caso, Roscoe Fillburn plantava trigo em sua fazenda exclusivamente para alimentar seus animais. Na época, o governo dos Estados Unidos estabelecera limites para a produção de trigo para estabilizar o preço e o suprimento de trigo. O fundamento constitucional para essa regulação, mais uma vez, era a *Commerce Clause*, que dava poderes ao congresso dos Estados Unidos para regular o comércio interestadual. Fillburn plantou mais do que os limites estabelecidos para a sua propriedade, sendo-lhe imposta uma multa. A imposição foi questionada judicialmente. O argumento de Fillburn era que o trigo não era vendido, então a sua produção não poderia ser regulada enquanto comércio interestadual. A decisão da Suprema Corte não acolheu o argumento, decidindo que as atividades de plantação de Fillburn reduziam a quantidade de trigo que ele compraria no livre mercado para alimentar seus animais e, portanto, afetavam indiretamente o mercado de comércio interestadual de trigo.

[7] Anota Toobin (2007, p. 244) que, conforme os precedentes evoluíram, ficou claro que se a corte fosse examinar uma lei sob escrutínio estrito (*strict scrutiny*), tal lei seria considerada invariavelmente inconstitucional.

anos[8], mas foi utilizada para fundamentar decisões em inúmeros campos durante a chamada Corte de Warren.

1.2.1.2 Ativismo Judicial Progressista: Corte de Warren e Corte de Burger

Earl Warren foi nomeado *chief justice* da Suprema Corte em 1953 – 15 anos após o julgamento de Carolene Products, portanto – e iniciou um ativismo judicial de viés "liberal"[9], ao contrário do que ocorrera no surgimento do ativismo.[10]

A Corte de Warren pode ser dividida em dois períodos: 1953-1962 e 1962-1969. No primeiro período, o caso central foi *Brown v. Board of Education* (1954), tido como um marco na proteção de minorias e combate ao racismo. Mas exceto nesse caso, a Corte de Warren não foi especialmente ativista no primeiro período. Em 1962, aposentaram-se os *justices* Charles E. Whittaker[11] e Felix Frankfurter[12], que foram

[8] Não se pode deixar de notar a similaridade entre a sequência de eventos em *Carolene Products* e em *Marbury v. Madison*. Mais uma vez, um precedente é inserido em uma decisão sem nenhuma consequência prática imediata, mas que, anos depois, mostrou-se imensamente importante.

[9] Nos Estados Unidos, o termo "liberal" é utilizado para denominar as posições à esquerda no espectro político e não para denominar as posições ligadas ao liberalismo clássico. O termo, traduzido para manter seu significado, provavelmente significaria algo próximo de progressista. A posição ligada ao liberalismo clássico é geralmente chamada, nos Estados Unidos, de *libertarian*, enquanto *liberal* designa posições em geral identificadas com a esquerda política. Desse ponto em diante, utilizar-se-á o termo "progressista" para denominar essas posições, de modo a melhor preservar o sentido da tradução do termo.

[10] Interessante anotar que Clèmerson Merlin Clève e Bruno Meneses Lorenzetto (2016, pp. 43 e seguintes) desenvolvem, na esteira dos diferentes níveis de escrutínio desenvolvidos em *Carolene Products*, um argumento sobre diferentes níveis de intensidade que o STF deveria adotar para exercer a jurisdição constitucional. Na opinião dos autores, uma atuação forte seria reservada para dois casos: (1) defesa das condições para o exercício da democracia em matérias que envolvam (i) liberdade de expressão, (ii) proteção do processo democrático, (iii) proteção de minorias, (iv) direitos básicos que sejam condição necessária para a dignidade da pessoa humana, e (v) direitos sociais, especialmente os prestacionais; e (2) contra leis perfeccionistas, sejam de esquerda (todos devem ser solidários, generosos, bons e virtuosos) ou de direita (criminalização indevida de condutas)

[11] Nomeado pelo presidente Dwight Eisenhower em 02 de março de 1957, Whittaker era considerado como o *swing vote* em uma Suprema Corte dividida. Conforme Howard Ball (BALL, 2006, p. 126), o voto de Whittaker era vacilante, e geralmente se agregava ao grupo que argumentou por último, que não necessariamente era o melhor argumento. Normalmente rotulado como um "fracasso" na Suprema Corte (SMITH, 2005, p. 1), Whittaker teve uma passagem curta, marcada por sua indecisão no caso mais importante que a Corte apreciou durante o seu período – *Baker v. Carr* (1962). Whitakker sofreu um colapso nervoso e se aposentou, apresentando dificuldade em lidar com a pressão do cargo de *justice* da Suprema Corte (SMITH, 2005, p. 205).

[12] Conforme Posner (POSNER, 2012, p. 530-531), Frankfurter era um defensor apaixonado da doutrina de James Bradley Thayer – portanto, era a favor de uma corte constitucional contida, com extrema deferência ao legislador. Eram características de Frankfurter um intenso patriotismo e um forte sentimento anticomunista. Apesar de sua manifesta adesão ao Thayerismo, Frankfurter é considerado um *justice* extremamente político, e em determinados casos abandonava a retórica da autocontenção – no caso da segregação nas escolas públicas (Brown v. Board of Education [1954]), foi um dos *justices* mais vocais em defender a inconstitucionalidade da segregação. Não obstante, na maioria dos casos, era um fervoroso defensor da autocontenção judicial.

substituídos por Byron White[13] e Arthur Goldberg[14] (este, mais tarde, mas ainda durante a Corte de Warren, também substituído por Abe Fortas[15]).

Foi com a integração desses novos *justices* que se deu a verdadeira revolução do ativismo progressista na Suprema Corte. O princípio norteador desse segundo período era a pergunta "isso é justo?". Uma vez definido que determinada solução era justa e correta, as opiniões da corte se desprendiam das amarras da justificação legal tradicional. Não é dizer que a Suprema Corte nunca tenha feito isso antes, mas sim que nunca o fez de maneira tão frequente e aberta.

O caso extremo era o do *justice* Abe Fortas. Há relatos de que ele escrevia suas opiniões sem nenhuma referência a materiais legais, entregava a seus assessores e dizia para encontrar algum embasamento para fazer com que aquela opinião soasse como uma decisão judicial (WALTMAN, 2015, p. 28-29)[16]. William Brennan, outro *justice* dessa época (ingressou na corte em 1956), também dizia para seus assessores que a lei mais importante para a Suprema Corte era a lei dos cinco: com cinco votos, você pode fazer o que bem entender (TOOBIN, 2007, p. 99-100).

Entre os casos célebres deste segundo período da Corte de Warren estão *Mapp v. Ohio* (1961), que determinou que provas obtidas em buscas ilegais não podem ser aceitas em juízo; *Gideon v. Wainwright* (1963), que determinou que o estado custeasse assistência jurídica aos acusados em processos criminais; *Miranda v. Arizona* (1966), que determinou que a previsão constitucional de que ninguém deve ser compelido à autoincriminação acarreta o dever de a polícia informar a quem for preso os seus direitos (*Miranda warnings*); e *Griswold v. Connecticut* (1965), que

[13] A jurisprudência de Byron White se baseava na crença que a lei deve refletir uma avaliação pragmática das circunstâncias às quais a lei será aplicada. Sua abordagem da lei começava com uma orientação prática, baseada nos fatos. Para White, o realismo legal era uma ferramenta para fazer avançar a igualdade política e econômica necessária para um sistema democrático justo e efetivo, conforme a sua visão (IDES, 1993, p. 456-457).

[14] Goldberg permaneceu menos de três anos na Suprema Corte, renunciando ao cargo para servir como embaixador dos Estados Unidos na Organização das Nações Unidas. No seu curto período como justice da Suprema Corte, Goldberg – que tinha em seu currículo envolvimento com um sindicato de metalúrgicos e participação ativa na luta trabalhista pós-crise de 1929 – foi considerado como alinhado à ala progressista (HORWITZ, 1993, p. 12).

[15] Abraham Fortas é um dos magistrados mais ligados ao ativismo judicial progressista (HALL, 1995, p. 325). Fortas chegou a ser indicado por Lyndon Johnson ao cargo de *chief justice* da Suprema Corte, após a aposentadoria de Earl Warren. Em sua decisão, Johnson destacou o quanto a corte se deslocou para um papel mais ativista e o papel que Fortas desempenhou nesse movimento (HALL, 1995, p. 321).

[16] De maneira muito similar, afirmou-se abertamente em um julgamento do Supremo Tribunal Federal que "o juiz, ao defrontar-se com uma lide, deve idealizar a solução mais justa para a controvérsia, valendo-se, nesta primeira fase, apenas da formação humanística que possua. A seguir, então, em respeito à almejada segurança nas relações jurídicas, passa ao cotejo da solução com os preceitos legais pertinentes à hipótese" (Supremo Tribunal Federal, Recurso Extraordinário 140.265/SP, voto do Ministro Marco Aurélio, 20/10/1992, p. 638

entendeu que o direito constitucional à privacidade proscrevia a criação de lei proibindo que os médicos orientassem casais ao uso de contraceptivos.

Mesmo assim, foi o caso *Brown v. Board of Education of Topeka* (1954), ocorrido no período menos ativista da Corte de Warren, que teve a maior repercussão. Na realidade, até hoje o caso é tido como o maior exemplo dos avanços possíveis pela atuação ativista de uma corte constitucional. Nesse julgado, ocorreu o *overrule* de *Plessy v. Ferguson* (1896), precedente da Suprema Corte que acatou a noção do separados, mas iguais (*separate but equal)*. O precedente superado chancelava, portanto, a segregação racial, desde que serviços iguais fossem oferecidos nos estabelecimentos só para brancos ou só para negros.

Linda Carol Brown tinha que andar seis quarteirões até o ponto de ônibus para pegar o ônibus até sua escola, Monroe Elementary, que era exclusiva para negros. Enquanto isso, a escola Summer Elementary, exclusiva para brancos, situava-se a seis quarteirões de sua casa. O pai de Linda, Oliver Brown, figurou como autor da ação. Em 17 de maio de 1954 a Suprema Corte, por 9-0, decidiu em favor da família Brown, entendendo que a 14ª emenda da Constituição dos Estados Unidos vedava a segregação de crianças com base em cor.

Olhando em retrospectiva para a odiosa forma como os negros eram tratados nos anos 1950 nos Estados Unidos, hoje é tranquilo afirmar que a atuação da Suprema Corte se deu no sentido de corrigir um absurdo. É claro, muitos outros absurdos continuaram (e continuam) ocorrendo em relação à minoritária população negra nos Estados Unidos, mas é inegável, pelo menos de um ponto de vista substancial, que a decisão de *Brown v. Board of Education of Topeka* (1954) representou um avanço na direção da concretização dos direitos fundamentais, de uma sociedade mais igualitária e justa. A Corte de Warren teve seu fim com a aposentadoria de Earl Warren, em 1969.

No campo da política, Richard Nixon ganhou a disputa para o cargo de presidente prometendo um fim ao reinado de progressismo da Suprema Corte. Em três anos, Nixon teve a sorte de contar com quatro nomeações para a corte (HOWARD, 1972, p. 445). Para presidir a corte após a aposentadoria de Earl Warren, Nixon escolheu Warren Burger. Burger era visto como alguém com notada inclinação conservadora, e se esperava que a Suprema Corte logo teria uma aguda virada ideológica. Em algumas áreas, de fato, a Corte de Burger foi nesse sentido. Nos procedimentos criminais, por exemplo, houve uma atenuação das garantias

estabelecidas na Corte de Warren. No entanto, na ampla maioria das áreas, não houve mudança. Na verdade, em algumas áreas do direito constitucional, houve uma decidida expansão progressista.

A Corte de Burger foi denominada de "a contrarrevolução que não foi" (*the counter-revolution that wasn't* – BLASI, 1986) e chegou-se a afirmar que a Suprema Corte sob Burger foi mais progressista do que sob Warren (MALTZ, 2000, p. 33; TOOBIN, 2007, p. 14)[17]. A decisão ativista mais marcante do período foi o caso *Roe v. Wade* (1973), em que se entendeu que decorria do direito constitucional à privacidade o direito da mulher a interromper a gravidez durante o primeiro trimestre de gestação (WALTMAN, 2015, p. 34).

As Cortes de Warren e Burger se diferenciam da Suprema Corte da era Lochner em alguns aspectos. Primeiramente, aquelas tinham viés progressista. Segundo a Suprema Corte da era Lochner limitou seu ativismo à área econômica, enquanto as Cortes de Warren e Burger trataram de inúmeros assuntos. Finalmente, as Cortes de Warren e Burger encontraram novos direitos e atacaram leis e precedentes que estavam em vigor há muito tempo, enquanto a Suprema Corte da era Lochner se ocupou principalmente de legislação recente.

Em razão das Cortes de Warren e Burger, o ativismo judicial ganhou um grande número de defensores na doutrina dos Estados Unidos. Em resumo, o ativismo progressista se tornou a posição ortodoxa entre os acadêmicos de direito (WALTMAN, 2015, p. 34-35). Essa admiração irrestrita duraria até a Suprema Corte relembrar a todos que o ativismo judicial não tem uma ideologia pré-definida. Como ocorrido na gênese do ativismo durante a era Lochner, a Suprema Corte pode adotar um ativismo de viés conservador.

1.2.1.3 A Virada Conservadora: Corte de Rehnquist

Em 1980, o conservador Ronald Reagan derrotou Jimmy Carter nas eleições presidenciais. O clima na *Yale Law School* era de luto. Um dos professores cancelou

[17] Em sentido contrário, mesmo admitindo que a pretendida contrarrevolução conservadora não ocorreu nessa época, Carlos Alexandre de Azevedo Campos (2014, p. 80) assevera que, embora bem menos conservadora do que esperavam Nixon e os Republicanos, a Corte de Burger foi "realmente menos liberal do que a Corte Warren". O mesmo autor (CAMPOS, 2014, p. 81), porém, que "[e]m geral, a Corte Burger, para além de Roe, manteve e até avançou, em alguma medida, a doutrina liberal da Corte Warren em decisões sobre liberdade de expressão [...], segregação racial, discriminação de gênero e ações afirmativas".

a aula para conversar com os alunos sobre os acontecimentos no país. Ao final da conversa, o professor perguntou aos alunos quem havia votado em Reagan. De uma turma de noventa estudantes, apenas dois levantaram a mão. Um desses dois era Steven Calabresi, que teria um impacto significativo em um futuro próximo.

A maioria dos professores e alunos de direito, como se vê, eram progressistas. Mas mesmo as universidades não estavam imunes às tendências que estavam empurrando a política estadunidense para a direita. Calabresi, junto com outros dois amigos – Lee Liberman e David McIntosh – decidiram começar uma organização que serviria como plataforma para discutir e defender ideias conservadoras no pensamento jurídico. Chegaram a considerar nomear a organização de "sociedade Alexander Bickel" ou "sociedade Ludwig von Mises", mas, por fim, decidiram-se por "Sociedade Federalista" (*Federalist Society*), em homenagem àqueles que lutaram pela ratificação da Constituição dos Estados Unidos.

O conselheiro de Calabresi na Yale Law School era um professor chamado Robert Bork. Liberman e McIntosh começaram uma ramificação da Sociedade Federalista em Chicago. Recrutaram como o primeiro acadêmico conselheiro um professor chamado Antonin Scalia. Como se verá a seguir, tanto Bork quanto Scalia acabaram apontados por Reagan para vagas na Suprema Corte.

A ideia de uma organização jurídica conservadora veio em um período perfeito, e isso não se deveu apenas à ascensão Republicana na política eleitoral. Nesse período, conquanto o progressismo reinasse supremo nas escolas de direito, a sua influência para além da academia era quase nula, muito em razão das direções escolhidas pelos próprios acadêmicos progressistas. Na década de 1960, os maiores nomes da academia escreviam artigos que deram sustentação intelectual às decisões da Corte de Warren. Já na década de 1980, os fracassos da administração de Carter fizeram com que muitos Democratas tradicionais abandonassem a realidade pragmática em favor de uma paixão mais abstrata e exótica.

Entrava em cena um movimento chamado *Critical Legal Studies*. Escorando-se no trabalho de autores como o marxista italiano Antonio Gramsci e o pós-estruturalista francês Jacques Derrida[18], os adeptos do *Critical Legal Studies*

[18] Saliente-se que, como expõem Juliana Neuenschwander Magalhães e José Antonio Rego Magalhães (2016, p. 103), no "contexto norte-americano, porém, pode-se dizer (...) que a obra de Derrida nem sempre foi bem interpretada, não só por seus detratores, mas inclusive por aqueles que entusiasmadamente abraçavam a desconstrução. Estes, como veremos, ora a receberam como uma arma poderosíssima, capaz de ser brandida contra todas as opressões em nome de um projeto político predeterminado, ora a adaptaram ao pensamento

atacavam a ideia de que a lei poderia ser um sistema de princípios neutros, ou mesmo um sistema que poderia criar uma sociedade mais justa. A lei (ou, pelo menos, o direito em uma sociedade burguesa[19]) seria somente um instrumento de opressão que os fortes usavam contra os fracos.

Fugiria completamente ao escopo deste trabalho discutir os méritos desta corrente de pensamento. O importante é salientar o fato de que os estudos jurídicos críticos, conforme alega Toobin, não produziram qualquer consequência fora da academia. Ao adotar uma retórica niilista e extremista em relação ao direito, muitos dos pensadores progressistas se fecharam em uma bolha de debate acadêmico e se ausentaram dos debates ocorridos nos tribunais, deixando o campo completamente aberto para os movimentos conservadores tomarem conta (TOOBIN, 2007, p. 15-16).

Ao contrário dos conservadores de outrora, que diante do ativismo progressista se limitavam a clamar por maior autocontenção judicial, os Federalistas eram mais audaciosos. Eles não acreditavam em autocontenção judicial, mas em um ativismo judicial de viés conservador (TOOBIN, 2007, p. 17). Enquanto muitos intelectuais e políticos conservadores continuavam a ressaltar as virtudes da autocontenção judicial, a nova geração defendia um conservadorismo mais assertivo, que abraçasse o ativismo judicial (WALTMAN, 2015, p. 41-42).

A administração de Reagan começou a contratar membros da Sociedade Federalista como assessores e, também, nomeá-los para os tribunais. A mudança

jurídico (liberal) de forma a despojá-la de toda sua força, domesticando-a. O que tornou-se tão amplamente conhecido, aclamado, odiado como 'a desconstrução' é então, pretendemos afirmar, em grande medida uma série de caricaturas do pensamento de Derrida, de tal modo a fazer-se necessária uma cautelosa reconsideração dessa recepção, evitando assim pontos de partida que podem ser pouco profícuos". Tratando especificamente da utilização da "desconstrução" de Derrida pelos adeptos do *critical legal studies*, Jack M. Balkin assevera que os acadêmicos jurídicos de esquerda viram na descontrução uma forma de questionar as ortodoxias legais (2005, p. 720). Conforme Balkin (2005, p. 721), não houve, pelo menos a princípio, nenhuma tentativa de ponderar se a desconstrução tem um necessário ou ao menos predominante viés progressista, ou se, ao contrário, era uma doutrina particularmente inadequada para a crítica política porque ameaçava os fundamentos de qualquer programa político ou concepção filosófica de justiça social. Para Balkin, de maneira bem problemática a partir do ponto de vista desconstrucionista, a apropriação da desconstrução pela ala progressista da academia jurídica pretendia criticar algumas (mas não outras) doutrinas como incoerentes, queria mostrar como algumas (mas não outras) partes da lei eram injustas, e desejavam demonstrar que algumas (mas não outras) formas de pensar tinham indesejáveis efeitos ideológicos, escondendo importantes características da vida social e promovendo injustiças (BALKIN, 2005, p. 721). É importante a distinção: A crítica de Toobin não se dirige propriamente à obra de Derrida (ou à de Gramsci), mas sim à (muitas vezes problemática) utilização de tais obras pelos adeptos dos *critical legal studies*.

[19] Conforme Antonio Gramsci: "pode-se fixar em dois grandes 'planos superestruturais': o que pode ser chamado de 'sociedade civil' (isto é, o conjunto de organismos designados vulgarmente como 'privados') e o da 'sociedade política ou Estado', planos que correspondem, respectivamente à função de 'hegemonia' que o grupo dominante exerce em toda a sociedade e aquela de 'domínio direto' ou de comando, que se expressa no Estado e no governo 'jurídico'" (GRAMSCI, 2006, pp. 20-21)

ideológica da Suprema Corte iniciou-se em 1986, com a aposentadoria do *chief justice* Warren Burger. Reagan escolheu como novo *chief justice* William Rehnquist (nomeado para a corte por Richard Nixon), e para a cadeira vaga apontou o Federalista Antonin Scalia. Mas mesmo antes disso, Reagan já contara com outra nomeação para a Suprema Corte em 1981, escolhendo a Republicana Sandra Day O'Connor. O *justice* Lewis Powell se aposentou em 1987, dando a Reagan outra nomeação. Após as malsucedidas nomeações de Robert Bork (outro proeminente membro da *Federalist Society*) e Douglas Ginsburg, Reagan conseguiu que Anthony Kennedy fosse confirmado pelo Senado.

Reagan foi sucedido por George Bush, outro republicano, que dispôs de mais duas nomeações decorrentes das aposentadorias de William Brennan e Thurgood Marshall, escolhendo David Souter e Clarence Thomas. Todos os aposentados compuseram a Corte de Burger, sendo que alguns também compuseram a Corte de Warren. E todos foram substituídos por presidentes republicanos, alterando profundamente o viés ideológico da corte. A Corte de Rehnquist, que durou até 2005, foi notoriamente ativista e de viés conservador[20].

Apesar de a Corte de Rehnquist ter sido o suficiente para muitos acadêmicos progressistas repensarem seu suporte irrestrito ao ativismo judicial, para os Republicanos ela ainda não era *conservadora o suficiente*. Muito embora, em boa parte do período da chefia de Rehnquist, dos 9 justices da Suprema Corte nada menos que sete tenham sido nomeados por presidentes Republicanos – Rehnquist, Scalia, O'Connor, Thomas, Souter, Kennedy e John Paul Stevens – a maioria deles não estava alinhada às novas pautas surgidas da aproximação entre evangélicos e o Partido Republicano, ocorrida no final dos anos 1980. Apenas Scalia e Thomas eram magistrados suficientemente conservadores, conforme a opinião de boa parte do eleitorado Republicano.

O *chief justice* Rehnquist exemplificava muito bem esse fato. Pode-se dizer que Rehnquist era um Republicano à moda antiga[21]. Suas posições se baseavam em um entendimento da constituição dos Estados Unidos no sentido da descentralização

[20] Dentre outros, os seguintes autores constatam a ocorrência de um ativismo judicial de viés conservador na corte de Rehnquist: Balkin e Levinson (2001); Larry Kramer (2000); Cass Sunstein (2001).

[21] Em sentido contrário, Carlos Alexandre de Azevedo Campos (2014, p. 79) chama Rehnquist de "ultraconservador" – o mesmo adjetivo que usa para qualificar Antonin Scalia (2014, p. 83).

do poder da federação para os estados[22], o que se somava a um liberalismo econômico ortodoxo. Essas suas linhas mestras por vezes o faziam convergir com o anseio dos estadunidenses conservadores, mas, por outras, faziam-no votar em sentido diametralmente oposto daquele querido por eles. O Partido Republicano se deslocou para mais à direita, e Rehnquist não acompanhou essa mudança.

Por exemplo, Rehnquist votou de acordo com os desejos dos conservadores em *Planned Parenthood v. Casey* (1992). No caso, por muito pouco não ocorreu o *overrule* de *Roe v. Wade*. Três *justices* – O'Connor, Souter e Kennedy – mudaram de lado nos últimos instantes, fazendo uma apertadíssima maioria de 5-4 a favor da manutenção do precedente firmado anteriormente e mantendo a vedação de que os estados estipulem leis proibindo o aborto. Mas a posição de Rehnquist se baseia menos em uma avaliação moral do ato do aborto, que é o mote dos conservadores atuais, e mais em uma posição pela descentralização federativa. Rehnquist entendia que os estados não deviam ser obrigados nem a autorizar e nem a proibir o aborto. Simplesmente a matéria não deveria ser decidida em nível federal, mas estadual.

Essa mesma lógica colocaria Rehnquist em oposição aos desejos dos conservadores em casos como *Gonzales v. Raich* (2005). O caso tratava do cultivo de maconha sob orientação médica, o que uma lei da Califórnia expressamente autorizava e a legislação federal proibia. Como não se estava tratando de comércio interestadual, a opinião de Rehnquist era que não cabia ao governo federal intervir. O que os conservadores queriam eram magistrados como Scalia, que seguia à risca a pauta ideológica do momento (Scalia votou pela validade da proibição federal da maconha).

Ainda assim, o escopo e a velocidade do sucesso conservador foram impressionantes. Em cerca de uma década, ideias que estavam à margem da respeitabilidade intelectual alcançaram uma maioria aparente na Suprema Corte (TOOBIN, 2006, p. 25). Pela primeira vez em muito tempo, a corte utilizou a *commerce clause* para limitar os poderes do governo federal.

A *commerce clause* (Art. I, Seção 8, Cláusula 3 da Constituição dos Estados Unidos) estipula que o congresso dos Estados Unidos tem o poder de regular o comércio com nações estrangeiras e entre os estados e entre as tribos indígenas.

[22] David S. Day (1990, p. 675) anotou, logo nos primeiros anos da corte de Rehnquist, que o conceito de federalismo era uma grande preocupação doutrinária daquela corte. Conforme Eric Claeys (2005, p. 792), William Rehnquist era provavelmente o mais entusiasmado federalista da corte.

Como se viu, há muito a Suprema Corte entendia que a interpretação dessa cláusula se deva no sentido de que mesmo situações com conexões extremamente tênues e hipotéticas com comércio interestadual.

No já citado *Wickard v. Filburn* (1942), por exemplo, entendeu-se que o governo federal poderia regulamentar a produção de trigo para consumo próprio com base na *commerce clause*. O trigo não seria comercializado, muito menos de maneira interestadual, mas a decisão afirmava que Roscoe Filburn compraria menos trigo em razão de sua produção própria, e se várias pessoas fizessem o mesmo, o comércio de trigo a nível nacional seria afetado em razão da queda na demanda pelo produto.

Na corte de Rehnquist, o tratamento da *commerce clause* foi muito mais restrito. Um exemplo claro dessa tendência ocorreu em um caso dos anos 1990. Em 10 de março de 1992, Alfonso Lopez Jr., um estudante do ensino médio, chegou à Edison High School, em San Antonio, Texas, portando uma arma de fogo e cinco munições. Alfonso foi descoberto, e respondeu inicialmente acusações de ter violado uma lei texana que proibia o porte de arma dentro de escolas. Contudo, agentes federais no dia seguinte acusaram Alfonso de ter violado legislação federal: a *Gun-Free School Zones Act*, de 1990.

O caso *United States v. Alfonso D. Lopez Jr.* (1995) marcou a primeira vez desde 1937 que a Suprema Corte dos Estados Unidos declarou a inconstitucionalidade de qualquer legislação federal com base na *commerce clause*. Na sustentação oral, o procurador-geral Drew S. Days III foi submetido a uma sabatina pelos *justices* republicanos. O'Connor questionou se a mera posse de qualquer coisa no perímetro escolar consistiria em comércio e, sobretudo, comércio interestadual. Scalia, com a sua tradicional ironia, perguntou ao procurador se, nos últimos 20 anos, alguma vez o congresso considerou que existia alguma matéria que a Constituição colocou a salvo do seu poder regulamentador.

Breyer, nomeado pelo presidente democrata Bill Clinton, fez a seguinte argumentação: armas se deslocam através do comércio interestadual. As pessoas evitarão se mudar para locais no país onde crianças sejam assassinadas nas escolas por armas de fogo e, se o governo federal não puder fazer nada a respeito, talvez a economia vá pelo ralo (*down the drain*) de mil maneiras óbvias diferentes. Se um pouco de trigo cultivado para consumo próprio afeta o comércio interestadual, certamente armas em escolas também afetam.

De nada adiantou a argumentação de Breyer. Por 5-4, a *Gun-Free School*

Zones Act foi declarada inconstitucional, com voto redigido pelo *chief justice* William Rehnquist.

Mas, como dito, a verdade é que a "revolução conservadora" da corte de Rehnquist foi muito menos impactante do que gostariam os conservadores estadunidenses. Ao final do segundo mandato de Clinton, o ressurgimento de algumas limitações ao poder legislativo federal e a quase reversão de *Roe v. Wade* no caso *Planned Parenthood v. Casey* não eram suficientes para satisfazer os adeptos do Partido Republicano. De outro lado, boa parte dos progressistas ainda considerava que, se o preço a pagar pelas incontáveis vitórias na época de Warren e Burger era o moderado *backlash* vivenciado na era Rehnquist, o ativismo judicial valia a pena.

O momento realmente definidor da era Rehnquist viria a seguir. No dia 12 de dezembro de 2000, pela primeira vez na história dos Estados Unidos, a Suprema Corte decidiu quem seria o próximo presidente do país (CHEMERINSKY, 2001, p. 1093). E decidiu em favor dos conservadores.

1.2.1.4 Bush v. Gore

Nos Estados Unidos, a votação presidencial ocorre por colégio eleitoral. As eleições são compartimentadas nos estados, de modo que são os estados que votam e os eleitores daquele estado decidem em quem o estado deve votar. Se 50,5% dos eleitores do Texas votarem no candidato Republicano e 95% dos eleitores da Califórnia votarem no candidato Democrata, no colégio eleitoral o Texas empenhará 100% dos seus votos para o Republicano e a Califórnia 100% dos seus votos para o Democrata. O que importa é ganhar as eleições nos estados. Em uma eleição estadual, uma vitória apertada conta o mesmo que uma vitória avassaladora.

Em 2000, o Republicano George W. Bush e o Democrata Al Gore disputaram uma eleição extremamente concorrida. Um único estado era a diferença entre o vencedor e o derrotado, a Flórida. E nesse estado decisivo, a diferença de votos havia sido de algumas poucas centenas.

Três emissoras de televisão estadunidenses chegaram a cravar que a Al Gore ganhara a eleição na Flórida, o que significaria que também ganhara a eleição presidencial – NBC, CBS e ABC (TOOBIN, 2007, p. 167). Pouco tempo depois, as mesmas redes disseram que Bush garantira a vitória no estado. Em seguida, afirmaram que a votação estava apertada demais na Flórida para fazer uma previsão.

No final da contagem, Bush tinha 2.909.135 votos, e Gore 2.907.351, uma diferença de 1.784 votos no estado que decidiria a eleição presidencial. Pela lei da Flórida, uma vitória por uma margem tão apertada tem por consequência uma imediata recontagem de votos. Após a recontagem, os votos que separavam Bush e Gore caíram para incríveis 327, ou 0,0056%. 327 votos eram o que separavam o até então presidente eleito do candidato derrotado, em um país com cerca de 300 milhões de habitantes.

A ínfima diferença gerou controvérsia. O foco imediato foi no condado de Palm Beach, o maior em área no estado da Flórida e historicamente o de maior inclinação pelos Democratas. A administradora local da eleição, Theresa LePore, preocupada com a grande população idosa do condado[23], resolveu alterar o tamanho da fonte nas cédulas eleitorais: ao invés da tradicional fonte tamanho 10, usou-se uma fonte tamanho 12. A mudança resultou na disposição dos candidatos em duas páginas, mas com a marcação a ser realizada no meio da cédula. O arranjo deixou Patrick Buchanan, candidato pelo pequeno "partido da reforma" (*Reform Party*), como a segunda opção na cédula, com Gore vindo logo em seguida. A cédula heterodoxa resultou em 3.704 votos para Buchanan, mais que o triplo de votos que recebera em qualquer outro condado. O próprio Buchanan admitiu que a intenção da maioria dos votantes que acabaram votando nele em Palm Beach era votar em Gore (TOOBIN, 2007, p. 169).

Corroborando essa impressão do próprio Buchanan, o condado de Palm Beach é considerado um reduto do partido Democrata, sendo que nas eleições de 2000 Al Gore conseguiu uma expressiva maioria de 62% do total de votos. Era de se esperar que Buchanan, um candidato de direita, recebesse proporcionalmente menos votos em um condado com tais inclinações políticas (SMITH, 2002, p. 441). De acordo com a análise estatística de Richard L. Smith (2002, p. 458), não há como explicar a votação de Buchanan em Palm Beach a partir de variação estatística normal e, pelos seus cálculos, a provável distorção foi de pelo menos 2500 votos. Outra análise em profundidade da votação (WAND et al., 2001, p. 803) sustenta que o número de votos por engano em Buchanan foi de cerca de 2300. Como algumas urnas não utilizaram

[23] Nos Estados Unidos, mudar-se para a Flórida após a aposentadoria é uma decisão relativamente comum. Há grande diferença no tratamento tributário de aposentados entre os estados norte-americanos, bem como de custo de vida, facilidade de se deslocar a pé, criminalidade etc. Levando esses fatores em consideração, a revista Forbes listou os 25 melhores lugares para se aposentar nos Estados Unidos, sendo que 5 deles são localizados na Flórida. (BARRETT, 2019).

as polêmicas cédulas novas, foi possível verificar que, em Palm Beach, a probabilidade de um eleitor votar ao mesmo tempo no candidato do partido Democrata para o Senado e em Buchanan para presidente era seis vezes maior nas urnas que adotaram a cédula heterodoxa, em comparação com as urnas que adotaram a cédula tradicional (WAND et al., 2001, p. 803).

Com base na lei eleitoral do estado da Flórida, Gore pediu a recontagem manual dos votos de quatro dos sessenta e sete condados, procedimento denominado "protesto" (*protest*). Não por coincidência, os quatro condados escolhidos eram os quatro que historicamente tinham a maior inclinação pelo Partido Democrata: Palm Beach, Broward, Miami-Dade e Volusia. Os aliados de Bush protestaram, ajuizando uma ação na corte federal em Miami que pedia que se parasse a contagem, que nem sequer havia começado. A fundamentação era que Gore fora seletivo, escolhendo apenas os quatro condados com mais chances de lhe favorecer. Essa seletividade, segundo o peticionante, violava a igualdade (*Equal Protection Clause*). Como anota Toobin (2007, p. 171), esse problema poderia ser facilmente resolvido com Bush pedindo tantas recontagens manuais quanto quisesse, nos condados que quisesse. Mas esse não era o ponto.

A ação não teve êxito, mas era só o começo da onda de litigância das eleições de 2000. Na Suprema Corte, o *justice* Anthony Kennedy, relator natural de qualquer demanda proveniente da Flórida, já enviava memorandos aos seus colegas com as últimas notícias do estado. Mesmo nessa fase inicial da controvérsia e sem nenhuma ação judicial em curso na Suprema Corte, Kennedy já sabia onde essa celeuma seria resolvida.

A lei estadual da Flórida era bastante favorável às pretensões de Al Gore. A legislação local era bem aberta a pedidos de recontagem, preferindo a repetição de procedimentos a aumentar o risco de uma eleição decidida por equívoco. Por outro lado, o estado era governado pelo irmão do candidato Republicano, Jeb Bush. Mas, aparentemente, o governador não influiu diretamente na controvérsia. Quem tentou foi a secretária de estado Katherine Harris, que pretendia usar a oportunidade para ascender na hierarquia do Partido Republicano. O cargo de Harris servia como uma espécie de árbitro das eleições estaduais, muito embora seja ocupado, nos diferentes estados, por membros dos partidos Democrata e Republicano. Até essas eleições, tratava-se de um cargo relativamente obscuro, que não tinha especial relevância.

A lei estadual da Flórida dizia que o secretário de estado deveria certificar o

resultado no sétimo dia após o início da recontagem, mas que também poderia permitir que o período de recontagem fosse prorrogado. Harris decidiu que não haveria prorrogação, embora três dos quatro condados (Miami-Dade, Broward e Palm Beach) não houvessem encerrado a recontagem no sétimo dia. Mais uma vez, a corte federal da Flórida foi acionada, e mais uma vez a decisão foi favorável a Al Gore: em 21 de novembro de 2000, a corte estadual da Flórida decidiu que Harris não tinha discricionariedade para encerrar a votação e extendeu o período de recontagem em quase duas semanas (BALKIN, 2001, p. 118). Importante notar: Na época, todos os sete membros da Suprema Corte da Flórida foram nomeados por governadores Democratas (TOOBIN, 2007, p. 174).

Em 17 de novembro, uma sexta-feira, a Suprema Corte da Flórida determinou, provisoriamente, que se continuasse a recontagem. No dia 21 de novembro, terça-feira, a Suprema Corte estadual determinou, em caráter definitivo, que a recontagem deveria prosseguir por mais cinco dias, e Harris só poderia certificar o resultado da eleição na Flórida dia 26 de novembro. Não há nenhuma justificativa na decisão que indique a razão pela qual foram concedidos cinco dias, e não quatro, ou seis, ou qualquer outra quantidade de dias.

Uma peculiaridade dos Estados Unidos é que o gerenciamento das eleições se dá, como se vê, por leis estaduais. Tradicionalmente a Suprema Corte dos Estados Unidos não se imiscui na interpretação da legislação estadual, que deve ficar a cargo das cortes estaduais. Até então, a Suprema Corte dos Estados Unidos nunca havia se pronunciado sobre a contagem de votos nos estados. Mas a questão foi levada à Suprema Corte pelo Partido Republicano, e a corte, por 5 a 4, aceitou se manifestar sobre o caso. Não só isso, mas também foi acatado o pedido de “consideração acelerada” (*expedited consideration*), um pedido raramente deferido na Suprema Corte. Para finalizar, a agenda dos procedimentos proposta pelo Partido Republicano não foi inteiramente aceita: a Suprema Corte propôs um rito ainda mais célere, algo virtualmente sem precedentes (TOOBIN, 2007, p. 178). A sustentação oral foi marcada para 1 de dezembro, enquanto os peticionantes pediam para o dia 5 de dezembro.

Em 26 de novembro, contudo, encerrou-se o prazo de recontagem determinado pela Suprema Corte do Estado da Flórida. Katherine Harris certificou o resultado da eleição: Bush venceu, por 537 votos. Os aliados de Gore protocolaram uma contestação (*contest*), medida cabível para questionar o resultado após a certificação (antes da certificação, como visto acima, a medida é o *protest*). E o caso

aceito pela Suprema Corte, *Bush v. Palm Beach County Canvassing Board* (2000), dizia respeito ao *protest* anterior à certificação. A decisão teve pouco significado prático, mas o voto de Rehnquist continha um alerta velado para os magistrados da Suprema Corte da Flórida para que não houvesse mais ativismo nesse caso. Os *justices* O'Connor e Scalia externaram que, nas suas percepções, os magistrados da Flórida estavam reescrevendo a lei eleitoral local de modo a ajudar Gore.

Nas cortes da Flórida, a *contest* de Gore ficou sob incumbência do juiz N. Sanders Sauls. No caso *Albert Gore Jr. v. Katherine Harris*, o juiz Sauls, um conhecido reacionário, deu uma decisão puramente especulativa. Nela, o magistrado admite que havia se demonstrado erro dos votantes e também da apuração, mas, ainda assim, não haveria probabilidade razoável de que o resultado da eleição seria diferente se os votos fossem corretamente contados. Exigiu, ainda, uma prova que era impossível na prática: de acordo com a decisão, Gore deveria provar a probabilidade razoável de prevalecer no caso de recontagem de votos, e ele não se desincumbiu desse ônus probatório (CHEMERINSKY, 2001, p. 1095). Os advogados de Gore, é claro, recorreram novamente à Suprema Corte do Estado da Flórida. Novamente, a Suprema Corte do Estado da Flórida decidiu a favor de Gore.

A decisão da Suprema Corte da Flórida reverteu a certificação da votação em alguns condados, de modo que a vantagem de Bush caiu de 537 para 154 ou 193 (decidiu-se que caberia ao juiz de primeiro grau, Sauls, determinar se o número correto era 154 ou 193). Também se determinou a recontagem manual de todas as urnas do estado da Flórida onde isso ainda não tivesse ocorrido, e que tal recontagem começaria imediatamente.

Os advogados de Bush levaram novamente a questão à Suprema Corte dos Estados Unidos. O pedido era para suspender imediatamente a recontagem de votos. Fundamentalmente, o recurso era mais político do que jurídico. A questão posta nas entrelinhas era que uma corte estadual com uma agenda claramente democrata estava criando o caos em uma eleição ao inventar regras eleitorais (TOOBIN, 2007, p. 188). Enquanto estava na Suprema Corte da Flórida, a ação era conhecida como *Gore v. Harris*. Mas os advogados de Bush, ao levarem a questão à Suprema Corte, mudaram a legenda para outra que ficaria conhecida pela história: *Bush v. Gore*.

Em 9 de dezembro, por 5-4 (Rehnquist, O'Connor, Kennedy, Scalia e Thomas formaram a maioria), a Suprema Corte determinou, provisoriamente, que se parasse a recontagem. No voto vencido de John Paul Stevens, o justice enumerou as três

regras de autocontenção judicial que sempre guiaram a Suprema Corte e que estavam sendo ignorados no caso: (1) nas questões relativas à legislação estadual, a Suprema Corte consistentemente respeita as decisões finais das cortes estaduais; (2) nas questões cuja resolução incumbe, ao menos em larga medida, a outro dos Poderes do Governo Federal, a jurisdição deve ser estreita e exercida com cautela; (3) em questões constitucionais que não foram apresentadas de maneira justa à corte cuja decisão é atacada perante a Suprema Corte, tradicionalmente a decisão é recusar expressar uma opinião a respeito. Para Stevens, a recontagem de votos legais jamais poderia ser considerada como um dano irreversível.

No dia do 10 de dezembro, um dia antes da sustentação oral, a posição de três *justices* era clara. Rehnquist, Scalia e Thomas estavam revoltados com o comportamento da Suprema Corte da Flórida e não estavam dispostos a mudar de ideia: a eleição deveria acabar imediatamente, com a vitória de Bush. No dia da sustentação oral, 11 de dezembro, O'Connor se uniu aos três, enquanto Stevens, Breyer, Ginsburg e Souter firmaram posição por autorizar o reinício da recontagem. Anthony Kennedy era a dúvida, mas acabou se juntando ao lado de Rehnquist . Uma frase do voto de Kennedy talvez seja a mais marcante da decisão: "nossas considerações se limitam às presentes circunstâncias". Fez-se questão de salientar que a decisão não era universalizável, não produzia precedente. Era casuística, portanto. Não foi isso que Kennedy quis dizer. Mas foi isso que ele escreveu (TOOBIN, 2007, p. 202-203). A opinião da corte acatou o argumento de que a falta de critérios claros e uniformes para a recontagem de votos violava a cláusula constitucional de igual proteção[24] (CHEMERINSKY, 2001, p. 1093). A fundamentação da decisão praticamente ignorou o fato de que a corte estadual da Flórida extendeu o prazo de recontagem de votos e declarou que Katherine Harris não poderia encerrar a votação após 7 dias quando a lei local expressamente dizia o contrário. Preferiu buscar respaldo em uma interpretação criativa da Constituição dos Estados Unidos.

David Souter considerou renunciar ao cargo. Sua vida inteira, Souter foi um juiz e considerava isso o fato mais importante de sua vida. Ele acreditava que a independência do judiciário era o alicerce da *rule of law*, e que *Bush v. Gore* era um escárnio a essa sua crença. Seus colegas de Suprema Corte foram clara e grosseiramente partidários, seus votos mal dissimulando a evidente intenção de cada

[24] *Equal protection clause*

um: dar a vitória a Bush, ou a Gore, a depender de suas preferências pessoais (TOOBIN, 2007, p. 207-208). Essa percepção de Souter é compartilhada por diversos artigos a respeito do julgamento em questão (por todos, confira-se: CHEMERINSKY, 2001, p. 1093; BALKIN, 2001, p. 102; KLARMAN, 2001, p. 1723).

A lição para a academia ficou clara. No limite, uma corte constitucional ativista pode até mesmo decidir o resultado de uma eleição, e nem sempre a decisão será aquela que a academia gostaria. Contudo, as consequências de *Bush v. Gore*, no curto prazo, foram benéficas à visão de mundo progressista.

1.2.1.5 Depois de Bush v. Gore: A Formação da Corte de Roberts e Dias Atuais

Conforme Carlos Alexandre de Azevedo Campos (2014, p. 85-86), após Bush v. Gore a Corte de Rehnquist, surpreendentemente, entrou em uma "fase marcada pela suavização de sua jurisprudência conservadora, por posições mais liberais e igualitárias e de enfrentamento à obsessão de poder supremo do Governo Bush".

Anthony Kennedy, em muitos casos o *swing vote* da corte e um moderado, sentiu muito as duras críticas pelo seu papel em *Bush v. Gore* (2000). Como resultado, nos anos que se seguiram, o *justice* se juntou diversas vezes à ala progressista da corte, o que fez com que o tribunal tivesse a sua maior guinada à esquerda em anos[25].

Em *Lawrence v. Texas* (2003), por exemplo, os fatos eram extremamente claros e perfeitamente adequados a um precedente relativamente recente da corte. Em *Bowers v. Hardwick* (1986), a corte definira que não violava a constituição uma lei estadual da Georgia, que criminalizava a "sodomia" (relação sexual consensual homoafetiva), mantendo uma condenação. Em *Lawrence v. Texas* (2003), a situação era praticamente idêntica. Em 17 de setembro de 1998, a polícia de Houston recebeu uma comunicação de uma ocorrência com armas, adentrando um apartamento para

[25] Essa percepção de uma "guinada à esquerda" na corte de Rehnquist após Bush v. Gore não é ponto pacífico. John C. Eastman(2006, p. 1476), por exemplo, argumenta que tal percepção parte de uma premissa baseada em um falso estereótipo sobre a corte de Rehnquist. Para Eastman, a corte de Rehnquist nunca se alinhou ao movimento de "lei e ordem", mas sim a um originalismo que buscava limitar os poderes do governo federal. Enquanto esse governo federal era comandado por Bill Clinton, um presidente considerado de esquerda, a corte de Rehnquist era tida como conservadora. Quando George W. Bush, um conservador, passou a comandar o governo federal, a tendência da corte de Rehnquist a limitar e descentralizar os poderes do governo federal foram enxergadas como uma "guinada à esquerda". Para Eastman, portanto, a corte de Rehnquist não deu "guinada" nenhuma, sempre se manteve consistente em sua visão de limitar os poderes do governo federal. A única guinada que houve foi em relação à ideologia do presidente, não houve uma mudança da posição em decorrência de uma suposta vergonha pelo resultado de Bush v. Gore.

verificar. No interior, encontraram John Geddes Lawrence e Tyron Garner mantendo relação sexual, e prenderam os dois, uma vez que o Texas também criminalizava a "sodomia".

O precedente de *Bowers v. Hardwick* (1986) foi revertido em Lawrence v. Texas (2003) por 5-4, com Kennedy redigindo o voto vencedor, que inclusive utilizou precedente da Corte Europeia de Direitos Humanos (Dudgeon v. Reino Unido) como fundamento.

Em *Roper v. Simmons* (2004), Kennedy também se juntou aos progressistas da corte para derrubar outro precedente estabelecido recentemente. Há apenas 15 anos, em *Stanford v. Kentucky* (1989), a Suprema Corte estabelecera que os estados podiam impor pena de morte a adolescentes de 16 e 17 anos. Em *Roper*, proibiu-se a imposição de pena de morte a qualquer adolescente menor de 18 anos.

Em um caso de cotas raciais nesse período, *Grutter v. Bollinger* (2003), foi a vez de Sandra Day O'Connor se juntar aos progressistas. Ao contrário dos dois outros casos, dessa vez o que se estava fazendo era observar o precedente da corte. Desde *Regents of the University of California v. Bakke* (1978) a Suprema Corte considera constitucional que a raça seja considerada como um critério para acesso às universidades, de modo a favorecer o acesso da população negra dos Estados Unidos ao ensino superior. Porém, de maneira paradoxal, de todos os casos mencionados após *Bush v. Gore* (2000), *Grutter v. Bollinger* (2003) é o maior exemplo de ativismo judicial.

O'Connor não se limitou a declarar a legalidade da ação afirmativa, nos moldes de *Bakke*. Seu voto vencedor estabeleceu um prazo no qual o uso das "preferências raciais" seria tolerável: 25 anos a partir da data da decisão. Dos vagos comandos da Constituição dos Estados Unidos, O'Connor não extrapolou apenas uma regra legal, mas também uma *deadline*. O prazo não existe em lugar nenhum, e também não existe nenhuma justificativa convincente da razão pela qual seriam 25 anos e não trinta, vinte, cinquenta ou qualquer outro número aleatório.

Mas o período de vitórias no campo progressista duraria pouco. Logo a eleição de Bush causaria alterações na Suprema Corte que fariam com que muitos progressistas sentissem saudade da corte de Rehnquist.

Como parte de sua "guerra ao terror", a administração Bush determinou a invasão do Iraque. A euforia com essa invasão durou pouco. No início, o sucesso do exército dos Estados Unidos foi rápido e relativamente fácil. Pouco depois da

assunção do controle formal do país, contudo, houve a insurgência de um grupo utilizando técnicas de guerrilha que se mostra difícil de debelar. Mais de três mil soldados estadunidenses foram mortos pelos guerrilheiros. A experiência dos Estados Unidos no Iraque acabou sendo muito mais difícil do que inicialmente parecia.

Foi nesse momento que os casos a respeito da “guerra ao terror” começaram a chegar à Suprema Corte. A maioria dizia respeito a um pequeno território em Cuba administrado de fato pelos Estados Unidos desde 1898, mas oficialmente desde um tratado assinado em 1903, em que os Estados Unidos pagam a Cuba um aluguel anual de valor irrisório. Por mais de um século os Estados Unidos oferecem anualmente o valor, mas o regime castrista, desde sua ascensão ao poder, aceitou o pagamento apenas uma vez. O território em questão é conhecido como Guantánamo Bay.

Já na guerra contra o Afeganistão, Guantánamo começou a assistir um nível sem precedentes de atividade, o que fez com que o território ganhasse notoriedade internacional. Em 10 de janeiro de 2002, os militares começaram a mover os prisioneiros de guerra para o local. Segundo o secretário de defesa de Bush, Donald Rumsfeld, os prisioneiros eram “combatentes ilegais”, que não teriam “qualquer direito sob a convenção de Genebra”.

Desde que os fatos vieram à tona, houve revolta internacional. Nos Estados Unidos, entretanto, por um tempo ainda pairou o clima de quase histeria pós 11 de setembro, de modo que não foi imediatamente que o caso passou a ser visto com alguma seriedade. A alegação do governo norte-americano era de que os prisioneiros não eram cidadãos dos Estados Unidos e estavam detidos em local em que outra nação possuía soberania. Sendo assim, qualquer ação judicial seria o equivalente de um estrangeiro ajuizar ação desde um campo de batalha em outro país. As cortes ordinárias acataram o argumento em um caso que ficou conhecido como *Rasul v. Bush* (2004).[26] Em Rasul, por 6-3, a Suprema Corte definiu que os prisioneiros de Guantánamo tinham o direito de questionar suas detenções no judiciário dos Estados Unidos.

Em 2 de novembro de 2004, Bush ganharia a reeleição, disputando contra o Democrata John Kerry. O seu primeiro mandato não apresentou nenhuma chance de nomeação de *justices* para a Suprema Corte, mas isso estava para mudar. William

[26] Ironicamente, o prisioneiro que deu nome à ação, Shariq Rasul, foi um dos primeiros prisioneiros soltos de Guantánamo, antes que qualquer decisão judicial determinasse a sua soltura.

Rehnquist estava gravemente doente, mas a primeira vaga pareceu surgir com o anúncio da aposentadoria de Sandra Day O'Connor em 2005. Antes de a aposentadoria se consumar, contudo, Rehnquist faleceu. O procedimento que se iniciou para substituir O'Connor acabou sendo para a vaga de Rehnquist, com outra nomeação se abrindo para Bush logo em seguida (GIBSON; CALDEIRA, 2009, p. 141).

Os Republicanos esperavam por esse momento há muito. Desde 2000, Bush já planejava o que faria com possíveis nomeações para a Suprema Corte. Certamente não queria "repetir o erro" de seu pai, ao nomear um *justice* como David Souter, que mais se juntava aos progressistas da corte do que aos conservadores. Também não desejava nomear moderados como Anthony Kennedy e Sandra Day O'Connor. Nem mesmo serviria um conservador à moda antiga como William Rehnquist, que se preocupava mais com a questão de limitar os poderes do governo federal do que com a pauta de costumes do Partido Republicano, potencializada pela aproximação entre o partido e os evangélicos. Bush queria um *justice* nos moldes de Antonin Scalia e Clarence Thomas, sempre leal às atuais pautas conservadoras.

A escolha final se mostrou muito acertada, sob o ponto de vista dos objetivos de Bush. John Roberts não somente é um *justice* nos moldes pretendidos pelo Partido Republicano, como é um jurista extremamente inteligente, hábil e preparado. Sua reputação era impecável, sua carreira brilhante e sua personalidade arrebatadora. Graduado em direito com honra máxima (*summa cum laude*) na *Harvard Law School*, assessor de Rehnquist, trabalhou na Casa Branca, advogado de sucesso (arguiu trinta e nove casos perante a Suprema Corte, o maior número de casos arguidos na corte por um nomeado na história recente dos Estados Unidos). Um currículo impecável. Mas talvez a característica mais importante de John Roberts é sua habilidade de navegar nas águas turbulentas da política mantendo um *low profile*, sem se envolver em grandes controvérsias, mesmo advogando em casos de alta tensão como *Bush v. Gore*.

Ainda assim, o momento político produziu um impasse na nomeação do próximo justice da Suprema Corte. Uma regra no procedimento do Senado dos Estados Unidos permite que um senador ou grupo de senadores falem por quanto tempo quiserem, sobre o assunto que quiserem, antes que determinado assunto – seja uma lei, seja uma confirmação de um *justice* – seja votado. Se um senador desejar falar por todo o seu mandato, nenhuma lei e nenhuma confirmação de *justice*

será votada. O único jeito de impedir que um senador ou um grupo de senadores obstem os trabalhos do Senado indefinidamente é pelo voto de 60% dos Senadores. Essa regra foi pensada para fazer os senadores transigirem e chegarem a soluções bipartidárias.

No caso, como em 2005 os Republicanos não detinham 60% das cadeiras no Senado, se a minoria Democrata quisesse e pudesse se manter unida, poderia obstruir qualquer nomeação indefinidamente. Diante do impasse, muitos senadores Republicanos começaram a defender uma mudança nas regras do Senado. Um grupo de 14 senadores, dentre Republicanos e Democratas que se consideravam moderados, se formou. O acordo do grupo era simples: os Republicanos obstariam qualquer tentativa de mudar as regras procedimentais do Senado; os Democratas somente utilizariam da obstrução (*filibuster*) em circunstâncias extraordinárias.

A sabatina de Roberts foi tão bem quanto poderia ser. O nomeado conhecia a jurisprudência da Suprema Corte em profundidade, respondendo facilmente a perguntas técnicas. Quando perguntado sobre temas especialmente polêmicos, como aborto, as respostas eram confiantes e enunciadas com postura e clareza de dicção. O conteúdo das respostas, como costuma acontecer nessas ocasiões, era evasivo, de modo a não se comprometer e desagradar um dos lados ali presentes. A expressiva votação (78 a favor, 22 contra) em um momento político extremamente conturbado e em um Senado dividido foi o resultado da boa performance de Roberts. Bush escolheu Roberts também como *chief justice* da Suprema Corte, embora houvesse aqueles dentro do seu partido que pediam a indicação de Scalia para o posto. Tem início, assim, a corte de Roberts.

John Roberts não desapontou George W. Bush. Após assumir o posto de *justice* da Suprema Corte, o jurista demonstrou seguidamente sua lealdade com a causa conservadora nos moldes atuais. Importando-se menos com o *stare decisis* e com a coerência de princípios enunciados nas decisões e mais com a agenda do Partido Republicano, Roberts ganhou a confiança dos conservadores e a sua nomeação foi considerada uma estrondosa vitória pelos aliados de George W. Bush.

Para o lugar vago com a aposentadoria de O'Connor, Bush escolheu Samuel Alito. Duas características de Roberts faltavam a Alito. Em primeiro lugar, ao contrário de Roberts, Alito chegou a um lugar de destaque em sua carreira jurídica se envolvendo em *diversas polêmicas*. Enquanto a posição de Roberts dentro do espectro da direita era motivo de dúvida até mesmo dentro do Partido Republicano

devido ao seu *low profile,* o que talvez tenha sugerido aos Democratas que possivelmente se tratasse de um moderado, o histórico de Alito não deixava dúvida sobre o seu inteiro comprometimento com visões conservadoras. Em segundo lugar, Alito não tinha o carisma e a confiança de Roberts.

A ameaça de acabar de uma vez com as obstruções no Senado deteve um número suficiente de senadores democratas para que tivesse início a sabatina, onde já se sabia que Alito teria votos suficientes para a confirmação. Em sua sabatina no Senado, Alito se apresentou de maneira evasiva e não persuasiva (TOOBIN, 2007, p. 365). Mesmo com a performance, o domínio do Partido Republicano no Senado permitiu a confirmação de Alito: 58 a 42 (GIBSON; CALDEIRA, 2009, p. 141). Note-se que os 42 votos contrários à nomeação seriam suficientes para uma obstrução. Grupos de interesse de esquerda gastaram US$1.365.857,00 em propaganda para convencer o eleitorado dos Estados Unidos que Alito não deveria ser confirmado, enquanto grupos de interesse de direita gastaram US$1.041.535,00 em propaganda para dar suporte à nomeação, o que faz dessa confirmação uma das que mais se gastou em propaganda na história dos Estados Unidos (GIBSON; CALDEIRA, 2009, p. 139-140).

Ao final da corte de Rehnquist, portanto, ocorre uma decidida guinada à direita na Suprema Corte dos Estados Unidos. Mesmo com 8 anos de mandato, Obama só conseguiu duas nomeações com poucas consequências. Aposentaram-se David Souter e John Paul Stevens, nomeando-se Sonia Sotomayor e Elena Kagan, respectivamente, para seus lugares. Embora Souter e Stevens tenham sido nomeados pelos Republicanos, há muito eram considerados como membros da ala progressista da corte.

A história poderia ser diferente quando, em 13 de fevereiro de 2016, faleceu Antonin Scalia, notória voz de viés conservador na Suprema Corte (BRISBIN, 1998, p. 1). O caso foi excepcional por alguns motivos: (1) O presidente dos Estados Unidos era o democrata Barack Obama, mas o Senado era controlado por republicanos; (2) Antes da morte, a Suprema Corte dos Estados Unidos contava com 5 justices apontados por republicanos e 4 justices apontados por democratas, ou seja, uma indicação de Obama alteraria de maneira significativa o balanço ideológico da Corte de Roberts, com os justices apontados pelos democratas se tornando maioria; (SAVAGE; PHELPS, 2014) (3) a morte de Scalia ocorreu em ano eleitoral.

Diante de tais circunstâncias, justificando em uma suposta falta de tempo para

deliberar dada a proximidade da corrida eleitoral, os senadores do partido republicano afirmaram que nem sequer levariam em consideração uma nomeação do presidente, que respondeu que faria a nomeação e esperava que os senadores cumprissem a sua obrigação constitucional (OBAMA, 2016). Ambas as partes seguiram suas promessas. Obama nomeou Merrick Garland para a Suprema Corte e o Senado simplesmente deixou de apreciar a nomeação até que esta expirasse diante da posse do novo Presidente, o que durou 293 dias.

Com a eleição e posse de Donald Trump, a substituição de Scalia ficou a seu encargo. Trump escolheu Neil Gorsuch. Anthony Kennedy também se aposentou, e acabou substituído por Brett Kavanaugh. Roberts, Alito, Gorsuch, Kavanaugh e Thomas compõem uma maioria de viés muito mais conservador do que em qualquer época da corte de Rehnquist.

Como se vê, a corte continua dominada pelos Republicanos. O que se viu foi que os progressistas, que tinham tanto apreço pelo ativismo judicial, passaram a ressaltar as virtudes da autocontenção, do respeito que se deveria ter pelos resultados do processo democrático. Por outro lado, conservadores, que se mostravam fiéis adeptos da autocontenção, passaram a ser ardorosos defensores do ativismo judicial da Suprema Corte. Esse é o breve resumo do histórico do ativismo judicial nos Estados Unidos, o local de seu surgimento.

1.2.2 A Expansão do Ativismo Judicial Pelo Mundo

Ran Hirschl descreve as quatro principais teses sobre os motivos da expansão do constitucionalismo pelo mundo: (1) a tese da “expansão da democracia”; (2) as teorias evolucionistas; (3) as explicações funcionalistas; e (4) os modelos de economia institucional.

A tese da expansão da democracia, ou da proliferação democrática, indica que as expansões do constitucionalismo e do fortalecimento do Poder Judiciário pelo mundo ocorreram em decorrência da adoção do regime democrático. De acordo com Hirschl, a maioria dos acadêmicos sobre política constitucional concorda que existe uma forte correlação entre a recente expansão da prática democrática e a expansão global contemporânea do Poder Judiciário (HIRSCHL, 2004, p. 73). Contudo, essa explicação não pode oferecer uma explicação coerente para as significativas variações no Poder Judiciário entre as novas democracias, bem como não pode

explicar as significativas diferenças de *timing*, escopo e natureza da expansão do Poder Judiciário em democracias estabelecidas (HIRSCHL, 2004, p. 74).

As teorias evolucionistas propõem o progresso do Judiciário como uma inevitabilidade. Alguns sugerem que o desenvolvimento legal é ligado à passagem de um estado sócio-econômico a outro. A tese mais popular associada com essa abordagem define a tendência para a constitucionalização de direitos e a fortificação do controle de constitucionalidade como um inevitável subproduto de uma nova e quase universal priorização dos direitos humanos após a 2ª guerra mundial. Conforme a versão genérica dessa visão canônica, a convergência mundial para o constitucionalismo reflete o genuíno pré-compromisso das democracias modernas à proteção de direitos e liberdades básicas numa tentativa de proteger grupos e indivíduos vulneráveis, crenças e ideias contra a potencial tirania das maiorias políticas.

Conforme essa linha argumentativa, a maior prova do triunfo da democracia vem da crescente aceitação da ideia de que democracia não é equivalente à regra da maioria; que em uma democracia de verdade (ou seja, uma que subscreva ao princípio da supremacia constitucional/judicial, ao invés de uma governada predominantemente pelo princípio da soberania do parlamento), as minorias devem possuir proteções legais na forma de uma constituição escrita, impassível de mudança mesmo por um parlamento eleito. As características aparentemente antidemocráticas da constituição e do *judicial review* seriam reconciliáveis com a regra da maioria, ou ao menos limites necessários para a democracia (HIRSCHL, 2004, p. 74-76). Mais uma vez, Hirschl indica que essa abordagem não explica a razão pela qual as diferentes nações do mundo adotaram o constitucionalismo pós-segunda guerra precisamente no momento e nas circunstâncias em que adotaram.

A abordagem funcionalista (ou baseada em necessidades sistêmicas) coloca a transformação constitucional como uma resposta orgânica a pressões dentro do próprio sistema político. Em sua versão mais comum, o argumento é que a expansão do poder Judiciário deriva de algum problema estrutural político, como um sistema fraco, descentralizado ou com inércia crônica. Quanto menos funcional for um sistema em uma democracia, maior a probabilidade da ocorrência da expansão do Poder Judiciário (HIRSCHL, 2004, p. 77-79). Mais uma vez, para o autor não há explicação na abordagem funcionalista acerca do *timing* da expansão do judiciário através de reforma constitucional (HIRSCHL, 2004, p. 81). Os vetores políticos por trás das

reformas são largamente ignorados.

Por fim, os modelos de economia institucional veem o desenvolvimento de constituições e do *judicial review* como mecanismos para mitigar preocupações sistêmicas de ação coletiva como problemas de compromisso, imposição e informação. Uma dessas explicações vê o desenvolvimento de constituições e judiciários independentes como uma resposta institucional eficiente para o problema dos compromissos com credibilidade. Líderes políticos de qualquer unidade política independente querem promover crescimento econômico sustentável e de longo prazo e encorajar investimentos que facilitarão a prosperidade do seu modelo político. Duas pré-condições críticas para o desenvolvimento econômico são a existência de leis previsíveis governando o mercado e um regime jurídico que proteja a formação de capital e assegure os direitos de propriedade.

O entrincheiramento de direitos constitucionais e o estabelecimento de monitoramento judicial independente dos poderes eleitos são vistos como fatores que aumentam a credibilidade de um regime, fortalecendo a habilidade da sua burocracia de impor contratos e, consequentemente, assegurando a confiança dos investidores e aumentando o incentivo a investir, inovar e desenvolver. Há, inclusive, estudos empíricos estabelecendo uma correlação estatística entre a existência de limitações institucionais à ação governamental (constituição rígida e *judicial review*, por exemplo) e crescimento econômico acelerado (HIRSCHL, 2004, p. 82).

Seja como for, o fato inegável é que se observou a expansão do ativismo pelo mundo. Após o advento da segunda guerra mundial, um aumento de deferência do Legislativo para o Judiciário ocorreu em várias nações ao redor do mundo, “transformando as Supremas Cortes no mais importante corpo de tomada de decisão política” (BARBOZA; KOZICKI, 2012, p. 64).

1.2.2.1 Europa e o Pós-Segunda Guerra Mundial

Na Europa, as terríveis experiências do nazismo e do fascismo deixaram cicatrizes eternas na humanidade, alterando profundamente todas as noções sobre até onde a crueldade humana é capaz de chegar. O terreno jurídico teve alterações significativas em razão desse triste evento.

Em razão da experiência histórica do nazismo, muitos montaram uma espécie de espantalho do juspositivismo, ora utilizando-o como mero sinônimo de legalismo,

ora confundindo-o com o positivismo filosófico. Em linhas gerais, tal linha argumentativa sustenta que antes da segunda guerra a Europa era dominada pelo "positivismo jurídico" e que, em razão disso, como as leis da Alemanha nazista eram formalmente perfeitas, não havia nada que o judiciário pudesse fazer senão aplicá-las. Uma aberração moral completa como as leis nazistas serem consideradas como conforme o direito era algo que não poderia ser aceito depois do que se viu, pois percebeu-se que "o direito pode servir para justificar a barbárie praticada em nome da lei" (MARMELSTEIN, 2008, p. 10). É o que se vê, por exemplo, no seguinte excerto de Luís Roberto Barroso:

> "A decadência do positivismo é emblematicamente associada à derrota do fascismo na Itália e do nazismo na Alemanha. Esses movimentos e militares ascenderam ao poder dentro do quadro de legalidade vigente e promoveram a barbárie em nome da lei. Os principais acusados de Nuremberg invocaram o cumprimento da lei e a obediência a ordens emanadas da autoridade competente. (…) Ao fim da Segunda Guerra Mundial, a ideia de um ordenamento jurídico indiferente a valores éticos e da lei como uma estrutura meramente formal, uma embalagem para qualquer produto, já não tinha aceitação no pensamento esclarecido." (BARROSO, 2015, p. 334).

Em razão disso, de acordo com essa linha argumentativa, o direito teria que ser aberto à moral, o direito teria que proteger as minorias, os direitos individuais e os direitos humanos. Para tanto, seria necessária a previsão de princípios constitucionais, abertos por sua própria natureza, que introduzam a moral no direito, permitindo que o judiciário declare inconstitucionais atos dos outros poderes que estejam em desacordo com esses princípios.

Muito em razão desse posicionamento, as constituições modernas, advindas após a segunda guerra mundial, apresentam como traço característico a previsão de dispositivos de caráter eminentemente morais. Alfonso García Figueroa assevera que o aspecto material da constitucionalização do ordenamento consistiu na recepção pelo sistema jurídico de certas exigências morais sob a forma de direitos fundamentais. Nessa toada, o direito adquiriu forte carga axiológica (FIGUEROA, 2003, p. 165).

Um dos céticos a esse entusiasmo em relação ao neoconstitucionalismo como possível "remédio contra o nazismo", Mark Tushnet (1999, p. 162) assevera que na Alemanha do holocausto os líderes políticos, com o apoio da maioria da população, estavam dispostos a exterminar outros povos. Caso houvesse uma Constituição, não era um país em que os juízes tivessem qualquer condição de resistir em nome da lei maior. Tampouco dever-se-ia esperar que os juízes nessa situação estariam tão

desalinhados com o resto da nação que eles iriam *querer* resistir.

A evidência histórica parece estar ao lado dos céticos, como Tushnet. Ingeborg Maus, por exemplo, apresenta elementos convincentes que desmistificam a narrativa predominante de que os horrores da Alemanha nazista decorrem, em alguma medida, da ausência de uma constituição dúctil e com conteúdo moral e da adoção desmedida do positivismo jurídico. Maus afirma que na Alemanha da República Weimar, o positivismo jurídico era defendido por poucos. A teoria dominante defendia a liberdade judicial perante a lei de duas formas: primeiro, sustentava com grande ênfase as decisões do Tribunal Imperial dos anos 1920, pelas quais se reconheceu ao juiz, pela primeira vez na história alemã, um direito de exame das normas legais do Império, apoiando a possibilidade de um controle jurisdicional de constitucionalidade difuso; segundo, defendia uma expansão do cânone jurídico-metodológico que permitisse à Justiça decidir em cada caso se convinha referir-se à lei ou a pontos de vista e premissas próprios (MAUS, 2000, p. 194-195).

Corroborando a perspectiva de Maus, um caso exemplar foi o julgamento do Putsch de Munique, também conhecido como o Putsch da Cervejaria. O Putsch de Munique foi uma fracassada tentativa de golpe de estado pelo líder do Partido Nazista, Adolf Hitler. Dois mil nazistas marchavam em direção ao centro de Munique com a intenção de tomar o poder na Baviera, e foram detidos pela polícia. Hitler conseguiu fugir, mas foi capturado dois dias depois e acusado de alta traição.

O julgamento se deu em abril de 1924, muito antes da ascensão dos nazistas ao poder. Uma das principais preocupações de Hitler era que, como cidadão austríaco, o crime de alta traição possibilitava a sua deportação. No entanto, o juiz presidente Georg Neithardt declarou que as leis da república de Weimar não poderiam ser aplicadas a um homem que “pensa e sente como um verdadeiro alemão, como é o caso de Hitler” (HINRICKS, 2007).

Caso o juiz em questão fosse um positivista, considerações desse tipo não teriam cabimento. Para um juiz positivista, simplesmente dispensar a aplicação da lei em um caso concreto com base em considerações extralegais seria impensável. A aplicação positivista da lei no caso do “Putsch de Munique” teria resultado na deportação de Adolf Hitler em 1924, inviabilizando a sua ascensão ao poder, como revela Ingo Muller em *Furchtbare Juristen*, (MULLER, 1987).

Maus revela também que a Associação dos Juízes Alemães declarou “total fidelidade” a Hitler, em escrito de 19 de março de 1933 (MAUS, 2000, p. 196), o que

torna difícil de acreditar que um judiciário liberto das amarras do positivismo se colocaria como obstáculo ao avanço do nazismo. Ao contrário, na época o sentimento dominante na Alemanha nazista era de total apoio ao regime, o que indicaria que um judiciário não positivista se dedicaria a fazer avançar os planos do líder autoritário.

Com efeito, parece ser exatamente isso que aconteceu. Maus defende que a doutrina nazista era antipositivista e antiformalista. Na "Carta aos Juízes" (*Richterbriefe*), distribuída pelo Ministério da Justiça a partir de 1942, indica-se que os magistrados eram protetores dos valores de um povo e aniquiladores dos falsos valores (MAUS, 2000, p. 197). Maus cita ainda o escrito *Ein neues Regiment hat ein altes und krankes Zeitalter beseilig*, de 1934, que afirma que o "juiz-rei do povo de Adolf Hitler deve libertar-se da escravidão da literalidade do direito positivo" (MAUS, 2000, p. 197).

Após 1945, o pessoal da justiça alemã permaneceu em seus cargos ininterruptamente. Na Convenção de Herrenchiemsee, os juízes alemães realizaram diversas exigências em relação ao novo texto constitucional que, no entender de Maus, eram de simples continuidade das práticas anteriores a 1945. De maneira surpreendente, fundamentou-se a necessidade dessas práticas exatamente no arbítrio do Estado nacional-socialista. O que se deu na constituição alemã pós-segunda guerra foi "a mera continuidade dos métodos jurídicos de interpretação" (MAUS, 2000, p. 198). De maneira ácida, conclui Maus:

> Na medida em que subsistem vagos conhecimentos a respeito da Justiça do nacional-socialismo, são aceitos os argumentos apresentados pela ciência do direito e pela Justiça do período pós-guerra, uma vez que pertencem ao núcleo da 'religião civil' do Estado atual. (MAUS, 2000, p. 199).

Na linha do posicionamento de Maus, observa-se o caso do judeu Lehman Israel Katzenberger. Katzenberger foi julgado em 1942, inicialmente acusado de violar o art. 2º da "lei de proteção do sangue e honra alemães", que proibia relações sexuais entre judeus e alemães. O fato imputado a Katzenberger, um comerciante de 68 anos de idade à época, era de ter mantido relações sexuais com uma fotógrafa alemã de 19 anos. A "prova" eram depoimentos de testemunhas que presenciaram a fotógrafa se sentar no colo de Katzenberger, nada mais.

O fato de que o juiz alemão Oswald Rothaug considerou tal relato como prova suficiente de que houve uma relação sexual já é suficientemente revelador de suas

inclinações, mas talvez não seja o suficiente, por si, para afastar do magistrado o rótulo de legalista. Mas Rothaug não se deteve na simples aceitação de uma prova absurda.

O crime de “poluição racial” – um judeu manter relações sexuais com uma alemã – tinha pena máxima de prisão perpétua. Para Rothaug, aparentemente, essa pena não era o suficiente. Invocando o “decreto contra os inimigos públicos”, Rothaug afirmou que Katzenberger “explorou o estado de guerra” para praticar o crime, bem como se aproveitou das luzes apagadas durante ataques aéreos para manter relação sexual com a jovem alemã.

Repise-se, as únicas provas presentes nos autos não indicavam local ou horário em que as supostas relações sexuais teriam se dado. Na questão da interpretação do direito, dizer que as luzes apagadas durante a noite de alguma forma facilitaram uma relação sexual que, conforme a imputação, era consensual é uma leitura heterodoxa do texto legal para dizer o mínimo. Essa interpretação criativa da lei e dos fatos fundamentou a decisão de Rothaug, que condenou Katzenberger à morte.

Certamente, tais atitudes não se coadunam com a pura e simples aplicação do direito aos fatos por subsunção. No “julgamento dos juízes”, em Nuremberg (*United States v. Allstotter et al*), este caso foi mencionado como evidência para condenar Rothaug, considerado um sádico que entusiasmadamente apoiou, sem reserva, o padrão de violações aos direitos humanos do regime nazista.

Outro autor que descreve essa narrativa alternativa é Samuel Issacharoff (2015, p. 140), ao afirmar que a relação entre o judiciário alemão e o poder nazista é fonte de grande controvérsia, mesmo depois de passado meio século. Alguns juízes eram notoriamente dispostos a favor dos nazistas mesmo no período de Weimar, como evidenciam as fracas respostas tanto ao Kapp putsch de 1920 quanto ao putsch da cervejaria, de 1923, tentativas de golpe que foram respondidos com sanções débeis ou mesmo com a ausência de sanções, inclusive para o próprio Hitler. Muitos juízes de Weimar vinham da época da monarquia germânica, e compartilhavam com os nazistas o nacionalismo extremado e o anti-semitismo. Além disso, as fracas instituições do período da República de Weimar levaram a uma quebra do consenso positivista no pensamento jurídico alemão após a unificação da Alemanha. Requeria-se dos juízes que fossem muito além de uma estreita leitura positivista da lei, obedecendo o seu “dever cívico” de dar suporte ao regime.

A Alemanha pós-guerra buscou preservar o judiciário enquanto instituição. Alguns poucos juízes mais notórios – como o já citado Rothaug – foram julgados no "processo contra os juristas" (*Juristenprozess*, ou, oficialmente, *The United States of America vs. Josef Altstötter, et al*.), mas, fundamentalmente, nada mudou. Todo o judiciário estava comprometido, mas depois de doze anos de domínio nazista, simplesmente não existiam juízes suficientes para administrar o sistema legal da Alemanha Ocidental que não fossem maculados pelo passado recente (ISSACHAROFF, 2015, p. 142).

Ainda assim, prevaleceu a narrativa no sentido de que o "positivismo jurídico" (ou, ao menos, o seu espantalho) deu sustentação legal ao regime nazista. Na reconstrução alemã, autoridades dos Aliados já descreviam outro cenário: Os juízes alemães não eram inclinados à arbitrariedade. Pelo contrário, sua principal virtude e seu principal vício é o seu "positivismo não mitigado". O juiz alemão segue, como um escravo, a letra da lei (LITCHFIELD, 1953).

As constituições europeias do pós-guerra aliadas à concepção neoconstitucionalista do direito deram um poder sem precedentes ao judiciário, favorecendo a possibilidade do ativismo judicial. Na verdade, dada a ductibilidade das constituições modernas, desde um ponto de vista da questão da autoridade (quem tem a última palavra), o judiciário só não é ativista se não quiser. Se os Estados Unidos foram os responsáveis pelo surgimento do ativismo judicial, os fatos ocorridos na Europa tiveram papel crucial na disseminação da prática pelo mundo.

1.2.2.2 A Expansão do Ativismo Judicial Após a Segunda Guerra: o Caso da *Basic Structure Doctrine*

Após a segunda guerra mundial, países com histórias e contextos constitucionais muito diferentes pareceram convergir em um ponto específico: a experiência nazista serviu de pretexto universal para um incremento do ativismo judicial nas mais diversas culturas. Um fato que ilustra bem esse desenrolar é a criação e a expansão da *basic structure doctrine* – literalmente doutrina da estrutura básica – também conhecida como *basic features doctrine* – doutrina das características básicas.

Na década de 1960, a constituição da Índia não apresentava nenhum limite material expresso (cláusulas pétreas, eternas etc.) ao poder do parlamento de

emendar a lei maior. Em conformidade com isso, o entendimento da jurisprudência indiana era que o controle de constitucionalidade sobre as emendas constitucionais pela Suprema Corte se limitava a verificar se o parlamento observou o procedimento de emenda prescrito pela própria constituição. No aspecto material, o entendimento era que não havia limite ao poder de emendar a constituição.

Em 1964, na Suprema Corte da Índia, o *justice* J.R. Mudhokar apresentou voto divergente no caso *Sajjan Singh v. State of Rajasthan*. Em sua divergência, o *justice* afirmou que era um assunto que merecia consideração se uma mudança em uma característica básica da constituição poderia ser considerada como uma mera emenda ou se seria, efetivamente, reescrever uma parte da constituição. A divergência partia do pressuposto que uma alteração drástica na constituição poderia resultar em uma deformação de tal magnitude que representaria rasgar a atual constituição e escrever uma nova, confundindo poder constituinte originário e derivado.[27]

Em 1967, a posição do *justice* Mudhokar acabou prevalecendo na decisão do caso *Golaknath v. State of Punjab*. Por um apertado placar de 6-5, a corte constitucional da Índia decidiu que os direitos fundamentais não poderiam ser abolidos por emenda. Mas o principal precedente em que se firmou a *basic structure doctrine* foi o caso *Kesavananda Bharati v. State of Kerala* (1973). Nesse precedente, definiu-se que nenhuma parte da constituição indiana é imune a emendas, mesmo os direitos fundamentais. Porém, a "estrutura básica da constituição" não poderia ser desvirtuada por uma emenda constitucional. E, como não poderia deixar de ser, atribuiu-se à

[27] Note-se que não é a primeira vez que se argumentou a favor da existência de limites implícitos ao poder de emenda à constituição. A tese já existe pelo menos desde o século XVIII. Já na primeira legislatura dos Estados Unidos, Roger Sherman argumentou: "A Constituição é um ato do povo, e deve permanecer íntegra. Já as emendas serão atos dos governos de estado. Novamente, toda autoridade que [os congressistas possuem] é derivada daquele instrumento; se queremos destruir tudo e estabelecer uma nova Constituição, removemos o alicerce sobre o qual pretendíamos construir" (ANNALS OF CONGRESS, 1789, 735 – tradução livre. No original: *The constitution is the act of the people, and ought to remain entire. But the amendments will be the act of the State Governments. Again, all the authority we possess is derived from that instrument; if we mean to destroy the whole, and establish a new constitution, we remove the basis on which we mean to build.*). Também a Suprema Corte dos Estados Unidos já emitiu posição parecida já em 1885. No caso *Dodge v. Woolsey*, a opinião majoritária do *justice* Wayne assentava que o poder de emenda era um poder delegado e, portanto, limitado (ROZNAI, 2014, p. 49). Já de maneira muito parecida à argumentação da *basic structure doctrine*, em 1850 John Calhoun defendeu que se uma emenda é inconsistente com o caráter da constituição e com os fins que ela estabelece, ou então muda radicalmente o caráter da constituição ou a natureza do sistema, então essa emenda transcende os seus limites (CALHOUN, 1851, 300-301). A opinião do *justice* Mudhokar, portanto, não representou uma novidade no campo do direito constitucional. O que importa nessa parte do estudo é mostrar que esse posicionamento ganhou tração e se expandiu pelo mundo após a segunda guerra, e com fundamento na narrativa predominante sobre a relação entre nazismo e positivismo jurídico.

própria corte constitucional a prerrogativa de decidir o que era essa estrutura básica e, por consequência, quais reformas constitucionais eram ou não eram válidas.

A aplicação de limites implícitos ao poder de emenda – limites estes que são desvendados pela atuação do Poder Judiciário – é nitidamente um exemplo de ativismo judicial. A doutrina da estrutura básica se espalhou por diversos países asiáticos e além. Nem é preciso deduzir a influência dos eventos na Europa nessa reviravolta jurisprudencial. O próprio julgado considerado como *leading case* faz essa referência. Conforme expõe a decisão:

> Deve-se ter em mente que o período pós-guerra na Europa presenciou uma fundamental orientação no pensamento jurídico, particularmente na Alemanha ocidental, caracterizada por um adeus ao positivismo. (...) Depois da segunda guerra mundial, quando os desastrosos efeitos das doutrinas positivistas foram percebidos, houve reação em favor de tornar certas normas imunes a emenda ou ab-rogação.[28]

Resta claro, portanto, que a *basic structure doctrine* tem raízes na perspectiva que prevaleceu na Europa após a segunda guerra mundial: o "positivismo jurídico" (ou o seu espantalho) seria um dos principais culpados da ascensão do nazismo, e deveria ser superado. Essa nova doutrina se espalhou por outros países da Ásia.

Na Malásia, tem-se notícia da alegação da *basic structure doctrine* em 1980. Quando confrontada com a alegação, inicialmente a corte constitucional malaia entendeu inaplicável a doutrina. Em *Phang Chin Hock v. Public Prosecutor* (1980), a corte federal malaia afirmou que o parlamento poderia emendar a constituição de qualquer forma que quisesse, desde que seguisse o procedimento descrito pela própria constituição. Contudo, recentemente a corte federal do país adotou o posicionamento em *Semenyih Jaya Sdn Bhd v. Pentadbir Tanah Daerah Hulu Langat* (2017). O caso tratava de uma emenda que dava a peritos o poder de determinar o valor da indenização em caso de desapropriação. A corte entendeu que a emenda usurpava um poder que era do judiciário e, portanto, violava as características básicas da constituição malaia.

Em Bangladesh, a *basic structure doctrine* foi utilizada pela corte

[28] Tradução livre. No original: "*it must be borne in mind that the post war period in Europe had witnessed a fundamental orientation in juristic thinking, particularly in West Germany, characterized by a farewell to positivism, under the influence of positivist legal thinking. (...). After World War II when the disastrous effects of the positivist doctrines came to be realized there was reaction in favour of making certain norms immune from amendment or abrogation*". Também é revelador o fato de que a palavra "Alemanha" aparece 16 vezes, "guerra mundial" 7 vezes e "Hitler" outras 7 vezes no julgado.

constitucional em 1989. O caso *Anwar Hussain v. Bangladesh* (1989), ou o "caso da 8ª emenda", foi a primeira vez que a corte constitucional do país declarou a inconstitucionalidade de emenda constitucional, entendendo pela existência de uma estrutura básica da constituição.

No Paquistão, a *basic structure doctrine* foi expressamente referida pela Alta Corte no caso *Darvesh M. Arbey v. Federation of Pakistan* (1980). Posteriormente, a corte constitucional paquistanesa passou a se referir à estrutura básica como características salientes (*salient features*), sobretudo a partir do caso *Zafar Ali Shah v. Pervez Musharraf*[29] (2000).

Em Taiwan, o *Council of Grand Justices* emitiu a Interpretação número 499 (2000), adotando a mesma linha argumentativa da *basic structure doctrine* e declarando a inconstitucionalidade de emenda constitucional com base em limitações materiais implícitas. Nessa mesma linha também decidiu a corte constitucional da Tailândia, em 2012 (ROZNAI, 2014, p. 71).

Já em Cingapura, alegou-se a *basic structure doctrine* no caso *Teo Soh Lung v. Ministry for Home Affairs* (1989). A alegação, contudo, não foi acatada. A Alta Corte (*High Court*) entendeu que a adoção da doutrina violaria o art. 58 da constituição de Cingapura. A Corte de Apelação (*Court of Appeal*) manteve o entendimento da Alta Corte.[30]

No campo doutrinário, vozes da academia em países como Coréia do Sul, Japão e China também defendem a existência de limitações materiais implícitas ao poder de reforma (ROZNAI, 2014, p. 69), embora não se tenha notícia de que a corte constitucional destes países chegaram a enfrentar o tema.

A doutrina da estrutura básica também teve impacto na África. No Quênia, foi expressamente invocada no caso *Njoya v. Attorney General* (2004), onde se assentou que o poder de emenda não contempla a possibilidade de substituir a constituição existente por uma nova. Em Uganda, no caso *Mabirizi Kiwanuka & Other v. Attorney*

[29] Ironicamente, a *basic structure doctrine*, surgida em 1973 associando o positivismo jurídico ao totalitarismo nazista, dessa vez foi invocada pela corte constitucional paquistanesa para legitimar o golpe militar do general Pervez Musharraf sobre o primeiro ministro Nawaz Sharif, eleito por larga margem pelo parlamento paquistanês. Após dois dias do golpe, o general declarou lei marcial e a suspensão do direito ao *writ* constitucional.

[30] A Suprema Corte de Cingapura é composta pela Alta Corte (*High Court*) e pela Corte de Apelação (*Court of Appeal*). A competência da Corte de Apelação é exclusivamente para julgar recursos interpostos contra julgados da Alta Corte, enquanto a competência da Alta Corte é bem eclética: serve tanto como corte recursal do sistema jurídico em geral de Cingapura, quanto pode ter competência originária por critérios como valor da causa ou a severidade da pena imposta para determinado crime.

General (2019), analisou-se uma emenda que, dentre outras medidas, retirava o limite de idade para ser Presidente, com expressa referência à *basic structure doctrine*. Na Tanzânia, o caso *Christopher Mtikila v. Attorney General* (2006) utiliza fartamente os argumentos delineados pela corte constitucional indiana.

A corte constitucional de Belize adotou expressamente a *basic structure doctrine* em *Bowen v. Attorney General of Belize*. Ainda nas Américas, Peru, Colômbia e Argentina também reconheceram limites materiais implícitos ao poder de emenda em decisões posteriores a *Kesavananda Bharati v. State of Kerala* (ROZNAI, 2014, p. 76-78).

É claro que a *basic structure doctrine* não é o único caso de ativismo judicial nas cortes constitucionais asiáticas. Mas trata-se de um bom exemplo das consequências da perspectiva surgida no pós-segunda guerra mundial nas cortes constitucionais do mundo. A associação entre positivismo jurídico e nazismo tem se mostrado duradoura e com grande repercussão no direito mundialmente.

É esse também o caso no Brasil. Conforme Carolina Fontes Vieira (2019, p. 187), o marco que dá início à ascensão do Poder Judiciário no país é a Constituição de 1988. Tal documento tem forte inspiração nas constituições da Europa continental pós-segunda guerra, e particularmente da constituição portuguesa de 1976. De acordo com Maria Auxiliadora Castro e Camargo (2012, p. 7263), “quem se debruçar sobre os Anais da Assembleia Nacional Constituinte poderá constatar a grande influência que teve a CRP nos debates dos Constituintes”. Segundo Camargo (2012, p. 7314) “nunca uma constituição foi tão citada ou invocada como foi a Constituição da República Portuguesa de 1976 nas várias fases e etapas de funcionamento da ANC 87/88”.

Por sua vez, José Afonso da Silva (1998, p. 89) afirma que a constituição portuguesa de 1976 adota a dignidade da pessoa humana como seu valor supremo em decorrência do “fato de o Estado nazista ter vulnerado gravemente a dignidade da pessoa humana mediante a prática de horrorosos crimes políticos sob a invocação de razões de Estado e outras razões”. Para o autor, esse também é o motivo para a adoção do princípio na constituição espanhola e na alemã.

Vê-se, portanto, que os acontecimentos históricos na Alemanha nazista tiveram impacto no direito de países completamente diferentes entre si, e o Brasil não é exceção. E os horrores do nazismo têm sido invocados para justificar uma atuação mais intervencionista do judiciário mundo afora, como também ocorre no Brasil.

1.3 CONCLUSÃO PARCIAL

No presente capítulo, analisou-se o conceito e o histórico do ativismo judicial. A conclusão parcial é que o termo “ativismo judicial” não é utilizado de maneira unívoca, servindo muitas vezes como uma crítica genérica a uma atuação judicial desaprovada por aquele que invocou o termo. Diante dessa imprecisão e da diversidade de significados possíveis, optou-se por um conceito de ativismo judicial: basicamente o conceito delineado por Corey Rayburn Yung, com o temperamento que também se aceitará no presente trabalho que existe um ativismo judicial por omissão.

Quanto ao histórico, estudou-se as origens e a proliferação do fenômeno pelo mundo, concluindo-se que a Constituição de 1988 é um nítido exemplo de uma constituição do pós-segunda guerra, com todos os traços que caracterizam esse tipo de constituição.

É certo que a expansão do ativismo após o advento da Constituição foi gradual e não imediato. Mas foi o advento da atual Constituição o marco inicial do processo, demonstrando que a ascensão do ativismo no Brasil se deu como uma culminação de um processo que atravessou diversos países, com os mais variados históricos constitucionais.

Na sua origem nos Estados Unidos, o ativismo judicial alinhava-se a um liberalismo econômico ortodoxo, em linha com o pensamento conservador, como se observou na chamada era Lochner. Foi somente em um segundo momento que o ativismo judicial abraçou teses progressistas e defesa de direitos individuais de grupos marginalizados, com o ressurgimento do fenômeno na corte de Warren. Nesse momento, observou-se a expansão do escopo do ativismo judicial para muito além de pautas econômicas. Essa tendência, em larga medida, foi mantida logo a seguir, com a corte de Burger. Esse longo período de identificação entre ativismo judicial e progressismo político fez com que considerável parte da academia defendesse o ativismo de maneira entusiasmada (WALTMAN, 2015, p. 34-35).

Logo em seguida, contudo, a corte de Rehnquist retomou o ativismo judicial conservador como ocorrera em sua origem, só que desta vez com o escopo aumentado da corte de Warren. A corte de Rehnquist chegou até mesmo a definir uma eleição presidencial a favor de candidato conservador, e foi seguida por uma corte de viés ainda mais conservador: a corte de Roberts. Essa sequência de eventos fez com

que muitos acadêmicos dos Estados Unidos repensassem seus posicionamentos em relação ao ativismo judicial. O fenômeno, afinal, não está umbilicalmente ligado a nenhuma visão de mundo, podendo servir para avançar tanto pautas progressistas quanto conservadoras à revelia da vontade da maioria.[31]

Também se traçou um breve estudo sobre expansão do fenômeno pelo mundo. Apontou-se a Alemanha pós-segunda guerra como um grande catalisador para um novo momento de constitucionalismo no mundo, possibilitando que as cortes constitucionais dos países invocassem a terrível experiência do nazi-fascismo como fundamento para a necessidade de uma nova atitude dos tribunais, que não poderiam simplesmente aplicar a lei conforme aprovada pelo parlamento sem uma análise moral do seu conteúdo. É nesse contexto que o fenômeno chega ao Brasil de maneira significativa, após o advento da Constituição de 1988 que, na mesma toada das constituições modernas, preveem o controle judicial de constitucionalidade com um parâmetro de controle com normas abertas.

O presente capítulo, portanto, serviu para contextualizar o problema, determinando o conceito de ativismo judicial que será utilizado no presente trabalho e o histórico do fenômeno, com suas razões de ser e suas justificativas, antes de desembarcar no Brasil.

[31] No Brasil, contudo, ainda é comum a visão equivocada de que o ativismo judicial é uma prática própria das esquerdas como expõem Clève e Lorenzetto (CLÈVE; LORENZETTO, 2014, p. 293)

2. POSICIONAMENTOS SOBRE O *JUDICIAL REVIEW*

No presente capítulo, analisar-se-á quatro posições diversas sobre o judicial review – duas defendendo posicionamento mais ativista da corte constitucional, e duas defendendo posicionamento mais autocontido. Existe um grande número de obras que se dedicam a defender ou criticar uma corte constitucional ativista, mas no presente trabalho, optou-se por analisar com mais profundidade os argumentos destes quatro autores. A escolha desse recorte específico se deu em razão da originalidade da abordagem, pela força dos argumentos levantados e pela apresentação de perspectivas que podem contribuir para um aprimoramento na atuação das cortes constitucionais. Após a apresentação dos posicionamentos, analisar-se-á a adequação dos argumentos ventilados para o caso brasileiro.

2.1 O POSICIONAMENTO DE JEREMY WALDRON

Uma das posições contrárias ao ativismo judicial mais difundidas certamente é a de Jeremy Waldron. Constitucionalistas de grande relevância – citem-se o português Jorge Reis Novais (NOVAIS, 2006) e a australiana Rosalind Dixon (DIXON, 2019), por exemplo – dialogam todo o tempo com a posição de Waldron, seja para aderir às suas críticas, seja para respondê-las, defendendo uma atuação mais incisiva do Poder Judiciário.

Fundamentalmente, Waldron acredita (WALDRON, 2001, p. 3) que estudiosos deveriam dedicar menos tempo aos teóricos da justiça e mais tempo aos teóricos da autoridade e teóricos da democracia, refletindo sobre os propósitos para os quais, e os procedimentos pelos quais, comunidades concordam com um singular conjunto de instituições mesmo em face do desacordo (*disagreement*).

Citando Dworkin, Waldron afirma que numa sociedade plural, diferentes pessoas têm diferentes visões sobre questões morais que todos tratam como se fossem de grande importância (WALDRON, 2001, p. 5). A partir daí, conclui que a autoridade da lei está no fato de que existe uma reconhecida necessidade para que todos ajam de maneira concertada em diversas questões, ou para coordenar nosso comportamento em diversas áreas com referência a uma estrutura comum, e que tal necessidade não é evitada pelo fato de que discordamos entre nós sobre qual o nosso

curso comum de ação ou nossas estruturas comuns devem ser (WALDRON, 2001, p. 7).

Segundo o autor, as únicas estruturas que interessam aos filósofos contemporâneos são as estruturas da argumentação jurídica (*judicial reasoning*). Assevera Waldron que os estudiosos estão “embriagados” (*intoxicated*) com as cortes e cegos para quase todo o resto pelas maravilhas (*delights*) da adjudicação constitucional (WALDRON, 2001, p. 9).

A preocupação mais comumente expressada sobre a legislação é que os procedimentos legislativos podem dar expressão à tirania da maioria e que as maiorias legislativas estão sob o risco constante de invadir os direitos do indivíduo ou de minorias (WALDRON, 2001, p. 11).

Waldron presume que ninguém quer dizer que um indivíduo tem um direito só porque ele diz que tem. Uma vez que essa premissa é aceita, devemos ser muito cuidadosos na nossa análise de disputas políticas e morais para distinguir entre os direitos individuais ou de minorias que são objeto de discórdia e as opiniões de um indivíduo ou minoria sobre seus direitos ou os direitos dos outros. Se fizermos essa distinção, veremos que não há um caso baseado em direitos para permitir que as *opiniões* da minoria prevaleçam, embora as opiniões das minorias possam ter um bom caso para permitir que certos *interesses* da minoria prevaleçam. Não existe, portanto, nenhuma conexão necessária entre a decisão majoritária sobre direitos e a ideia de tirania da maioria (WALDRON, 2001, p. 14).

Quando cidadãos ou seus representantes discordam sobre quais direitos nós temos ou sobre o que esses direitos implicam, parece algo como um insulto dizer que isso não é algo passível de ser resolvido por processos majoritários, mas que o problema deve ser designado para uma determinação final para um pequeno grupo de juízes. É particularmente insultante quando se descobre que os juízes também discordam entre si nas mesmas linhas que os cidadãos e seus representantes, e que também os juízes tomam suas decisões pelo voto da maioria (WALDRON, 2001, p. 15).

Waldron defende as decisões deliberativas, afirmando que um grupo de indivíduos pode trazer uma diversidade de perspectivas sobre os assuntos sob consideração. Tais indivíduos são capazes de conjugar tais perspectivas para chegar a decisões melhores do que qualquer um deles seria capaz de tomar por conta própria (WALDRON, 2001, p. 72). Nessa linha, diz que quanto menos diverso o corpo de

representantes, mais fraco o caso para legislação por uma assembleia ao invés de legislação por um único representante individual (WALDRON, 2001, p. 74).

Na medida em que a lei usa formulações verbais específicas, ela pretende se conectar e associar enquanto instituição social com outra instituição – a instituição da linguagem natural. Em particular, pretende se associar com qualquer determinação interpessoal que possa haver na comunicação pela linguagem natural (WALDRON, 2001, p. 82-83). A existência de um texto canônico não servirá os interesses da previsibilidade a menos que o texto seja relativamente estável e inteligível (WALDRON, 2001, p. 84).

Para Dworkin, conforme citado por Waldron, caso os juízes utilizem bem os seus poderes, os governos não mais seriam livres para tratar a liberdade como uma mera conveniência ou para ignorar direitos que a nação tem uma obrigação solene de respeitar. Para Waldron, qualquer filósofo cuja teoria moral ou teoria normativa da justiça seja organizada ao redor da ideia de direitos é entusiasta das ideias de Dworkin.

É dito que qualquer um que acredite em direitos seria simpático à ideia de institucionalizar uma *Bill of Rights* e dar às cortes poder para declarar inconstitucional qualquer legislação que invada liberdades básicas. Waldron desenvolve cinco principais linhas argumentativas para questionar essa presunção.

A primeira linha argumentativa é uma demonstração de que não existe inferência necessária de uma posição baseada em direitos em filosofia moral ou política e um compromisso com uma *Bill of Rights* como instituição política combinada com a prática de *judicial review* no estilo estadunidense.

A segunda linha argumentativa é que filósofos devem ser mais atentos que outros proponentes de reforma constitucional da dificuldade, complexidade e controvérsia que paira sobre a ideia de direitos básicos. Existe razão para ser hesitante sobre a instituição de qualquer lista canônica de direitos, particularmente se o objetivo é colocar essa lista além do escopo do debate político e revisão ordinária.

O terceiro ponto de Waldron é que aqueles que falam sobre direitos devem prestar mais atenção aos processos pelos quais as decisões são tomadas em uma comunidade em estado de desacordo. Duas circunstâncias – a existência de desacordo e a necessidade de, apesar do desacordo, encontrar um conjunto comum de instituições – se aplicam para as questões de direito ao menos tanto quanto se aplicam para a agenda mais modesta de política legislativa. Daí segue que as teorias

de direitos e teorias de políticas públicas devem ser complementadas por teorias da *autoridade*, cuja função é determinar como decisões devem ser tomadas quando os membros de uma comunidade estão em desacordo sobre qual é a decisão certa. Como devemos presumir um contexto de desacordo, um princípio como "que a decisão certa seja tomada" não pode fazer parte de um adequado princípio da autoridade, pois um tal princípio reproduziria o desacordo ao invés de resolvê-lo. Se as pessoas discordam sobre direitos (e de fato discordam) mesmo necessitando de um conjunto de instituições comum, uma teoria da autoridade nessa área não pode incluir ou ser simplesmente qualificada por uma mera concepção de direitos como trunfos contra as formas majoritárias de tomada de decisão. Pelo contrário, qualquer teoria de direitos como trunfos institucionais – como é o caso da teoria do direito de Dworkin (2009, p. 335 e seguintes) – necessariamente dependerá da invocação prévia de algum método de tomada coletiva de decisão para descobrir qual das teorias de direitos em desacordo na sociedade deve ser considerada como a correta.

A quarta linha argumentativa de Waldron é levantar questões sobre o *judicial review* como prática. Parece provável que em um regime constitucional do tipo vislumbrado por Dworkin, as cortes inevitavelmente se tornarão um importante, se não o principal, fórum para a revisão e adaptação dos direitos básicos em face da mudança das circunstâncias e controvérsias sociais. Nosso respeito pelos direitos democráticos é colocado seriamente em questão quando propostas são feitas para deslocar as decisões sobre a concepção e revisão de princípios básicos do legislativo para as cortes, das pessoas e suas imperfeitas instituições representativas para um punhado de homens e mulheres, supostamente sábios, virtuosos, e de altos princípios morais a quem, pensa-se, se pode confiar para levar efetivamente a sério as grandes questões de direito.

Na quinta e última linha argumentativa, Waldron responde a algumas defesas do *judicial review* que o apresentam como o ápice da democracia, e não como algo inerentemente oposto ao princípio da participação democrática (WALDRON, 2001, p. 212-214).

Observando a experiência constitucional dos Estados Unidos, Waldron aponta que as palavras de cada provisão da *Bill of Rights* tende a tomar vida própria, tornando-se uma frase de efeito obsessiva para expressar tudo o que alguém pode querer dizer sobre o direito em questão (WALDRON, 2001, p. 220).

Quando uma provisão é entrincheirada num documento constitucional, o direito-pretensão (à liberdade ou provisão) previsto ganha uma imunidade contra mudança legislativa. Aqueles que possuem o direito agora ganham a vantagem adicional de ser mais difícil ou até mesmo impossível alterar a sua posição legal. Isso pode soar atrativo, mas devemos sempre olhar os dois lados de qualquer vantagem legal. O termo correlativo à direito-pretensão é o dever que incumbe aos oficiais e outros a respeitarem e promoverem o direito. E o termo correlativo à imunidade constitucional é uma *incapacidade*: na prática, uma incapacitação do legislativo de suas funções normais de revisão, reforma e inovação da lei. Pensar que uma imunidade constitucional é necessária é pensar que se justifica incapacitar os legisladores nesse respeito (e, portanto, indiretamente, em incapacitar os cidadãos a quem eles representam). É válido ponderar as atitudes que estão por trás do entusiasmo ao impor tais incapacidades.

Incorporar um direito em um documento constitucional entrincheirado é adotar uma certa atitude para com seus concidadãos. Essa atitude é melhor resumida como uma combinação de autoconfiança e desconfiança: autoconfiança na convicção do proponente que o que ele está defendendo realmente é uma questão de direito fundamental e que ele capturou tal questão adequadamente na particular formulação que está propondo; e desconfiança, implícita na sua visão de que qualquer concepção alternativa que possa ser elaborada por legisladores eleitos daqui a um ano ou uma década provavelmente é tola ou com motivações perversas. Sendo assim, a sua própria formulação deve ser imediatamente elevada além do alcance da revisão legislativa ordinária (WALDRON, 2001, p. 221-222).

Se o desejo por entrincheiramento de direitos for motivado por uma visão predatória da natureza humana e do que as pessoas farão umas com as outras quando deixadas soltas na arena da política democrática, será difícil explicar como ou porque as pessoas devem ser tomadas como essencialmente portadoras de direitos. Para desenvolver uma teoria dos direitos, precisamos de uma base para distinguir aqueles interesses característicos da dignidade humana daqueles que são relativamente desimportantes para as atividades e desejos de uma pessoa. Se nossa única imagem do homem é aquela de um animal auto-interessado, que não se pode confiar que se preocupa com os interesses alheios, então nos falta a concepção de moral autônoma dignificada a partir da qual tais discriminações de interesse poderiam ser baseadas (WALDRON, 2001, p. 222).

Waldron procura demonstrar que não há nada óbvio a respeito de combinar um respeito pelos direitos com uma profunda desconfiança em relação às pessoas nas suas capacidades democráticas e representativas. As razões que fazem Waldron pensar no ser humano como portador de direitos são as mesmas razões que o permitem confiar nele como portador de responsabilidades políticas. É precisamente porque cada pessoa é um agente moral em potencial, dotado de dignidade e autonomia, que se deve estar disposto a confiar nas pessoas em massa com o ônus do autogoverno. Uma vez que se enxerga isso como um conjunto de atitudes inteligível, pode-se ser mais hesitante em expressar entusiasmo pelos direitos em termos de incapacitação de instituições representativas (WALDRON, 2001, p. 223).

Não há mais quem defenda que a verdade a respeito dos direitos é auto-evidente ou que, se duas pessoas discordam sobre direitos, pelo menos uma delas deve ser corrupta ou moralmente cega (WALDRON, 2001, p. 225).

Devemos ponderar muito cuidadosamente as implicações do tipo de desprezo generalizado pelo cidadão ordinário que parece permear boa parte do cinismo sobre política eleitoral e legislativa. Deve-se ter cuidado com as inferências mais extravagantes que os filósofos às vezes tiram do fato que se acham discordando das massas de cidadãos ordinários sobre as questões de direitos fundamentais.

É importante ter em mente que os problemas de direito são complexos, e que nesses problemas existe discórdia até mesmo entre aqueles que entendem as complicações e mesmo nas circunstâncias mais propícias para o pensamento e deliberação entre os maiores intelectos da sociedade. Com tudo isso em mente, estaremos melhor equipados para lidar com a questão institucional “quem deve decidir que direitos temos quando todos nós discordamos sobre isso?”. Poderemos enfrentar o problema se devemos deixar as questões complexas para as cortes ou legislaturas – para uma elite de homens sábios ou para os representantes das pessoas que serão afetadas pela determinação – em um estado de espírito que é filosoficamente mais modesto, legalmente menos arrogante, e politicamente menos histérico que a atual mentalidade da constitucionalização. (WALDRON, 2001, p. 231).

Waldron acredita que a participação é o “direito dos direitos”. Há um elemento coletivo na forma pela qual os direitos do cidadão são entendidos, o que é evidente pelo termo comumente utilizado para denominá-los: o direito de *participar*. Participar é tomar parte em uma ação, algo que necessariamente pressupõe que não se é a única pessoa participando da atividade em questão (WALDRON, 2001, p. 235).

Decidindo como votar, o cidadão individual deve descobrir o que é importante na política, e como o seu voto junto com milhões de outros pode melhor promovê-lo. Esta responsabilidade instrumental requer julgamento entre fins e meios, e envolve escolha entre alternativas altamente controvertidas (WALDRON, 2001, p. 242).

Os direitos não são exceção à necessidade geral de autoridade na política. Considerando que as pessoas têm visões diferentes a respeito disso, deve-se perguntar: quem deve ter o poder de tomar decisões sociais, ou por quais processos as decisões sociais devem ser tomadas, nas questões práticas que teorias de direito divergentes parecem enfrentar? Quando alguém pergunta “quem deve decidir quais direitos temos?”, a resposta de Waldron é: as pessoas cujos direitos estão em questão têm o direito de participar em termos iguais nessa decisão. Mas essa não é a única resposta possível. Ao invés de dar poder às pessoas em razão de que são os seus direitos que estão em jogo, podemos confiar a autoridade final a uma elite acadêmica ou judicial, sustentando que é mais provável que essa elite decida acertadamente a questão (WALDRON, 2001, p. 242-243).

Uma teoria substantiva de direitos não é em si mesma a teoria da autoridade que é necessária em face do desacordo sobre direitos. Uma resposta adequada para a questão de autoridade deve realmente resolver a questão. De nada serve dizer que quando as pessoas discordam sobre direitos, a visão que deveria prevalecer é a verdade sobre direitos, ou a melhor consideração de direitos de que dispomos. Cada teórico considera sua própria visão melhor que a de qualquer dos outros (caso contrário, abandonaria a sua teoria e adotaria alguma das teorias dos outros). Então, esta forma de decidir uma escolha social em face do desacordo reproduziria exatamente o desacordo que exigiu uma regra de autoridade.

A teoria da autoridade deve identificar alguma visão como a que deve prevalecer por critérios outros que não aqueles que eram a origem do desacordo original. Essa é uma das contribuições de Thomas Hobbes para a filosofia política: qualquer teoria que faça a autoridade depender da bondade dos resultados políticos é contraditória, uma vez que é precisamente porque as pessoas discordam sobre a bondade dos resultados que eles precisam configurar e reconhecer uma autoridade (WALDRON, 2001, p. 245).

Se se alega, em uma situação na qual pessoas discordam sobre direitos, que direitos são um “trunfo” contra a decisão da maioria, há a incumbência de anunciar qual das concepções concorrentes de direitos deve ser o trunfo, e como isso deve ser

determinado. Mas fazer tal anúncio em nome de toda a sociedade é presumir que a resposta da própria pergunta formulada já está dada (WALDRON, 2001, p. 246). Waldron trata aqui do problema da petição de princípio – para se responder à questão posta, há que se presumir que aquele que responde é quem deve dirimir os desacordos da sociedade, que é o próprio tema da questão discutida.

Nas circunstâncias da política, uma pessoa deve esperar se encontrar de tempos em tempos vinculados a arranjos sociais que considera injustos. Qualquer um cuja teoria da autoridade dê à Suprema Corte poder para tomar decisões deve – tanto quanto qualquer democrata – encarar o paradoxo que a opção que ele acha que não é a melhor é a opção que, de acordo com a sua teoria da autoridade, deve ser seguida (WALDRON, 2001, p. 247).

A demanda por sufrágio universal remonta à alegação que questões de direito devem ser determinadas por toda a comunidade de portadores de direitos na sociedade – ou seja, por todos aqueles cujos direitos estejam em jogo. Como um princípio de autoridade, era a alegação que discordâncias sobre direitos deveriam ser decididas por aqueles que eram sujeitos desse desacordo. Pessoas que fazem essa alegação estão cientes que ela é controversa. Mas eles acham que é errado e ofensivo a eles enquanto portadores de direitos rejeitar tal alegação de plano (WALDRON, 2001, p. 250). Há algo desagradavelmente inapropriado e desrespeitoso a respeito da visão que questões sobre direitos são complexas demais ou importantes demais para serem deixadas para os próprios portadores de direitos decidirem, numa base de igualdade (WALDRON, 2001, p. 251-252).

O instrumentalismo dos direitos parece enfrentar uma dificuldade na medida em que pressupõe que possuímos a verdade sobre direitos ao projetarmos um procedimento de autoridade cujo propósito é exatamente decidir qual é a verdade sobre direitos (WALDRON, 2001, p. 253). Em última análise, o instrumentalismo dos direitos falha ao não levar a sério o problema do desacordo, que é precisamente o que requer uma teoria da autoridade para se resolver. As pessoas discordam sobre direitos, então a solução de conferir a autoridade para resolver tais problemas àquelas pessoas e procedimentos com maior probabilidade de dar a resposta certa é uma petição de princípio, pois utiliza a resposta certa como premissa. (WALDRON, 2001, p. 254).

Waldron afirma que se o povo votasse para experimentar a ditadura, princípios democráticos podem dar razão para que se permita que se instale o regime autoritário.

Contudo, daí não segue que a ditadura é democrática. Existe diferença entre democracia e soberania popular. O princípio da soberania popular requer que as pessoas devem ter qualquer constituição ou qualquer forma de governo que desejem. Mas a soberania popular não elimina as diferenças entre as várias formas de governo (WALDRON, 2001, p. 255).

O respeito por direitos individuais não é compatível com uma imagem puramente predatória das maiorias legislativas, uma vez que as maiorias são compostas de portadores de direitos individuais, e parte do que respeitamos nos indivíduos é a capacidade de descobrir responsavelmente o que eles devem aos outros. Não se requer que se pense nos portadores de direitos como anjos ou negar que, agindo individualmente ou em massa, eles são capazes de violações de direitos. Mas, embora os portadores de direitos possam ocasionalmente ser violadores de direitos, eles não são indiferentes a tal possibilidade. Tanto quanto podem prever as violações, eles têm a capacidade moral de condenar tais possibilidades antes que ocorram e tomar precauções contra as tentações que possam desencadeá-las. Então, se constrições constitucionais e mecanismos de *judicial review* são configurados por decisão popular, eles podem ser vistos como precaução que portadores de direitos responsáveis tomaram contra suas próprias imperfeições. Tais precauções não envolvem qualquer desrespeito pelas pessoas ou pela capacidade de autogoverno. Pelo contrário, representam a epítome destas capacidades num mundo problemático e complicado. Waldron chama essa visão de pré-compromisso, e lança algumas críticas a tal concepção (WALDRON, 2001, p. 258).

O autor cita algumas das ilustrações utilizadas pelos defensores da ideia de pré-compromisso. A constituição é Peter sóbrio, enquanto o eleitorado é Peter bêbado (a analogia seria algo como quando um indivíduo sóbrio, sabendo que iria beber, entrega as chaves do seu carro para um amigo, sabendo que não pode ser confiado com as chaves quando estiver bêbado em momento posterior). Ou, por outra, a célebre imagem de Ulisses, amarrado por sua própria vontade ao mastro sabendo que, em seguida, ouviria o canto das sereias e não estaria em condições de tomar uma decisão racional (WALDRON, 2001, p. 260).

Waldron então cita Jon Elster, concordando que a analogia entre a autovinculação individual e política é bastante limitada. Um indivíduo pode se vincular a certas ações, ou ao menos tornar os desvios mais custosos e, portanto, menos prováveis, recorrendo a uma moldura legal que é externa e independente de si

mesmo. Mas nada é externo à sociedade. Com a exceção de alguns casos bem particulares (por exemplo, a abdicação de poderes para o fundo monetário internacional), as sociedades não podem depositar a sua vontade em estruturas fora de seus controles. As sociedades, portanto, podem sempre desfazer suas amarras, caso assim decidam (ELSTER, 1989, p. 196).

Outro conjunto de problemas levantado por Elster é a referência a mecanismos causais. Uma decisão em T_1 conta como pré-compromisso apenas se o seu efeito é desencadear algum processo causal no mundo externo. Isso inclui ou exclui estratégias como entregar as chaves do carro para um amigo antes de beber? A posse das chaves do carro pelo amigo não é um mecanismo causal que assegura ou aumenta a probabilidade que o dono do carro não dirigirá bêbado. Na verdade, o mecanismo causal em operação é a assunção pelo amigo em T_1 do compromisso de não entregar as chaves em T_2, em conjunto com a disposição desse amigo de honrar o compromisso original quando o momento T_2 efetivamente chega. O ponto não é que o amigo pode se mostrar não confiável, pois um mecanismo causal também pode. O ponto é que o pré-compromisso opera através do julgamento e decisão do amigo, e, nesse sentido, a sua efetiva operação em T_2 não está inteiramente sob o controle *ex ante* do dono do carro em T_1 (WALDRON, 2001, p. 261).

Constrições constitucionais não se operam de forma mecânica, mas funcionam investindo um poder de decisão em alguma pessoa ou corpo de pessoas (uma corte), cujo trabalho é determinar, como um problema de julgamento, se a conduta contemplada em T_2 viola alguma constrição adotada em T_1. A vantagem desse tipo de constrição é que ela não se opera rigidamente, mas deixa alguma margem para julgamento. A desvantagem é que as constrições se tornam capazes de operar de maneiras que não representam as intenções do agente que as instituiu em T_1.

Se um agente “A” investiu o agente “B” com um poder de decisão, com margem para o exercício de julgamento por “B”, pode-se indagar se isso realmente é um pré-compromisso autônomo por parte de “A”. O ato de pré-compromisso pode ser autônomo, mas a sua operação pode ser observada como menos a consumação da autonomia do agente e mais a sujeição ao julgamento por outro. (WALDRON, 2001, p. 262)

A necessidade de julgamento não pode ser entendida exceto a partir da presunção de que tal julgamento será exercido corretamente de maneiras que não

foram previstas por aqueles que impuseram a constrição. É de se esperar que as aplicações particulares dos princípios incorporados na *Bill of Rights* serão previsíveis *ex ante* e isentas de surpresas. Entretanto, não se pode esperar que sejam isentas de controvérsias. A inferência de aplicações particulares de um princípio complexo é algo com alta probabilidade de desacordo entre as pessoas (WALDRON, 2001, p. 263).

O fato de que o judiciário exerce julgamento ao invés de pura vontade não afasta a classificação, em termos aristotélicos, de aristocracia quando se analisa uma sociedade em que um grupo de pessoas (os poucos melhores) tem a última palavra sobre direitos, e não o próprio povo. Trata-se de um arranjo que tradicionalmente seria descrito como não-democrático (WALDRON, 2001, p. 264).

É bastante problemática a questão do pré-compromisso quando tal compromisso é o de designar outro corpo para decidir, cujos membros estão tão divididos e em conflito sobre os problemas colocados quanto estavam os membros do corpo que assumiu o pré-compromisso.

Em quase todo caso, uma decisão em T_1 por todo o povo (englobando milhões de indivíduos) para precluir uma certa decisão, D, por esse mesmo povo em T_2 será objeto de desacordo. Em T_1, opiniões vão diferir a respeito se D é indesejável, e mesmo se for, se se trata de um objeto adequado de constrição constitucional. Ainda assim, um pré-compromisso não se dará em T_1 a menos que uma maioria significativa de pessoas ache que D é indesejável, embora uma minoria acredite que D é desejável. Ademais, aqueles que votam pela constrição assim farão, presumivelmente, porque temem que os presentes oponentes de D podem ser movidos em T_2 por pânico, ganância ou raiva a votar a favor de D. Mas suponha-se que chegamos em T_2 e, apesar da constrição constitucional, D está na agenda política e a maioria das pessoas é favorável a D. Se a pertinência de D era controversa em T_1, a explicação de que agora, em T_2, as pessoas estão movidas por sentimentos mesquinhos não é a única possível em relação à mudança de opinião observada.

Uma explicação alternativa mais respeitosa é que, à medida que o debate público continuou, muitos foram convencidos pelos argumentos em favor de D, ou mesmo que surgiram novos argumentos desde T_1. A pluralidade de uma comunidade política, a inevitável existência de diversidade de opinião e desacordo razoável sobre todos os problemas de direito e de justiça, e as dinâmicas da deliberação formal e informal através do tempo indicam que raramente estaremos em posição de dizer, com qualquer segurança, que o suporte da maioria a alguma posição em T_2

representa a fraqueza ou o pânico que os oponentes da posição achavam em T_1 que tinham razão para temer (WALDRON, 2001, p. 270-271).

Se os pais fundadores consideraram certos pré-compromissos necessários, o mero fato que tais pré-compromissos deveriam se estender no tempo e durar mais tempo do que aqueles que os instituíram não deve, por si só, ser uma razão para não honrá-los ou condená-los como incompatíveis com a ideia de autogoverno. Isto dito, porém, a dimensão intergeracional pode afetar a discussão em certa medida. É natural, quando essas possibilidades estão sendo discutidas prospectivamente, que se foque na racionalidade e autonomia *ex ante* do pré-compromisso. Parece uma boa ideia *agora* que nos comprometamos preventivamente contra *futuras* violações de direitos. Mas é importante que aqueles que embarquem em mudanças constitucionais tenham a capacidade de olhar o que eles estão fazendo no presente com olhos nos anos e até séculos por vir. Temos que ter em mente que em alguma data futura um grande número de pessoas, desejando a mudança em alguma lei ou na compreensão de algum direito, experimentará a força da constrição que estamos colocando em sua autonomia (WALDRON, 2001, p. 273-274).

Os juízes discordam tanto quanto qualquer outra pessoa – e discordam razoavelmente e de boa-fé – sobre a natureza da administração constitucional e os compromissos de princípio que essa administração supostamente incorpora (WALDRON, 2001, p. 280).

Um teórico dos direitos não deve retratar os membros ordinários de uma maioria política como predadores egoístas e irresponsáveis. Mas também um teórico da democracia não deve ignorar o destino dos direitos individuais em um sistema de decisão da maioria, pois muitos desses direitos são baseados no respeito pela moral individual que a própria democracia envolve. Se existe uma objeção democrática ao controle judicial de constitucionalidade, ela também deve ser uma objeção baseada em direitos (WALDRON, 2001, p. 282).

A democracia requer que quando há desacordo em uma sociedade sobre um problema sobre o qual uma decisão comum é necessária, todos na sociedade têm o direito de participar em termos iguais na resolução daquele desacordo. Democracia e decisão da maioria só fazem sentido moral sob certas condições. As mais evidentes dessas condições são a liberdade de expressão e de associação – direitos que estabelecem um contexto deliberativo mais amplo na sociedade civil para tomada de decisão política formal (WALDRON, 2001, p. 283).

Algo se perde, de um ponto de vista democrático, quando um indivíduo não eleito toma uma decisão vinculante sobre o que a democracia requer. Se o referido indivíduo toma uma decisão correta, então há algo de democrático a se ganhar para contrabalançar a perda. Mas isso não é a mesma coisa que não ter perda. Por outro lado, se uma instituição é eleita e toma uma decisão incorreta sobre o que a democracia requer, então embora exista uma perda democrática na substância da decisão, existe conforto para os cidadãos em saber que pelo menos eles cometeram o seu próprio erro a respeito da democracia, ao invés de ter que conviver com a imposição do erro dos outros (WALDRON, 2001, p. 293-294).

A Democracia é, em parte, sobre democracia: uma das primeiras coisas sobre as quais as pessoas demandam uma voz é o caráter procedimental dos seus próprios arranjos políticos. Permitir que a maioria decida sobre as condições sob as quais as decisões da maioria devem ser aceitas pode ser questionável porque nesse caso a maioria será juíza de si mesma. Mas tais decisões serão inevitavelmente tomadas por pessoas cujos direitos são afetados pela decisão. Um juiz da corte constitucional também terá os direitos que ele determinar que o cidadão tem.

A menos que se elabore uma corrente infinita de recursos, sempre haverá uma pessoa ou instituição cuja decisão é final. E dessa pessoa ou instituição, nós podemos sempre dizer que, como têm a última palavra, seus membros estão, *ipso facto*, decidindo sobre a aceitabilidade de suas próprias visões (WALDRON, 2001, p. 296-297).

Às vezes se fala como se houvesse um especial problema de legitimidade da decisão da maioria, um problema que não existe para outras formas de organização política como aristocracia ou decisão judicial. A frase “tirania da maioria” se tornou consagrada de tal forma que se tende a esquecer das outras formas de tirania. Tende-se a esquecer que a questão da legitimidade é um problema de todas as formas de autoridade política (WALDRON, 2001, p. 299).

A situação pode ser tal que a legitimidade de qualquer decisão política sobre um direito associado com democracia, por qualquer procedimento ou instituição, é colocado em dúvida. Daí não segue que se deve adotar uma abordagem focada em resultados, por duas razões.

Primeiro, a existência de controvérsia sobre os direitos associados com a democracia significa que uma abordagem focada em resultados não está disponível, ou ao menos não está disponível para uma comunidade política. Indivíduos e facções

podem ter suas próprias opiniões sobre resultados, mas eles precisarão ter também a sua própria opinião sobre procedimentos.

Segundo, é possível utilizar um procedimento familiar e ordinário como a decisão da maioria para decidir uma dessas questões, deixando aberto o problema de legitimidade. Suponha-se que se utiliza o procedimento A para se decidir se se continua com esse procedimento ou se se opera a substituição pelo procedimento B. Pode ser que se aceite essa votação como uma questão pragmática. Decidir entre os procedimentos A e B utilizando o procedimento A como método de decisão não significa que se está privilegiando o procedimento A. Apenas se está utilizando-o. Se se escolhe um dos procedimentos que estão pendentes de decisão como o procedimento para se fazer essa decisão, isso se dá porque é necessário um procedimento nessa ocasião (WALDRON, 2001, p. 300-301).

Waldron aceita algumas posições de Dworkin: (1) há uma importante conexão entre direitos e democracia; (2) alguns direitos individuais devem ser considerados como condições para a legitimidade da decisão da maioria; e (3) se as pessoas discordam sobre as condições da democracia, apelar para a legitimidade da decisão da maioria pode ser incorrer em petição de princípio. Contudo, pondera o autor que (4) se apelar à legitimidade da decisão da maioria para resolver um desacordo sobre as condições da democracia é incorrer em petição de princípio, o mesmo se pode dizer sobre apelar ao *judicial review* ou qualquer outro procedimento político para resolver esse desacordo; (5) o fato que apelar à decisão da maioria para resolver um desacordo sobre as condições da democracia é petição de princípio não significa que não temos escolha a não ser usar uma decisão-procedimento selecionada de acordo com um teste focado em resultados; e (6) nos casos em que um apelo à legitimidade da decisão da maioria para resolver um desacordo sobre as condições da democracia não são petição de princípio, não há razão para descartar a decisão da maioria com base no *nemo iudex in sua causa*.

Ademais, (7) sempre há uma perda para a democracia quando a visão sobre as condições da democracia é imposta por uma instituição não democrática, mesmo quando essa visão é correta e a sua imposição melhora a democracia; (8) não há razão para se pensar que o *judicial review* melhora a qualidade do debate político em uma sociedade; e (9) é uma questão aberta se o *judicial review* fez dos Estados Unidos (ou qualquer outra sociedade) mais justo do que seria sem essa prática (WALDRON, 2001, p. 302).

Há algo de democraticamente incompleto, de condescendente, sobre uma constituição que dá poderes a um pequeno grupo de juízes ou outros oficiais para vetar o que o povo ou seus representantes resolveram sobre as questões disputadas sobre o que a democracia envolve. Para Waldron, tudo está em jogo em uma democracia, inclusive os direitos associados à própria democracia.

Suponha-se que os membros de uma comunidade discordam sobre se as pessoas deveriam ter direito a X. Dizer que o direito a X não deveria estar em jogo nessa comunidade é dizer que a comunidade já tomou um lado nesse desacordo. Mas, dado o desacordo, como isso se deu sem que em um estágio antecedente, o direito a X efetivamente esteve em jogo em um procedimento decisório enfrentando a questão se esse direito deveria ser algo com que a comunidade se comprometeu (WALDRON, 2001, p. 303).

O autor ressalta que a experiência dos Estados Unidos é a de contagem de cabeças na corte constitucional, apoio à nomeação de um juiz conservador ou progressista, falando-se de um juiz particular que é o *swing vote*, e nada disso parece abalar a confiança que direitos são tratados da única forma que poderiam ser tratados entre indivíduos articulados e com opinião (WALDRON, 2001, p. 306).

Waldron entende que é poderosa e atrativa a posição de John Locke, ao afirmar que não existe a necessidade de uma instituição adicional para testar se os atos legislativos estão de acordo com a lei natural, porque é isso que significa legislar. Tal posição incorpora uma convicção que tais assuntos de princípio são nossos para resolver, ainda que quem ao final resolva seja uma instituição com menos que todos nós, mas que esteja submetida à *accountability* eleitoral. Uma instituição de representantes eleitos atende suficientemente o direito ao autogoverno (WALDRON, 2001, p. 309).

2.2 O POSICIONAMENTO DE DAVID STRAUSS

Aqui se pretende abordar o posicionamento de David A. Strauss em *The Living Constitution*. Em síntese, Strauss alega que uma “constituição viva” é uma que evolui, muda com o tempo e se adapta a novas circunstâncias, sem ser formalmente emendada. Essa evolução se dá de forma gradual, por meio de precedentes, como ocorre na *common law*. Essencialmente, a “constituição viva” é uma constituição da *common law*, em que, mais do que os entendimentos dos *founding fathers*, deve-se

observar os precedentes. A mudança dos entendimentos sobre o texto constitucional não se daria, portanto, de maneira repentina, por uma única decisão, mas seriam sedimentadas ao longo do tempo por diversas formações da corte constitucional.

Se a constituição não é constante, se muda de tempos em tempos, então alguém a está mudando. E esse alguém está fazendo a mudança de acordo com suas próprias ideias sobre como a constituição deve ser.

O sistema da *common law* não é construído sobre um texto fundacional e quase-sagrado como a constituição. Ao contrário, a common law é construída a partir de precedentes e tradições que se acumulam ao longo do tempo. Esses precedentes deixam espaço para adaptação e mudança, mas apenas dentro de certos limites e apenas de formas enraizadas no passado. O sistema constitucional dos Estados Unidos se tornou, para Strauss, um sistema de *common law*, em que precedentes e práticas passadas são, de suas próprias maneiras, tão importantes quanto a própria constituição escrita. Uma constituição do *common law* é uma constituição "viva", mas também é uma que pode proteger princípios fundamentais contra a opinião pública transitória. E não é uma constituição que os juízes, ou qualquer outra pessoa, pode simplesmente manipular para que se adéque às suas próprias ideias (STRAUSS, 2010, p. 2-3).

Muitas previsões da Constituição dos Estados Unidos são bem precisas e não deixam espaço para disputa, ou questões extravagantes sobre interpretação (o presidente deve ter pelo menos 35 anos; cada estado deve ter dois senadores; etc.) (STRAUSS, 2010, p. 7). Já outras não têm significado inequívoco. Por exemplo, "o Congresso não deve fazer lei abreviando[32] a liberdade de expressão". Nesse caso, "liberdade de expressão" ou "abreviando" são expressões que poderiam ser legitimamente interpretadas de maneira diversa (STRAUSS, 2010, p. 8-9).

Quando se lida com uma das previsões constitucionais que não são tão claras, como se decide o que a constituição requer? Uma das visões para a resolução desse problema é o chamado originalismo. A ideia central do originalismo é que devemos usar os significados que os criadores originais da constituição atribuiriam às palavras que se busca interpretar (STRAUSS, 2010, p. 11). Strauss se contrapõe frontalmente ao originalismo, a doutrina que preconiza que se deve buscar os entendimentos originais dos constituintes, e que tais entendimentos originais é que deveriam

[32] No original, *abridging*.

prevalecer.[33]

Antonin Scalia, notório originalista, criticou a posição da constituição viva nos seguintes termos: um juiz da constituição viva é um sujeito feliz que chega à noite para sua esposa e diz “a Constituição significa exatamente o que eu acho que ela deveria significar!”.

No caso dos Estados Unidos a posição originalista é especialmente problemática, uma vez que a Constituição é bicentenária. Strauss então oferece uma série de exemplos de que tipos de entendimentos deveriam prevalecer, caso se levasse a sério o originalismo: (1) a segregação racial nas escolas públicas seria constitucional; (2) o governo poderia discriminar as mulheres; (3) o governo federal poderia discriminar minorias raciais à vontade; (4) os estados estariam livres para violar o princípio do *one man, one vote*; (5) a maioria das leis federais sobre trabalho, direito ambiental e direito consumerista seriam inconstitucionais (STRAUSS, 2010, p. 12-16).

Evidentemente, os proponentes do originalismo não defendem esses posicionamentos. Ocorre que, de variadas formas, os originalistas mitigam a utilização até as últimas consequências dos entendimentos dos *founding fathers*. Strauss argumenta que o originalismo se propõe como um remédio à imposição dos valores pessoais dos juízes. Sendo assim, é contraditório que o juiz possa escolher quais entendimentos originais devem ser usados e quais devem ser abandonados, porque isso é exatamente impor os valores do juiz no caso (STRAUSS, 2010, p. 17).

Há um problema básico a se resolver: o que fazer quando as circunstâncias mudam? Esse problema pode ocorrer sempre que alguém tem a obrigação de seguir instruções dadas por outra pessoa e não pode se comunicar com a pessoa que deu a instrução. Strauss oferece um exemplo desse problema: Imagine-se que o comandante de um batalhão dá uma ordem a um subordinado. Evidentemente, o subordinado é obrigado a seguir essa ordem. Mas e se as circunstâncias mudarem de uma maneira crucial após o subordinado receber as ordens, e a comunicação entre

[33] É importante notar que John Hart Ely (1980, vii) se opõe à noção de que haveria aqui uma dicotomia. Para Ely, a falsa dicotomia seria que necessariamente dever-se-ia seguir um dos dois posicionamentos: (1) deve-se seguir de perto os pensamentos daqueles que escreveram a Constituição e declarar ilegais apenas as práticas que eles pensavam estar relegando à ilegalidade (originalismo); ou (2) a Corte deve repensar as escolhas valorativas do legislativo (visão que se aproxima da “Constituição viva” defendida por Strauss). Para Ely, contudo, há uma pluralidade de posições possíveis que não se confundem com essas duas. Ely defende (1980, p. 181) que o judicial review seja vinculado às provisões abertas da Constituição ao insistir que a corte constitucional deveria se preocupar apenas com questões relativas à participação, e não com os méritos substantivos da escolha política atacada.

comandante e subordinado se interrompeu? O subordinado tem que fazer um julgamento sobre se o comandante queria que as ordens fossem seguidas literalmente, mesmo após a alteração das circunstâncias. Se o comandante provavelmente não previu as novas circunstâncias e, portanto, não pretendia a execução de suas ordens na nova conjuntura, o subordinado tem que decidir qual curso de ação corresponderia mais fielmente às intenções do comandante (STRAUSS, 2010, p. 22).

No dia-a-dia, a efetiva aplicação da lei constitucional dos Estados Unidos é sobre precedentes, e, quando não há precedentes, é sobre noções de bom-senso de justeza e boa política. A Constituição não é apenas o documento exposto em um vidro nos Arquivos Nacionais. Precedentes, tradições e entendimentos formam uma parte indispensável do que pode ser chamado “constituição com ‘c’ minúsculo”: a constituição que realmente opera na prática. Essa constituição com “c” minúsculo em conjunto com aquela no arquivo nacional é a Constituição viva. A Constituição viva se desenvolve através da acumulação e evolução dos precedentes, que são formados em algum grau por noções de justiça e boa política (STRAUSS, 2010, p. 34-35).

A principal preocupação sobre o constitucionalismo vivo é que seria como dar um cheque em branco para os juízes e outros intérpretes. Mas a *common law* tem, por séculos, restringido os juízes. Na verdade, a restrição imposta pela *common law* é mais efetiva que o originalismo. A abordagem da *common law* também é mais justificável que o originalismo, além de prover uma compreensão melhor do que a lei constitucional realmente é (STRAUSS, 2010, p. 36).

De maneira ampla, pode-se dizer que há duas teorias sobre o que é a lei. Para a teoria do comando, a lei é vinculante porque foi estabelecida por uma pessoa ou entidade que tem autoridade para fazê-lo. Essa autoridade pode ser conferida por direito divino ou, modernamente, pela legitimidade da regra democrática. A maior competidora da teoria do comando é a abordagem da *common law*, segundo a qual a lei pode ser como um costume de maneiras importantes. A lei pode se desenvolver com o tempo, e não em um momento singular. Pode ser o produto evolutivo de muitas pessoas, em muitas gerações. Não é necessário que exista uma entidade que comandou a lei em um ato específico, em um momento específico (STRAUSS, 2010, p. 36-37). Nesse sentido, o conteúdo da lei é determinado pelo processo evolutivo que a produziu. Os intérpretes hodiernos podem contribuir para a evolução, mas apenas ao continuar a evolução, não ao ignorar o que já existe e começar de novo (STRAUSS,

2010, p. 38).

Por exemplo, em um caso em que uma pessoa foi machucada por um carro defeituoso e processa o fabricante, os precedentes poderiam deixar aberta a questão se a vítima deve demonstrar que o fabricante foi negligente ou se receberá compensação mesmo se o fabricante tomou precauções razoáveis (em outras palavras, pode deixar aberta a questão se a responsabilidade civil nesse caso é subjetiva ou objetiva).

O juiz pode decidir, então, entre uma ou outra opção com base em suas ideias do que seria uma boa política. Mas isso é diferente de o juiz simplesmente criar suas próprias visões de boa política, porque os precedentes podem limitar um amplo espectro de possibilidades mais extremas, mesmo que tais possibilidades pareçam mais atraentes ao juiz. Nenhum juiz poderia de maneira plausível decidir que a vítima não pode ser indenizada em nenhuma hipótese, ou apenas se o fabricante dolosamente colocou um carro defeituoso no mercado, ou que a vítima pode ser indenizada por qualquer acidente, mesmo que todos os itens do carro funcionassem perfeitamente. Em outras palavras, mesmo onde os precedentes não são decisivos, e julgamentos sobre justiça ou política social entram em jogo, eles entram em jogo apenas no estreito feixe deixado aberto pelos precedentes.

Na maior parte das vezes, não existem regras claras e definitivas em um sistema de *common law*. Strauss afirma que a *common law* não é algorítmica. A melhor forma de se pensar sobre a common law é que esta é governada por um conjunto de atitudes: atitudes de humildade e empirismo cauteloso (STRAUSS, 2010, p. 39-40).

Com exceção das decisões sobre direito constitucional, decisões de *common law* em outras áreas do direito podem ser revertidas pelo legislador. Em contraste, as decisões sobre o significado da Constituição não podem ser revertidas pelo legislador ordinário, mas apenas pelo próprio judiciário ou pelo processo formal de emenda (STRAUSS, 2010, p. 46). Para Strauss, contudo não é a abordagem da *common law* que torna o sistema antidemocrático. O que faz do sistema antidemocrático é a prática de permitir que as cortes tenham a última palavra sobre a maioria dos assuntos de direito constitucional. E, em um nível mais profundo, a própria existência de uma Constituição é, de certa forma, antidemocrática. E, ainda assim, a maioria das pessoas acham que essas características antidemocráticas do sistema é algo bom e que deve ser preservado. Mas a common law não é intrinsecamente democrática ou

antidemocrática, mas somente um meio de se resolver questões (STRAUSS, 2010, p. 47).

Nessa toada, é fácil imaginar o constitucionalismo da *common law* em um sistema sem *judicial review*. As decisões constitucionais seriam tomadas não pelas cortes, mas pelos membros do Congresso, que conscientemente aplicariam decisões e entendimentos adotados ao longo do tempo (STRAUSS, 2010, p. 48).

Segundo Strauss, *Brown v. Board of Education* (1954) pode ser entendida como uma decisão alcançada pelo método da *common law*. Os casos que levaram até Brown já deixavam o *separate but equal* em frangalhos. Já se mencionou que o *separate but equal* foi estabelecido em 1896, no caso *Plessy v. Ferguson*. Para Strauss, o que ocorreu entre Plessy e Brown foi uma lenta e gradual evolução que levou ao *overrule* do primeiro precedente.

Em *McCabe v. Archinson, Topeka & Santa Fe Railway* (1914), uma lei de Oklahoma alegava que seguia o *separate but equal* ao exigir das empresas de trem o fornecimento de vagões para dormir e jantar apenas para brancos, porque não havia nenhuma demanda por parte dos negros por esse tipo específico de serviço. O estado de Oklahoma alegava que estaria fielmente o *separate but equal* ao fornecer os serviços que cada grupo demandava, mas a Suprema Corte se negou a seguir essa lógica mais segregacionista.

Três anos depois, em *Buchanan v. Warley* (1917), a Suprema Corte declarou inconstitucional uma lei que proibia brancos de morarem em quarteirões em que a maioria das casas eram ocupadas por negros e vice-versa. A argumentação da corte foi no sentido de que o proprietário da casa poderia dispor dela como achasse melhor, e não cabia ao Estado interferir.

Missouri ex rel. Gaines v. Canada (1938) tratava do caso de um cidadão negro que teve negada sua pretensão de ingressar na Missouri Law School, uma universidade de direito exclusiva para brancos. O estado do Missouri tinha uma universidade exclusiva para negros, a Lincoln University, que não tinha departamento de direito. Em casos assim, oficiais do estado do Missouri eram autorizados a buscarem faculdades de direito em estados vizinhos e pagar as mensalidades.[34] A

[34] No original, *tuition*. *Tuition* é uma palavra que, traduzida literalmente, seria algo como “taxa escolar”. Trata-se de uma prestação financeira paga à instituição de ensino pelo curso. Normalmente, não tem periodicidade mensal. Ainda assim, a palavra que provavelmente melhor preserva o seu sentido considerando as diferenças entre os sistemas dos Estados Unidos e o brasileiro seria, *mutatis mutandis*, mensalidade.

decisão da Suprema Corte foi que isso não satisfazia o requisito do *separate but equal*.

Lloyd Gaines, o cidadão negro envolvido nessa ação, foi o primeiro negro a solicitar ingresso em uma faculdade de direito no Missouri. A alegação do estado do Missouri, tanto quanto a alegação do estado de Oklahoma em McCabe, era verdadeira. A demanda por faculdades de direito ou por serviços de luxo em trens possuía demanda praticamente inexistente por parte da população negra, e obrigar a sua oferta tornava impraticável a aplicação do *separate but equal*. A Suprema Corte não se abalou com o argumento e seguiu tornando a observância dos requisitos do *separate but equal* uma tarefa cada vez mais difícil. Se os estados não pudessem oferecer serviços separados *idênticos*, que abandonassem a segregação.

Em *Sipuel v. Board of Regents* (1948), a Suprema Corte decidiu que o estado de Oklahoma violou a *Equal Protection Clause* quando excluiu uma cidadã negra da University of Oklahoma Law School, utilizando o precedente fixado em *Gaines*. Em *Sweatt v. Painter* (1950), a Suprema Corte foi além e entendeu que a escola de direito oferecida para negros no estado do Texas não era igual à University of Texas Law School, enumerando diferenças tangíveis entre as duas faculdades.

No mesmo dia em que foi decidido o caso *Sweatt v. Painter* (1950), a Suprema Corte foi um passo além em *McLaurin v. Oklahoma State Regents*. Nesse caso, o cidadão negro George McLaurin foi aceito em uma universidade que anteriormente à sua admissão era somente para brancos. Contudo, McLaurin tinha um assento específico na sala de aula, na cafeteria e na biblioteca, apartado de seus colegas brancos. A decisão da Suprema Corte é que tais condições não eram “separadas, mas iguais”, pois prejudicavam a possibilidade de MacLaurin se engajar em debates e trocas de pontos de vista com seus pares.

Note-se que, até esse ponto, a doutrina do *separate but equal* ainda era aceita pela Suprema Corte como precedente. Mas, em uma lenta e gradual evolução, tornou-se cada vez mais difícil satisfazer o requisito para colocar em prática a segregação. No caso de McLaurin, a universidade oferecida era a mesma que era oferecida para os brancos, com a condição de que McLaurin permaneceria separado. É difícil imaginar que, em 1896, quando foi decidido o caso *Plessy v. Ferguson*, tais circunstâncias seriam consideradas como uma segregação que violaria o *separate but equal*. Mas em 1950, com a gradual evolução do precedente, chegou-se ao ponto que nem mesmo oferecer a mesma universidade com assentos separados era suficiente para atender o *separate but equal*. Mesmo antes do abandono da odiosa doutrina, o

atendimento de seus requisitos cada vez mais rigorosos já tornara impossível colocar em prática a segregação na maioria dos casos. Há décadas a Suprema Corte não se deparava com um caso em que considerou atendidas as exigências do *separate but equal*.

Portanto, a rejeição explícita do *separate but equal* em *Brown v. Board of Education* (1954) teve uma importância mais simbólica do que prática. Tratou-se não de uma revolução, mas do ápice de um processo de evolução de precedentes que durou décadas. Conforme Strauss (2010, p. 91), Brown é uma decisão solidamente alicerçada na abordagem da *common law*.

A Constituição escrita é tão importante quanto a constituição viva de precedentes e tradições. A Constituição escrita decide várias questões importantes por si só, sem o auxílio de precedentes ou da abordagem da common law (STRAUSS, 2010, p. 101). Ninguém sugere seriamente, por exemplo, que os limites de idade estabelecidos na Constituição para presidentes e membros do Congresso devem ser interpretados de forma a levar em consideração o fato de que a expectativa de vida hoje em dia é maior (STRAUSS, 2010, p. 103).

Por que se aceita universalmente que as palavras escritas por gerações passadas são vinculantes? Aceitam-se essas palavras não porque se reconhece a autoridade das gerações passadas, mas porque elas servem como um terreno comum (*common ground*). Deixadas a sua própria sorte, as pessoas discordam sobre várias questões, pequenas e grandes, relativas a como o governo deve ser organizado e operado. Em alguns casos, como a duração do mandato do presidente ou o número de senadores, a Constituição provê uma resposta. Em muitos outros casos, a Constituição limita o conjunto de respostas possíveis. Mesmo quando as previsões constitucionais são abertas, ter o texto constitucional como ponto de partida pelo menos limita o feixe de discordância possível (STRAUSS, 2010, p. 104).

A abordagem do *common ground* tem implicações sobre como se deve interpretar o texto constitucional. Em regra, o texto deve ser interpretado de forma calculada para garantir um ponto que as pessoas possam concordar de modo a evitar os custos de reabrir todas as discussões constantemente (STRAUSS, 2010, p. 107).

A Constituição dos Estados Unidos é brilhante porque é específica onde a especificidade é valiosa e é aberta onde a abertura é importante, não colocando a nação em situações inaceitáveis das quais não se pode evitar com alguma interpretação plausível do texto constitucional (STRAUSS, 2010, p. 112).

Para Strauss, o processo de emenda constitucional nos Estados Unidos é difícil demais para que seja um meio viável de mudança e adaptação. Alguma forma de constitucionalismo vivo é inevitável, e necessário, para evitar que a Constituição de se tornar irrelevante ou, pior, uma camisa de força que prejudica a sociedade por ser tão inflexível (STRAUSS, 2010, p. 115).

Uma indicação de que o papel de emendas formais pode ser menos relevante que o que parece à primeira vista, e que o constitucionalismo vivo é a principal dinâmica de mudança, é a frequência com que ocorrem mudanças de magnitude constitucional sem a necessidade de nenhuma emenda (STRAUSS, 2010, p. 120).

Algumas emendas fazem pouca diferença quando são adotadas. As mudanças prescritas nas emendas só ocorrem quando a própria sociedade já mudou. O efeito prático da 13ª emenda, por exemplo, foi, quando muito, abolir a escravidão em quatro estados – Delaware, Maryland, Kentucky e Missouri – que ainda permitiam a prática (STRAUSS, 2010, p. 127).

É difícil acreditar que a Suprema Corte decidiria a favor da segregação em *Brown v. Board of Education* se a 14ª emenda não existisse. Parece mais provável que a corte identificaria algum outro texto na Constituição como o respaldo formal para a sua conclusão de que o *apartheid* racial é inconstitucional (STRAUSS, 2010, p. 131).

Na realidade, a constituição viva pode ser baseada em um importante conjunto de virtudes: humildade intelectual, reconhecimento da complexidade dos problemas enfrentados pela sociedade, respeito pela sabedoria acumulada no passado, e uma disposição para repensar quando necessário e quando consistente com tais virtudes (STRAUSS, 2010, p. 139).

Dessa forma, a posição de Strauss é que a estrita obediência ao texto, conforme originalmente entendido pelos constituintes, não é o que vai trazer segurança jurídica. É a observância dos precedentes e das técnicas decisórias do *common law* que, ao mesmo tempo que permite que o judiciário atualize a constituição, proporcionará segurança jurídica.

2.3 O POSICIONAMENTO DE MARK TUSHNET

Nesse tópico abordar-se-á a posição de Mark Tushnet em *Taking the Constitution Away From the Courts*. O que a Constituição significa não é necessariamente o que a Suprema Corte diz que ela significa. Para Tushnet, se os

legisladores acham que a Corte interpretou erradamente a Constituição, os seus juramentos permitem e os obrigam a desconsiderar o precedente (TUSHNET, 1999, p. 6). O presidente Abraham Lincoln, em seu discurso inaugural, asseverou claramente, por exemplo, que *Dredd Scott*[35] era vinculante apenas para as partes.

As pessoas podem se dividir sobre, por exemplo, se restringir o acesso via internet a materiais sexualmente explícitos é consistente com os ideais de liberdade de expressão. Isso não significa que os proponentes das restrições são "contra a liberdade de expressão". Significa que as pessoas discordam sobre o que a liberdade de expressão requer. Essa análise deixa aberto um amplo espectro no que as autoridades podem, com suficiente habilidade de liderança, rejeitar a teoria geral da supremacia judicial sem erodir os compromissos mais fundamentais da nação, mesmo que, com isso, se provoque uma crise constitucional.

Um presidente ou legislador pode provocar uma crise constitucional ao desafiar as cortes quando fazê-lo é necessário para preservar um governo enérgico com poder efetivo suficiente para enfrentar problemas urgentes da nação. Talvez o desafio seja apropriado apenas quando princípios de direitos humanos estejam em jogo (TUSHNET, 1999, p. 13).

A própria Suprema Corte desenvolveu uma regra importante, a *political questions doctrine*, que deixa algumas questões constitucionais para o presidente ou para o Congresso, sem possibilidade de *judicial review*. O fato de que algumas decisões não se sujeitam ao *judicial review* sob o presente sistema constitucional estadunidense não causam, por si, a derrocada da supremacia judicial. Os limites do *judicial review* no máximo demonstram que, como entendemos o sistema hoje, o domínio da supremacia judicial pode não ser tão amplo quanto se imagina (TUSHNET, 1999, p. 16).

[35] Em *Dredd Scott v. Sanford* (1857), a Suprema Corte dos Estados Unidos decidiu, por 7-2, que a constituição dos Estados Unidos não reconhece cidadania estadunidense para indivíduos negros, pouco importando se fossem escravos ou livres. Portanto, os direitos constitucionais não alcançariam os negros. No caso, Dredd Scott era escravo no estado do estado do Missouri, cujas leis permitiam a escravidão. Os proprietários de Scott o levaram ao território do Missouri (não se confunde o estado e o território do Missouri), onde a escravidão estava proibida pelo *Missouri Compromise*, de 1820. Dredd Scott alegou que, como esteve em um local em que a escravidão era proibida, foi automaticamente liberto naquele momento. A posterior volta ao estado do Missouri não deveria ter o condão de transformá-lo novamente em escravo, uma vez que, pelas leis vigentes, o só fato de ser negro não o relegava a essa condição. Embora os *justices* da Suprema Corte esperassem que essa decisão arrefecesse os ânimos a respeito da escravidão nos Estados Unidos, tópico cada vez mais controverso no debate público, o efeito foi justamente o contrário. A decisão da Suprema Corte foi recebida com ira por pelos estados que já haviam abolido a escravidão, e foi um dos fatores que contribuiu para a eclosão da guerra civil nos Estados Unidos, em 1861, quatro anos após a decisão.

Uma vertente mais atenuada sugere que, em vez de simplesmente agir desafiando a ordem emanada do judiciário, o Congresso poderia passar uma lei inconsistente com a decisão da Suprema Corte para alertar sobre o profundo desacordo provocado pela decisão (TUSHNET, 1999, p. 22). Essa atitude do Congresso de reeditar uma lei inconsistente com um precedente da corte constitucional, se ocorrida após decorrido algum tempo do precedente, pode representar não um enfrentamento, mas uma análise de que existe chance de *overruling* do precedente anterior (TUSHNET, 1999, p. 19-20).

Quando um importante assunto constitucional está envolvido, pode-se encarar os males de uma crise constitucional que não pode ser resolvida, senão com um alto custo. Esse custo pode ser absorvido apenas em situações extraordinárias, mas não rotineiramente. Líderes políticos podem provocar uma crise constitucional de grandes proporções e tentar persuadir o público que a sua visão deve prevalecer, quando estão diante de um assunto crucial para o seu programa político. Raramente isso ocorre, precisamente porque os líderes políticos calculam com regularidade que eles não devem provocar uma crise, seja porque o assunto em questão não é suficientemente relevante, seja porque eles acreditam que a sua posição não irá prevalecer em um cenário de crise (TUSHNET, 1999, p. 24).

Se é verdade que os membros do Congresso têm um incentivo para maximizar a esfera dos seus próprios poderes e responsabilidades, o mesmo se pode dizer a respeito dos membros da Suprema Corte (TUSHNET, 1999, p. 26).

O autor utiliza o posicionamento de Larry Alexander e Frederick Schauer, que ofereceram a mais sofisticada defesa recente da supremacia judicial, como a tese para a qual apresenta uma antítese. Alexander e Schauer (1997, p. 1359 e seguintes) argumentam que a *rule of law* requer que as pessoas se abstenham de fazer julgamentos independentes sobre o que a Constituição requer, aceitando sem contestação as interpretações de uma única autoridade tomadora de decisões. Caso contrário, alegam os autores, um regime de anarquia interpretativa deixaria as pessoas incapazes de coordenar suas ações em assuntos sobre os quais elas discordam entre si. E a coordenação é importante para que as pessoas possam tocar suas vidas sem continuamente rediscutir assuntos que estão resolvidos de maneira com as quais elas possam conviver, embora pudessem preferir que tais assuntos fossem resolvidos de alguma outra forma. Alexander e Schauer sugerem que as cortes, e especialmente a Suprema Corte, pode executar esse papel de resolução das

disputas sobre o significado da lei. Permitir que as autoridades ajam a partir de uma interpretação constitucional diferente daquela provida pela Suprema Corte introduziria um indesejado grau de instabilidade na lei. A função de resolução das disputas somente pode ser bem exercida se existe um único intérprete com autoridade, para o qual outros devem se submeter.

O que estabelecem os autores é que decorre da *rule of law* que o sistema legal tem um conjunto de arranjos institucionais suficiente para assegurar o grau de estabilidade necessária para garantir que a função da resolução das disputas sobre a lei será desempenhada de maneira aceitável. Às vezes, bons designs institucionais requerem normas que compelem os tomadores de decisão a se submeterem aos julgamentos de outros, com os quais eles discordam (TUSHNET, 1999, p. 27).

Tudo parece se voltar à questão de o que é um bom design institucional. Alexander e Schauer oferecem várias razões pelas quais a Suprema Corte é preferível ao Congresso como a única autoridade intérprete da Constituição. Uma é que a função de resolução requer estabilidade através do tempo, assim como através das instituições e que as cortes respeitam o princípio do *stare decisis*, enquanto as legislaturas não. Ainda assim, os autores reconhecem que a Suprema Corte se arroga o poder de rever seus precedentes, e que isso ocorre com mais frequência quando se está tratando de matéria constitucional.

Tushnet argumenta que a inércia legislativa é uma força poderosa em geral, o que significa que uma solução legislativa, uma vez alcançada, provavelmente durará um longo período de tempo. Dessa maneira, também existe estabilidade decisória no legislativo. É claro, em alguns casos é possível apontar exemplos de oscilação de curto prazo nas decisões legislativas, mas o mesmo também pode ser dito a respeito do judiciário (TUSHNET, 1999, p. 28).

Tushnet diz que um bom design institucional dispensa a supremacia judicial em qualquer forma forte (TUSHNET, 1999, p. 29). Diz ainda que o cidadão pode se engajar em desobediência civil às determinações da Suprema Corte – o dever do cidadão é de obedecer a Constituição, não a Suprema Corte. Contudo, um cidadão responsável deve ter em mente as consequências da desobediência antes de se engajar nesse comportamento (TUSHNET, 1999, p. 30). Conquanto as pessoas estejam perseguindo sua própria interpretação razoável do que diz a Constituição, elas podem simplesmente ignorar o que a Corte diz sobre ela (TUSHNET, 1999, p. 33).

O autor responde ao argumento geral de que a constituição é emancipadora, na medida que desincumbe o povo de ter que constantemente revisitar questões fundamentais. Não é claro que constituições – escritas para governar um amplo espectro de projetos políticos – são uma boa maneira de amarrar nossas mãos. Parece mais provável que restrições corretas serão desenhadas para projetos particulares, ao invés de restrições gerais aplicáveis universalmente. Também não parece provável que os arranjos específicos daqueles que escreveram a constituição pensaram necessários para assegurar acordo sobre os projetos *deles* permanecem adequados para que busquemos assegurar um acordo sobre os *nossos* projetos. Ademais, o argumento ignora o problema criado pela ambiguidade interpretativa – mesmo a ambiguidade interpretativa inventada. Finalmente, esse argumento pode oferecer boas razões para tomar alguns fundamentos constitucionais por provisoriamente resolvidos.

Na versão do argumento oferecida por Jon Elster, se todas as instituições estão em jogo todo o tempo, os indivíduos no poder serão tentados a utilizar suas posições para propósitos privados, e aqueles que estão fora do poder hesitarão em formar projetos que levam tempo para dar frutos. Além disso, se nada pode ser tomado por garantido, haveria grandes perdas decorrentes da barganha e da faccionalização (ELSTER, 1988, p. 9).

Talvez isso até seja verdade, mas note-se quantas viradas no escopo que Elster dá ao problema: todas as instituições em jogo todo o tempo. O argumento de Elster, que é apenas uma versão específica do argumento da “conservação de energia política”, não explica porque qualquer provisão particular deve ser tida como resolvida em qualquer tempo específico. Todos os benefícios da conservação da energia política podem ser obtidos ao se permitir que as pessoas reconsiderem um fundamento constitucional por vez, talvez um por ano.

Deve-se notar também que, em um sentido importante, todas as provisões constitucionais de fato estão em jogo a todo tempo. Atualmente, a regra é que a Constituição significa o que 50% mais um da Suprema Corte acha que significa. Sendo assim, é cabível perguntar se a atuação da corte constitucional não produz exatamente o tipo de instabilidade que o argumento da conservação da energia política diz ser importante evitar (TUSHNET, 1999, p. 41-42).

Como as coisas são hoje, a Constituição é o que a maioria da Suprema Corte diz que ela é. Isso também pode introduzir instabilidade na medida em que a

composição da corte se modifica, com a introdução de novas visões sobre o que significa a Constituição. A posição que Tushnet desenvolveu significaria que a Constituição seria o que a maioria do Congresso dissesse que ela é. A dificuldade de passar leis, a menos que contem com um apoio realmente grande, indica que fazer a lei fundamental depender da interpretação do Congresso certamente não seria mais instável do que fazer com que dependa do que dizem cinco *justices* (TUSHNET, 1999, p. 52).

Há que se ponderar também que, dado o atual estado de coisas, é possível que os legisladores contem com as cortes para retificar quaisquer equívocos constitucionais que eventualmente cometam. A Constituição é projetada exatamente para limitar o que as pessoas podem conseguir através de seus representantes eleitos, o que significa que geralmente os princípios constitucionais são abstratos e impopulares (TUSHNET, 1999, p. 55).

A proporção de tolos na Suprema Corte se aproxima daquela no Congresso. Em seus melhores momentos, claramente a Suprema Corte é muito melhor que o Congresso em seus piores momentos. Mas em seus melhores momentos, o Congresso também é melhor que a Suprema Corte em seus piores momentos. A partir de qualquer ponto de vista, tanto legisladores como magistrados estão fadados a cometerem erros constitucionais. A verdadeira questão é definir se, em geral, são os legisladores ou os magistrados que cometem erros em maior quantidade ou importância. (TUSHNET, 1999, p. 56-57).

Para Thayer, os legisladores têm o dever de levar em consideração questões constitucionais. Eles não podem agir sem fazer antes uma decisão sobre a constitucionalidade daquela ação (TUSHNET, 1999, p. 57). Há, contudo, um problema quando existe uma corte constitucional que teria um escrutínio estrito sobre a constitucionalidade das leis. Essa presença constante do judiciário no processo legislativo pode levar com que os legisladores acabem por definir sua tarefa como se não incluísse levar em consideração a Constituição, uma vez que qualquer erro constitucional seria retificado pelas cortes. A presença constante das cortes pode fazer com que a Constituição seja levada menos a sério fora do judiciário do que ela poderia ser (TUSHNET, 1999, p. 58).

Poder-se-ia arguir que os legisladores não levariam a Constituição a sério porque eles focam no curto prazo, no que conduziria a uma eventual reeleição, enquanto a Constituição provê uma estrutura para políticas de longo prazo. Contudo,

estudos sobre a atividade do Congresso demonstram que os seus membros não se preocupam exclusivamente com a reeleição. Eles estão interessados em fazer boas políticas públicas, eles querem fazer a diferença e eles querem o respeito dos seus pares, o que podem conseguir demonstrando um bom conhecimento a respeito dos problemas que enfrentam. Tais motivos podem não aumentar a chance de reeleição de um legislador, mas podem, mesmo assim, levar com que um legislador preste atenção aos valores constitucionais. Mais ainda, tais motivações podem, por vezes, agradar aos eleitores, o que dá aos legisladores um motivo político para prestar atenção aos valores constitucionais (TUSHNET, 1999, p. 65-66).

Há uma questão muito delicada quando se afirma que as preferências de longo prazo dos eleitores são diferentes das suas preferências de curto prazo. Quando, nos Estados Unidos, a maioria dos cidadãos considerava adotar medidas antiterroristas após os ataques de 11 de setembro de 2001, eles certamente “sabiam” que as medidas pretendidas colidiam com algumas previsões constitucionais. Eles decidiram, naquele momento delicado, que preferiam segurança a direitos constitucionais. Alguns anos depois, as pessoas reverteram suas prioridades. Poder-se-ia dizer que as novas preferências eram mais profundas, mais refletidas, merecedoras de maior respeito que as antigas na medida que as novas preferências refletiam preocupações emanadas da Constituição, enquanto as antigas não. Contudo, aponta Tushnet que o conflito entre privacidade e segurança é um conflito que se dá entre previsões constitucionais, não entre a Constituição e outra preocupação extraconstitucional.

Bruce Ackerman diz que às vezes as pessoas experimentam o que ele chama de “momentos constitucionais”, nos quais o público mobilizado reflete profunda e deliberadamente sobre questões fundamentais da ordem social (ACKERMAN, 1995, p. 40). Ele contrasta os momentos constitucionais com a política ordinária, do dia-a-dia. Pode-se argumentar que as preferências das pessoas durante os “momentos constitucionais” são melhores do que as preferências das mesmas pessoas durante a política ordinária (TUSHNET, 1999, p. 67).

A dificuldade com esse argumento é demonstrar que as preferências das pessoas durante os “momentos constitucionais” são *melhores* que as preferências durante a política ordinária. Além disso, quando as pessoas tomam decisões abstratas durante os “momentos constitucionais”, elas não estão de fato cientes de como tais decisões afetarão as pessoas na prática. Agindo enquanto ignoram as consequências

das previsões que estão instituindo, talvez cometam erros sobre os custos e os benefícios dos direitos que estão criando, ou talvez entendam errado como os custos e benefícios serão distribuídos (TUSHNET, 1999, p. 68).

Tushnet explora a ideia de que a Constituição pode ser entendida como um arranjo compatível com incentivos ou auto-imposto. A ideia provém da economia: temos algumas metas que desejamos atingir – no caso, avançar com os valores constitucionais – e queremos desenvolver arranjos institucionais que se auto-imponham. Se for possível, tira-se a constituição das cortes e, ainda assim, avança-se com os valores constitucionais.

James Madison via a constituição como compatível com incentivos. O *judicial review* tinha um papel relativamente pequeno na sua visão de como seria possível assegurar que os valores da constituição nascente seriam honrados. Ao invés de se escorar no *judicial review*, Madison examinou como as pessoas agiriam em resposta aos seus incentivos pessoais dentro da estrutura criada pela constituição. Na sua concepção, ações auto-interessadas dos eleitores, legisladores e o presidente produziriam boas políticas públicas, consistentes com os valores constitucionais.

Conforme Madison, facções colocam o desafio mais fundamental para as pessoas que tentam desenhar uma boa constituição. Facções eram grupos unidos por algum impulso ou paixão comum, ou por um interesse, adversos aos direitos dos demais cidadãos ou aos interesses permanentes e agregados da comunidade (MADISON, 2001, p. 43). Facções minoritárias, que hoje podem ser pensadas como os grupos de interesse, podem ser controladas ao se requerer a decisão da maioria.

Mas e o que ocorre com uma facção majoritária, uma pretensão majoritária de infringir os direitos da minoria? Madison argumentava que a nova constituição minimizava o risco de uma facção majoritária de diversas formas. Primeiro, o país seria relativamente grande. Isso dificultaria a reunião de pessoas que compartilhassem um interesse comum adverso àquele da nação como um todo. Segundo, a constituição criava uma democracia representativa, e não uma democracia direta. Os representantes deveriam refinar e alargar as visões do público, filtrando-as através de seus próprios interesses. Madison sabia que nem sempre os representantes seriam homens de estado iluminados. Tanto quanto os eleitores, os representantes também seriam auto-interessados (MADISON, 2001, p. 43).

Madison sustentava que era possível reduzir o papel do auto-interesse dos representantes. Primeiro, eles deveriam ser escolhidos por distritos relativamente

grandes. Para ele, isso aumentava a probabilidade de que estadistas fossem escolhidos como representantes (MADISON, 2001, p. 44). Quanto maior o distrito, mais difícil seria para o candidato se engajar com sucesso em práticas nefastas. A compra de votos seria mais cara e mais difícil de esconder. Mais do que isso, um candidato em um distrito grande teria dificuldades em prometer tudo a todos, pois quanto maior o distrito, maior a possibilidade que as promessas feitas a um grupo fossem inconsistentes com os desejos dos outros grupos.

Mesmo assim, tudo isso não seria suficiente para assegurar que os legisladores agissem conforme o interesse público. Eles poderiam ser menos auto-interessados que os eleitores, mas seriam eleitos e reeleitos apenas se dessem respostas à sua base eleitoral. Isso significa que, em certa medida, os legisladores reproduzem os desejos auto-interessados de seus eleitores. Sendo assim, como evitar o problema da facção majoritária?

Madison contava com a separação de poderes no governo nacional para enfrentar esse problema. O sistema de freios e contrapesos tornava difícil realizar algo sem um amplo consenso (MADISON, 2001, p. 268-269). E os legisladores certamente iriam querer realizar algo. Eles, então, criariam leis de acordo com o interesse público, senão por outra razão, porque eles não poderiam conseguir uma boa reputação se não fizessem nada em todo o seu mandato (TUSHNET, 1999, p. 96-98).

A *political questions doctrine* (doutrina das questões políticas, em tradução literal) diz que determinados assuntos constitucionais não devem ser decididos pelas cortes, mas pelos dois Poderes políticos. É importante ser preciso sobre o que isso significa. Não é que determinadas previsões constitucionais não tenham sentido ou consequência prática, mas sim que essas previsões terão seus sentidos determinados pela interpretação do Poder Executivo ou do Poder Legislativo, não pela interpretação do Poder Judiciário (TUSHNET, 1999, p. 104).

Tushnet cita uma discordância ocorrida entre os justices David Souter e John Paul Stevens em um julgado da Suprema Corte dos Estados Unidos. Na fundamentação de determinado voto, Souter faz uma consideração sobre uma questão que nos Estados Unidos é tida como questão política: o *impeachment.*[36] Souter diz que em uma situação em que o Senado optasse por decidir um processo

[36] Saliente-se que também no Brasil prevalece a posição de que, pelo menos na decisão de mérito, o *impeachment* é uma questão que deve ser decidida pelo Senado, sem a interferência do Supremo Tribunal Federal.

de impeachment no “cara ou coroa”, arremessando uma moeda e se caísse de um lado ter-se-ia *impeachment* e se caísse de outro, a manutenção do presidente no cargo, não seria possível que as cortes permanecessem inertes. John Paul Stevens, por outro lado, disse que se recusava a elucubrar sobre uma hipótese tão absurda em respeito ao Senado. O Senado jamais se prestaria a tal prática e, caso se prestasse, o sistema constitucional já teria se deteriorado a tal ponto que o *impeachment* por “cara ou coroa” seria o menor dos problemas do país (TUSHNET, 1999, p. 105).

O que importava para Madison e o que deveria importar no debate atual é como o sistema político provavelmente operaria ordinariamente. Não como agiria no seu infrequente melhor, nem no seu infrequente pior, mas como agiria num dia moderadamente ruim. De nada adianta se dedicar a hipóteses absurdas, que fogem completamente da realidade prática. Um dia moderadamente ruim seria um em que se criasse legislação que não pudesse ser entendida por pessoas de boa-fé e bom senso como compatível com a constituição (TUSHNET, 1999, p. 106).

O Congresso pode cometer erros constitucionais em um dia moderadamente ruim. Mas as cortes também, o que significa que não é suficiente identificar erros do legislativo. É necessário comparar o comportamento do legislativo com o judiciário antes de concluir se se deve ou não tirar a constituição das cortes ao tratá-la como auto-imposta.

A *political questions doctrine* é justificada quando se trata de previsões constitucionais que são auto-impostas. O *judicial review* não produziria um grau mais alto de respeito pelos valores constitucionais que remeter essas questões aos Poderes políticos. O argumento de freios e contrapesos se respalda nas características estruturais da constituição para chegar à conclusão que o governo nacional respeitaria os valores constitucionais. O respeito do Senado pelos valores constitucionais tem um papel central no debate havido na Suprema Corte entre Souter e Stevens. Os argumentos, portanto, têm uma sensível diferença. O compromisso dos senadores com os valores constitucionais em si mesmos explica a razão pela qual essa provisão constitucional é auto-imposta. É uma visão baseada em valores, ao invés de baseada nas características estruturais (TUSHNET, 1999, p. 107).

Deve ser enfatizado que os juízes apenas têm incentivos baseados em valores a respeito da divisão constitucional entre Estado e nação. Os políticos têm também outros incentivos, como o desejo de reeleição, e esses outros incentivos podem distorcer os julgamentos feitos por eles. Mas juízes também não são

inteiramente isentos de interesses. Por exemplo, eles podem querer construir uma reputação entre algum grupo com que convivem (acadêmicos, jornalistas, amigos pessoais com engajamento político). Esse desejo pode produzir distorções análogas àquelas que afetam os políticos.

Sem dúvida, uma Constituição auto-imposta avançaria apenas imperfeitamente os valores constitucionais, porque os incentivos que os políticos têm não são perfeitos. A constituição não é perfeitamente compatível com incentivos. Entretanto, os juízes também não são perfeitos. Eles cometerão erros e responderão a incentivos imperfeitos. Então, uma Constituição imposta pelo judiciário também avançaria apenas imperfeitamente os valores constitucionais. A grande questão é qual desses dois modos imperfeitos de organizar um governo nos leva para mais próximo daquilo que queremos. O caso para a auto-imposição é mais forte do que nossa cultura legal hodierna acha que é (TUSHNET, 1999, p. 108).

A questão se a constituição é auto-impositiva provavelmente é uma proposição do tipo tudo-ou-nada: Ou se tem uma Constituição imposta inteiramente pelas cortes (com uma pequena exceção para a *political questions doctrine*) ou uma que é inteiramente auto-impositiva (novamente, com algumas pequenas exceções). Convencionalmente, presume-se que teremos um nível mais alto de *compliance* com os valores constitucionais se as cortes impuserem a Constituição. Essa presunção frequentemente se respalda em uma premissa que não é diretamente afirmada, porque indefensável: que as cortes nunca cometem erros (TUSHNET, 1999, p. 126).

Muitas pessoas, em especial os progressistas, nutrem um sentimento positivo em relação ao *judicial review*. Admiradores da Constituição dentro do judiciário, eles são temerosos de retirar a Constituição das cortes. Defensores do judicial review esperam que a Suprema Corte lhes conceda vitórias que eles não obteriam na arena política. Progressistas com essa visão podem achar que a corte de Warren é a Suprema Corte de hoje. Ou acham que a performance recente da Suprema Corte é controversa, mas ainda assim benéfica à visão de mundo progressista em um balanço geral. Ou podem achar que a recente virada conservadora da corte é um desvio do seu papel histórico (TUSHNET, 1999, p. 129).

As decisões da Suprema Corte durante a era da presidência de William Rehnquist[37] eram mais libertárias do que progressistas. Um número razoável de

[37] Frise-se que Mark Tushnet escreveu a obra que está sendo analisada em 1999, época da Corte de Rehnquist, antes da decisão de *Bush v. Gore*. No original, o autor estava se referindo às decisões

justices parece gostar de mercados desregulados. Eles se opõem à regulação governamental de mercados econômicos, assim como se opõem à regulação do livre mercado de ideias (TUSHNET, 1999, p. 130). Os progressistas parecem defender que as pessoas com poder econômico provavelmente terão vantagem na política, e eles podem ter uma vantagem no livre mercado de ideias também. A Suprema Corte, com base na liberdade de expressão, impede que se tomem medidas a fim de reduzir a influência do poder econômico na política. Ainda assim, os progressistas em geral defendem a Primeira Emenda e a liberdade de expressão. Por que os progressistas defendem fervorosamente um princípio que, aparentemente, beneficia o lado ideológico oposto?

Tushnet afirma que, historicamente, há razões para isso. Durante a guerra fria, quando os conservadores montaram uma cruzada anticomunista, a liberdade de expressão foi a salvaguarda de muitos progressistas contra a perseguição estatal. Da mesma forma, os ativistas de direitos civis nas décadas de 1950 e 1960 se valeram constantemente da liberdade de expressão. Naquela época, a liberdade de expressão tinha fortes laços com a visão de mundo progressista. O apreço dos progressistas pela liberdade de expressão, então, se deu porque, naquelas décadas, o princípio era favorável a esse posicionamento político.

O fato de que os progressistas permanecem apegados a um princípio mesmo quando ele é atualmente invocado, via de regra, para favorecer seus adversários políticos se deve a um fenômeno chamado flutuação ideológica (*ideological drift*) (TUSHNET, 1999, p. 131).

Gostamos de pensar que os juízes estão imunes à pressão política. Em certo sentido, isso pode até ser verdade. Não é a regra que juízes recebam ligações de figurões políticos pedindo para decidirem nesse ou naquele sentido. Mas eles também são escolhidos por um processo político – nomeação pelo presidente, confirmação pelo Senado. E, embora os juízes federais sejam vitalícios em seus cargos, a mortalidade ínsita à condição humana significa que existe uma rotatividade razoavelmente regular dos membros da Suprema Corte. A Suprema Corte tende a se adequar à maioria política nacional, mesmo que com alguma defasagem. Isso é particularmente verdade quando a maioria política se sustenta por um extenso período de tempo (TUSHNET, 1999, p. 134-135).

recentes da Suprema Corte. Tomou-se a liberdade de adequar a sua referência às “decisões recentes” como “decisões da era Rehnquist” a fim de evitar anacronismo.

Tushnet defende que, em certos casos, os grupos de interesse que se saem vitoriosos na Suprema Corte acabam em uma situação pior. A dinâmica básica é a seguinte: a partir da vitória legal, os proponentes de determinada posição colocam suas atenções em outro ponto de suas agendas. Eles se dedicam e investem menos nesse ponto, porque, afinal, já obtiveram a vitória pretendida. Do outro lado do espectro político, os derrotados podem estar revoltados com o resultado da disputa legal, o que gera mobilização. O resultado final é que o grupo vencedor está complacente, enquanto o grupo perdedor está mobilizado e ativo (TUSHNET, 1999, p. 138).

Não se deve superestimar a significância do controle de constitucionalidade. A persistência da segregação após *Brown*, por exemplo, deveria acautelar os defensores da prática para distinguirem entre curto prazo e longo prazo, e entre conquistas materiais e conquistas ideológicas. Dizer que *Brown* foi mais importante como uma vitória ideológica do que como uma vitória material não significa dizer que não foi uma decisão importante. Apenas significa que devemos pensar com cuidado a respeito da forma como ela foi importante. Ademais, deve-se sempre lembrar que a aceitação do *judicial review* é a aceitação de um pacote de decisões: para que tenhamos as decisões que gostamos, também teremos decisões que não gostamos (TUSHNET, 1999, p. 141).

Observando o *judicial review* através da história dos Estados Unidos, vemos que as cortes regularmente se posicionam mais ou menos em linha com o que a coalização política dominante deseja. Por vezes, há algum pequeno desvio, ocasionalmente levando a desfechos políticos melhores e ocasionalmente a piores. Adaptando uma metáfora da engenharia elétrica, pode-se dizer que o *judicial review* basicamente é um ruído de média zero: oferece alterações aleatórias, às vezes boas, às vezes ruins, ao que o sistema político produz. Na média, talvez o judicial review tenha algum efeito compensatório à desatenção do legislativo aos valores constitucionais. Esse efeito não é necessariamente bom, mas, por sorte, é pequeno (TUSHNET, 1999, p. 153).

Segundo Tushnet, o histórico e as considerações da teoria e estrutura constitucional sugerem que a adoção ou não do judicial review não faz muita diferença. Livrar-se do judicial review teria um efeito claro: devolver todas as decisões sobre a constituição ao povo agindo politicamente (TUSHNET, 1999, p. 154).

Uma das objeções mais comuns a simplesmente se livrar do judicial review é

que tudo de errado com a prática em questão decorre do fato de que não temos os juízes certos. É rotineiro que se responda aos argumentos contrários ao judicial review dizendo que o judicial review não é o problema, o problema são alguns juízes em particular. Oferecem-se variantes do seguinte argumento: se pudéssemos ter juízes que (1) respeitassem as compreensões originais da Constituição; ou (2) fossem verdadeiros progressistas; ou (3) de maneira geral, concordasse comigo o tempo todo; então tudo estaria bem. É claro, todos têm muitas visões a respeito do que a Constituição significa. E é claro, praticamente todas as pessoas seriam efusivas apoiadoras do judicial review se fosse possível garantir que a maioria da corte constitucional sempre concordaria com elas. O problema é que cada uma das pessoas têm suas visões que podem ser muito diferentes umas das outras, e ninguém pode garantir que os juízes concordarão com as suas próprias visões o tempo todo. Boa parte da produção acadêmica sobre as cortes constitucionais parece presumir que se os acadêmicos e jornalistas insistirem o suficiente com os juízes, eles finalmente acordarão e enxergarão a luz que estão lhes oferecendo. Argumentos sobre o que as cortes devem fazer não são inteiramente inefetivos, mas a experiência com o controle de constitucionalidade dá pouca margem para acreditar que tais argumentos têm um impacto substancial sobre o que os *justices* fazem. Além disso, existem simplesmente teorias demais. Os argumentos sobre o que as cortes devem fazer frequentemente apontam em direções diversas, e geralmente têm substância o suficiente para que um juiz possa escolher e defender qualquer teoria que queira (TUSHNET, 1999, p. 155).

Qualquer conclusão sobre o judicial review deve considerar todos os casos, não apenas aqueles em que a corte parece estar do nosso lado no momento. Não se deve idealizar a corte dizendo que as boas decisões – aquelas de que gostamos – ocorrem quando a corte interpreta corretamente a Constituição e as decisões ruins ocorrem quando a corte era composta pelos juízes errados (TUSHNET, 1999, p. 172).

Tushnet descreve a lei constitucional popular (*populist constitutional law*) como a lei orientada a realizar os princípios da declaração da independência dos Estados Unidos e o preâmbulo da Constituição. Mais especificamente, é a lei comprometida ao princípio dos direitos humanos universais, justificável pela razão e em serviço do autogoverno (TUSHNET, 1999, p. 181).

A lei constitucional popular devolve a lei constitucional ao povo, agindo através da política. Do mesmo modo que os juízes, o povo pode dar respostas erradas sobre questões importantes. A lei constitucional popular não oferece garantias que o

resultado político final será progressista. Mas, é claro, a lei constitucional elitista também não pode oferecer tal garantia (TUSHNET, 1999, p. 186).

Se os progressistas têm uma tendência a constitucionalizar tudo, a sustentar que toda e qualquer discussão deve ter por arena o direito constitucional, os conservadores têm a tendência de desconstitucionalizar tudo. O núcleo do discurso conservador contemporâneo é a defesa da autocontenção judicial e oposição ao ativismo jurídico, deixando espaço apenas para o judicial review a serviço dos entendimentos originais das previsões constitucionais.

O movimento retórico central do discurso constitucional conservador contemporâneo é o seguinte: “a Constituição nada diz sobre ‘X’ – aborto, direito de morrer etc., portanto, ela deixa para a decisão das nossas legislaturas democraticamente eleitas decidir o que fazer a respeito de ‘X’”.

Tanto para progressistas quanto para conservadores há uma Constituição com princípios, em que as cortes decidem, e uma política sem princípios, em que a mera preferência da maioria democrática decide. A divergência é onde fica a fronteira e, para alguns progressistas, se ainda existe algum espaço restante para a política.

A lei constitucional popular é diferente. Cria-se espaço para a política orientada por princípios ao tirar a Constituição das cortes. O próprio autor ressalta que ninguém pode garantir resultados específicos da sua aplicação (TUSHNET, 1999, p. 186-187).

2.4 O POSICIONAMENTO DE SAMUEL ISSACHAROFF

Em *Fragile Democracies: Contested Power in the Era of Constitutional Courts*, o argumento central de Issacharoff é que existem democracias frágeis, que não têm instituições fortes e tradições democráticas suficientes para evitar um retorno ao autoritarismo que assolou esses países em um passado recente. Nesses casos, a intervenção das cortes constitucionais pode ter um papel fundamental para evitar o entrincheiramento no poder, sedimentando a democracia e impedindo que, logo após experiências autoritárias, o primeiro presidente eleito utilize o seu poder para garantir a sua perpetuidade (ou de seu partido).

O problema de criar instituições e cultura democráticas das cinzas do autoritarismo, e em uma sociedade fraturada, é que as democracias frágeis devem navegar um dilema central de todas as democracias liberais bem-sucedidas: deve-se

permitir que a maioria decida, mas também deve-se limitá-la institucionalmente (ISSACHAROFF, 2015, p. 2).

Qual o motivo que levaria uma minoria em uma democracia frágil a confiar nos resultados de uma eleição, ainda que justa? Por exemplo, na África do Sul, as primeiras eleições ocorridas após o *apartheid* sem dúvida permitiriam que a maioria negra chegasse ao poder. Por que, então, a minoria branca, que pela primeira vez em muito tempo se veria sem o domínio do poder político, deveria confiar que a necessidade histórica de corrigir injustiças não conduziria à pura e simples expropriação e opressão contra os antigos detentores do poder sob o *apartheid*? (ISSACHAROFF, 2015, p. 3-4)

As preparações para uma eleição são como uma descarga de adrenalina nas paixões políticas de uma sociedade. Tal como ocorre com os indivíduos, tal descarga é revigorante para as democracias fortes, mas pode ser fatal para as fracas. Quanto mais fracas as instituições de uma democracia e mais fixas as divisões sociais, maior a probabilidade que as linhas de disputa partidária reproduzam as linhas de fratura histórica da sociedade (ISSACHAROFF, 2015, p. 4-5).

Democracias frágeis precisam de limitações ao poder majoritário. Sociedades com fraturas crônicas em linhas religiosas ou étnicas precisam de um comprometimento com o poder pluralista que possa arrefecer as divisões. São necessários modelos que reconciliem a democracia com uma sociedade dividida (ISSACHAROFF, 2015, p. 6).

Por mais que os termos “constitucional” e “democracia” estejam ligados nas definições de sociedades justas e liberais (“democracia constitucional”), os dois contém impulsos antagônicos para organizar o corpo político. A democracia entrega o poder de decisão às maiorias; o constitucionalismo remove do controle popular imediato certos aspectos significativos da política.

A tensão entre democracia política e constrições constitucionais requer uma instituição mediadora capaz de impor tais constrições. Em diversos países, a transição para a democracia é facilitada pela criação de um sistema de cortes com a tarefa específica com a vigilância constitucional sobre o exercício do poder político. Todas as novas democracias ou criaram cortes constitucionais ou deram às supremas cortes amplos poderes de judicial review para fazer valer os comandos democráticos da constituição (ISSACHAROFF, 2015, p. 8-9).

A tese é que o uso do constitucionalismo e a instituição de cortes

constitucionais surgiram como meios primários de gerenciar conflitos em cenários nacionais difíceis de muitas das democracias do mundo. O que caracteriza as democracias frágeis modernas é que elas tipicamente herdaram a autoridade política do colapso de um regime autoritário e agora têm que lidar com as divisões sociais suprimidas ou exploradas por governos autocráticos.

Tais democracias precisam gerenciar conflitos, estabilizar o governo e sedimentar os valores da soberania popular, tudo ao mesmo tempo. E isso, frequentemente, em uma população que tem pouco apego aos conceitos de cidadania e cooperação (ISSACHAROFF, 2015, p. 10-11).

Para Issacharoff, cortes constitucionais têm dois papéis principais. Primeiro, elas servem como uma limitação procedimental crítica no exercício do poder democrático. Segundo, as cortes servem como importantes forças na facilitação da transição para uma nova ordem democrática (ISSACHAROFF, 2015, p. 12-13).

A chamada *intolerância democrática* é a intolerância que governos democráticos devem exibir contra atores antidemocráticos visando preservar o caráter fundamentalmente democrático do governo (ISSACHAROFF, 2015, p. 32). As democracias não são impotentes para responder à ameaça de serem erodidas a partir da utilização dos poderes de suas próprias instituições. O método primordial de resposta é a proibição de participação de extremistas na arena eleitoral (ISSACHAROFF, 2015, p. 36). Exemplos para isso não faltam – Por exemplo, a Espanha baniu o partido Batasuna, que tinha os mesmos objetivos que os separatistas bascos do ETA (COMELLA, p. 133-134).

A ascensão do nazismo no coração da democracia europeia é a pedra de toque para todo debate sobre a vulnerabilidade da democracia a um ataque antidemocrático (ISSACHAROFF, 2015, p. 43). Tchecoslováquia, Bélgica e Finlândia enfrentaram crises entre as duas grandes guerras similares àquelas da república de Weimar, mas apenas na Alemanha o resultado da crise colocou o sistema em um caminho histórico diverso. Em essência, a análise da experiência entre-guerras mostrou que reações bem-sucedidas ao extremismo essencialmente consistiram em três passos: (1) o desafio antissistema foi reconhecido e percebido como tal; (2) deserções significativas da fronte pró-sistema foram evitadas ou bloqueadas, e os extremistas foram politicamente isolados; (3) estratégias de defesa de curto prazo, normalmente uma mistura de repressão e acomodação, foram estabelecidas (ISSACHAROFF, 2015, p. 44).

Todas as constituições entrincheiram provisões para além do alcance da política legislativa ordinária. Mas na reconstrução democrática da Alemanha, foi-se além, não permitindo qualquer revisão para algumas de suas provisões mais importantes, que foram denominadas cláusulas eternas.[38] Tal impossibilidade de emenda significa a inevitável mão dos mortos (*dead hand*) pesando sobre o presente, o que levanta difíceis questões de legitimidade democrática conforme o tempo passa e aumenta a distância entre a geração que estabeleceu a cláusula e a presente geração politicamente ativa (ISSACHAROFF, 2015, p. 46).

Nos casos em que regimes democráticos tentaram prevenir elementos antidemocráticos de assegurar vantagens na arena eleitoral, existem algumas preocupações procedimentais. A mais significativa, é a concentração do poder de suprimir os atores políticos auto interessados. Em todos os casos em que regimes democráticos formalizaram o poder de banir partidos políticos, o judiciário age baseado em petição do governo ou acusações do Ministério Público. Independentemente se o poder de proscrever atores políticos é reservado a cortes supremas ou se é parte do funcionamento ordinário das cortes, o judiciário age como árbitro independente sobre a legitimidade da necessidade declarada pelo governo de suprimir uma ameaça antidemocrática. O traço comum das democracias incipientes que colapsam em regimes autoritários é a concentração de poder unilateral no executivo (ISSACHAROFF, 2015, p. 103).

Para avaliar ameaças potenciais para a *accountability* democrática subsequente, os países democráticos precisam maior amplitude de ação para policiar a arena política de maneira distinta de simplesmente proibir determinados partidos e a imposição de sanções criminais. No mínimo, tal abordagem requer uma lei administrativa de eleições, um corpo independente capaz de responder a alegações de retaliação política contra grupos desfavorecidos e meios de expressão alternativos suficientes para evitar o amortecimento excessivo do debate eleitoral

[38] Contudo, é de se notar que a origem histórica das “cláusulas de eternidade” ou “cláusulas pétreas” não se deu na Alemanha pós-guerra. No México, a Constituição de 1824 já estabelecia limitações à reforma de determinadas matérias (art. 171). A Constituição peruana de 1839 (Art. 183), a Constituição boliviana de 1839 (Art. 146), a Constituição do Equador de 1843 (Art. 110), A Constituição de Honduras de 1848 (Art. 91), a Constituição da República Dominicana de 1865 (Art. 139) e a Constituição de El Salvador de 1886 (Art. 148) todas também estabeleceram limitações ao poder de emenda de determinadas matérias constitucionais. Mesmo antes disso, já se tem registro da ideia de leis entrincheiradas, ou seja, insuscetíveis de reforma posterior. Na *Charter of Privileges* da Pennsylvania, de 1701, já se estabelecia no art. VIII que a liberdade de consciência prevista no art. I, deveria permanecer para sempre inviolável (ROZNAI, 2014, p. 25-26)

(ISSACHAROFF, 2015, p. 123).

Sem regras claras que assegurem, dentre outras coisas, que os perdedores de hoje terão uma oportunidade justa de substituir os vencedores no futuro, uma tranquila transferência de autoridade governamental entre facções políticas rivais seria impossível (ISSACHAROFF, 2015, p. 128).

Enquanto nos Estados Unidos o princípio da rotatividade democrática na chefia de governo está bem estabelecido desde 1800, no resto do mundo a realidade é bem diferente. Até recentemente, essa troca de regime é relativamente rara na história do mundo. Mesmo com o crescimento das democracias constitucionais pelo mundo, a saída de um chefe de estado pela seleção de um candidato alternativo pela via eleitoral ainda é uma ocorrência excepcional (ISSACHAROFF, 2015, p. 132).

Na América Latina, uma forma forte de presidencialismo *caudillo* é a norma. Segundo Issacharoff (2015, p. 132-133), até 2005 apenas três vezes ocorreu na região uma rotação democrática na chefia de estado. E, mesmo assim, muitos desses países experimentam o controle do poder por um único partido. No México, por exemplo, havia rotatividade de presidentes, mas por décadas todos eles eram do Partido Revolucionario Institucional. Issacharoff define o *caudillo* como o homem forte que se prende ao poder de maneira indefinida e se tornam o centro gravitacional da vida política (2015, p. 147).

A corte constitucional, conquanto não tenha um mandato democrático no sentido eleitoral do termo, pode se afirmar como a guardiã de uma ordem constitucional popularmente aceita, que deve restringir os desejos momentâneos de maiorias populares, talvez mesmo as expressas por emendas constitucionais (ISSACHAROFF, 2015, p. 149).

As cortes estão em seu momento mais fraco quando chega o momento de fazer valer seus decretos. Em um confronto direto com o executivo ou o parlamento, uma decisão da corte ameaça retirar a legitimidade do exercício de poder pelos demais Poderes, mas, mesmo assim, não tem os meios para executar diretamente o comando da sua decisão (ISSACHAROFF, 2015, p. 151).

O problema é que o “momento constitucional” raramente é um “momento democrático”. Na prática, a transição do autoritarismo para a democracia requer reuniões, minutas, negociações e transigência (ISSACHAROFF, 2015, p. 178). Aqueles que estão de saída do poder temem a retaliação por parte daqueles que estão assumindo. Na África do Sul, por exemplo, o *apartheid* gozava de suporte majoritário

quando eram apenas os brancos que tinham direito de votar. Na transição, contudo, a minoria branca sabia que a maioria votante agora seria a população negra e, de repente, a regra da maioria passou a ser uma coisa terrível (ISSACHAROFF, 2015, p. 172). Era necessário, portanto, conter os arroubos da maioria por meio da constituição.

O papel potencial de uma corte constitucional em democracias de terceira onda é cristalino: essas cortes podem preencher as lacunas de legitimidade e limitação em uma democracia emergente que não podem ser resolvidas de outra maneira por outras entidades na sua estrutura política.

De maneira característica, as democracias instáveis têm partidos políticos fracos ou simplesmente corruptos, e instituições governamentais mal definidas. Alguns partidos emergem como uma espécie de herdeiro do passado antidemocrático, instituições hipertrofiadas dentro do corpo político em razão da experiência e quadros do regime anterior (ISSACHAROFF, 2015, p. 191). A falta de equilíbrio de poder político frequentemente define problemas imediatos para a resolução da corte (ISSACHAROFF, 2015, p. 192).

As democracias frágeis são afligidas por instituições fracas. As cortes são chamadas a mitigar as fragilidades institucionais, impondo, e frequentemente criando, uma estrutura constitucional que permite a governança democrática ter ao menos uma chance de triunfar. O resultado não é necessariamente uma bela história onde a democracia sempre triunfa, mas sim a história de um importante ator constitucional na transição para a democracia (ISSACHAROFF, 2015, p. 196).

Os países recém livres do jugo autoritário tipicamente herdam um setor público inchado. Não só o governo controla uma parcela desproporcional do emprego, mas o seu peso se faz sentir através da atividade econômica aparentemente privada.

A competição política pode ser a vida de uma democracia, mas a competição econômica não é menos indispensável nos esforços de desarticular o estrangulamento do estado autoritário. Do mesmo modo que as autoridades podem usar os poderes do cargo para frustrar futuras contestações por adversários políticos, elas também podem utilizar os poderes secundários do cargo – sobretudo a grande parcela da economia controlada pelo estado – para recompensar os aliados e punir os oponentes. Qualquer partido no poder aumenta dramaticamente o seu poder se deixar claro, de maneira crível, que qualquer desafio ao seu poder será respondido com a exclusão de qualquer emprego público ou qualquer tipo de contrato com o

Estado (ISSACHAROFF, 2015, p. 207).

A inovação institucional definidora da terceira onda de democratização foi a introdução à força das cortes constitucionais exercendo poder de supervisão sobre o processo político (ISSACHAROFF, 2015, p. 213).

De um ponto de vista teórico, há duas possíveis respostas para o paradoxo das partes em negociação no momento fundador de uma nova democracia criando uma autoridade judicial independente e acreditando que, de fato, tal instituição continuará independente e protegerá o acordo democrático fundamental.

A primeira construção é que a presença de uma autoridade externa poderia facilitar a habilidade das partes em competição pelo poder estatal de chegarem a um acordo inicial que permita com que um governo se forme. Por essa visão, a possibilidade de se recorrer a um árbitro para resolver complicações ao implementar o acordo inicial alivia o encargo das partes em negociação de estabelecer desde logo todos os detalhes de como o governo vai operar em cada circunstância hipotética que possa surgir no futuro.

Uma segunda construção olha não para a questão se um acordo inicial pode ser formado, mas sim se os termos desse acordo podem ser mais justos ou mais duradouros. A presença de um árbitro constitucional pode melhorar a qualidade da solução alcançada. Para esse propósito, a existência de uma corte para decidir em questões imprecisas sobre os limites da autoridade estatal pode promover um acordo inicial mais justo, e pode mitigar a vantagem obtida pelos primeiros a ocuparem os cargos de poder. Portanto, aqui o foco não é na habilidade de se chegar a *algum* acordo, mas nos termos contidos *no* acordo que se chegou (ISSACHAROFF, 2015, p. 215-216).

Concordando com Jon Elster (2003, p. 1755), Issacharoff afirma que, talvez, a euforia e a esperança do momento fundador prejudiquem a abordagem mais pragmática do real governo (ISSACHAROFF, 2015, p. 217).

A questão é se as cortes servem apenas como distrações temporárias ou como um obstáculo significativo, embora, espera-se, não o único, para a concentração de poder político ilimitado nas mãos dos primeiros governantes. No momento das negociações constitucionais, particularmente em sociedades emergindo do recente autoritarismo, é improvável que os participantes da barganha constitucional tenham longas relações de confiança entre si ou experiência com o que podem ser os problemas difíceis na implementação de uma nova ordem constitucional. O resultado

é, provavelmente, um documento que é em grande parte uma declaração de aspirações, que utiliza termos de muita ambição, mas pouca especificidade (por exemplo: devido processo legal, igualdade, dignidade da pessoa humana). Tais termos têm espaço reservado em uma ordem democrática apropriada, mas o acordo fundador dificilmente conseguirá concretizar muitas de suas características.

A ambiguidade textual coloca uma distinta pressão institucional sobre as cortes constitucionais em novas democracias. A necessidade de dar significado para comandos constitucionais inespecíficos força as cortes a agirem como instituições de *common law* ao invés de *civil law*, com a realização de importantes objetivos constitucionais através da criação de leis decisionais. Para juristas em larga medida treinados na tradição da *civil law* de exposição a comandos literais, a transição é desafiadora (ISSACHAROFF, 2015, p. 220).

As cortes constitucionais podem facilitar a transição para a democracia de duas maneiras. A primeira é permitindo às partes uma rápida transição para um governo democrático básico antes que sejam capazes de um acordo completo. Constituições, ao contrário de leis comuns, têm comandos notoriamente abertos. Termos imprecisos, mas evocativos, como “devido processo” avançam o compromisso sem a substância de um acordo. É comum que isso seja o produto da inabilidade de resolver assuntos profundamente controvertidos. Outras vezes, a vagueza pode servir como um mecanismo eficiente para permitir com que as partes cheguem a um consenso suficiente para seguir adiante em circunstâncias onde normas sociais ou considerações estratégicas podem colocar um ônus excessivo sobre a habilidade das partes de chegar a um entendimento expresso.

A segunda vantagem oferecida pelas cortes constitucionais tem a ver mais com a especificidade do compromisso constitucional. Diferente de partes em um contrato convencional, o dano de uma violação à constituição não é retrospectivo, mas prospectivo. As partes de um compromisso constitucional temem menos que as expectativas da época do compromisso não sejam atingidas, e mais que os poderes que estão criando sejam usados prospectivamente contra elas. No centro de qualquer compromisso constitucional está o duro fato que alguma das partes que estão pactuando logo será a detentora do poder estatal sobre os outros parceiros de negociação.

Dessa perspectiva, cortes constitucionais são uma espécie de “seguro” contra formas de entrincheiramento no poder que não podem ser especificadas ou

negociadas durante o processo constituinte originário (ISSACHAROFF, 2015, p. 223-224). A questão para novos regimes constitucionais é se as fontes de acomodação política que estavam indisponíveis na fundação poderão ser desenvolvidas com o tempo.

No reino das leis, as dificuldades de interpretação são acentuadas pela incapacidade institucional das cortes de aplicarem qualquer cânone interpretativo com consistência e precisão. Um degrau acima, no plano da interpretação constitucional, essa dificuldade é novamente potencializada. Descobrir os objetivos comuns das partes na negociação constitucional não é tarefa simples. Para começar, não existe um conjunto de valores universal que une as pessoas através de divisões fundamentais como religião ou raça. Além disso, diferente do que ocorre na interpretação legal, não há como presumir que o legislador está livre para desconstituir interpretações impróprias da corte sobre matéria constitucional (ISSACHAROFF, 2015, p. 226). No caso das leis, uma interpretação inadequada do judiciário pode ser respondida pela reforma legal, de modo a que a intenção do legislador fique mais explícita. No caso da constituição, nem sempre é assim.

A disponibilidade de uma opção externa pode distorcer os incentivos das partes na fase de barganha. Quando a opção externa toma a forma de um árbitro com poderes para resolver impasses entre as partes, o resultado final pode ser menos acordos, ao invés de mais. As partes podem se tornar mais relutantes em fazer concessões através da barganha porque acreditam que prevalecerão na adjudicação da disputa. Uma regra forte de arbitragem pode compelir as partes a se voltarem para o árbitro ao invés de tentar resolver as disputas entre si. Os modelos de teoria dos jogos tipicamente consideram a força relativa do árbitro externo como a variável chave para determinar se as partes provavelmente resolverão a disputa entre si ou se entregarão a resolução nas mãos do árbitro (ISSACHAROFF, 2015, p. 227).

O papel de uma corte constitucional forte na barganha constitucional inicial pode ser visto como a antecipação da necessidade de alistar outro ator institucional para restringir um potencial governo autoritário pelos primeiros a ocuparem o poder (ISSACHAROFF, 2015, p. 231).

Como admite o próprio Issacharoff (2015, p. 241), o seu argumento é instrumental. Não há aqui uma alegação de uma sabedoria “herculeana” no judiciário, como ocorre com Dworkin, nem qualquer tentativa de se engajar em argumentos de primeira ordem por maior legitimidade democrática, como em Jeremy Waldron. Ao

contrário, o argumento é que as cortes emergiram como proteções às duas principais deficiências da democracia, particularmente em regimes jovens e não testados. O primeiro desafio vem de fora, na forma de inimigos da democracia que se utilizam da inerente porosidade da política democrática para sabotar os valores centrais da legitimidade eleitoral que é o alicerce de qualquer regime democrático. O segundo desafio vem de dentro, através do comando sufocante sobre os instrumentos de governo por um partido forte ou um líder forte, que não mais se submete a qualquer contestação eleitoral significativa.

A democracia é uma forma de organização política mais complexa que o simples fato de se ter eleições periódicas para o governo. Atrás da imagem dos cidadãos votantes está uma concepção de liberdades civis que permite a organização política e liberdade de expressão, e uma série de atores institucionais que proveem a estrutura para a competição política, sobretudo os partidos políticos. Tanto a tolerância à expressão discordante quanto a organização dessas visões em partidos políticos existem para garantir a habilidade de se competir pelo poder. A democracia é, antes de tudo, a habilidade de se contestar o governo estabelecido e reivindicar um mandato para uma nova coalisão, uma que, por sua vez, será sujeita a contestações subsequentes por novos rivais que pretendem o apoio do eleitorado (ISSACHAROFF, 2015, p. 243-244).

Em países saindo de regimes autoritários ou conflitos violentos, os múltiplos pilares institucionais da democracia emergem devagar e invariavelmente não aparecem ao mesmo tempo. Com isso, o risco é a excessiva consolidação de poder democrático por um partido progressivamente mais dominante. O obstáculo para a competição eleitoral e rotatividade no poder não é a fraude ou a violência associada com regimes tirânicos, mas o controle sufocante exercido pelo partido que consegue consolidar seu aparato político no poder. Pior ainda, tais partidos ainda podem alegar a sua legitimidade democrática do seu sucesso eleitoral (ISSACHAROFF, 2015, p. 271).

A Rússia dá uma importante nota de cautela na limitada perspectiva de o judiciário prevalecer em um conflito direto com o executivo. Desde o final da antiga hierarquia soviética em 1989 até 1993, a corte constitucional russa era um dos exemplos mais significativos da ascensão de um poder judicial na era pós-soviética[39].

[39] Importante anotar, contudo, que mesmo antes do ponto crítico das relações entre a corte constitucional e os demais poderes na Rússia pós-soviética, a situação do ativismo judicial naquele país já era preocupante. Como

A corte deu um grande número de decisões constitucionais importantes em assuntos de alta tensão, como a dissolução do antigo Partido Comunista e os termos para a reconstituição de partidos políticos locais, incluindo aqueles representando as antigas visões dos comunistas.

Em 1993, a corte se achou em um confronto direto com o presidente Boris Yeltsin sobre decretos presidenciais suspendendo o parlamento. Em uma dramática série de eventos, a corte russa decidiu que Yeltsin excedeu seus poderes e era passível de impeachment pelo exercício impróprio da autoridade presidencial. Em resposta, Yeltsin convocou um referendo e dissolveu não só o parlamento, mas também a corte. Ao fim de 1993, a Rússia tinha uma nova constituição, mas não tinha corte constitucional. A corte foi reestabelecida somente em 1995, permanecendo até hoje como uma instituição diminuída e servil (ISSACHAROFF, 2015, p. 273).

Em confrontos repetidos com o poder político já entrincheirado, um judiciário afrontoso corre o sério risco de sair perdendo (ISSACHAROFF, 2015, p. 277).

Em última análise, a questão que se apresenta é uma de *design* institucional. Não se trata de uma questão de qual é o arranjo ótimo para as sociedades democráticas a todo o tempo, mas uma questão de sobrevivência das democracias ao se confrontarem com a tarefa de estabilizar reivindicações conflitantes de poder (ISSACHAROFF, 2015, p. 277).

Se as cortes podem estabilizar o regime democrático em democracias frágeis de forma duradoura é algo que ainda será determinado no futuro. O papel chave designado para um novo ator institucional, a corte constitucional, é uma das inovações da onda pós-1989 de novas democracias. Mesmo com o resultado final ainda a ser apurado, a lição observada até agora é que confiar a tais cortes com a administração sobre a empreitada democrática certamente é um experimento válido (ISSACHAROFF, 2015, p. 278).

Através de diversos cenários nacionais, a história recente das cortes constitucionais demonstra a necessidade dessas cortes lidarem com assuntos politicamente carregados dos quais a democracia depende, e a surpreendente aceitação da intervenção da corte por sistemas políticos diversos. Particularmente no caso das cortes constitucionais formadas recentemente, a costumeira preocupação nos Estados Unidos com a dificuldade contramajoritária não deve deter, e

anotam Nathan Brown e Julian Waller (2016, p. 826), algumas regiões da Rússia simplesmente se recusavam a cumprir as decisões emanadas da corte constitucional.

efetivamente não detém, a sua atuação. A criação dessas cortes se deu com o propósito expresso de supervisionar a legislação contra um gabarito constitucional constritivo.

O objetivo do controle judicial de constitucionalidade não é tanto jurisprudencial quanto permitir o autogoverno democrático. O controle de constitucionalidade pelo judiciário é uma forma de evitar que os politicamente poderosos descarrilem o experimento da democracia. As democracias não podem funcionar se os objetivos nucleares do governo não estiverem entrincheirados para além do questionamento político imediato. Esse é o papel constritivo de uma constituição (ISSACHAROFF, 2015, p. 279).

O papel do constitucionalismo é prover segurança contra o risco de o poder estatal falhar em se conformar às expectativas democráticas. O constitucionalismo é uma salvaguarda para as democracias, mas não é um substituto para a democracia em si. Resta delimitar como as cortes devem navegar as difíceis fronteiras entre a escolha democrática e os limites constitucionais (ISSACHAROFF, 2015, p. 280).

Issacharoff afirma que a democracia não deve ser um pacto suicida. Não deve ser possível através dos procedimentos democráticos decidir pelo fim da democracia, ou que uma minoria qualquer não deve ter nenhum direito. O autor faz uma abrangente análise dos papéis desempenhados pelas cortes constitucionais em sociedades que enxerga como democracias: África do Sul pós-apartheid; américa latina pós-ditaduras militares; leste europeu pós-socialismo; Tailândia; dentre outras.

A sua conclusão é que a intervenção das cortes constitucionais foi importante para evitar que essas democracias frágeis degenerassem em autocracias. Para o autor, existem quatro justificativas para a interferência do judiciário nos arranjos políticos: (1) violações de direitos – o direito ao voto, por exemplo, está no centro da empreitada democrática; (2) garantir a accountability do processo eleitoral, evitando designs institucionais que entrincheirem o governante de turno no poder; (3) evitar a calcificação dos arranjos institucionais; (4) proteção contra o oportunismo, particularmente quando as fronteiras servem para isolar aqueles que arcam com os custos da decisão política de qualquer possibilidade real de desafiar as tomadas de decisão que ocorrem em outro lugar (exemplo: pense-se numa lei do estado A que autoriza a queima de carvão com alto teor de enxofre, desde que se use uma chaminé longa. O estado B, vizinho de A, é que teria que lidar com a fumaça com alto teor de enxofre, mas os cidadãos do estado B não poderiam votar nos políticos do estado A

que prometessem revogar essa lei). (ISSACHAROFF, 2015, p. 286-289).

2.5 A APLICAÇÃO DOS POSICIONAMENTOS NO BRASIL

Analisou-se a posição de quatro autores diferentes. Cada um com suas razões, dois defendem um reduzido papel das cortes constitucionais, com o predomínio do resultado do processo democrático; e dois defendem a importância do papel desempenhado pelas cortes constitucionais, ressaltando os casos em que os resultados do processo democrático seriam intoleráveis, não fosse a intervenção das cortes.

Maior atenção foi dada ao sistema vigente nos Estados Unidos, embora Issacharoff tenha trazido exemplos de diversas partes do mundo. Mas há que se verificar a aplicabilidade dessas ideias no Brasil sob a égide da Constituição de 1988.

2.5.1 Ativismo Judicial por *Design* Constitucional

A primeira questão a ser respondida é se o ativismo judicial não está incrustado na nossa Constituição. Não é incomum que se depare com variantes da afirmação de que não é o Supremo Tribunal Federal que é ativista, "ativista é a Constituição" (CARMONA, 2015, p. 281). O ex-Ministro do Supremo Tribunal Federal Carlos Ayres Britto argumentou durante a aula inaugural do curso de especialização em parlamento e direito do Centro de Formação, Treinamento e Aperfeiçoamento da Câmara dos Deputados: "não é o Supremo que é ativista, proativo, mas a Constituição que é proativa, ativista. E o que é mérito na Constituição não pode ser defeito no aplicador da Constituição" (BERNARDO JR., 2014).

Se, de fato, a Constituição determina uma atuação ativista do Supremo Tribunal, a única possibilidade de se adotar as ideias de Waldron e Tushnet seria mediante reforma ou outra constituinte. Como explica Daniel Sarmento quando se refere à aplicação de teorias procedimentais na jurisdição constitucional no Brasil, essa posição implica num curioso paradoxo. Essas teorias buscam, em nome da democracia, limitar o ativismo judicial, retirando as questões substantivas da esfera da jurisdição constitucional. Mas para se adotar essa teoria, os juízes teriam que ignorar as orientações valorativas já contidas na constituição. Em outras palavras, teriam que sobrepor a sua teoria constitucional procedimental àquela, sem dúvida

substantiva, adotada pelo próprio constituinte. Seria difícil imaginar maior ativismo (SARMENTO, 2007, p. 139). Em sentido parecido, Estefânia Maria de Queiroz Barboza e Katya Kozicki (2012, p. 79) afirmam que a autorrestrição judicial não se sustenta no contexto da Constituição de 1988. Asseveram ainda que, sendo a Constituição um documento político, cabe sim ao judiciário tomar algumas opções políticas (2012, p. 80).

Da mesma forma, se é a Constituição que determina que o Supremo Tribunal Federal intervenha de maneira intensa nas decisões políticas dos outros poderes, desatender a esse comando constitucional paradoxalmente resultaria em gigantesco ativismo judicial. Seria o judiciário tomando a Constituição não pelo que ela é, mas pelo que ele quer que ela seja. Seria sobrepor a vontade do juiz à vontade da Constituição.

Ressalte-se que, ao contrário do que acontece nos Estados Unidos, o controle judicial de constitucionalidade tem previsão expressa na Constituição Brasileira. A acusação de petição de princípio no caso brasileiro não teria nenhum sentido. A última palavra foi concedida ao judiciário por obra do constituinte originário, e não por um precedente, como ocorre com a Suprema Corte e o caso *Marbury v. Madison* (1803).

Isso dito, também é importante ter em mente que não se está aqui indagando propriamente sobre as intenções do constituinte. Analogicamente, pense-se que um arquiteto projetou uma casa com uma grave falha estrutural, de modo que um vento de 50 km/h em determinada angulação resultaria no seu desabamento. Perquirir as intenções do arquiteto no momento da elaboração do projeto – se ele cometeu um equívoco, se projetou a casa dessa forma como retaliação ao dono, ou para demonstrar uma questão estrutural aos seus alunos, ou ainda como um manifesto artístico, um exemplo de arte em movimento – não interfere na seguinte afirmativa: o projeto resulta, necessariamente e invariavelmente, na queda da casa quando receber uma rajada de vento de pelo menos 50 km/h em determinada angulação.

Da mesma maneira, saber se o projeto constitucional resulta necessariamente em ativismo judicial independe se o constituinte, quando elaborou o projeto, tinha esse efeito em mente ou não. Basta que o conjunto das normas constitucionais resulte, previsivelmente, necessariamente e invariavelmente, nessa consequência. Talvez o ativismo constitucional fosse uma consequência não prevista, mas inevitável, do conjunto de normas constitucionais.

Alguns dos fatores que poderiam indicar que, de fato, o ativismo judicial é

consequência da Constituição: (1) a Constituição é extensa e desce a minúcias, sendo extremamente amplo o parâmetro de controle de constitucionalidade; (2) existe um amplo catálogo de direitos fundamentais, cláusulas pétreas, portanto, e ainda há uma "cláusula de abertura" (SARLET, 2012, p. 82) do catálogo de direitos fundamentais, que permite que o juiz encontre direitos fundamentais fora do catálogo; (3) a constituição prevê uma série de remédios constitucionais e ações de inconstitucionalidade, dentre eles o mandado de injunção e a ação declaratória de inconstitucionalidade por omissão, que lidam diretamente com atos que, em tese, seriam de competência do legislativo; (4) houve grande aumento do número de legitimados para provocar o Supremo Tribunal no controle concentrado de constitucionalidade; (5) dentre esses legitimados estão os partidos políticos, que, por ação da Constituição, se multiplicaram imensamente; (6) adotou-se duas formas de controle de constitucionalidade, concentrado e difuso, permitindo que cada juiz individual realize controle de constitucionalidade difuso; (7) criaram-se meios para facilitar o acesso à justiça, como a constitucionalização da Defensoria Pública; (8) as previsões constitucionais, como é característico das constituições pós-guerra, são abertas e porosas – um direito dúctil, flexível; (9) as previsões constitucionais – regras e princípios – têm aplicabilidade imediata e força normativa; (10) se existe bastante espaço para a dúvida na Constituição dos Estados Unidos, na Constituição do Brasil parece razoavelmente clara: a teoria da autoridade vigente dá a última palavra ao judiciário.

Também merece menção um décimo-primeiro ponto. Richard Albert (2014, p. 1062) assevera que quando o caminho natural da emenda formal é difícil ou bloqueado, caminhos alternativos se abrem para os atores políticos alcançarem o seu equivalente funcional. Nessa linha, Nigussie Afesha (2016, p. 375) afirma que o nível de rigidez constitucional tem repercussões diretas na extensão com que as cortes interpretam suas provisões de maneira mais criativa. Muito embora o número de emendas constitucionais no Brasil seja grande, deve-se observar o que essas emendas estão mudando.

O ano de 2017, por exemplo, teve quatro emendas à constituição. A primeira diz que práticas desportivas com animais não são consideradas cruéis, desde que seguidas determinadas condições que especifica (EC96). A segunda veda coligações partidárias nas eleições proporcionais (EC97). A terceira trata dos servidores dos antigos territórios e a possibilidade de serem reconhecidos como servidores da União

(EC98). A quarta estende o prazo para os municípios quitarem precatórios de 2020 para 2024 (EC99). A imensa maioria das emendas seguem o mesmo padrão. Tratam de minúcias e situações específicas, algo necessário já que se tem uma Constituição que igualmente trata de minúcias e situações específicas. Isso não afasta o fato de que a Constituição é do tipo rígida, com uma extensa parte imutável. A alteração de dispositivos materialmente constitucionais não é tão simples, e em boa parte dos casos é impossível. Nesse sentido, se a observação de Afesha estiver correta, a forma eleita para a mutabilidade da constituição também constitui um fator que induz o ativismo.

Diante de tal panorama, é certo afirmar que a Constituição de 1988, se não determina, ao menos favorece a ocorrência de ativismo judicial. A Constituição de 1988 ao aumentar sobremaneira, ao mesmo tempo, o número de legitimados para provocar o controle judicial de constitucionalidade e o paradigma de controle, inclusive adotando diversas normas abertas sobre as quais cabem mais de uma interpretação, fomentou a judicialização da política. Com mais casos de natureza política sendo levados à corte constitucional, e ainda com a vedação do *non liquet*, o judiciário tem que se pronunciar sobre essas questões. É importante lembrar que o ativismo também pode se dar por omissão da corte em aplicar dispositivo constitucional claro por preferir o resultado do processo legislativo. Simplesmente optar por não interferir na decisão do legislativo, portanto, pode consubstanciar forma de ativismo judicial. A recalcitrância em declarar inconstitucionalidade não necessariamente resulta em autocontenção.

Aprofundando a análise sobre a judicialização da política, a sua intensificação também parece razoavelmente previsível diante desse quadro normativo-constitucional[40]. São consequências diretas da Constituição de 1988 a multiplicação

[40] Há autores que procuram traçar uma diferenciação entre ativismo judicial e judicialização da política (por todos, cite-se Carolina Fontes Vieira, 2019, p. 190-ss). Em síntese, a judicialização da política seria uma consequência inevitável do modelo constitucional de 1988, na medida em que a própria Constituição determina que o judiciário decida sobre assuntos eminentemente políticos. Por outro lado, o ativismo seria uma interpretação expansiva da constituição, expandindo o seu sentido e alcance. Conquanto seja possível traçar essa diferenciação no campo teórico, na prática é difícil traçar a fronteira onde acaba a judicialização da política determinada pela Constituição e começa o ativismo judicial. Sendo que a técnica legislativa adotada pelo constituinte foi a de desenhar uma constituição ao mesmo tempo normativa e dúctil, a classificação de uma decisão judicial como definitivamente ativista ou uma mera decorrência do conjunto normativo explícito e implícito da constituição é uma tarefa quase impossível, e com resultado que dificilmente será consensual na academia. Mais do que isso, na medida em que se admite que o ativismo judicial pode ser legítimo em algumas hipóteses, encontrar essa fronteira entre o ativismo legítimo e a judicialização não resultará em consequências práticas, uma vez que os dois tipos de decisão estarão dentro do campo legítimo de atuação do Poder Judiciário.

de partidos políticos, a possibilidade desses partidos questionarem judicialmente a constitucionalidade dos atos do executivo e do legislativo, e o sensível aumento do parâmetro de constitucionalidade, inclusive com muitas normas de tessitura aberta e passíveis de uma pluralidade de interpretações sem que se violem os limites semânticos do texto[41].

Nesse contexto, seria difícil imaginar que os partidos derrotados nos procedimentos democráticos não tentariam, como cartada final, a declaração da inconstitucionalidade do procedimento ou do resultado do procedimento. Isso independe da orientação ideológica do partido. Esquerda e direita usam desse expediente quando são derrotados na arena política, como é óbvio que fariam. A transferência de boa parte das questões políticas para os tribunais se dá por ação de partidos políticos e grupos de interesses e, "portanto, isso não pode ser visto como um fenômeno jurídico ou como um fenômeno de usurpação de funções de um poder sobre o outro, mas como um fenômeno político" (BARBOZA; KOZICKI, 2012, p. 65).

Um dos exemplos recentes do fenômeno da judicialização da política é o seguinte: em outubro de 2018, ocorreu a eleição presidencial no Brasil. O Partido Democrático Trabalhista (PDT), de viés de esquerda, lançou Ciro Gomes como candidato. Embora o candidato tenha se saído bem nas primeiras pesquisas de intenção de voto, não chegou ao segundo turno das eleições. Jair Bolsonaro, um conservador que sempre acenou com simpatia para os governos militares durante a ditadura, terminou eleito.

A ditadura militar brasileira não ficou marcada por especial apreço ao liberalismo econômico, ao contrário do que ocorreu na ditadura militar chilena, onde o ditador Augusto Pinochet foi um entusiasta das ideias de Milton Friedman, da Universidade de Chicago. Pelo contrário, a ditadura militar brasileira foi o período em que mais se criou empresas estatais no Brasil, proporcionalmente. Apesar disso,

Para o presente estudo, mais importante é perquirir qual a fronteira entre a atuação legítima e ilegítima do Poder Judiciário.

[41] Em sentido semelhante, Luís Roberto Barroso (2014, p. 5) assevera que, embora existam causas diversas para o fenômeno da judicialização da política, que se verificou em vários países, "[n]o Brasil o fenômeno assumiu proporção ainda maior, em razão da constitucionalização abrangente e analítica – constitucionalizar é, em última análise, retirar um tema do debate político e trazê-lo para o universo das pretensões judicializáveis – e do sistema de controle de constitucionalidade vigente entre nós, em que é amplo o acesso ao Supremo Tribunal Federal por via de ações diretas." Por sua vez, Carlos Alexandre de Azevedo Campos (2014, p. 258) propõe uma explicação multifacetada, dizendo que não há uma única resposta para explicar a ascensão do poder judiciário no Brasil. Ainda assim, reconhece que o primeiro conjunto de fatores explicativo decorre dos novos desenhos institucionais introduzidos pelo texto constitucional de 1988 e pelas emendas subsequentes. Tais mudanças fortaleceram a jurisdição, ampliaram o acesso ao Supremo e o seu poder, oportunizando a sua ascenção institucional.

durante a campanha eleitoral, Jair Bolsonaro já avisava que Paulo Guedes, um economista liberal também da Universidade de Chicago, tomaria as rédeas da condução da economia do país.

Um projeto sagrou-se vitorioso nas eleições, enquanto o outro saiu derrotado. De maneira coerente com a sua proposta de liberalismo na área econômica, após a posse Jair Bolsonaro propôs a Medida Provisória 881/2019, a "MP da liberdade econômica". Dentre diversos outros aspectos, a medida veda a restrição da liberdade de definir o preço de produtos e serviços, ressalvadas situações de emergência ou calamidade pública. Essa medida em específico é consistente com o liberalismo econômico proposto como programa de governo.

O PDT, que foi derrotado na arena democrática, questionou a constitucionalidade de diversos pontos da Medida Provisória[42] – dentre eles, essa vedação ao controle de preços. Para os pedetistas, deveria haver ressalva aos "produtos essenciais, que necessitam de monitoramento, e observância de margens de lucro". Ademais, feriu-se a "justiça social".

Não é difícil imaginar que caso Ciro Gomes fosse eleito e estabelecesse tabelamento de preços, os adeptos do liberalismo econômico adotariam idêntico expediente, só que com sinal trocado. Seria simples argumentar que, se bens essenciais podem ficar fora do alcance da população por preços muito elevados, também podem ficar pela escassez provocada pelo tabelamento. Afinal, existe um exemplo nacional demonstrando como o tabelamento de preços gera escassez.[43] Além disso, o fenômeno é bem documentado através de 40 séculos de história (SCHUETTINGER, 2014).

A conclusão é que, em última análise, ganhasse quem ganhasse as últimas eleições, muito provavelmente o Supremo Tribunal Federal seria provocado por algum dos muitos legitimados e seria a corte quem iria definir se cabe ou não o tabelamento

[42] Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 6156.

[43] Em 28 de fevereiro de 1986, o governo de José Sarney anunciou o Plano Cruzado como forma de enfrentar a altíssima inflação da época. Aumentaram-se os salários, criando também o gatilho-inflação: os salários deveriam subir automaticamente sempre que a inflação passasse de 20%. Também foi criada a tabela da Sunab, publicada nos jornais e fixada nos supermercados, mostrando quanto cada produto deveria custar. Grande parte da população foi entusiasta da medida, fiscalizando voluntariamente o cumprimento da tabela da Sunab – surgia então a figura dos "fiscais do Sarney". Em caso de descumprimento da tabela, a Sunab interditava o estabelecimento infrator, para gáudio do povo. No início, o poder de compra dos brasileiros melhorou. Contudo, todos queriam comprar pelo preço da tabela, mas os produtores não queriam produzir por aquele valor. O resultado: filas, racionamento de produtos e prateleiras vazias. O primeiro Plano Cruzado durou 9 meses. E a sucessão de planos econômicos atrapalhados fez com que os anos 1980 ficassem conhecidos como a "década perdida". (ABE, 2016).

de preços pelo Estado. Poderia decidir que não é o caso de se sobrepor à decisão do processo democrático, mas, ao decidir não decidir, não estaria necessariamente afastando de si o ativismo. Assim também ocorre em todas as questões que envolvem qualquer grau significativo de polêmica. Todos os partidos conseguem encontrar fundamentos constitucionais para a sua visão ideológica. Esse estado de coisas certamente é mais um fator que favorece a ocorrência de ativismo judicial.

Ainda tratando da pluralidade partidária causada pela Constituição de 1988, é importante que se diga que, para muitos cientistas políticos, a conjugação de presidencialismo e um regime multipartidário leva necessariamente a impasses e, no limite, à paralisia decisória. Por maior que seja a votação do presidente da República, o eleito terá que governar com um parlamento fragmentado. Isso exige do Poder Executivo um esforço contínuo para estabelecer coalizões partidárias que lhe deem sustentação (VIEIRA, 2018, p. 26). Quanto maior a fragmentação partidária, mais instáveis e custosas serão essas coalizões.

Essa delicada tarefa de manutenção da base sofrerá seus sobressaltos, dado que a hiperfragmentação partidária e a heterogeneidade produzem instabilidade nas coalizões. Os momentos de impasse e paralisia, que são inevitáveis ante o modelo escolhido pela Constituição de 1988, podem ser diagnosticados como inércia do poder legislativo, o que reclamaria atividade legiferante por parte do Poder Judiciário para corrigir a disfunção.

Sobre a extensão expressiva da Constituição, deve-se ponderar que, a princípio, a inserção de mais normas constitucionais poderia significar um limite às normas já existentes. Uma norma constitucional, por estar inserida em um conjunto (Constituição), já é limitada. Daí porque se dizer que não existem direitos ilimitados: um direito, mesmo um direito fundamental, encontra seus limites nos outros direitos fundamentais e em outras normas constitucionalmente protegidas. A proliferação de normas constitucionais significa também, por outro lado, a proliferação de limites às outras normas constitucionais.

No atual estado de coisas da jurisdição constitucional no Brasil, entretanto, a proliferação de normas constitucionais significa a proliferação das possibilidades para que o judiciário ignore as normas constitucionais, ou ao menos que conforme as normas constitucionais à sua visão particular. O teste de proporcionalidade, conforme originalmente concebido por Alexy (ALEXY, 2001, p. 187), representa um ônus argumentativo forte para o julgador. Na verdade, em razão da universalidade,

coerência e consistência que deveriam permear as decisões judiciais, quanto mais se realizasse o teste de proporcionalidade, menor a margem de atuação do julgador, em razão do dever de observância de precedentes.

Contudo, o que se observa é que a proporcionalidade foi corrompida no Brasil, consubstanciando verdadeiro cheque em branco para o julgador. Não existe uma verdadeira observância dos precedentes constitucionais, até pela forma com que as decisões são tomadas, conforme explorado mais a fundo adiante. Nesse caso, a proliferação de normas constitucionais permite com que o julgador faça o que bem entenda, sempre encontrando algum fundamento constitucional para, bem ou mal, justificar sua decisão. Comandos constitucionais aparentemente claros – por exemplo, ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória – são temperados, mitigados, até que tenham, na prática, um sentido completamente diverso – ninguém será considerado culpado até a decisão por órgão colegiado.[44]

Dito isso, a conclusão parcial é que a Constituição de 1988 não *determina* a ocorrência do ativismo judicial, mas certamente *favorece* a sua ocorrência. Ademais, ao contrário do que ocorre nos Estados Unidos, parece fora de dúvida que a nossa Constituição atribui, como/ regra, a última palavra ao Supremo Tribunal Federal.[45]

Também se deve salientar que seria pueril conceder um poder a alguém e esperar que esse poder não seja utilizado em sua plenitude. Nesse sentido, e conforme a definição de ativismo judicial adotada nesse trabalho, é difícil imaginar

[44] Muito embora o Supremo Tribunal Federal tenha revertido esse seu posicionamento, o só fato de ele ter existido e produzido efeitos *erga omnes* até recentemente é suficiente para que o exemplo continue relevante.

[45] Não se ignora, contudo, que há quem defenda que a concepção de que o judiciário deve ter a palavra final para resolução dos conflitos deve ser mitigada. Desde logo, excetua-se que, do ponto de vista processual, de fato a última palavra parece ser do judiciário. Mas essa linha sugere a abertura das instituições para aportes epistêmicos provenientes dos outros Poderes e das partes atingidas pelas decisões. Nesse sentido, pode-se demandar que os juízes respondam os conflitos que lhes são apresentados de maneira dialógica (CLÈVE; LORENZETTO, 2015, p. 202). Com efeito, essa postura do judiciário parece ser a que está mais de acordo com os princípios democráticos. Mas não se pode perder de vista que a correção ou incorreção de uma decisão judicial não afeta a sua validade jurídica no Estado Constitucional de Direito (POZZOLLO, 2003, p. 205). E quando se fala em correção ou incorreção, também se está abordando o aspecto procedimental da decisão. Por exemplo, pode-se dizer que as decisões de grande repercussão devem sempre ser precedidas de audiências públicas para trazer aportes epistêmicos das pessoas e grupos afetados pela decisão. Se o Superior Tribunal de Justiça ou os Tribunais estaduais tomam decisão de grande repercussão sem a prévia convocação de audiência pública, existe a possibilidade de se recorrer ao Supremo Tribunal Federal. Se é o próprio Supremo Tribunal Federal que adota o mesmo procedimento, qualquer irresignação deverá ser dirigida ao próprio Supremo Tribunal Federal. E se a corte constitucional insistir que não vai convocar audiência pública naquele caso, a decisão não perderá validade jurídica e ainda será revestida de autoridade, não obstante a incorreção. É nesse sentido que se diz que o Supremo Tribunal Federal tem a última palavra.

uma sociedade em que se aceita o controle judicial de constitucionalidade com um parâmetro ao mesmo tempo substancialista e com redação flexível, mas não existe nenhum grau de ativismo judicial. Se se aceita o controle judicial de constitucionalidade, deve-se estar preparado para decisões ativistas. Nessa medida, é coerente o posicionamento de Waldron, que simplesmente se opõe à última palavra pelo judiciário.

Culpar a constituição pelo ativismo judicial também exige que se ignore que no resto do mundo, mesmo com modelos constitucionais bem diversos, depara-se com o mesmo problema, em maior ou menor medida. Sendo assim, parece que toda vez que se instalar um modelo constitucional em que uma corte realize o controle de constitucionalidade, há que se aceitar que se terá que conviver com alguma medida de ativismo judicial. A questão que se deve responder então é se precisamos do controle judicial de constitucionalidade.

2.5.2 Precisamos do Controle Judicial de Constitucionalidade?

É inegável que a Constituição de 1988 foi elaborada com *intensa* desconfiança em relação ao legislador futuro, da mesma forma que Waldron asseverou (WALDRON, 2001, p. 222). Não há como interpretar de maneira diversa o entrincheiramento de um vasto catálogo de direitos fundamentais que não podem ser de maneira alguma abolidos pelas gerações futuras, salvo por uma nova assembleia nacional constituinte. Além disso, a Constituição desce a minúcias, constitucionalizando uma série de banalidades e posições jurídicas cujas presenças em uma lei fundamental são no mínimo questionáveis.[46]

Uma crítica de Waldron que tem inteira pertinência na experiência constitucional brasileira é a tendência de as provisões constitucionais tomarem vida própria, acabando por se tornar uma frase de efeito obsessiva (WALDRON, 2001, p. 220). Em nossa jurisprudência, nada exemplifica melhor esse fenômeno do que a

[46] Exemplos de dispositivos constitucionais questionáveis: (1) art. 242, §2º, que prevê que o Colégio Pedro II será mantido na órbita federal; (2) art. 217, prevendo fomento a práticas desportivas; (3) art. 216-A, organizando minúcias do "Sistema Nacional de Cultura"; (4) art. 179 incentivo às microempresas; (5) art. 180, incentivo ao turismo; (6) art. 144, §3º, estabelece a polícia ferroviária federal. Não se discute a importância da Polícia Ferroviária Federal ou do Colégio Pedro II, ou de práticas desportivas e culturais, ou das microempresas, ou do turismo. Apenas se questiona se realmente tais previsões deveriam se dar pela lei fundamental da República.

desmedida utilização da “dignidade da pessoa humana” para fundamentar praticamente tudo.

Critica-se a “invocação desnecessária e banalizadora do princípio da dignidade da pessoa humana” (GONÇALVES, 2019, p. 73). Muitas vezes a dignidade humana é uma abstração vaga utilizada por juízes para decidir casos difíceis de acordo com seus sentimentos pessoais (COSTA NETO, 2014). Ademais, como assevera Luís Virgílio Afonso da Silva, a “inflação no uso da dignidade humana discurso forense não tem ligação direta com a realidade social do país, e é um fenômeno limitado exclusivamente ao discurso jurídico” (SILVA, 2015, p. 193-194).

Tais críticas em muito se assemelham ao ponto levantado por Waldron. De fato, é comum que as provisões constitucionais acabem se tornando meras frases de efeito, que se prestam para defender posições por vezes diametralmente opostas.

Apesar da pertinência das críticas, a impressão é que a posição de Issacharoff é mais adequada à situação brasileira. Ademais, se a forma de lidar com a jurisdição constitucional fosse adequada ao que defende Strauss, parece que haveria segurança jurídica suficiente no controle de constitucionalidade. É importante perceber que Waldron (2006, p. 1360) estabelece que o argumento contra o controle de constitucionalidade é condicionado, e pode não se sustentar caso uma das condições não esteja presente. Para Waldron, o argumento contra o controle de constitucionalidade terá plena validade em uma sociedade em que (1) as instituições democráticas estão funcionando razoavelmente, incluindo uma legislatura representativa eleita com base em sufrágio adulto universal; (2) um conjunto de instituições judiciais, também funcionando razoavelmente, estabelecido em bases não representativas para apreciar ações individuais, decidir disputas e garantir o Estado de Direito; (3) um compromisso por parte da maioria dos membros da sociedade e da maioria das autoridades com a ideia de direitos individuais e direitos de minorias; (4) discordância persistente, substancial e de boa-fé sobre direitos entre os membros da sociedade que estão comprometidos com a ideia de direitos.

Dificilmente uma democracia frágil reunirá esses quatro requisitos. Desta forma, embora Waldron seja um crítico ferrenho do controle judicial de constitucionalidade e Issacharoff seja um defensor, de maneira curiosa e surpreendente, não parece existir necessariamente uma mútua exclusão entre seus argumentos. Issacharoff trata de democracias frágeis, Waldron trata de democracias maduras. Waldron concede que seu argumento pode não ser válido para democracias

frágeis, Issacharoff concede que seu argumento não é válido para democracias maduras. A questão fulcral para o presente trabalho, portanto, está fundada em traçar a fronteira que separa uma democracia madura de uma democracia frágil.

Evidentemente, isso de maneira alguma esvazia as merecidas críticas à forma como se tem lidado com a jurisdição constitucional no Brasil. Pelo contrário, há muito que se percorrer até que se chegue a um estado aceitável de segurança jurídica, aqui definida como o "conjunto de condições que tornam possível às pessoas o conhecimento antecipado e reflexivo das consequências diretas de seus atos e de seus fatos à luz da liberdade reconhecida" (SILVA, 2006, p. 133). Mas o presente tópico é dedicado a responder à pergunta se precisamos do *judicial review*. E a resposta é positiva.

O Brasil é uma democracia jovem. Desde a redemocratização o país teve os seguintes presidentes eleitos: Tancredo Neves (eleito de maneira indireta); Fernando Collor de Mello; Fernando Henrique Cardoso; Luís Inácio Lula da Silva; Dilma Roussef; e Jair Bolsonaro. Destes, Jair Bolsonaro ainda não terminou um mandato, nada se podendo dizer acerca da entrega voluntária de poder ao seu sucessor eleito democraticamente.

Dos presidentes eleitos que já terminaram seus mandatos, Fernando Collor de Mello e Dilma Rousseff saíram por *impeachment*; Tancredo Neves faleceu antes da data da posse; Luís Inácio Lula da Silva entregou a presidência a Dilma Rousseff, política do mesmo partido em um governo tido como continuidade do anterior. Portanto, dentre os políticos eleitos, apenas Fernando Henrique Cardoso entregou voluntariamente o poder a um adversário político.

Contudo, não se deve esquecer que o presidente Fernando Henrique Cardoso entregou o poder apenas ao fim do seu segundo mandato, sendo que a reeleição era vedada quando tomou posse. Houve uma manobra do presidente para mudar as regras do jogo, permitindo a sua permanência no poder. Se, por um lado, foi o único caso desde a redemocratização em que um presidente eleito entregou o poder a um adversário político, é importante que se saliente que essa alternância no poder não se deu sem certa resistência.

Essa é uma tendência verificada em todo o continente. Conforme um levantamento recente, a América do Sul tem uma "queda"[47] de presidente a cada 10

[47] No termo "queda", o levantamento enquadra *impeachment*, deposição, renúncia, assassinato e suicídio.

meses – um total de 114 presidentes que não terminaram o seu mandato nos últimos 100 anos (DANTAS; CAETANO, 2019). No Brasil, desde 1926 apenas 5 presidentes eleitos terminaram seus mandatos (Eurico Gaspar Dutra, Juscelino Kubitchek, Lula, Fernando Henrique Cardoso e Dilma Rousseff, em seu primeiro mandato), enquanto os outros 20 que ascenderam ao posto máximo do poder executivo não terminaram por diversas razões – morte, *impeachment*, renúncia, golpe, etc. (DEAK; JOKURA, 2016).

Some-se a isso o fato que até hoje não são poucos os brasileiros que manifestam um certo saudosismo das ditaduras, seja de Getúlio Vargas, seja a ditadura militar[48]. Em ambos os extremos do espectro ideológico há quem defenda um governo autoritário. Recentemente, observou-se certo número de pessoas clamando por uma tal "intervenção militar constitucional". Oscar Vilhena Vieira (2018, p. 19) aponta os protestos de 2015, contra a então presidente Dilma Rousseff, como o momento em que "ressurgem no cenário político brasileiro grupos reivindicando o retorno dos militares ao poder". Do outro lado do espectro ideológico, encontra-se no sítio virtual do Partido Socialista dos Trabalhadores Unificado (PSTU) um "chamado à rebelião", pois sabe-se que "as eleições nada mudam pois são um jogo de cartas marcadas" e, para mudar de verdade, o Brasil "precisa de uma revolução socialista"[49].

Algo similar também se assistiu durante a ditadura militar. Como hoje admitem alguns que participavam dos movimentos mais ativos contra a ditadura militar, a intenção de parte dos opositores dos militares não era lutar por liberdade e democracia, mas sim por outra ditadura de ideologia diferente.[50] Os militares e parte de seus opositores, apesar de inúmeras divergências, pareciam convergir em um ponto: nenhum deles queria a reinstalação da democracia no Brasil.

Esse pouco apreço pela democracia parece um fenômeno típico da América Latina. Desde que retornou à democracia em 1983 até 2019, a Argentina foi

[48] "A parcela de brasileiros que apoia pelo menos uma forma de governo 'não democrática' e que mostra simpatia por militares no poder é maior do que a média global, segundo um levantamento realizado pelo americano Centro de Pesquisas Pew em 38 países [...]. Segundo a pesquisa, 23% dos entrevistados no Brasil dizem não gostar da democracia representativa e apoiam ao menos uma das três formas de governo: tecnocrático, militar ou com um 'líder forte'. Nos 38 países, a média é de 13% [...]." (FLECK, 2017)

[49] <https://www.pstu.org.br/um-convite-a-rebeliao-o-brasil-precisa-de-uma-revolucao-socialista/>, consulta em 04 de março de 2020

[50] Dentre outros, os ex-deputados Fernando Gabeira (antigo participante do Movimento Revolucionário 8 de outubro – MR8) e Eduardo Jorge (antigo militante do Partido Comunista Brasileiro Revolucionário) admitiram que o combate armado à ditadura militar não visava o restabelecimento da democracia, mas o estabelecimento de uma ditadura aos moldes dos países sob influência soviética (BRASIL, 2017).

governada por “peronistas” – em referência ao ditador Juan Domingo Perón – por um período total de 24 anos e, inclusive, em 2019 mais um governo peronista foi eleito no país (SMINK, 2019). Na Venezuela, não falta quem saia em defesa do governo ditatorial de Maduro[51], apesar do caos social e econômico (AGÊNCIA BRASIL, 2019). No Brasil, há quem se refira à ditadura militar (CALIXTO, 2020) e ao Estado Novo de Getúlio Vargas (DEMIER, 2013, p. 224) com nostalgia. Tal simpatia pela dominação carismática revela que a democracia brasileira também pode ser categorizada como uma “democracia frágil”, onde não é muito difícil imaginar que, em algum momento, o povo pode facilmente decidir democraticamente pelo fim da democracia.

Agravando essa característica histórica da América Latina, o atual momento no mundo parece especialmente ruim para as democracias. Yascha Mounk defende que está fora de dúvida que vivemos um momento populista, resta apenas saber se esse momento tornar-se-á uma era populista (MOUNK, 2019, p. 17). Para Mounk, a desilusão do cidadão com a política é coisa antiga. Contudo, no atual momento o cidadão está cada vez mais inquieto, raivoso e até desdenhoso. Antes a insatisfação do cidadão era dirigida a determinado partido, político ou governo. Hoje parece que a insatisfação é com a democracia em si (MOUNK, 2019, p. 16).

Estados Unidos, Rússia, Turquia, Polônia e Hungria elegeram líderes populistas (MOUNK, 2019, p. 16). Para o autor, em breve mais países seguirão pelo mesmo caminho. Mesmo em democracias historicamente estáveis e tolerantes, como Alemanha, Holanda e Suécia, no final da década de 2010 os extremistas conseguiram triunfos sem precedentes (MOUNK, 2019, p. 17).

Muito embora Mounk tenha focado sua análise nos países europeus e nos Estados Unidos, as características dos líderes populistas listadas pelo autor são conhecidas na América Latina, amoldando-se à perfeição a diversos líderes da região. Argumenta Mounk que, em geral, os populistas afirmam todos que os problemas mais graves do nosso tempo são muito mais simples de resolver do que o *establishment* político quer fazer crer. Na realidade, a política seria um assunto muito simples e a grande massa de pessoas comuns sabe instintivamente o que fazer. Se a voz pura do povo prevalecesse, os motivos para descontentamento popular rapidamente desapareceriam.

Entretanto, ao estabelecer tais premissas, os populistas eventualmente têm

[51] Há notícias que dão conta de manifetações nas ruas a favor de Maduro (AGÊNCIA BRASIL, 2019)

que enfrentar uma pergunta óbvia. Se os problemas são tão fáceis de resolver, por que persistem? Admitir que o mundo real pode ser complicado derruba a premissa inicial. Sendo assim, é necessário achar um culpado. Candidatos não faltam: A China, os imigrantes estrangeiros, a grande mídia, as ONGs, os artistas que perderam o financiamento da lei Rouanet, os burocratas de Bruxelas, os imperialistas ianques, os golpistas que não aceitaram o resultado da eleição. O fracasso em cumprir as promessas exageradas sempre é culpa de algum inimigo.

Essa visão de mundo fomenta dois desejos políticos, e a maioria dos populistas abraça ambos. Primeiro, é necessário um líder honesto, que compartilhe a opinião pura das pessoas e esteja disposto a lutar em nome dela. Segundo, uma vez que esse líder honesto esteja no poder, é necessário acabar com os obstáculos institucionais que o impeçam de cumprir a vontade pura do povo (MOUNK, 2019, p. 22-23). Nem as instituições independentes, nem os direitos individuais devem abafar a voz do povo.

Mesmo nos Estados Unidos, onde a democracia é um valor inegociável desde a independência, a tendência observada é um crescimento da hostilidade ao regime democrático. Mais de dois terços dos idosos estadunidenses dizem que é extremamente importante viver em uma democracia. Entre os *millennials*[52], menos de um terço pensa o mesmo. Em 1995, apenas uma em cada dezesseis pessoas nos Estados Unidos acreditava que um governo militar era um bom sistema de governo. Hoje, a proporção é de uma em cada seis (MOUNK, 2019, p. 19-20). Essa tendência descrita por Mounk também se verificou no Brasil: pesquisa da Datafolha apontou que, no final de 2019, o apoio à democracia como a melhor forma de governo estava em queda entre os brasileiros (MAGALHÃES, 2020).

Na linha de Issacharoff, é necessário que eventualmente a corte constitucional intervenha para que se evite o colapso da democracia, o entrincheiramento no poder. Waldron defende que tudo deve estar em jogo na democracia, até mesmo a própria democracia. Seria, assim, possível que se tivesse o fim da democracia pela via democrática – o próprio povo se manifestaria pelo fim da democracia, e há um argumento para se permitir que se levasse a cabo essa opção democrática pela não-

[52] O termo não é unívoco, mas geralmente se refere aos indivíduos nascidos nas décadas de 1980 e 1990. Hershatter e Epstein, por exemplo, usam o termo *millennial* para se referirem a quem nasceu entre 1982 e 2000 (HERSHATTER; EPSTEIN, 2010, p. 212).

democracia.[53]

[53] Sobre a possibilidade de o resultado da democracia ser a opção pela não-democracia, é o caso de se enfrentar o paradoxo da autorreferência. Alf Ross assevera que em uma ordem normativa, é um traço fundamental que a maioria das suas regras de constituição são criadas por uma promulgação, que é uma decisão humana de acordo com outras regras legais que ele chama de *regras de competência*. Uma regra de competência prescreve as condições sob as quais uma promulgação será válida e terá força de lei. Tipicamente essas condições podem ser divididas em três conjuntos: (1) um apontando o indivíduo ou os indivíduos qualificados para a promulgação; (2) outro descrevendo o procedimento da promulgação; e (3) um terceiro limitando os assuntos que podem ser objeto de promulgação por esse indivíduo (ou indivíduos) e por esse procedimento (ROSS, 1969, p. 1). Para Ross, toda regra de competência constitui uma *autoridade*. Uma norma de competência, que constitui uma autoridade, pode ser lei escrita, ou seja, promulgada por outra autoridade. Uma autoridade, portanto, pode ser constituída por outra autoridade. Como a validade da primeira é derivada da segunda, é natural considerar que a autoridade constituinte de um tipo mais alto, ou pertencendo a um nível maior que a autoridade constituída. Digamos que uma autoridade A é constituída em um conjunto de regras de competência C_1. Pode ser que C_1 seja promulgada por uma autoridade mais elevada, A_2, que por sua vez foi constituída em um conjunto de regras de competência C_2. Se for assim, o que foi dito a respeito de C_1 também pode ser dito a respeito de C_2, ou seja, pode ser que C_2 foi constituído por uma autoridade mais elevada, A_3, que foi constituída pelo conjunto de regras de competência C_3, e assim por diante. Como uma série de autoridades não pode ser infinita, a conclusão inevitável é que deve haver uma autoridade máxima cuja competência não deriva de nenhuma outra autoridade. (ROSS, 1969, p. 2). Ross, então, estudando o art. 88 da Constituição da Dinamarca, aponta que a presunção de que uma norma pode ser alterada de acordo com suas próprias regras envolve contradições (ROSS, 1969, p. 4). Explica o autor que a validade de uma norma depende de um silogismo:

P_1: Uma norma é válida quando criada de acordo com as condições C_1, C_2 e C_3;
P_2: A norma N foi criada de acordo com as condições C_1, C_2 e C_3;
C: A norma N é válida.

Contudo, quando se está tratando de uma norma que altera o procedimento pelo qual uma norma pode ser alterada (ou seja, tinha-se a norma N, que estabelece as condições C_1, C_2 e C_3, e se quer substituir a norma N por N'), tem-se o seguinte padrão:

P_1: N - Uma norma pode ser criada por um processo de acordo com as condições C_1, C_2 e C_3;
P_2: N' (que diz que uma norma pode ser criada por um processo de acordo com as condições C'_1, C'_2 e C'_3) foi criada de acordo com as condições C_1, C_2 e C_3;
C: N' é válida, ou seja, uma norma pode ser criada por um processo de acordo com as condições C'_1, C'_2 e C'_3.

O significado de N era dizer a única forma pela qual uma norma pode ser criada no sistema. Tem-se, então, um silogismo em que a conclusão (C) contradiz uma das premissas (P_1), o que seria um absurdo lógico. Ross exemplifica com um caso menos complicado. Suponha-se que a norma básica de uma relação entre pai e filho é que o filho F é sujeito à vontade do pai P. Se P diz a F para deixar de ouvi-lo e seguir seu próprio caminho, a emancipação de F não pode ser inferida da norma básica, porque nesse caso a conclusão contradiz a premissa. Se F toma decisões autônomas em obediência à ordem de P, que mandou que ele tomasse decisões autônomas, F ainda aceita a autoridade de P e não se emancipou realmente; uma nova ordem paterna poderia destruir sua independência. Por outro lado, se F realmente e incondicionalmente aceita a autonomia como sua nova norma básica, isso não pode derivar da velha norma da autoridade paterna. A nova norma vale não porque foi ordenada por P, mas porque psicologicamente esse fato foi aceito por F.

Outro exemplo de Ross se aproxima mais do paradoxo que se pretende demonstrar: Suponha-se uma norma básica que dá poderes absolutos a um monarca. Suponha-se que esse monarca, usando seu poder absoluto, conceda uma constituição ao povo. Este fato pode ser interpretado de duas formas: Se a validade dessa constituição se baseia no poder absoluto do monarca, o poder absoluto ainda é a norma básica e a constituição pode ser revogada a qualquer momento pelo monarca. Por outro lado, se se considera que o advento da constituição foi um término definitivo do absolutismo, a validade da constituição não pode derivar do poder absoluto do monarca, mas deve ser considerado como um fato histórico-político novo (ROSS, 1969, p. 5-6).

A contrário senso, o fim da democracia por decisão democrática, por autorreferente, é contraditório. Não há como se dizer que a democracia "*is up for grabs"* em uma democracia. Caso a democracia chegue ao fim, isso deve ser considerado como um fato histórico-político novo, não como uma decisão democrática pelo fim da democracia, caso contrário a norma básica ainda é a democracia – e, portanto,

A preocupação de Issacharoff é diferente. Contrário às soluções *one size fits all*, Issacharoff argumenta que nas democracias frágeis é possível que os detentores do poder – democraticamente eleitos, mas que não se confundem com o povo – utilizem esse poder para erodir a democracia. Em razão disso, nas democracias frágeis, uma corte constitucional ativamente defensora da democracia é necessária. Possivelmente no caso brasileiro Issacharoff tem razão, e uma corte constitucional com poderes de *judicial review* é realmente necessária.

Nesse sentido, é melhor ter uma corte ativista do que não ter um judiciário forte e independente. É possível entender o papel da corte constitucional, em certo aspecto, como um contrapeso à própria democracia em seu aspecto procedimental. Em momentos de normalidade democrática, a atuação contramajoritária da corte pode ser disruptiva e atrapalhar decisões democraticamente legítimas. Mas em momentos de fragilização democrática, em que o povo se coloca contra a própria democracia, a atuação contramajoritária da corte constitucional pode ser um fator que ajude a salvar a democracia de si mesma. A sobrevivência da democracia após a eleição de um líder com ambições autoritárias depende dos freios institucionais, sendo a corte constitucional um importante mecanismo nesse momento.

Issacharoff, em determinado momento de sua obra (ISSACHAROFF, 2015, p. 223-224), diz, em um único parágrafo, que em determinado aspecto é possível considerar a corte constitucional como uma espécie de “apólice de seguro” (*insurance policy*) da democracia. Essa ideia merece ser melhor elaborada.

Quando se contrata um seguro para um carro, abre-se mão de uma parcela de seu patrimônio (o preço do seguro) para prevenir um risco ao próprio patrimônio (dano ou perda do carro). O risco tem um custo financeiro, que era do segurado e passou a ser do segurador. As seguradoras possuem especialistas para calcular quanto custa o risco de cada indivíduo. O preço oferecido pela seguradora será sempre (1) o custo do risco do segurado; mais (2) o custo de manter a estrutura física e humana da própria empresa; mais (3) o lucro. O custo do seguro, portanto, necessariamente é maior do que o custo de assumir o risco. Para a imensa maioria das pessoas que contratam seguro de carro, se fizerem a conta, verão que já pagaram muito mais à seguradora do que receberam de volta, em termos financeiros. Ainda

a democracia não teve fim, realmente. Mas isso não infirma as conclusões deste trabalho. Sendo o fim da democracia uma decorrência da própria democracia ou um fato histórico-político novo, os variados desenhos institucionais podem tornar uma democracia mais ou menos provável de ter fim – seja por fato histórico-político novo ou não.

assim, a maioria das pessoas que possuem automóveis contratam seguro. E nem por isso passam a torcer para terem seus carros roubados. Na verdade, o maior desejo das pessoas que contratam seguros para automóveis é nunca precisar usá-los.

Não se olvida que indivíduos podem, ocasionalmente, tomar decisões econômicas ruins. Mas a questão do seguro não se limita a indivíduos que desconhecem os cálculos de risco envolvidos. Grandes empresas também se utilizam de seguro, e a mesma situação também se aplica a elas: a grande maioria tem prejuízo na sua relação com as seguradoras, e mesmo assim continuam contratando seguros. Empresas de prospecção de petróleo em águas profundas, por exemplo, quase sempre possuem seguros sobre suas plataformas de extração, mesmo que as legislações nacionais não as obriguem.

Os seguros citados possuem repercussões exclusivamente econômicas. E do ponto de vista econômico, quase sempre há um *déficit* nessa contratação. Se é assim, por que as pessoas e as empresas continuam contratando seguros? A resposta é razoavelmente simples. Porque o bem objeto do seguro é importante demais para o segurado, de modo que o seu perdimento representaria praticamente a sua ruína. Em geral, automóveis são uma parcela significativa do patrimônio dos seus donos, do mesmo modo que as plataformas de petróleo representam uma fatia grande do patrimônio total de uma empresa de prospecção. O contrato de seguro representa, na imensa maioria dos casos, um *déficit* econômico para o segurado, mas é um *déficit* tolerável. Já eventual realização do risco seria um *déficit* intolerável. Sendo assim, aqueles que contratam um seguro aceitam voluntariamente uma perda tolerável de dinheiro de modo a mitigar a eventual ocorrência de uma perda intolerável de dinheiro.

É basicamente o que ocorre com a democracia. É claro que existe uma perda democrática quando um painel de juízes não eleitos faz sua opinião prevalecer sobre o resultado do procedimento democrático. Em situações normais, ter uma corte constitucional representa um *déficit* democrático. Mas no eventual momento que um governante usa os poderes a ele concedidos para se entrincheirar no poder, a existência de uma corte constitucional pode representar um dos obstáculos para a deterioração da democracia. Nesse sentido, incorre-se voluntariamente em um *déficit* democrático tolerável ao instituir uma corte constitucional para mitigar a chance de ocorrência de um *déficit* democrático intolerável.

O conceito da “apólice de seguro”, na verdade, é uma espécie de um gênero maior. Há um determinado gênero de coisas que se beneficiam com o caos. Nassim

Nicholas Taleb (2012, p. 1) denomina esse gênero, justamente, como “antifrágil” (*antifragile*). Segundo Taleb, certas coisas se beneficiam de choques, crescem quando expostas à volatilidade, aleatoriedade, desordem, estressores etc. E esse fenômeno é ubíquo.

Para Taleb (2012, p. 5), qualquer coisa que tiver mais benefícios que malefícios diante de eventos aleatórios (ou certos choques) é antifrágil. Talvez o momento de maior brilho das cortes constitucionais no mundo, como demonstrou Issacharoff, é quando estão diante da desordem democrática, da deliberada tentativa daqueles que estão no poder de erodir a democracia e se perpetuarem. Nesse sentido, em democracias frágeis a corte constitucional se afirma como um elemento de antifragilidade democrática[54].

Evidentemente, não se pode ser inocente a respeito dessa opção. Se precisamos, pelo menos por ora, do controle judicial de constitucionalidade *review*, devemos ter em mente as consequências dessa escolha. Se dizemos à Corte Constitucional que ela tem a última palavra em matéria de procedimentos democráticos, devemos responder à questão sobre quem deve definir o que está dentro do âmbito de procedimentos democráticos e o que não está. Se cabe à própria Corte decidir o que está dentro deste âmbito, é natural presumir que gradualmente haverá expansão dos poderes da Corte – dificilmente se observa alguém ou alguma instituição abrindo mão voluntariamente de poder. Poderia, por exemplo, a Corte estabelecer que se encontram dentre as pré-condições para o exercício igualitário do direito de voto todas as prestações do estado de bem estar social – afinal, não existe decisão verdadeiramente livre se se está doente, com fome, desempregado, sem moradia, sendo bem provável que qualquer oferta de alívio, ainda que momentâneo, dessas situações atraia o voto de cidadão que discorda completamente do projeto político do candidato que ofereceu tal alívio.

Por outro lado, se deixamos essa decisão nas mãos do executivo ou do legislativo, a tendência é que se desidrate quase que completamente essa competência da Corte, uma vez que alguma decisão contrarie os interesses de perpetuação de alguém que está no poder.

Também é de se observar que a própria corte constitucional pode agir para erodir a democracia. Na Venezuela, observou-se uma corte constitucional

[54] Importante salientar, contudo, que o próprio Taleb (2012, p. 128) é cético em relação ao Estado. Segundo o autor, o Estado pode ajudar, quando é incompetente.

“bolivariana” completamente alinhada aos interesses de perpetuação no poder do governante de turno. Nesse caso, quem resistia ao entrincheiramento era o legislativo, que em determinado momento chegou a ter maioria opositora ao governo. Com a última palavra sobre as questões constitucionais, a corte constitucional solapou a resistência do legislativo, permitindo a consolidação do poder nas mãos de Maduro. No Paquistão, conforme exposto alhures, a corte constitucional decidiu, em *Zafar Ali Shah v. Pervez Musharraf* (2000), legitimar um golpe militar contra o Primeiro-Ministro eleito por significativa maioria no parlamento.

Já na Bolívia, o Tribunal Constitucional Plurinacional decidiu reiteradamente a favor da permanência indefinida de Evo Morales no poder. Embora a Bolívia não se trate de uma ditadura, as decisões de sua corte constitucional não são no sentido de evitar o entrincheiramento do governo de turno no poder, como previa Issacharoff – pelo contrário.

Evo Morales ascendeu ao poder em 2006, após vencer as eleições de dezembro de 2005 com significativa margem de votos sobre o segundo colocado. Durante seu governo, a Bolívia viveu um período de considerável crescimento econômico, redução de desigualdades e sensível diminuição da pobreza extrema. Em consequência, Morales arregimentou grande apoio popular e se acostumou a vencer todos os pleitos submetidos a voto popular com expressiva margem. Conseguiu aprovar uma nova constituição em 2009, que em larga medida se alinhava à sua visão política.

Uma das poucas derrotas sofridas por Morales e seus correligionários na constituinte dizia respeito à reeleição. Morales desejava a reeleição por mandatos indefinidos. Os opositores, contudo, conseguiram inserir na constituição a previsão de que haveria apenas uma recondução. Mais ainda, inseriram uma disposição transitória que previa expressamente que o mandato em curso de Morales contaria para perfazer o limite de uma só recondução. Em outras palavras, após a aprovação da constituinte, Morales poderia concorrer a somente mais um pleito eleitoral de maneira consecutiva.

Como era previsível, Morales se reelegeu com uma votação ainda mais expressiva que a primeira. Ao final de seu segundo mandato, contudo, os partidários de Morales pleitearam na corte constitucional que o presidente pudesse se reeleger para um terceiro mandato. O argumento central era que, com a constituição, refundou-se o país e, portanto, o mandato anterior à constituição não poderia contar, embora a própria constituição expressamente dissesse o contrário. A corte constitucional

acolheu o argumento e Morales se reelegeu para um terceiro mandato consecutivo.

Evo Morales, então, escorado em sua popularidade, resolveu convocar um plebiscito em 2016 para revogar a previsão constitucional que limitava a reeleição para apenas um mandato consecutivo. Entretanto, por apertada margem o resultado do plebiscito foi contrário às pretensões do presidente. Os apoiadores de Morales começaram a pensar em diversas maneiras de viabilizar um quarto mandato, optando, ao final, por uma ação abstrata de constitucionalidade em que se questionava a adequação constitucional de uma norma constitucional originária.

Na sentencia constitucional plurinacional 0084/2017, de relatoria do magistrado Macario Lahor Cortez Chavez, a corte constitucional boliviana decidiu, em 28 de novembro de 2017, que o limite de apenas uma reeleição definido em norma originária da constituição de 2009 era inconvencional. Considerando que o art. 23 da Convenção Americana de Direitos Humanos prevê de maneira exaustiva as possibilidades de limitação do exercício de direitos políticos, a corte constitucional da Bolívia entendeu que a previsão constitucional que determina a rotatividade no poder violava os direitos políticos dos indivíduos que desejavam concorrer a mais mandatos após o segundo. Portanto, considerou-se no caso que a previsão convencional se sobrepunha ao texto expresso da constituição.

Em eleições ocorridas em 20 de outubro de 2019, Morales se reelegeu para um quarto mandato, em um pleito contestado tanto interna quanto externamente. Segundo a Organização dos Estados Americanos, houve indícios de fraude eleitoral. Essa situação deflagrou uma revolta popular, que se somou a um movimento do exército que se recusava a cumprir as ordens do presidente para atuar de forma a conter as manifestações. Nesse contexto, a situação de Morales se tornou insustentável e o presidente renunciou em 10 de novembro de 2019, denunciando um “golpe” por parte do exército.

No caso da Bolívia durante o governo Morales, a democracia não se degradou a ponto de se poder dizer que o que ali ocorria era uma ditadura. Contudo, algumas características chamam atenção. Um líder carismático claramente desejava permanecer no poder sem alternância por período indefinido. Diante disso, a corte constitucional boliviana não só não agiu para impedir o entrincheiramento no poder, como atuou ativamente para concretizar a vontade do líder carismático através de interpretações criativas que destoavam intensamente do texto constitucional. No caso, a corte foi ativista para colaborar com o entrincheiramento no poder do governo de

turno. Aceitando o ativismo judicial, esse desenrolar dos fatos é sempre uma possibilidade[55].

Por outro lado, também é necessário ter em mente a possibilidade de que uma corte excessivamente ativista que se oponha continuamente à maioria política corre o risco de ver seus poderes esvaziados. No tópico 2.4, expôs-se o relato de Samuel Issacharoff (2015, p. 273) em relação à corte constitucional da Rússia. Após um período de intenso ativismo judicial e oposição a Boris Yeltsin, a corte acabou dissolvida e, quando foi reinstituída anos depois, sempre se mostrou subserviente aos poderes eleitos. O caso exposto por Issacharoff guarda semelhanças com outros eventos históricos em países diferentes.

Na Turquia, após vários anos defendendo o secularismo e a impossibilidade de partidos islâmicos se imiscuírem na política enquanto a maioria islâmica na população só crescia e a minoria secularista só diminuia, a corte constitucional turca foi contida. Ocorreram vitórias avassaladoras do Partido Islâmico da Justiça e Desenvolvimento nas eleições parlamentares de 2002 e nas eleições presidenciais de 2007. Na eleição presidencial de 2007, a corte constitucional anulou a vitória em primeiro turno do candidato islâmico. Em 2008, a corte novamente se envolveu em um caso de alta tensão, declarando inconstitucional uma emenda à constituição turca que passaria a permitir que mulheres utilizassem o *hijab* (véu islâmico) no interior de prédios públicos. Em 2010, uma série de emendas constitucionais promovidas pela maioria islâmica promoveram a completa *court-packing* da corte constitucional (BROWN; WALLER, 2016, p. 829), neutralizando por completo o obstáculo institucional colocado pela visão secularista que predominava entre os magistrados.

Na Hungria a perda de poder da corte se deu de maneira mais suave. Após a queda da União Soviética, a corte constitucional húngara presidida por László Sólyom defendia a existência de uma "constituição invisível", que frequentemente se sobrepunha à constituição húngara em vigor. Muitas vezes, o texto expresso da constituição húngara era solenemente ignorado em favor dessa "constituição invisível". De 1990 a 1998, a corte constitucional húngara demonstrou notável força

[55] Mencione-se, contudo, que a atuação da corte constitucional em sentido diametralmente oposto não é apenas uma elucubração de acadêmicos, mas algo que efetivamente ocorre na realidade. Em Honduras, por exemplo, em 2009 a corte constitucional depôs o presidente Manuel Zelaya em razão das tentativas deste último de convocar uma nova constituinte a fim de superar uma cláusula pétrea da constituição hondurenha que proibia a reeleição e limitava o mandato presidencial a quatro anos (FRIEDMAN, 2010, p. 82)

no cenário político do país, derrubando cerca de um terço de todas as leis aprovadas na Hungria na década de 1990. Com o término do mandato de presidente da corte de László Sólyom em 1998, contudo, perdeu-se um importante articulador e executivo e legislativo se uniram para resistir ao intervencionismo da corte constitucional, o que levou a uma significativa redução do poder político *de facto* do judiciário (BROWN; WALLER, 2016, p. 824-825).

Sobre o parâmetro de controle constitucional, também há que se ter em mente que o pacto constitucional, o "pré-compromisso", é uma ficção. Pesquisas demonstram que, na época da constituinte, na cidade de São Paulo – a capital mais rica e educada do país – 71% dos entrevistados não sabiam o que era uma "Constituinte" (CAMPOS, 2018, p. 116).

Há que se admitir, portanto, que a opção pelo controle de constitucionalidade acarreta inúmeros problemas e não é uma salvaguarda garantida para a democracia. Pelo contrário, sempre existe o risco da corte se voltar contra a democracia, e esse risco não pode ser ignorado. Nos capítulos seguintes, tenta-se delinear limites ao poder da corte constitucional, de modo a mitigar esse risco.

2.6. CONCLUSÃO PARCIAL

Os quatro autores estudados defendem posições a princípio antagônicas. Enquanto Strauss e Issacharoff defendem o judicial review, aceitando certa dose de ativismo judicial, Waldron e Tushnet se opõem à prática. Ainda assim, é possível encontrar uma linha de diálogo entre essas teorias, que será a linha mestra do presente trabalho. Waldron afirma que suas oposições ao judicial review talvez não se sustentem em uma sociedade que não cumpra determinados requisitos. Embora a ausência de tais requisitos não encontrem perfeita simetria com o conceito de "democracia frágil" de Issacharoff, em linhas gerais pode-se dizer que na maioria dos casos, onde não se verificam os requisitos delineados por Waldron, ter-se-á uma democracia frágil conforme o conceito de Issacharoff.

Uma parte significativa das teorias de Strauss e Tushnet também serão integradas ao marco teórico do presente trabalho. Strauss salienta a importância do modelo de precedentes do *common law* para entregar a necessária segurança jurídica ao constitucionalismo moderno. Para Strauss, é o respeito ao precedente, com a evolução lenta e gradual dos precedentes constitucionais, que trará alguma

previsibilidade à jurisdição constitucional, não um inviável apego parcial aos entendimentos daqueles que redigiram o documento constitucional.

Por sua vez, Tushnet destaca a importância dos *designs institucionais* para manter o judiciário sempre em xeque com relação a eventuais abusos.

A partir desses pilares, e concluindo que o Brasil se trata de uma democracia frágil conforme descrita por Issacharoff, mesmo concordando com a maioria das críticas lançadas por Waldron, a conclusão parcial é que o *judicial review* é necessário e, em decorrência disso, o ativismo judicial é praticamente inevitável. A questão passa a ser como formatar a tomada de decisão pela corte constitucional de modo a evitar as decisões arbitrárias e imprevisíveis e, a partir daí, como garantir que a corte siga essa formatação, dado que ela tem a última palavra.

Nos capítulos seguintes, portanto, estudar-se-á como as cortes constitucionais devem exercer o seu poder de modo a que ocontrole de constitucionalidade não seja fonte de imprevisibilidade e abusos e, ainda, dado que os componentes de qualquer corte serão humanos e não se pode simplesmente confiar que respeitarão essa forma de decidir, que medidas estão à disposição do executivo e do legislativo para conter eventuais abusos sistemáticos do poder judiciário.

3. A FORMA ADEQUADA DO EXERCÍCIO DO PODER PELA CORTE CONSTITUCIONAL E FORMAS DE REAÇÃO DOS DEMAIS PODERES EM CASO DE ABUSO

3.1 COMO DEVE A CORTE CONSTITUCIONAL EXERCER O SEU PODER

3.1.1 A Adoção de uma Teoria da Argumentação

Existem diversas teorias da argumentação jurídica e a Corte Constitucional, para exercer o controle de constitucionalidade a partir de constituições com normas abertas, deve eleger uma delas a fim de garantir o mínimo de segurança jurídica. É mais importante que se adote *uma* teoria da argumentação do que o debate sobre *qual* teoria da argumentação será adotada. A adoção de uma teoria da argumentação jurídica é o que permitirá a controlabilidade racional das decisões judiciais, servindo de baliza à atuação da corte constitucional. No presente trabalho, o exemplo dado será da teoria da argumentação de Neil MacCormick em *Argumentação Jurídica e Teoria do Direito*, mas exigências semelhantes são encontradas em diversas teorias da argumentação de outros autores. Saliente-se que semelhante explanação consta em trabalho diverso (LORENZETTO; GONÇALVES, 2019, p. 81-104).

Como explicam Katya Kozicki e William Pugliese (2018, p. 146), MacCormick levou em consideração as críticas que recebia e reviu sua própria teoria, partindo da defesa de um positivismo nos moldes de Hart e chegando até uma teoria do direito pós-positivista. Continuam os professores asseverando que o pensamento de MacCormick pode ser dividido em três fases.

Na primeira, do início de sua vida acadêmica até 1981, MacCormick se reconhecia como positivista e tinha como objetivo o desenvolvimento das ideias de Hart. Nessa fase, a sua principal preocupação foi o estudo da argumentação jurídica diante da textura aberta do direito.

Na segunda, MacCormick passa por uma fase de transição, afastando-se da argumentação jurídica e se debruçando sobre a própria concepção de direito. Tal fase durou de 1981 a 1995.

Na terceira, de 1995 até a morte do autor em 2009, MacCormick consolidou sua definição de direito como ordem normativa institucional. Também nessa fase, MacCormick retomou temas como a argumentação jurídica, a razão prática e a

questão da soberania (KOZICKI; PUGLIESE, 2018, p. 146-147).

MacCormick baseia sua teoria no método dedutivo. A partir de duas ou mais proposições (premissas), chega-se a uma conclusão por aplicação de raciocínio dedutivo (silogismo). Exemplo clássico de silogismo é encontrado na obra *Analytica priora*, de Aristóteles (PATZIG, 1968, p. 1):

Todos os homens são mortais (premissa maior)
Sócrates é homem (premissa menor)
Logo, Sócrates é mortal (conclusão)

Para MacCormick (MACCORMICK, 1978, p. 76), ao menos algumas das decisões judiciais são justificadas mediante o emprego de raciocínio estritamente lógico-dedutivo:

> Sem a pretensão de demonstrar que todos os aspectos da justificação legal em todos os tipos de caso necessariamente envolvem exclusivamente o tipo de argumento dedutivo descrito nesse capítulo, demonstrou-se que argumentos desse tipo estão, por vezes, disponíveis para justificar decisões.[56]

Nessa linha, a justificação das decisões judiciais envolve tanto a demonstração das premissas a serem utilizadas pela sentença como a demonstração de que dessas premissas se pode extrair a conclusão constante na decisão.

Os *hard cases*, para MacCormick, são definidos por dificuldades em relação à formação das premissas que serão utilizadas. Conforme William Pugliese (PUGLIESE, p. 17-19), MacCormick elenca quatro tipos de casos que não admitem solução por simples dedução – estes são o que ele qualifica como casos difíceis. São os casos que tem problemas de interpretação, pertinência, prova e de qualificação.

Os problemas de interpretação e pertinência são essencialmente problemas ligados ao direito, à causa de pedir próxima. Problema de interpretação ocorre quando a norma aplicável ao caso admite mais de uma interpretação possível, enquanto problema de pertinência ocorre quando há dúvida sobre a existência de uma norma aplicável a determinado caso.

[56] Tradução livre. No original: "*without having purported to demonstrate that all aspects of legal justification in all types of case necessarily involve exclusively the type of deductive argument described in this chapter, it has been demonstrated that arguments of that type are sometimes available to justify decisions*".

Já os problemas de prova e de qualificação são ligados aos fatos, à causa de pedir remota. Os problemas de prova se relacionam à dificuldade de identificar o que de fato ocorreu em determinado caso. Já os problemas de qualificação "ocorrem se fatos secundários são suscitados quando não há dúvidas sobre a existência de determinados fatos primários (que se consideram provados), mas o que se discute é se eles integram ou não um caso que possa ser subsumido no caso concreto da norma" (PUGLIESE, 2017, p. 19).

Em suma, nos casos fáceis, as premissas já estão dadas e se pode chegar a uma conclusão mediante simples aplicação do raciocínio lógico-dedutivo. Já nos casos difíceis, existe uma dificuldade relativa a alguma das premissas. E a partir da resolução de problemas de interpretação e de pertinência – ou seja, os casos difíceis ligados a matéria de direito[57] -, forma-se uma nova premissa para os casos futuros, que, embora em tudo semelhante ao *hard case*, serão, a princípio, casos fáceis.

Por exemplo, o Supremo Tribunal Federal se deparou, no Recurso Extraordinário 587.970/SP, com um *hard case* que tratava de matéria de direito. Tratava-se da interpretação do art. 203, V da Constituição, bem como da legislação infraconstitucional pertinente. A legislação em questão trata de determinado benefício assistencial. O referido benefício fora negado pelo Instituto Nacional de Seguridade Social a determinada pessoa, cidadã italiana, pelo fundamento de que era dirigido somente aos cidadãos brasileiros.

Em parecer, a Procuradoria Geral da República concordou com a posição do Instituto Nacional de Seguridade Social, aduzindo que, de fato, o benefício assistencial pretendido era destinado somente aos cidadãos brasileiros. Saliente-se que o caso foi levado ao Supremo Tribunal Federal pelo Instituto Nacional de Seguridade Social, ou seja, o tribunal de origem deu razão à cidadã italiana. Pode-se dizer que aqui há um problema de interpretação, com instituições a princípio neutras (Procuradoria Geral da República e Tribunal Regional Federal) com interpretações distintas sobre a legislação aplicável.

O Supremo Tribunal Federal decidiu em favor da cidadã italiana, firmando a seguinte premissa: “A assistência social prevista no artigo 203, inciso V, da Constituição Federal beneficia brasileiros natos, naturalizados e estrangeiros residentes no país”. Fixada essa premissa – e aqui não se pretende entrar no mérito

[57] Há autores que sustentam que o mesmo ocorre em relação a algumas premissas firmadas nos demais tipos de problema, mas essa discussão foge ao tema do presente estudo.

da discussão, apenas ilustrar a teoria de MacCormick – após resolver o problema de interpretação, a solução do caso pode ser assim representada:

P_1 – cidadãos estrangeiros residentes no Brasil têm direito ao benefício assistencial previsto no art. 203, V, da CRFB (premissa fixada nesse caso difícil)

P_2 – a autora da ação é cidadã estrangeira (italiana) residente no Brasil

C – a autora da ação tem direito ao benefício assistencial previsto no art. 205, V, da CRFB

Deste modo, embora este *leading case* seja um caso difícil, todos os demais casos que dependiam da interpretação do art. 203, V, da CRFB, tornam-se, a princípio, casos fáceis, ante a fixação da primeira premissa. Suponha-se, por exemplo, que outro cidadão italiano pretenda o mesmo benefício. A "P_1" será uma premissa já fixada pelo precedente do Recurso Extraordinário 587.970/SP, de modo que nenhum debate será necessário, a princípio: bastará invocar o precedente e a conclusão se alcança por subsunção. O mesmo se diga para cidadãos estrangeiros de qualquer nacionalidade, muito embora o caso original fosse relativo apenas a italianos. Nos casos subsequentes em que estrangeiros requeiram o benefício previsto no art. 203, V da Constituição, não se terá que resolver nenhum problema de interpretação para chegar à primeira premissa ("P_1"), o problema de interpretação já foi resolvido no precedente invocado.

Ademais, toda a argumentação que se utilizou para chegar à conclusão de que "cidadãos estrangeiros residentes no Brasil têm direito ao benefício assistencial previsto no art. 203, V, da CRFB" é passível de ser invocada futuramente em outros casos, a não ser que algum elemento diferenciador suficientemente forte seja oferecido. Toda a construção argumentativa pode servir de premissa em casos futuros.

Suponha-se, por hipótese – esse argumento não foi de fato invocado – que o Supremo Tribunal Federal fundamentasse sua decisão numa peculiar leitura do princípio constitucional da isonomia, sustentando que "qualquer diferenciação entre o brasileiro e o estrangeiro ofende a Constituição". Essa leitura poderia ser utilizada em todos os casos futuros, mesmo que não tenham relação nenhuma com o benefício assistencial previsto no art. 203, V, da Constituição. Em respeito à coerência, consistência e, sobretudo, à universalidade dos argumentos, a menos que houvesse

forte justificativa para afastá-la, o Supremo Tribunal Federal deveria acatar essa leitura como premissa para decidir.

Estabelecido o conceito de caso difícil para Neil MacCormick, faz-se agora necessário estudar como, para a sua teoria da argumentação, se resolvem esses casos. De acordo com Atienza (ATIENZA, p. 144), a teoria de MacCormick aponta que a justificação de uma decisão em um caso difícil significa cumprir o requisito de universalidade e que a decisão em questão tenha sentido em relação ao sistema (em outras palavras, o cumprimento dos requisitos de consistência e coerência) e em relação ao mundo (consequencialismo).

Portanto, pode-se afirmar que, para MacCormick, as decisões judiciais são limitadas pelos princípios de universalidade, consistência, coerência e aceitabilidade das consequências (ATIENZA, p. 156).

O requisito da universalidade exige que para que se justifique uma decisão normativa, conte-se com pelo menos uma premissa que se seja a expressão de uma norma geral ou de um princípio – a premissa maior do silogismo, conforme já expusemos alhures. Quando se fundamenta uma determinada decisão “d”, é preciso oferecer as razões particulares A, B, C, a seu favor, mas também se faz necessário um enunciado normativo geral indicando que, na ocorrência das razões A, B, C, deve-se sempre tomar a decisão “d” (ATIENZA, p. 144-145). Conforme explica MacCormick:

> O dever que tenho de tratar casos semelhantes de modo semelhante implica que devo decidir o caso de hoje com fundamentos que eu esteja disposto a adotar para a decisão de casos semelhantes no futuro, exatamente tanto quanto implica que hoje eu devo levar em consideração minhas decisões anteriores em casos semelhantes no passado. As duas implicações são implicações de adesão ao princípio da justiça formal. (MACCORMICK, 2006, p. 96)

Sobre o requisito da coerência, o autor escocês explica que tal requisito tem o “sentido de que as numerosas normas de um sistema jurídico desenvolvido deveriam ‘fazer sentido’ quando consideradas em conjunto” (MACCORMICK, 2006, p. 197). Como explica MacCormick:

> Pode-se imaginar um conjunto aleatório de normas no qual nenhuma esteja em contradição com as outras, mas que, vistas como um todo, não envolvam a busca de nenhum valor ou linha de ação inteligível. Um exemplo trivial: uma norma de que todos os automóveis amarelos devem respeitar um limite máximo de velocidade de 30 km por hora não contradiz uma norma de que todos os automóveis vermelhos, verdes ou azuis devem respeitar um limite mínimo de velocidade de 40 km por hora e um máximo de 110 km por hora.

> À primeira vista, porém, nenhuma razão baseada em princípios pode ser apresentada para uma diferença dessas. Se o que se almeja é a segurança nas estradas, e se a restrição à velocidade dos automóveis amarelos for apresentada como essencial para essa segurança, parece absurdo, à primeira vista, ter uma norma diferente para os automóveis vermelhos, azuis e verdes. Não parece haver nenhum princípio racional que possa explicar ou justificar o tratamento diferenciado de dois casos essencialmente tão semelhantes (...). (MACCORMICK, 2006, p. 135-136)

Já quanto à coesão, MacCormick resume o requisito dizendo que existe "um mandamento judicial fundamental: Não contradirás normas do direito estabelecidas e vinculantes" (MACCORMICK, 2006, p. 255). Acrescenta o autor que há "de se entender que o mandamento 'não contradirás normas de direito estabelecidas e vinculantes' se aplica também a normas derivadas da jurisprudência" (MACCORMICK, 2006, p. 279). Arremata MacCormick asseverando que "a interpretação de uma lei é em termos bastante padronizados uma questão de interpretá-la à luz de glosas já impostas por precedentes". Evidentemente, há espaço para o afastamento das glosas já impostas por precedentes, mas isso impõe um ônus argumentativo de demonstrar a relevância de algum elemento diferenciador que autorize a exceção.

Explica Atienza (ATIENZA, p. 148) que para que uma decisão tenha sentido com relação ao sistema, ela precisa atender a esses dois requisitos supramencionados. A coerência permite que se considere as normas e suas leituras como conjuntos dotados de sentido, promovendo a racionalidade do Direito e, portanto, a sua certeza.

Sobre os argumentos consequencialistas, MacCormick explica que "a generalização e verificação por meio de exemplos hipotéticos expõem a forma característica da argumentação consequencialista" (MACCORMICK, 2006, p. 223). Sobre o tópico, explica Manuel Atienza (ATIENZA, p. 153) que o que interessa é responder que tipo de conduta autorizaria ou proibiria a norma estabelecida na decisão, mais do que "a previsão de qual conduta a norma provavelmente irá induzir ou desestimular". Daí porque se pode dizer que há diferença entre o "consequencialismo jurídico" de MacCormick e o consequencialismo puro e simples.

Num breve resumo, na parte que interessa ao escopo delineado para este trabalho, a teoria de Neil MacCormick afirma que, em nome da coerência do sistema jurídico, os argumentos utilizados em uma decisão judicial devem servir para todos os casos semelhantes, a menos que exista alguma justificativa contundente para a

exceção. Nas palavras do próprio autor, é aspecto da justiça “tratar casos semelhantes de modo semelhante e evitar a diferenciação arbitrária de casos” (MACCORMICK, 2006, p. 232). A “lei conforme administrada nos tribunais deveria exibir coerência de princípios e não ser uma ‘selva de exemplos isolados’” (MACCORMICK, 2006, p. 243).

Como regra geral, a mesma regra que vale para um carro azul deve também valer nos casos posteriores para um carro amarelo; a mesma regra que vale para um estrangeiro polonês, deve também valer para um estrangeiro canadense. E por “regra”, aqui, entenda-se a leitura do direito em um caso particular, o argumento utilizado pelo magistrado. Essa leitura deve ser “universalizável”, ou seja, deve servir de premissa para as decisões futuras.

Como exposto no início do tópico, o importante é que se adote *uma* teoria da argumentação jurídica, e não *essa* teoria da argumentação, servindo a teoria de MacCormick como um exemplo. Há outras teorias da argumentação com significativos pontos de convergência. Por exemplo, quando Robert Alexy afirma (ALEXY, 2001, p. 187) que “todo orador que aplique um predicado F a um objeto tem de estar preparado para aplicar F a todo outro objeto que seja semelhante a α em todos os aspectos importantes”, há aí uma grande aproximação às exigências de MacCormick para a argumentação.

Contudo, o fenômeno da politização do direito tem tornado o atendimento a esses requisitos uma tarefa extremamente difícil. Por exemplo, pode-se argumentar que a devida aplicação desses requisitos aos argumentos da decisão do Supremo Tribunal Federal que entendeu que a execução da pena era possível após a decisão em segunda instância (HC126.292) gera consequências não previstas em outras searas do direito. No direito administrativo, há que se concluir que a demissão de promotores e magistrados vitalícios somente “após o trânsito em julgado”, como exige a Constituição, pode ser levada a cabo após a decisão de segunda instância. Ademais, a expedição de precatório, que tradicionalmente se entende como possível apenas após o trânsito em julgado em decorrência de interpretação constitucional, também pode ocorrer a partir da decisão em segunda instância.

Isso porque, por exemplo, o Ministro Luiz Fux sustentou que, após o julgamento em segunda instância, ocorre uma “coisa julgada singular”, pois preclui toda a matéria fático-probatória. Se é o caso, como em todos os ramos do direito, pelo menos a princípio, preclui toda a matéria fático-probatória após o esgotamento do

segundo grau de jurisdição, não haveria motivo para que a execução provisória ocorresse só na esfera penal, sob pena de se incorrer em incoerência.

É bastante comum que os grupos ideológicos que pressionam por modificações legislativas não mantenham coerência entre suas reivindicações. Por exemplo, há toda uma tradição criminológica de viés marxista (criminologia crítica), que repudia o direito penal simbólico, defendendo o minimalismo penal ou até mesmo o abolicionismo. Bastante comum é a sustentação da inconstitucionalidade dos chamados "crimes de perigo abstrato".

Entretanto, não é raro que se verifique, como observam Henrique de Almeida Freire Gonçalves e Carlos Augusto da Silva Moreira Lima (GONÇALVES; LIMA, 2017), que os mesmos partidários dessas correntes no direito penal se coloquem contra a descriminalização de armas de fogo (crime de perigo abstrato) ou a favor da criminalização da homofobia, do enrijecimento do tratamento dos perpetradores de atos de violência de gênero ou de racismo, dentre tantos outros.

Sem entrar no mérito dessas posições, o fato é que estão em total desacordo com os princípios que tais juristas alegam defender. Ao fim e ao cabo, parece que não importa tanto o direito penal mínimo ou o afastamento do direito penal simbólico. Fica-se a impressão que o que importa é o avanço da agenda da sua posição ideológica preferida, os meios são irrelevantes.

Lamentavelmente, a situação é similar no que toca à questão do ativismo judicial. A incoerência é suficientemente grave no campo dos debates político-ideológicos, mas se torna especialmente perniciosa quando verificada na jurisdição constitucional. Ao final de sua história na Suprema Corte, um desiludido William Rehnquist chegou a afirmar para um colega: não se preocupe com a análise e os princípios do caso. Apenas tenha certeza que o resultado seja bom, porque os princípios que você anunciará serão ignorados no próximo caso.[58] (TOOBIN, 2007, p. 276).

O que muitas vezes se verifica é que apelos à autocontenção ou ao ativismo parecem depender exclusivamente da matéria sob debate em relação à posição ideológica dos julgadores. Jerold Waltman (WALTMAN, 2015, p. 2) exemplifica essa tendência com dois casos interessantes da Suprema Corte dos Estados Unidos:

[58] Tradução livre. No original: "*Don't worry about the analysis and the principles in the case. Just make sure that the result is a good one this time around – because those principles you announce will be ignored in the next case*".

Shelby County v. Holder (2013) e *United States v. Windsor* (2013). Em ambos os casos a decisão da Suprema Corte se deu por 5-4, e ambas foram intensamente celebradas e criticadas – *Shelby County v. Holder* foi celebrada por conservadores e criticada por progressistas, *United States v. Windsor* foi celebrada por progressistas e criticada por conservadores.

O fator que torna esses casos especialmente interessantes é que, em *Shelby County v. Holder*, o voto vencido da *justice* Ginsburg fez um apaixonado apelo à autocontenção, sustentando a prevalência da vontade dos representantes do povo. Já em *United States v. Windsor*, em seu voto vencido, o *justice* Scalia se disse boquiaberto com aquela demonstração de supremacia judicial, atropelando a manifestação dos legítimos representantes do povo, e colocando a Suprema Corte em um trono no ápice do governo (WALTMAN, 2015, p. 2).

O julgamento de *United States v. Windsor* ocorreu no dia seguinte a *Shelby County v. Holder*. Em *United States v. Windsor*, Ginsburg, aquela que no dia anterior se mostrava uma entusiasta da autocontenção, votou com a apertada maioria pela intervenção da Suprema Corte nas decisões dos poderes eleitos. Em *Shelby County v. Holder*, Scalia, aquele que estaria boquiaberto com o ativismo da Suprema Corte no dia seguinte, votou com a apertada maioria pela intervenção da Suprema Corte nas decisões dos poderes eleitos. *Shelby County v. Holder* foi uma decisão celebrada pelos progressistas. *United States v. Windsor* foi celebrada pelos conservadores. Nenhum dos dois lados do espectro político se preocupou com o ativismo judicial no caso que favorecia a sua particular visão de mundo.

Retomando o que se afirmou no início do tópico, importa mais que se adote *alguma* teoria da argumentação, de modo a que o conjunto das decisões judiciais de jurisdição constitucional seja universalizável, coerente e consistente. Se as previsões constitucionais são abertas, a segurança jurídica e a previsibilidade deve vir dos precedentes judiciais, e é impossível criar uma verdadeira cultura de precedentes sem a observância de uma teoria da argumentação. Nas palavras de José Rodrigo Rodriguez (2012, p. 145-146):

> "Em uma palavra, uma segurança jurídica construída em novos termos estará preocupada principalmente com a dimensão argumentativa e não com a construção do texto normativo. Seu objetivo será construir padrões argumentativos mais abertos, que restrinjam o espaço decisório sem submeter o juiz a limites que o impeçam de dar conta de conflitos novos. [...] É preciso discutir a fundamentação das decisões judiciais e mecanismos para

> organizar e formalizar argumentos como tarefas relacionadas à construção da segurança jurídica em termos reformistas. Ao invés do ideal de um texto legal construído com o objetivo de suprimir o poder do juiz e transformá-lo em um burocrata no mau sentido da palavra; o uso refletido de textos normativos abertos e fechados em função de cada problema regulado. No lugar do ideal de uma resposta jurídica única para cada tipo de conflito jurídico, a obtenção de respostas bem fundamentadas, não arbitrárias, que explicitem seus fundamentos para que seja possível discuti-los e submetê-los a algum grau de formalização e padronização."

3.1.2 Presunção de Constitucionalidade

Se é verdade que os Poderes Legislativo e Executivo devem buscar se portar de acordo com o que prescreve a Constituição, é evidente que também esses poderes podem e devem ler e interpretar o texto constitucional. Mesmo no caso de lei ordinária que imponha restrição a direitos fundamentais, é de se presumir que o legislador realizou as ponderações políticas e jurídicas pertinentes e, na sua concepção, o seu atuar restritivo de direito fundamental buscava alcançar outro objetivo de estatura constitucional. Nessa presunção também se inclui considerar que, ao juízo do legislador, a intervenção estatal no direito fundamental é adequada, necessária e proporcional em sentido estrito (teste da proporcionalidade, como defende Alexy)[59] (GONÇALVES, 2019, p. 68-79).

A missão da argumentação jurídica numa decisão judicial que declara inconstitucional uma lei é superar essa presunção. Trata-se de um ônus argumentativo forte, que não pode se limitar a substituir a ponderação do legislador pela ponderação do juiz, muito menos simplesmente declarar que o direito fundamental "x" foi violado e, portanto, a lei é inconstitucional.

Se determinada lei tem fundamento constitucional e é bem-sucedida no teste de proporcionalidade, mesmo que limite direito fundamental ela será constitucional. Nesse caso, não cabe ao Poder Judiciário se imiscuir na decisão do Poder Legislativo,

[59] Thayer também arguia que o legislativo fazia um julgamento prévio de constitucionalidade antes de editar qualquer legislação. Para Thayer, o fato de que, encerrado o processo legislativo, a lei entra em vigor imediatamente e passa a produzir seus efeitos por anos até que sua constitucionalidade seja contestada implica em que o legislador tenha que fazer um julgamento de constitucionalidade prévio e independente de uma lei em potencial antes de efetivamente legislar (POSNER, 2012, p. 524). No caso brasileiro, esse controle prévio não é nem uma suposição. O art. 58 da Constituição estabelece a possibilidade dos regimentos internos das Casas do Congresso Nacional constituírem comissões permanentes e temporárias. E tanto o Regimento Interno do Senado Federal (art. 72, III da Resolução do Senado Federal nº 93/1970) quanto o Regimento Interno da Câmara dos Deputados (art. 32, IV da Resolução da Câmara dos Deputados nº 17/1989) preveem expressamente a constituição das Comissões permanentes de Constituição, Justiça e Cidadania. Tais comissões têm, dentre as suas atribuições, realizar esse controle prévio de constitucionalidade.

ainda que entenda que a limitação a direito fundamental é inoportuna. Sendo assim, a argumentação jurídica tem especial relevância na fundamentação de decisão judicial que venha a declarar a inconstitucionalidade de lei que passou regularmente por todo o processo legislativo. Uma decisão judicial desse tipo deve dedicar-se a intensa atividade argumentativa a fim de demonstrar sua legitimidade, preservando a convivência harmônica entre os poderes.

Fala-se também em uma "presunção de inconstitucionalidade" no caso de a lei tratar dos chamados "fatores suspeitos" (NOVAIS, 2006, p. 64). Os "fatores suspeitos" seriam, designadamente, a raça ou origem étnica, o sexo, a orientação sexual, as convicções políticas ou ideológicas, as crenças religiosas, a língua ou origem territorial. Em tais circunstâncias, a força de trunfo dos direitos fundamentais determinaria que a entidade que pretenda realizar tal alteração legislativa seja capaz de "ilidir a presunção de inconstitucionalidade", suportando o ônus especial de demonstrar que a afetação do direito fundamental é independente do fator de suspeição.

Como se vê, nesses casos haveria uma espécie de "inversão do ônus da prova". Não seria mais o juiz constitucional que tem o ônus de demonstrar inequivocamente e através de extensa argumentação a inconstitucionalidade da lei, pois ela já é presumida. Ao contrário, é o legislador que tem o ônus de demonstrar a adequação constitucional de leis nesses casos.

A posição parece inspirada na nota de rodapé número 4 de *United States v. Carolene Products Co.*, julgado já mencionado alhures. É importante mencionar que o *justice* Harlan Stone não diz que nos casos de leis que prejudicam minorias existe uma presunção de inconstitucionalidade. O que disse o justice, em tradução livre, é que pode haver um escopo mais estreito para a operação da presunção de constitucionalidade[60] nesses casos, o que não quer dizer que a análise argumentativa da legislação deixa de ter como ponto de partida a presunção de que é constitucional.

Apesar da relevante doutrina no sentido de que há situações determinadas em que se deve partir da presunção de inconstitucionalidade, defende-se aqui que a análise da jurisdição constitucional deve *sempre* partir da presunção de constitucionalidade.

[60] "*There may be narrower scope for operation of the presumption of constitutionality when legislation appears on its face to be within a specific prohibition of the Constitution, such as those of the first ten amendments (...)*" (United States v. Carolene Products Company, 304 U.S. 144 [1938])

Pense-se em uma hipótese absurda: determinada lei passa por todo o processo legislativo e é sancionada. A lei hipotética proíbe que negros tenham acesso ao ensino de nível superior no Brasil. Deixa-se de apontar as razões da inconstitucionalidade de referida lei, porque, no atual estágio civilizatório, presume-se haver consenso[61] a respeito.

Pode-se dizer muitas coisas de tal lei. É evidentemente inconstitucional. Obviamente inconstitucional. De inconstitucionalidade grosseira, odiosa, flagrante e escancarada. Como já se referenciou o Supremo Tribunal Federal, seria possível falar em inconstitucionalidade "chapada", "enlouquecida" ou "desvairada".[62] O que não se poderia fazer é dizer que há "presunção de inconstitucionalidade" em seu desfavor, caso tal afirmação resulte na dispensa do Supremo Tribunal Federal de apresentar extensa fundamentação a fim de declará-la inconstitucional.

Ainda que o caso específico dessa lei hipotética seja de uma inconstitucionalidade gritante, a dispensa de um forte ônus argumentativo para o tribunal constitucional é um desserviço à causa da igualdade. Em todas as oportunidades possíveis, deve-se reafirmar os valores constitucionais e aclarar a sua interpretação pelo tribunal constitucional, uma vez que a argumentação utilizada pode ser invocada em casos futuros similares em razão da universalização dos argumentos, coerência e consistência que devem apresentar as decisões judiciais.

É necessário reconhecer que a vulnerabilidade de pessoas historicamente oprimidas não se apresenta de forma igual para todos. Alguns grupos de pessoas excluídas são mais articulados que outros na defesa dos seus direitos, de modo que têm maior chance de êxito em demandas constitucionais. Exigir do tribunal constitucional a reafirmação dos valores constitucionalizados e sua respectiva interpretação judicial auxilia na posterior universalização dos argumentos.

Assim, uma argumentação do tribunal constitucional que asseverasse que "não se pode tolher nenhum cidadão do acesso ao ensino superior" poderia vir a

[61] A lei hipotética não trata do acesso materialmente isonômico para negros no ensino superior, como é o caso das cotas raciais, assunto sobre o qual ainda há desacordo na sociedade. Ao contrário, a hipótese trata de uma flagrante violação à igualdade formal perante a lei, baseando-se em cor. A hipótese seria a pura e simples vedação a que cidadãos de determinado fenótipo frequentem o ensino superior. O consenso referido não é sobre as formas de combate ao racismo e à desigualdade, mas restrito a que, no atual estágio civilizatório, seria inconcebível uma lei que consubstanciasse uma afronta à igualdade formal entre negros em brancos em desfavor justamente daqueles que são prejudicados pela desigualdade material presente na sociedade.

[62] Ministros do Supremo Tribunal Federal já utilizaram os termos referidos para adjetivar inconstitucionalidades reputadas grosseiras na ADI 1923 e na ADI 3232.

beneficiar não somente os negros afetados pela lei declarada inconstitucional, mas outros grupos que passem por exclusão semelhante no futuro. Por outro lado, uma argumentação do tipo “o legislador não se desincumbiu do seu ônus de superar a presunção de inconstitucionalidade da presente lei” é um precedente extremamente limitado, que não expõe adequadamente os valores constitucionais em jogo e não pode ser universalizado.

Em geral, a doutrina tem depositado demasiada fé no poder judiciário e desconfiança excessiva na decisão da maioria. Não é sem razão a desconfiança nas decisões da maioria e é persuasivo o argumento que, em determinadas hipóteses, a maioria política deve sim ser impedida de realizar seus desejos. Contudo, há que se buscar um equilíbrio. Faz-se necessário partir do pressuposto que tanto a maioria quanto os tribunais constitucionais são compostos por seres humanos, falhos por natureza e produtos de seu tempo.

Sendo os juízes seres humanos produtos de seu tempo e partindo do pressuposto que a completa eliminação da subjetividade na interpretação constitucional é impossível, os casos óbvios são ainda mais importantes.

Em razão disso, faz-se necessário que as decisões judiciais, mesmo em casos de evidente inconstitucionalidade, sejam discursivas, com farta argumentação em favor do direito violado. Posteriormente, grupos sociais ainda mais perseguidos e marginalizados podem invocar os argumentos expostos naquela decisão em outros casos, cobrando coerência. A presunção de inconstitucionalidade vai na contramão desse procedimento, se é que seus defensores, de fato, dispensam o judiciário de seu forte ônus argumentativo ao proferir decisão de inconstitucionalidade.

O “outro lado da moeda” da presunção de inconstitucionalidade, ou seja, a possibilidade de o legislador fundamentar extensivamente determinada lei a fim de evitar que seja fulminada pela declaração de inconstitucionalidade, é bem-vinda no atual estágio do constitucionalismo. Tal postura, aliás, fomentaria os diálogos institucionais, tão necessário para preservar a convivência harmônica entre os poderes na atual conjuntura.

Assim, a oposição à “presunção de inconstitucionalidade” se limita à hipótese de se considerar que tal presunção, em alguma medida, alivia o ônus argumentativo do tribunal constitucional ao declarar a inconstitucionalidade de determinada lei. A presunção de constitucionalidade das leis exige sempre uma forte carga argumentativa para que o judiciário atue contramajoritariamente. Em nenhuma

hipótese, mesmo diante de leis odiosas, se pode aliviar essa carga, de modo que os argumentos da decisão presente possam também ser invocados futuramente por grupos ou indivíduos eventualmente perseguidos.

Necessário, contudo, fazer uma diferenciação relativa à presunção de constitucionalidade das leis em relação, por exemplo, à presunção de inocência no processo penal. Há autores que associam a presunção de constitucionalidade à "doutrina da dúvida razoável" do campo penal, a exemplo de Robert Cushman (CUSHMAN, 1921). Mas a presunção de constitucionalidade não deve ser tratada exatamente da mesma forma que a presunção de inocência, pois cada uma delas se dirige a um problema diverso, em que a aceitação de cada tipo de erro surgido da violação de cada tipo de presunção.

Trata-se aqui do enfrentamento de erros tipo I/tipo II (*type I/type II errors*) no controle de constitucionalidade em comparação ao enfrentamento de erros tipo I/tipo II no processo penal. Erros tipo I/tipo II são conceitos da estatística: partindo-se de uma hipótese, traça-se a hipótese nula (*null hypothesis*) e, a partir daí, os dois tipos de erros: falso positivo e falso negativo. Hipótese nula é uma hipótese que se pretende demonstrar incorreta com apresentação de evidência do contrário. Nos testes de hipóteses estatísticas, um erro tipo I é a rejeição de uma hipótese nula verdadeira (*true null hypothesis*), o que também se conhece como conclusão do tipo "falso positivo". O erro tipo II é deixar de rejeitar uma hipótese nula falsa (*false null hypothesis*), também conhecida como conclusão do tipo "falso negativo".

Em outras palavras, há dois tipos de erro. O erro de primeiro tipo é rejeitar a hipótese nula quando esta está correta. O erro de segundo tipo é aceitar a hipótese nula quando esta está errada. A probabilidade de cada um dos erros depende de um parâmetro desconhecido. Fala-se em risco de primeiro tipo e risco de segundo tipo para o risco de incorrer em erros do tipo I e II (RASCH, 2012, p. 92).

Parte significativa da teoria estatística trata da minimização de *um* ou *ambos* os erros, sendo que a completa eliminação de ambos é tratada como uma impossibilidade estatística. O grande problema é que, em geral, nos problemas que envolvem erros tipo I/tipo II é comum que soluções que minimizem a ocorrência do erro tipo I acabem exacerbando a possibilidade de ocorrência do erro tipo II e vice-versa.

Exemplo de um problema de erro tipo I/tipo II no direito se tem na forma como a sociedade lida com os crimes. Em um processo criminal, tem-se uma hipótese: o

acusado é culpado. O Ministério Público propôs denúncia porque, em tese, o acusado cometeu um crime. No processo criminal, é dever do Ministério Público demonstrar que a hipótese nula (H_0) é, portanto, incorreta. Nesse caso a H_0 = “o acusado é inocente”. Portanto:

Hipótese: O acusado é culpado

Hipótese nula (H_0): O acusado é inocente

Erro tipo I: rejeitar a hipótese nula, sendo que ela é verdadeira. Ou seja, considerar culpado alguém que na verdade é inocente.

Erro tipo II: aceitar a hipótese nula, sendo que ela é falsa. Ou seja, considerar inocente alguém que na verdade é culpado.

Nesse exemplo, os erros de tipo I e II trazem consequências diferentes. O erro tipo I é um erro de justiça, que tem a potencialidade de trazer consequências nefastas para a vida de um indivíduo. Como a resposta do direito criminal em geral é a privação de liberdade, o risco de incorrer no erro de tipo I nesse caso é colocar um inocente atrás das grades.

Já o erro de tipo II seria absolver alguém que efetivamente cometeu um crime. Em outras palavras, o risco é a impunidade e possivelmente uma maior insegurança na sociedade.

Ambos os erros são indesejados. Contudo, considerando que prender um inocente é um erro mais grave que soltar um culpado, adotou-se o princípio *in dubio pro reo* de modo a minimizar o erro de tipo I, mesmo que ao custo de potencializar o erro de tipo II.

Essa é uma solução aceitável para um problema de erro tipo I/tipo II. Identifica-se qual dos dois erros seria o mais intolerável e, a fim de minimizá-lo, aceita-se o incremento do risco de se incorrer no erro alternativo. Minimiza-se tanto quanto possível a ocorrência de um dos tipos de erro, ainda que ao custo do aumento da ocorrência do outro.

Em parte significativa dos problemas de erro tipo I/tipo II, no entanto, a ocorrência de ambos os erros tem gravidade semelhante, de modo que focar apenas na resolução de um dos tipos de erro não é uma solução satisfatória. Pense-se, por exemplo, nos detectores de metais nos aeroportos.

Detectores de metais normalmente possuem uma regulagem na sua sensibilidade. Aumentar a sensibilidade dos detectores de metais aumenta a segurança nos aeroportos, pois é muito mais difícil que algum passageiro consiga embarcar com uma arma. Contudo, esse aumento da sensibilidade também potencializa a ocorrência de falsos positivos. Pequenos objetos metálicos, parafusos cirúrgicos, próteses metálicas, aparelhos ortodônticos, tudo pode acionar o detector de metais. Isso geraria filas enormes nos aeroportos, um caos com os poucos trabalhadores de segurança precisando fazer minuciosa revista em parte significativa dos passageiros, sendo que a demora poderia gerar um verdadeiro caos no tráfego aéreo.

Por outro lado, certamente as filas nos aeroportos andariam mais rápido caso se diminuísse muito a sensibilidade dos detectores de metais. Mas isso viria ao custo do aumento da insegurança nos aeroportos, já que é fácil imaginar que algum passageiro conseguiria embarcar com arma ocultada.

Neste caso, não há como se ter o foco na resolução apenas em um tipo de problema. É preciso encontrar um meio-termo em que o *trade-off* entre segurança e tempo de espera nas filas seja otimizado.

Algo semelhante ocorre com o controle de constitucionalidade e a tensão entre constitucionalismo e democracia. O argumento deste estudo é que é necessário aprender a conviver com essa tensão, encontrando uma maneira otimizada de lidar com o *trade-off* entre constitucionalismo e democracia.

No controle de constitucionalidade, a hipótese colocada poderia ser “a lei X é inconstitucional”, em uma ação direta de inconstitucionalidade. Nesse caso, a hipótese nula (H_0) seria “a lei X é constitucional” – partindo-se do pressuposto que, como se tem presunção de constitucionalidade das leis, sempre a hipótese a ser desconstituída é que a lei é constitucional. Mas o mais interessante nesse caso é analisar os tipos de erros.

O erro tipo I rejeitaria indevidamente H_0, ou seja, declararia a inconstitucionalidade da lei “X”, mesmo sendo ela, na verdade, constitucional. Rejeitar-se-ia indevidamente a vontade democrática da maioria, que seria substituída pela vontade de uma elite intelectual que usurpou poder do povo, exercido através de seus representantes.

O erro tipo II aceitaria indevidamente H_0, ou seja, declararia a constitucionalidade da lei X, mesmo sendo ela inconstitucional. Seria o caso de inércia

do poder judiciário, que deixaria de agir em caso em que efetivamente deveria ter exercido seu papel contramajoritário.

O neoconstitucionalismo, conforme descrito em tópico próprio, busca minimizar a ocorrência do erro tipo II, mesmo que às custas de aumentar a ocorrência do erro tipo I. Esta é uma postura adotada diante do *trade-off* entre constitucionalismo e democracia.

Já a posição de James Bradley Thayer busca minimizar o erro de tipo I, mesmo que às custas de aumentar a ocorrência do erro tipo I. Conforme Thayer, a declaração de inconstitucionalidade de uma lei deveria ocorrer apenas se a inconstitucionalidade fosse tão clara que não estivesse aberta a questionamento racional (THAYER, 1893). Saliente-se que o advento da obra de Thayer se deu na época em que o sistema dominante era a soberania do parlamento, de modo que seus escritos não dedicavam atenção ao controle de constitucionalidade dos atos do Poder Executivo.

Autores que estudam Thayer se referem a um teste da razoabilidade de Thayer: o judiciário somente deveria declarar uma lei inconstitucional se nenhuma pessoa razoável pudesse duvidar da sua inconstitucionalidade.[63] (POSNER, 2012, p. 537).

Por outro lado, Dworkin admite que as cortes constitucionais podem cometer erros, mas assevera que os erros mais sérios da Suprema Corte dos Estados Unidos durante a sua história não envolveram a derrubada de leis que deveriam ter sido mantidas, mas a manutenção de leis que deveriam ter sido derrubadas (DWORKIN, 1996, p. 388). Em outras palavras, conforme o que aqui se desenhou, os erros mais sérios da Suprema Corte envolveram erro tipo II, não o erro tipo I. Como se vê, embora a teoria do direito de Dworkin preconize que há uma única resposta correta a ser buscada para cada caso, o autor, ciente das limitações dos magistrados componentes das cortes, sabe que, faticamente, nem sempre as cortes conseguirão chegar a essa resposta correta.

Mas Dworkin não se desincumbe do ônus de demonstrar a veracidade da afirmação da prevalência do erro tipo II. Se é verdade que estamos em desacordo sobre as questões de direito, como assevera Waldron (WALDRON, 2001, p. 245), o

[63] Neste caso a distinção relevante não é entre uma decisão racional e uma decisão lunática, mas entre uma decisão com base em racionalidade e outra com base em vontade; ou ainda, entre uma decisão baseada na razão e outra baseada em uma emoção exacerbada. (BICKEL, 1986, p. 41)

que constitui um erro da Suprema Corte para uns, constitui acerto para outros. Na realidade, se os maiores estudiosos do direito elaborassem, cada um, uma lista das decisões de controle de constitucionalidade que reputam corretas e incorretas, dificilmente duas destas listas seriam idênticas.

O dilema a respeito do controle de constitucionalidade é que não há resposta segura para a questão sobre qual é a resposta correta. Voltando ao exemplo do detector de metais, é relativamente fácil realizar um teste empírico para analisar em que direção seguir no ajuste da sensibilidade do equipamento. Por exemplo, um indivíduo pode passar cem vezes pelo equipamento sem portar nenhum objeto metálico e outras cem portando objetos metálicos de diversas formas e tamanhos, acomodados em partes diferentes da sua vestimenta, contabilizando a ocorrência de resultados do tipo falso positivo e falso negativo. A partir desses dados, é possível realizar um diagnóstico e concluir se os erros de cada tipo estão dentro do que se considera tolerável, ou se um dos erros tem ocorrido acima do que se espera, realizando-se os ajustes de sensibilidade necessários.

Teste similar seria impossível em uma Corte Constitucional. Se a resposta para a pergunta “o indivíduo porta um objeto metálico?” é direta e incontroversa, a questão sobre o acerto ou erro da corte constitucional é complexa e quase certamente controvertida, exatamente porque a questão “a lei ‘X’ é constitucional?” comporta mais de uma resposta, dada a abertura da redação constitucional.

Ainda que se parta da teoria do direito Dworkiniana, em que apenas uma resposta correta é possível, apenas um “juiz Hércules”[64] saberia sempre essa resposta. A incognoscibilidade da “única resposta correta” por pessoas com faculdades meramente humanas remete basicamente à mesma questão: a falta de um paradigma confiável para se saber se a corte constitucional acertou ou errou em determinada decisão.

Explicando de maneira mais aprofundada, apesar de acadêmico de notável brilhantismo, certamente Dworkin, em razão de sua condição humana lhe apresentar limitações que Hércules não teria, nem sempre chegará à única resposta correta em todos os casos. A sua análise das decisões da Suprema Corte levará em consideração sua própria concepção sobre a resposta correta para cada caso e, necessariamente, algumas das respostas que Dworkin entende corretas não se confundem com a única

[64] Ronald Dworkin idealiza a figura do “juiz Hércules” como possuidora de paciência, sabedoria e habilidades sobre-humanas, que aceita o direito como integridade (DWORKIN, 2007, p. 286).

resposta correta, pois esta só seria alcançável sempre por alguém com capacidades sobre-humanas. E se se usa como parâmetro um caso em que Dworkin se equivocou sobre a resposta correta, pode ser que se considere como errada uma resposta da corte constitucional que, na verdade, era correta.

Quando se analisa a atuação da corte constitucional para saber que tipo de erro ocorre com mais frequência e, portanto, em que direção deve se dar algum ajuste, sempre se esbarra na questão de qual conjunto de opiniões sobre direitos deve ser utilizada como parâmetro para comparação. Se somente Hércules seria capaz de entregar um conjunto perfeito de decisões corretas, no plano fático temos a certeza que qualquer parâmetro de comparação que se utilizar será falho – talvez até mais falho que a própria jurisprudência da corte constitucional. Volta-se, portanto, à questão do desacordo. Ainda que uma única decisão seja a correta, haverá desacordo sobre qual é essa decisão correta em cada caso.

Mas, se esse é o caso, então como realizar qualquer tipo de ajuste no controle de constitucionalidade? A resposta deste trabalho, como se verá de maneira mais aprofundada em tópico próprio, é a de buscar maior consenso nas decisões da corte constitucional.

Também é importante ter em mente, nesse caso, que os métodos que vêm sendo utilizados para diminuir o risco de segundo tipo aumentam o risco de primeiro tipo, conforme o modelo de hipótese que foi aqui formulado. Portanto, quando se defende o ativismo judicial se está aceitando o aumento do risco de procedimentos antidemocráticos e de que o judiciário impeça que o povo decida algo que tem o direito de decidir.

Mencione-se também que nem sempre a atuação do judiciário será em defesa dos direitos individuais contra a “tirania da maioria”. Ao contrário, pode-se observar casos em que direitos individuais eram protegidos de maneira mais intensa pelo procedimento democrático, e tais proteções foram “flexibilizadas” pelo poder judiciário. É o caso da presunção de inocência até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória e sua interpretação pelo Supremo Tribunal Federal.

Essa menção é sempre importante porque se tem encarado o risco da “tirania da maioria” como o único problema a se resolver. A vontade da maioria é sempre colocada ao lado de tudo que há de pior na história da humanidade, como os totalitarismos do século XX, preconceito racial, homofobia etc., enquanto o ativismo judicial sempre está do lado do bem e da virtude.

Há até mesmo documentos que demonstram que os magistrados alemães aderiam completamente à ideologia nazista, dando interpretações elásticas ao texto legal para favorecer os interesses do Estado à época, conforme aduzido alhures.

Se é verdade que o nazismo se deu por vontade da maioria, também é verdade que essa interpretação criativa do direito se insere na sequência de fatos que permitiram a ascensão do nacional-socialismo na Alemanha. Nem vontade da maioria nem interpretação dúctil do direito são coisas boas ou ruins em si mesmas.

O *trade-off* exposto tem que ser encarado com seriedade, não bastando nesse caso a atenção à minimização de apenas um tipo de risco. Não se pode tolerar nem a "tirania da maioria", nem a "juristocracia", devendo-se achar um meio-termo razoável para encontrar o ponto em que os dois tipos de erro se limitem a um mínimo.

Daí também se extrai que a adoção da presunção de constitucionalidade não pode ser confundida com a adoção da presunção de inocência e o consequente *in dubio pro reo*. A solução para o problema dos erros tipo I/tipo II no processo penal procura minimizar a ocorrência de um dos tipos de erro por considerá-lo mais grave que o outro, mesmo ao custo do aumento da ocorrência do erro alternativo. A solução para o problema dos erros tipo I/tipo II no processo constitucional não pode ser a mesma. Um dos erros envolve permitir que indivíduo ou grupo de indivíduos tenham seus direitos indevidamente violados, o que certamente é um problema grave. O outro erro, contudo, envolve a indevida subtração do direito de autogoverno de todos os indivíduos, substituindo o procedimento democrático pela decisão de um punhado de magistrados, sendo ainda que, por vezes, é a decisão dos magistrados, e não a decisão da maioria, que ocasiona a lesão de direito de indivíduo ou grupo de indivíduos.

Não há como simplesmente aceitar que se minimize a ocorrência de um dos tipos de erro às custas do aumento do outro no processo constitucional. Isso, por si só, já torna o controle de constitucionalidade em uma questão extraordinariamente complexa de ser resolvida, já que tanto juízes quanto a maioria fatalmente cometerão excessos.

Para piorar a situação, ao contrário do que sustenta Dworkin, conforme citado acima, qualquer afirmação do tipo "historicamente, o Tribunal Constitucional comete mais o erro tipo I que o erro tipo II" é no mínimo bastante discutível. Uma afirmação desse tipo depende de um parâmetro sobre o qual existe desacordo. Afinal, diferentes

pessoas apresentarão diferentes respostas se perguntadas: “O tribunal constitucional acertou ou errou quando tomou a decisão X?”.

Aqui cessa a analogia com o detector de metais. É possível testar empiricamente um detector de metais para saber se a sensibilidade escolhida está conduzindo a mais erros do tipo “falso positivo” ou do tipo “falso negativo” e realizar ajustes conforme se deseje reduzir um dos tipos de erros, afinando o dispositivo. Basta passar um grupo de pessoas portando objetos metálicos e outro grupo sem nenhum objeto desse tipo e verificar o número de ocorrências de erro. Se a pessoa está portando um revólver e o aparelho não apitou, *evidentemente* houve um erro do tipo falso negativo; se a pessoa não está portando nenhum objeto metálico e o aparelho apitou, *evidentemente* houve um erro do tipo falso positivo.

Mas o que dizer do tribunal constitucional que afirma que não passa no teste de constitucionalidade uma lei que criminalize ou embarace de qualquer forma o aborto de um feto anencefálico? Existe um desacordo na sociedade – haverá quem diga que houve erro, que o tribunal declarou inconstitucional uma lei que, na verdade, é constitucional; e haverá quem diga que o tribunal constitucional desempenhou perfeitamente suas funções e, inclusive, esse é um ótimo exemplo da razão pela qual precisamos de um tribunal constitucional com a última palavra.

3.1.3 Necessidade de uma Cultura de Precedentes Constitucionais

Como explicam Estefânia Maria de Queiroz Barboza e Katya Kozicki (2012, p. 63), o caráter aberto das normas constitucionais aproxima os países que adotaram o constitucionalismo moderno da prática da *common law*, sobretudo no que diz respeito à jurisdição constitucional. Na medida em que, ante a textura aberta das normas constitucionais, não existe a possibilidade de se apontar previamente qual o direito apontado ao caso, cabe ao Judiciário “densificar e dar significado a esses direitos. (...) A norma, portanto, não existe no texto, mas apenas no caso concreto” (BARBOZA; KOZICKI, 2012, p. 63).

Nesse contexto, a observância dos precedentes na jurisdição constitucional assume enorme importância, pois é a única forma de se ter o mínimo de previsibilidade nas decisões da corte constitucional. É a solução dada por Strauss, conforme exposto em tópico próprio. A fim de evitar o decisionismo, propõe-se a observância de um modelo de precedentes na jurisdição constitucional que tem como paradigma um

documento talhado no contexto do pós-segunda guerra mundial, como já fazem há muito os modelos de *common law*.

Para tanto, seria necessário que as decisões da corte constitucional formassem um todo coerente, que se pudesse efetivamente saber qual é a decisão da corte. Um simples somatório das decisões individuais dos ministros não orienta o operador do direito a respeito das premissas e conclusões utilizadas pela corte constitucional sobre determinado assunto.

Nesse sentido, a falta de diálogo entre os componentes do Supremo Tribunal Federal resulta em enorme prejuízo para a segurança jurídica, pois não se sabe exatamente o raciocínio jurídico pelo qual a corte chegou a determinada conclusão. Sabe-se apenas, quando muito, o conteúdo de onze raciocínios diversos, não se podendo afirmar que aquele raciocínio configura efetivamente um precedente da corte ou se será sumariamente descartado quando a corte se deparar com uma questão similar. É o problema já exposto em tópico próprio: faz-se necessário adotar alguma teoria da argumentação.

Ademais, a deliberação entre os magistrados de uma corte constitucional em geral é realizada por um procedimento de votação, que pode levar a um resultado em que a coincidência de votos é total (decisão unânime), ou a uma série de opiniões divergentes (decisão por maioria). Nesse contexto, também há que se discutir se o tribunal constitucional deveria decidir em modelo de texto único (*per curiam*) ou em modelo de texto composto (*per seriatim*). Passa-se a uma breve explicação dos dois modelos.

Os modelos de decisão *per curiam* indicam que, independentemente de unanimidade ou divergência, a decisão deve ser apresentada em um texto único, com uma única estrutura argumentativa (VALE, 2015, p. 109). A decisão, afinal, é da corte constitucional, e não dos indivíduos que a compõem. Nesse caso, a autoria da decisão será sempre do órgão colegiado integralmente considerado, e não do magistrado redator.

Esse modelo de decisão se relaciona com os modelos de deliberação secreta, pois desconsideram debates, divergências internas e posições individuais. Tal modelo se tornou adequado para manter em sigilo tudo que se passa nos momentos deliberativos entre os magistrados, revelando-se apenas o resultado da deliberação

em um documento redigido para refletir a posição da corte[65].

Por sua vez, o modelo *per seriatim* propriamente dito se caracteriza por um agregado das posições individuais de cada membro do colegiado. Os votos são expostos “em série”, em um texto composto. Nesse modelo, não se forma um texto final com uma única *ratio decidendi*, mas sim com a proclamação sucessiva do voto de cada magistrado do tribunal.

O Supremo Tribunal Federal, conforme André Rufino do Vale (2015, p. 116), é o “exemplo mais claro e fidedigno do modelo de decisão *seriatim* ou de publicação dos resultados da deliberação em forma de texto composto”. No modelo seriático, há um déficit de deliberação. O procedimento é mais agregativo do que deliberativo (VALE, 2015, p. 265).

O autor sintetiza o problema do modelo seriático adotado pelo Supremo Tribunal Federal:

> Os modelos seriatim possuem a desvantagem de produzir textos compostos por todos os votos e manifestações deliberativas, com suas próprias linhas argumentativas, o que cria sérios obstáculos para a justificação íntegra das decisões, na medida em que impossibilita a formação de uma fundamentação unitária. Para contornar esse problema, os modelos seriatim, como o brasileiro, devem adotar em alguma medida aspectos dos modelos per curiam, de modo a tentar produzir algum documento unitário e explicativo das razões de decidir do tribunal. Isso pode ser realizado por um texto introdutório unitário – como as ementas na prática do Supremo Tribunal brasileiro –, que sintetize, simplifique e condense adequadamente os fundamentos determinantes da posição do colegiado de juízes. (VALE, 2015, p. 383)

O modelo seriático acaba se afastando em demasia da exigência da coerência argumentativa descrita alhures (tópico 3.1.1). Em um modelo em que o direito constitucional é dúctil e admite diversas interpretações, apenas a aproximação de um modelo de precedentes pode oferecer o mínimo de segurança jurídica para a sociedade. E os requisitos de universalidade, coerência e consistência têm uma abrangência pequena se o modelo de decisão da corte constitucional é uma simples

[65] Adotam esse modelo de decisão de forma pura o *Conseil Constitutionnell*, da França e a *Corte Costituzionale* italiana. As cortes constitucionais da Espanha e da Alemanha também praticam a decisão *per curiam*, mas flexibilizam o modelo permitindo aos magistrados a formulação e publicação de votos dissidentes em conjunto com a opinião da corte (VALE, 2015, p. 110). Nesse sentido, o modelo se aproxima da decisão *per seriatim*. Os Estados Unidos adotam um modelo híbrido. Fixou-se na Suprema Corte a prática de privilegiar a apresentação das decisões ao público na forma de *opinion of the Court* (aproximando-se assim do modelo *per curiam*), ao mesmo tempo que permite o pronunciamento de divergências ou adesões por meio de votos separados (*separate opinions*) de cada *justice* (aproximando-se assim do modelo *per seriatim*). A apresentação de votos separados, contudo, permanece como uma ocorrência excepcional nos trabalhos da Suprema Corte dos Estados Unidos (VALE, 2015, p. 114).

contagem de votos, em que os argumentos oferecidos são dos ministros, não da corte.

Não é incomum que argumentos contraditórios fundamentem votos de ministros que estão *concordando entre si*. Ainda mais corriqueiro é encontrar argumentos apenas no voto de um ministro, que não são repetidos por nenhum outro. Nesse cenário, a corte opera não como uma instituição, mas como um mero ajuntamento de magistrados que dão suas opiniões com pouca ou nenhuma consideração pelos argumentos de seus pares.

Talvez o ápice desse procedimento tenha ocorrido em 04 de abril de 2018. O ministro Gilmar Mendes estava no plenário do Supremo Tribunal Federal e pediu para adiantar seu voto, que abria divergência e acabou prevalecendo. O motivo do pedido para votar fora da ordem tradicional era que o ministro tinha um voo para Portugal e poderia se atrasar. Após proferir seu voto, logo em seguida do relator e antes de todos os demais ministros, Gilmar Mendes se retirou (TUROLLO JR.; ALEGRETTI, 2018).

Tal procedimento não seria possível em uma decisão *per curiam*, e revela a precariedade deliberativa do modelo seriático hoje adotado pelo Supremo Tribunal Federal.

Não necessariamente deve-se migrar para um modelo *per curiam* de decisão judicial. Contudo, a fim de que se possa ter efetivamente uma cultura de precedentes constitucionais e a adoção efetiva de uma teoria da argumentação, afastando-se o casuísmo da jurisdição constitucional, faz-se necessário, pelo menos, algumas modificações no modelo seriático atual. Tais modificações, é verdade, aproximarão o atual modelo seriático puro de um modelo *per curiam*, mas não precisam significar o abandono do modelo seriático.

A discussão sobre qual é o melhor modelo, se o *per curiam* ou o *per seriatim* foge ao escopo deste trabalho. O que importa aqui é que, seja qual modelo se adote, é necessário que a corte, enquanto instituição, forneça a sua *ratio decidendi*, ao invés de uma simples coletânea de razões de cada ministro, desconexas entre si. Isto porque um modelo de precedentes precisa de um parâmetro argumentativo para as decisões futuras.

3.2 FREIOS E CONTRAPESOS AO ATIVISMO JUDICIAL

Dado que a atual constituição determina o controle judicial de constitucionalidade e que dele precisamos, deve-se perquirir sobre o que fazer caso

exista algum abuso desse poder. Defende-se aqui que há uma *forma correta* de exercer o controle judicial de constitucionalidade. Parar por aí, no entanto, colocaria o presente trabalho ao lado de parte da produção acadêmica que recebeu pertinente crítica de Mark Tushnet. Conforme exposto no tópico 2.3, para Tushnet boa parte da produção acadêmica sobre as cortes constitucionais parece presumir que se os acadêmicos e jornalistas insistirem o suficiente com os juízes, eles finalmente acordarão e enxergarão a luz que estão lhes oferecendo (TUSHNET, 1999, p. 155). Não é dizer que essa produção acadêmica não tem a sua importância, mas apenas observar que pode ser inócuo, na prática, insistir com o Judiciário que há uma forma correta de se decidir se nada ocorrer caso essa forma correta não seja observada.

Existe um motivo para ser cético quanto ao Supremo Tribunal Federal mudar seu padrão de decisão por sua própria iniciativa, sem a introdução de nenhuma força externa a fim de movê-los na direção da mudança. Considerando que os ministros do Supremo Tribunal Federal nada mais são do que um grupo de seres humanos, é razoável supor que eles também são afetados por padrões comportamentais de grupo visualizados nas mais diversas searas sociais. Não existe motivo para supor que o bem documentado fenômeno do "conservadorismo coletivo" – a tendência de grupos de não mudarem padrões comportamentais já estabelecidos, mesmo quando os indivíduos do grupo sabem que uma mudança é necessária (THALER; SUNSTEIN, 2008, p. 58) – não se aplica ao grupo de magistrados do Supremo Tribunal Federal. Daí porque é necessário discutir também, sem descuidar da importância da forma correta das decisões judiciais, o que fazer em caso de um decisionismo sistemático.

Conforme exposto alhures, o atual estágio do constitucionalismo preceitua, de maneira geral, normas abertas, mas que não por isso perdem força normativa. A conjugação dessas normas constitucionais abertas com a possibilidade de controle de constitucionalidade conferida ao Poder Judiciário provocou um notável deslocamento de poder para as mãos da corte constitucional, numa reviravolta que teve lugar em grande parte do ocidente e suplantou a então predominante *sovereignity of the parliament*. Nesse sentido, Robert Alexy chega a falar em "onipotência dos tribunais" (*Omnipotenz der gerichte*) no estado constitucional (ALEXY, 1987, p. 406). Norberto Bobbio, por sua vez, assim se manifestou, em carta dirigida a Matteucci e publicada por Costanza Margiotta:

> Mas o direito dos juízes quem pode modificar? Se ninguém pode modificar

> nada, nem sequer outros juízes, quer dizer que o poder dos juízes está por cima do direito e, então, a diferença não é entre uma constituição (a do modelo juspositivista) na que o poder (legislativo) está por cima do direito e uma outra constituição (a do modelo neoconstitucionalista) na que o direito (a constituição) está por cima do poder, mas entre uma constituição em que o poder supremo é do rei (o legislador) e outra constituição na qual o poder supremo corresponde a outro órgão (os juízes constitucionais). (MARGIOTTA, 2000, p. 424).

Nessa mesma linha, Alfonso García Figueroa observa que, em termos políticos, tanto o aspecto material como o estrutural e funcional do sistema jurídico constitucionalizado apresentam consequências importantes na relação de forças dos poderes do Estado. A consequência mais importante consiste na acentuação do deslocamento do protagonismo do legislativo para o judicial.

Essa transferência de poder para o judiciário é considerada por alguns como uma grave lesão do princípio democrático (FIGUEROA, 2003, p. 167). É objetivo prioritário do estado de direito a restrição do poder suscetível de um exercício arbitrário e o estado constitucional pretende reforçar essa restrição com a incorporação de certos direitos que deveriam significar uma restrição do poder do legislador e, transitivamente, do juiz. Contudo, isso não acontece exatamente assim. A razão consiste em que os princípios constitucionais apresentam uma natureza bifronte: por um lado constituem um limite na medida em que encerram um núcleo de significado irrenunciável, mas ao mesmo tempo sua “ponderação”[66] confere uma maior margem de discricionariedade.

Aparentemente, os princípios constitucionais exibiram, pois, um comportamento seletivo que lhe levou a mostrar seu rosto mais severo, mais restritivo, ao legislador, e seu rosto mais amável, mais concessivo, ao aplicador do direito. Trata-se de uma consequência da estrutura dos princípios que oferecem uma ampla margem de manobra no discurso de aplicação que de certa forma libera ao juiz na hora de se enfrentar com o caso concreto, e isso coloca, com efeito, um risco para o estado de direito (FIGUEROA, 2003, p. 167-168).

Daniel Sarmento e Cláudio Pereira de Souza Neto asseveram que o neoconstitucionalismo tem um foco “O neoconstitucionalismo tem um foco muito centrado no Poder Judiciário, no qual deposita enormes expectativas no sentido de concretização dos ideais emancipatórios presentes nas constituições

[66] Mencione-se aqui, para além da ponderação conforme idealizada por Alexy (2001, p. 148), a possibilidade do discurso da dogmática principialista, quando tomado sem cautelas, se prestar “a relativizar todo e qualquer bem ou valor constitucionalmente protegido através de princípios” (SCHIER, 2005, p. 155).

contemporâneas" (SOUZA NETO; SARMENTO, 2012, p. 289). Contudo, juízes não são eleitos, diferentemente de parlamentares e chefes do executivo, não respondendo diretamente ao povo, o que dá base à crítica ao seu suposto caráter antidemocrático. Também se critica o fato de que os membros do Judiciário, por pertencerem à elite, tenderiam a favorecer a manutenção do *status quo*.

A crítica democrática ao neoconstitucionalismo é lastreada na ideia de que, numa democracia, as decisões mais importantes sejam tomadas pelo próprio povo, seja diretamente, seja através de seus representantes eleitos (autogoverno), e não por magistrados. É certo que a democracia não se esgota no respeito ao princípio majoritário, sendo que a maior parte dos teóricos contemporâneos da democracia pressupõem a garantia de direitos básicos que viabilizem a participação igualitária do cidadão na esfera pública e alguma proteção às minorias. Mas também existe o problema de dosagem. Se é verdade que a imposição de alguns limites para a decisão das maiorias pode ser justificada em nome da democracia, o exagero certamente revela-se antidemocrático (SOUZA NETO; SARMENTO, 2012, p. 289).

Outra crítica elencada pelos autores ao neoconstitucionalismo é a de que, ao enfatizar a aplicação dos princípios constitucionais e a ponderação, em detrimento de regras e subsunção, a abordagem tenderia a instaurar uma certa anarquia metodológica, alimentando o decisionismo judicial e gerando insegurança jurídica.

Mencione-se também que o excesso de constitucionalização do Direito pode se revelar antidemocrático, uma vez que reduzem em demasia o espaço para decisão das maiorias políticas de cada momento. Se tudo ou quase tudo já estiver decidido pela Constituição, sendo o legislador apenas um executor das medidas já determinadas pelo constituinte, a autonomia política do povo para cada momento de sua história – a autonomia intergeracional – fica seriamente ameaçada (SOUZA NETO; SARMENTO, 2012, p. 289-290).

As observações dos autores citados remontam a uma questão ancestral, exposta em uma das sátiras de Juvenal: *Quis custodiet ipsos custodes?* (Quem vigia os vigilantes?). É dizer, se a Constituição passa a ser o que rege toda a sociedade e as possibilidades interpretativas da Constituição são tantas, quem pode parar o supremo intérprete da constituição?

A ideia original de Montesquieu (1998, p. 168) era que a divisão de poderes proporcionasse uma situação em que o "poder limita o poder". Em outras palavras, potenciais abusos seriam contidos pela atuação dos demais poderes, de modo que

nenhum dos três poderes pudesse pretender poder absoluto.

Dentro de um sistema de tripartição de poderes, onde o "poder limita o poder", é necessário saber, num contexto em que se diz que o Supremo Tribunal Federal terá a última palavra em interpretação constitucional (NOVAIS, 2006, p. 40) e que essa última palavra terá eficácia *erga omnes*, que espécie de mecanismos têm o Poder Executivo e o Poder Legislativo que poderiam servir de "freios e contrapesos" (*checks and balances*) a esse poder da corte constitucional.

Estando claro que existem os "limites funcionais da justiça constitucional" (NOVAIS, 2006, p. 40), há que se saber o que poderiam os demais poderes fazer no caso de violação desses limites. Essa preocupação vai no sentido exatamente oposto do famoso "Federalist Paper nº 78", de Alexander Hamilton. Hamilton (2001, p. 402), num contexto histórico completamente diverso do presente, entendia que o Poder Judiciário era o menos perigoso dos três (*the least dangerous branch*), porque não tinha "a bolsa" (*the purse*) nem "a espada" (*the sword*). Sua preocupação, portanto, era de preservar o poder judiciário dos excessos do legislativo e do executivo, enquanto aqui a preocupação é o contrário.[67]

Saliente-se que, como bem anotou Gary McDowell (MCDOWELL, 1988, p. 8), não é porque Hamilton entendia o Poder Judiciário como o menos perigoso que ele simplesmente sugeriu que o Poder Judiciário não representava perigo nenhum.

Não se pode perder de vista que o exercício da jurisdição constitucional é um exercício de poder. Nesse sentido, o Estado de Direito – *a government of laws and not of men* – exige que o exercício de poder esteja a salvo da discricionariedade de seu titular e submetida a regras objetivas e independente da sua vontade (GRIMM, 2006, p. 30-31).

O mais poderoso argumento dos autores neoconstitucionalistas é que, sendo os direitos fundamentais nos estados democráticos de direito "trunfos contra a maioria", ou seja, um mecanismo para conter potenciais abusos que a maioria possa

[67] John Hart Ely (1980, p. 45) assevera que a observação de Hamilton deveria fazer bastante sentido nos primórdios dos Estados Unidos. Na ausência de precedentes, a falta de uma forma independente de executar as suas decisões e os inúmeros freios e contrapesos constitucionais ao Judiciário deveriam parecer suficientes para assegurar que tal Poder teria um papel bastante insignificante. Por outro lado, é difícil sustentar essa insignificância do judiciário contemporaneamente, após dois séculos de experiência prática no caso dos Estados Unidos. A corte pode não ter a bolsa nem a espada, mas a sua habilidade de influenciar de maneira relevante a forma de funcionamento da nação provou-se enorme. Pode ser verdade que a corte não pode impedir a vontade de uma sólida maioria para sempre, mas certamente ela pode atrasar a implementação dessa vontade por décadas e, para as pessoas afetadas, considerando que cada indivíduo tem um período limitado de vida, isso dá no mesmo do que se fosse para sempre.

perpetrar contra minorias (e que historicamente, de fato, ocorreram nos estados juspositivistas), não é possível que o próprio legislativo, representante da maioria, sirva de árbitro a respeito desses trunfos. Ao contrário, o poder judiciário, sendo neutro e não respondendo ao escrutínio popular, está melhor equipado para fazer valer esses trunfos contramajoritários, ocasionalmente impedindo que a maioria imponha arbitrariamente sua vontade contra a minoria. Nas palavras de Jorge Reis Novais (NOVAIS, 2006, p. 48), se “os direitos fundamentais são trunfos contra a maioria, não poderia ser essa mesma maioria, mas antes um órgão próprio, independente e especializado, a verificar e reconhecer essa qualidade”.

Contudo, curiosamente, quando se trata da limitação ao poder do juiz constitucional, as balizas tradicionalmente invocadas para evitar a perversão do papel do poder judiciário são todas autoimpostas. Bem sintetizando tais balizas, Daniel Sarmento aponta a necessidade de (1) emprego de uma metodologia racional e intersubjetivamente controlável e transparente; (2) democratizar o próprio exercício da jurisdição constitucional, com a abertura de seu procedimento à participação efetiva de novos atores sociais; e (3) adoção, pelos juízes, de uma postura de moderação e de respeito diante das decisões adotadas pelos demais poderes, em razão do seu lastro democrático-eleitoral (SARMENTO, 2007, p. 140-141).

Por sua vez, Novais expõe que o que se exige da jurisdição constitucional, sob pena de violação dos seus limites funcionais, é que a decisão seja tomada, fundamentada e justificada, não de acordo com as opiniões políticas, religiosas, morais ou filosóficas particulares de cada um dos juízes, mas segundo critérios jurídicos, intersubjetivamente acessíveis, compreensíveis e criticáveis, com recurso aos instrumentos, princípios e *standards* próprios da função, e, de acordo com a ideia *rawlsiana* de reciprocidade e da razão pública, recorrendo a uma argumentação objetiva ou razoavelmente suscetível de ser compartilhada por todas as concepções ou mundivivências integrantes do pluralismo razoável das nossas sociedades abertas. (NOVAIS, 2006, p. 59)

Tais balizas são, de fato, importantes e devem ser observadas pela corte constitucional. Mas, se em determinada decisão judicial tais balizas forem ignoradas, a teoria da autoridade que dá a última palavra ao poder judiciário, o que poderiam fazer os outros poderes, dentro da normalidade institucional, a respeito? Afinal, como afirma Susanna Pozzollo, o “argumento da correção é contingente e não afeta a validade jurídica da decisão judicial (ao menos no estado de direito e também no

estado constitucional)". (POZZOLLO, 2003, p. 205).

Por um lado, não pode ser o parlamento, como representante da maioria, a verificar e reconhecer quando ultrapassou a baliza dos trunfos contra a maioria. Afinal, como bem asseverou Gustavo Zagrebelsky (ZAGREBELSKY, 2007, p. 48) "estar sujeito a si mesmo não é sujeição, mas liberdade", o que também revela a problemática do legislativo ser "árbitro de si mesmo".

Por outro lado, contudo, as soluções previstas pelos autores neoconstitucionalistas para evitar eventuais excessos do juiz constitucional ante essa transferência sem precedentes de poder para o judiciário, pregam-se apenas soluções autorreferentes. O judiciário deve se autoconter. O judiciário deve utilizar uma teoria da argumentação a fim de dar racionalidade à sua decisão. O judiciário deve se abrir para a população através de audiências públicas. Mas e se o judiciário não fizer nada disso? Há algum remédio institucional para combater essa atuação dita "ilegítima" do judiciário, ou tais balizas e limites são apenas auto impostos e, nesse caso, o judiciário é o "árbitro de si mesmo"?

Certamente aqui se parte do pressuposto de que, da mesma forma que quando um cidadão viola alguma norma do ordenamento jurídico, o Estado de maneira alguma estaria também liberado das amarras da legalidade, também os poderes constituídos permanecem vinculados por tais amarras, ainda que diante de uma decisão do poder judiciário que possa ser considerada "ilegítima".

Jerold Waltman (2015, p. 12-ss) afirma que a questão de quais freios e contrapesos poderiam ser contrapostos a uma corte excessivamente ativista é respondida por uma lista que consta em todo livro sobre o governo dos Estados Unidos: (1) o poder de emendar a constituição; (2) o impeachment dos juízes da corte constitucional; (3) a alteração do número de magistrados na corte constitucional; (4) retirar a competência da corte constitucional sobre determinadas matérias; (5) a "lei da reação antecipada"; (6) a falta de "poder de agenda" da corte constitucional; (7) a dependência da Suprema Corte das outras instituições políticas para levar a cabo suas decisões; (8) o processo de escolha dos magistrados da corte constitucional. É possível acrescentar uma nona possibilidade àquelas mencionadas por Waltman, que seria (9) a manipulação da idade de aposentadoria dos magistrados da corte; e uma décima, que seria (10) a alteração de design institucional.

Abordando o tema, Charles Gardner Geyh (2006, p. 51-52) (2006, p. 113-ss) cita várias das possibilidades mencionadas por Waltman, mas também levanta a

possibilidade de redução de orçamento ou retardamento de aprovação do orçamento como outras medidas passíveis de servir de freio ou contrapeso à corte constitucional.

Frise-se que as medidas (3) a alteração do número de magistrados na corte constitucional; (4) retirar a competência da corte constitucional sobre determinadas matérias; (9) a manipulação da idade de aposentadoria dos magistrados da corte; e (10) a alteração de design institucional, decorrem da primeira, que é o poder de emendar a constituição. Os problemas que serão ressaltados a respeito do uso de emendas constitucionais como mecanismo de freio e contrapeso à atuação da corte constitucional também se aplicam às outras medidas mencionadas.

Passa-se ao estudo de cada um dos mecanismos apontados, analisando se, de fato, são suficientes para conter uma corte excessivamente ativista, especialmente no contexto brasileiro.

3.2.1. O Poder de Emendar a Constituição

Waltman indica que o poder de emendar a constituição pode servir de resposta do Poder Legislativo às decisões da corte constitucional. Assevera o autor que as emendas 11, 14, 16 e 26 à Constituição dos Estados Unidos se deram com o fim específico de alterar decisões da Suprema Corte. Ressalta, contudo, que na maioria dos casos essa possibilidade se mostra impraticável. No caso dos Estados Unidos, o processo de emendar a constituição é especialmente difícil, o que faz com que a possibilidade de emendar a constituição como freio à Suprema Corte não possa ser levada a sério (WALTMAN, 2015, p. 12-13).

Nos Estados Unidos, 33 emendas foram propostas pelo Congresso e enviadas para ratificação pelos estados, sendo ainda que 6 dessas não foram ratificadas. Desde 1789, nos mais de dois séculos de vigência, a Constituição dos Estados Unidos foi emendada 27 vezes. Comparativamente, o Brasil ultrapassou esse número de emendas em 25 de maio de 2000, menos de 12 anos de vigência da Constituição de 1988. Portanto, verifica-se que a alteração da Constituição é tarefa muito menos difícil no caso brasileiro.

No Brasil, embora a Constituição seja rígida, não se pode dizer que o procedimento especial requerido para alteração constitucional tenha significado um óbice significativo a ponto de inviabilizar a utilização das emendas como freio ao poder judiciário. Ao contrário, em pouco mais de 30 anos de vigência da atual Constituição

já foram aprovadas mais de 100 emendas. Ou seja, em média a Constituição é emendada mais de três vezes por ano. Contudo, embora por motivos diferentes, também no Brasil a possibilidade de se emendar a Constituição não pode ser considerada seriamente como um efetivo freio à atuação da corte constitucional. Se é verdade que chega a ser problemática a facilidade e a constância com que se altera a lei maior, uma parte da Constituição é imune à intervenção pelo constituinte derivado.

As cláusulas pétreas, previstas pelo art. 60, §4º da CF, são limitações materiais ao poder de emenda. A existência de limites materiais permite que o juiz constitucional declare inconstitucional emenda constitucional elaborada com o fim de lhe servir de freio. O paradigma para a análise de constitucionalidade da emenda constitucional é amplo e as cláusulas constitucionais petrificadas têm redação porosa e dúctil, à moda das constituições pós-segunda guerra. Dessa maneira, não é difícil encontrar fundamento para declarar a inconstitucionalidade de uma emenda, se assim a corte constitucional quiser.

De especial relevância é a previsão de que os direitos e garantias individuais são cláusulas pétreas, combinado com o fato que o art. 5, §2º da Constituição prevê a "cláusula de abertura dos direitos fundamentais" (SARLET, 2012, p. 82), o que deixa claro que não existe um rol taxativo de direitos fundamentais e, portanto, de cláusulas pétreas. Em outras palavras, o rol de cláusulas pétreas pode ser expandido por interpretação judicial, o que significa que o parâmetro de controle da atividade do constituinte derivado é definido pela interpretação da corte constitucional. O poder de emendar a constituição só pode ser exercido com a anuência da corte constitucional, uma vez que esta exerce controle de constitucionalidade material sobre as emendas constitucionais.

Solidificando o controle da corte constitucional sobre o poder de emenda, no Brasil não se aceita a tese da dupla revisão. Ainda que doutrina minoritária sustente a tese de que o constituinte derivado reformador poderia alterar, por emenda, a redação do art. 60, §4º da Constituição – uma vez que este dispositivo prevê as cláusulas pétreas, mas não é ele mesmo cláusula pétrea – e, após, alterar a matéria que deixou de ser cláusula pétrea pela ação da primeira emenda por outra emenda constitucional (FERREIRA FILHO, 1995, p. 11), não é essa a posição que prevalece atualmente.

Luís Virgílio Afonso da Silva defende que, além dos limites materiais explícitos ao poder de emenda, também existem limites implícitos (SILVA, 2001, p. 16). A simples

ausência de previsão expressa não pode ser tomada como autorização do constituinte para a reforma do art. 60, §4º. Se um poder é outorgado por alguém, os limites desse poder só podem ser modificados pelo outorgante (constituinte originário), nunca pelo outorgado (constituinte derivado). Isso é uma decorrência lógica da outorga (SILVA, 2001, p. 17). Essa é a posição que prevalece, de que não cabe a dupla revisão.

Mas ainda que assim não fosse, ainda há que se considerar que em um sistema em que a autoridade máxima para dizer o direito constitucional é atribuída a uma corte, com um parâmetro de controle aberto, haveria a possibilidade do reconhecimento de cláusulas pétreas implícitas mesmo se a constituição não previsse nenhuma limitação material expressa ao poder de emenda. É mais ou menos o que ocorreu na corte constitucional da Índia, com o reconhecimento da *basic structure doctrine.*[68] Na África do Sul, por atuação da corte constitucional, chegou-se a ter um caso em que a própria constituição foi considerada inconstitucional.[69]

Resumidamente, o fato de que a corte constitucional pode declarar inconstitucional a emenda constitucional dificulta sobremaneira a utilização desse mecanismo como um freio adequado a eventuais abusos do judiciário. Bastaria que se declarasse inconstitucional a emenda. De qualquer maneira, depende-se de uma deferência do Judiciário ao Poder Legislativo, não sendo propriamente um mecanismo em que o poder limita o poder.

3.2.2. O *Impeachment* dos Juízes da Corte Constitucional

Existe a possibilidade de *impeachment* de juiz da corte constitucional, caso seus julgamentos se afastem de maneira significativa e consistente do que o poder legislativo entenda adequado. Nos Estados Unidos, o *impeachment* de um *justice* da

[68] Veja-se que após o reconhecimento da *basic structure doctrine*, o parlamento indiano tentou utilizar o poder de emenda como freio à corte constitucional. Em 1976, foi aprovada a 42ª emenda à Constituição da Índia, que estabelecia na seção 55 que "não existe nenhuma limitação ao poder constituinte do parlamento para emendar por meio de adicionar, alterar ou repelir as provisões desta Constituição" (tradução livre. No original: *there shall be no limitation whatever on the constituent power of Parliament to amend by way of addition, variation or repeal the provisions of this Constitution*). A corte constitucional usou a própria *basic structure doctrine* para fundamentar a declaração de inconstitucionalidade da emenda em questão, em *Minerva Mills v. Union of India* (1980).

[69] O termo é de Issacharoff – "*the world's first unconstitutional constitution*". A corte constitucional da África do Sul se engajou no processo político de transição pós-*apartheid*. Incumbiu-se a corte constitucional com a missão de analisar o primeiro projeto de constituição, verificando a sua conformidade com os principais princípios democráticos. A corte entendeu que o projeto não se adequava ao que requeria uma democracia (ISSACHAROFF, 2015, p. 17).

Suprema Corte pode ocorrer pelo voto de maioria simples da *House of Representatives*, seguido pelo voto de dois terços do Senado (WALTMAN, 2015, p. 13).

No Brasil, a Constituição prevê expressamente a possibilidade de *impeachment* de Ministro do Supremo Tribunal Federal no art. 52, II, atribuindo o julgamento ao Senado Federal. A Lei 1.079/1950 também prevê essa possibilidade em seu art. 2º, mas vincula o impedimento ao cometimento de crime de responsabilidade.

São cinco as possibilidades de crime de responsabilidade do Ministro do Supremo Tribunal Federal, conforme o art. 39 da Lei 1.079/1950: (1) alterar, por qualquer forma, exceto por via de recurso, a decisão ou voto já proferido em sessão do Tribunal; (2) proferir julgamento, quando, por lei, seja suspeito na causa; (3) exercer atividade político-partidária; (4) ser patentemente desidioso no cumprimento dos deveres do cargo; e (5) proceder de modo incompatível com a honra, dignidade e decoro de suas funções. Conforme o art. 41 da lei de *impeachment*, todo cidadão pode denunciar os Ministros do STF perante o Senado Federal.

Pondere-se que, como adverte James Bryce (BRYCE, 1911, p. 314), o *impeachment* é um canhão de cem toneladas que exige, para a sua utilização, um mecanismo complicado. Para atirá-lo, exige-se uma considerável quantidade de pólvora; para ajustá-lo, exige-se um grande alvo para a pontaria. Assim, o mecanismo em questão não pode ser banalizado, somente se podendo cogitar de *impeachment* em “circunstâncias extraordinárias” (DIREITO, 2006, p. 10). Em razão disso, embora os pedidos de *impeachment* de Ministros do Supremo sejam cada vez mais frequentes (PRADO; MERLO, 2018), não há nenhum registro histórico da efetiva utilização do mecanismo no país.

Waltman também argumenta que, atualmente, o *impeachment* de juízes da corte constitucional é visto como um ataque à dignidade da corte, e a sugestão de *impeachment* por qualquer membro do Congresso é recebida por pesadas críticas vindas de todos os lados do espectro político (WALTMAN, 2015, p. 13). Talvez essa observação tenha menos pertinência no atual contexto brasileiro, uma vez que cada vez mais se fala na possibilidade do impedimento de Ministros.[70] Mas, ainda assim, causa certa estranheza uma intervenção tão drástica no Supremo Tribunal Federal.

[70] De 2015 até março de 2019 foram mais de duas dezenas de pedidos de impeachment contra ministros do STF protocoladas no Senado, embora, até o momento, nenhum deles foi aceito (BALAN, 2019)

Embora o *impeachment* de um ministro do Supremo Tribunal Federal seja tecnicamente possível, e embora esse julgamento seja político-jurídico, a princípio sem a possibilidade de interferência do Supremo Tribunal no mérito da questão, o mecanismo peca pela falta de sutileza. O impedimento de um ministro seria um fato traumático, talvez mais até do que de um presidente.

Em última análise, o presidente responde ao povo. O ministro, por outro lado, é independente e muitas vezes tem o dever de defender o indivíduo ou a minoria contra a vontade da maioria. Se é assim, é estranho que os representantes da maioria – o Poder Legislativo – afastem determinado ministro. A utilização da medida em questão requer cautela máxima. A sua banalização resultaria em um retrocesso democrático. Não é por acaso que a medida jamais foi utilizada no Brasil.

Analogicamente, seria o mesmo que entregar à polícia ostensiva lançadores de foguetes terra-ar. Em alguma situação bem específica – e historicamente inédita no país –, o armamento poderia ser bem útil (pense-se em um grupo paramilitar que, de alguma forma, está se utilizando de helicópteros de combate para cometer crimes). Para o dia-a-dia, porém, o armamento é inútil, apesar de bastante intimidador. Nas situações corriqueiras, o seu efetivo emprego causaria *muito* mais estrago do que a própria situação que se buscaria reprimir. Seria melhor simplesmente ignorar furtos, agressões etc. do que disparar o míssil.

O problema, então, é de senso de proporção. O *impeachment* de ministros do STF deveria ser a *ultima ratio* em um vasto rol de medidas eficazes, mas menos agressivas. A utilização dessa medida serviria apenas para os casos extremos, e até o momento inéditos no país, devendo-se ter parcimônia no seu emprego.

3.2.3. A Alteração do Número de Magistrados na Corte Constitucional

Waltman menciona a possibilidade do aumento do número de magistrados na corte constitucional como um fato a ser considerado. O legislativo controla o tamanho da corte constitucional (WALTMAN, 2015, p. 13). Se houver consenso entre o legislativo e o executivo, poder-se-ia planejar uma rápida alteração no balanço ideológico da corte.

A diminuição da corte, por outro lado, não seria um mecanismo tão efetivo porque dependeria da vacância de um dos cargos. Um cargo ocupado por um

magistrado não poderia ser esvaziado imediatamente sem se utilizar do *impeachment*, com todos os obstáculos apresentados no tópico anterior.

Contudo, nos Estados Unidos o número de magistrados na Suprema Corte é de 9 (nove) desde 1869, e somente uma vez desde então houve qualquer movimento no sentido de sua alteração, durante o governo Roosevelt. Tal evento foi mencionado no tópico 1.2.1.1, mas merece aqui uma explicação mais aprofundada.

Após encontrar resistência à legislação do *New Deal* na Suprema Corte, com diversas decisões pelo placar de 5-4 declarando a inconstitucionalidade das novas leis, Roosevelt ensaiou um plano de *court-packing*, em que propôs o apontamento de até seis novos *justices*.

Houve intensa resistência até mesmo dos apoiadores de Roosevelt, que enxergaram a proposta como um atalho constitucional. A ideia foi abandonada quando um dos *justices* mudou de lado em alguns casos importantes e, logo após, dois *justices* contrários ao *New Deal* deixaram a Suprema Corte.

O impacto desse plano nos Estados Unidos foi que o aumento repentino do número de *justices* passou a ser visto como uma rota ilegítima de ataque à Suprema Corte. Embora ocasionalmente alguns levantem a possibilidade, hoje em dia ela não é encarada com seriedade (WALTMAN, 2015, p. 13).

No Brasil, o número de onze Ministros no Supremo Tribunal Federal encontra assento constitucional – art. 101 da Constituição. Embora o procedimento de alteração desse número exija quórum especial, a princípio, não se trata de dispositivo previsto expressamente como cláusula pétrea (art. 60, §4º da Constituição), o que permitiria a sua alteração. No entanto, há quem sustente a "inalterabilidade do número de monistros do STF, pois se trata de cláusula pétrea da Constituição" (JALORETTO; MUELLER, 2011, p. 172). Tratar-se-ia, portanto, de cláusula pétra implícita.

O aumento de magistrados da corte constitucional de modo a alterar o seu balanço ideológico, sobretudo na América Latina, é uma medida com inegável sotaque autoritário. Se a alteração do número de magistrados tem por fim específico ter uma corte mais alinhada às intenções do executivo e do legislativo, trata-se na realidade de um ataque à independência do judiciário, modificação que seria tendente a abolir a separação de poderes – aí sim, ocorreria afrontamento a uma cláusula pétrea explícita.

O art. 101 da Constituição não é cláusula pétrea explícita no que toca ao número de magistrados do Supremo Tribunal Federal. Se se partir do pressuposto que

também não seria uma cláusula pétra implícita, o número de onze magistrados pode ser alterado – aumentado ou diminuído – via emenda constitucional. Entretanto, para evitar que essa alteração se traduza em um ataque à independência do judiciário, é necessário se cercar de cautelas. Por exemplo, o aumento poderia ser gradual, não concentrando diversas nomeações em um único mandato presidencial[71].

O fato é que essa manobra já foi utilizada para que o governo de turno se entrincheirasse no poder, tomando o controle do judiciário. Na América Latina, a medida esteve historicamente ligada a governos autoritários.

Em 2003, na Venezuela, o governo de Hugo Chávez conseguiu o aumento de juízes do Tribunal Supremo de Justiça de vinte para trinta e dois. Com isso, a corte constitucional da Venezuela foi cooptada pelo executivo, e colaborou para a erosão das instituições no país até o colapso da democracia (FOLHA DE SÃO PAULO, 2003).

Doze anos depois, o sucessor de Chávez, Nicolás Maduro, após eleições que deram dois terços dos assentos no parlamento à oposição, criou o "parlamento comunal" – um parlamento paralelo – composto por parlamentares governistas. Esse parlamento comunal recebeu praticamente todo o poder legislativo, esvaziando quase que completamente as funções do legislativo eleito (VEJA, 2015). Todo esse procedimento contou com a cumplicidade da corte constitucional.

Mencione-se, outrossim, que durante a ditadura militar brasileira também se apelou ao expediente. O Ato Institucional nº 02/1965, aumentou o número de Ministros no Supremo Tribunal Federal de onze para dezesseis, permitindo que o regime nomeasse cinco Ministros para a corte constitucional e tornando-a mais alinhada ao governo ditatorial.

Pelo exposto, é difícil enxergar as medidas de *court-packing* na América Latina como desassociadas de autoritarismo e tentativa de captura da corte constitucional. Qualquer medida que aumentasse o número de ministros no STF deveria ser adotada de maneira paulatina, de modo a não concentrar todas as nomeações em um ou dois mandatos, caso contrário ficaria evidente a tentativa de

[71] Recentemente, quando candidato, o atual presidente Jair Bolsonaro afirmou que desejava aumentar de 11 para 21 o número de ministros do Supremo Tribunal Federal (BERALDO, 2018). Nesses moldes, a alteração proposta seria inconstitucional, pois concentraria, além das nomeações decorrentes das aposentadorias dos ministros, 10 nomeações para o presidente, proporcionando a possibilidade de captura da corte constitucional. Contudo, o óbice é à concentração de nomeações nas mãos de um único governante. O aumento de 11 para 21 ministros não é, em si, inconstitucional. Bastaria que eventual emenda constitucional previsse o aumento gradual. Por exemplo, atribuem-se duas nomeações a cada um dos próximos 5 mandatos presidenciais, aumentando paulatinamente a composição da corte ao mesmo tempo que se evita o entrincheiramento do governo de turno.

captura da corte e haveria um sólido argumento para declarar inconstitucional a emenda. Por outro lado, essa necessária gradualidade retira a eficiência da medida enquanto freio à atuação da corte constitucional.

3.2.4. A Possibilidade de Retirar a Competência da Corte Constitucional Sobre Determinadas Matérias

Outra possibilidade de reação a eventual exagero do judiciário é a possibilidade de se retirar a competência da corte constitucional para decidir sobre algumas matérias. O Poder Legislativo poderia alterar a constituição de modo a tornar algumas matérias insindicáveis.

Tal reação foi vista na Hungria, em 2010. Logo depois de o Tribunal Constitucional invalidar legislação que criava um tributo, o Parlamento alterou a Constituição, limitando os poderes do Tribunal em matéria financeira e fiscal e, em seguida, aprovando novamente o imposto declarado inconstitucional pela corte. Entretanto, em 2011, a corte constitucional húngara voltou a declarar inconstitucional o imposto recriado (MORAIS, 2019, p. 180).

Waltman cita duas dificuldades dessa abordagem. A primeira seria o paradoxo da corte constitucional não poder apreciar determinados problemas constitucionais. A segunda seria que essa tentativa de retirar jurisdição da corte normalmente se daria em sequência a alguma derrota sofrida na corte. Nesse contexto, a modificação da jurisdição da corte seria rotulada como um ataque partidário e uma violação da separação de poderes, uma forma de criar um atalho à decisão do guardião constitucional. Sendo assim, ter-se-ia um problema de legitimidade da medida (WALTMAN, 2015, p. 14).

No Brasil, tal medida ainda encontraria óbice na cláusula pétrea que prevê a inafastabilidade da jurisdição (art. 5º, XXXV, da CRFB). Ainda que a *political question doctrine* e os *non-justiciable rights*[72] sejam velhos conhecidos da jurisdição

[72] A “doutrina das questões políticas” defende que as cortes devem se abster de resolver questões constitucionais que seriam melhor resolvidas por outros departamentos de governo, sobretudo os outros Poderes (CHOPER, 2005, p. 1). Em outras palavras, existem determinadas questões – questões políticas – que não devem ser decididas pelo judiciário. Os *non-justiciable rights* – direitos que não são suscetíveis de serem invocados perante os tribunais – são direitos insindicáveis, muitas vezes justamente por serem considerados questões políticas. Um exemplo dessa ocorrência foi no caso *Barakeh v. Prime Minister*, da Alta Corte de Justiça de Israel. Nesse caso, a corte recusou *judicial review* à política de assassinato direcionado (*targeted killing*) do governo israelense, manifestando que essa

constitucional, e mesmo no Brasil existam domínios em que tradicionalmente não se admite a interferência do judiciário[73], é duvidoso que o legislativo possa criar novas limitações materiais à jurisdição, mormente logo após sofrer alguma derrota judicial sobre a matéria em questão.

Em razão disso, conclui-se que também a retirada de competência sobre determinadas matérias se revela como um método problemático para se utilizar como freio ao poder judiciário.

3.2.5. A "Lei da Reação Antecipada"

Em 1962, Peter Bachrach e Morton Baratz escreveram o artigo "duas faces do poder" (*Two Faces of Power*), argumentando a importância de se considerar nas dinâmicas de poder a não-decisão (BACHRACH; BARATZ, 1962, p. 949). Partindo dessa ideia, Joan Ford e Morris Zelditch Jr. explicam que uma das causas da não-decisão é que um indivíduo "B" pode optar pela inação em razão da sua expectativa em relação outro indivíduo mais poderoso, "A".

Se B antevê penalidades significativas pela não aderência às sabidas preferências de A, é provável que B se curve às preferências de A. Nesse caso, o poder de A é invisível, porque B cumpre os desejos de A sem nenhuma expressão aberta das preferências de A, ou ameaças de retaliação, e de fato nenhuma retaliação acontece (FORD; ZELDITCH JR., 1988, p. 164). Nesse caso, B reconhece o poder de A e reage antecipadamente às suas preferências, de modo que, embora invisível, a sombra do poder de A sempre se fez presente no processo.

Traduzindo para a interação entre os poderes, a teoria é que os juízes, sendo pessoas pragmáticas e experientes em assuntos públicos, estão cientes de todas as linhas de ataque à corte de que dispõem o Congresso e o Presidente. Sendo assim, eles sabem que não podem ir longe demais, caso contrário darão início a um turbilhão político que poderá prejudicá-los individualmente ou coletivamente.

O fato de que os mecanismos aqui listados – *impeachment* de juízes, alteração do número de magistrados, retirada de competência – raramente são utilizados não é evidência de suas fraquezas, mas de suas forças: sabendo da

política era um método de guerra, e a corte não era preparada para interferir nesses assuntos (BEN-NAFTALI; MICHAELI, 2003, p. 369).

[73] Cite-se a questão do mérito administrativo e, ainda, o julgamento de mérito dos crimes de responsabilidade.

possibilidade, os juízes reagem antecipadamente, se contendo de modo que tais expedientes nunca sejam utilizados. Waltman revela seu ceticismo em relação à hipótese, mencionando alguns *justices* da Suprema Corte dos Estados Unidos que não parecem muito preocupados com retaliações dos demais Poderes (WALTMAN, 2015, p. 14).

No Brasil, esse também parece ser o caso. Luís Roberto Barroso defende até mesmo que o Supremo Tribunal Federal deve ter um papel "iluminista" (BARROSO, 2018, p. 2207), sendo a sua principal preocupação no exercício desse papel o risco democrático da corte constitucional se transformar em uma instância hegemônica. A preocupação, portanto, não é a retaliação dos outros Poderes, mas a possibilidade de sufocamento da democracia.

De toda forma, a "lei da reação antecipada" não serve, por si, como freio à atividade do Supremo Tribunal Federal. Trata-se apenas de uma explicação alternativa para o fato observável de que os mecanismos que poderiam servir de freios e contrapesos raramente são utilizados. E, na linha de Waltman, é realmente de se expressar ceticismo quanto à hipótese.

3.2.6. A Dependência da Corte Constitucional de ser Provocada por Outros Atores: A Falta de "Poder de Agenda" da Corte Constitucional

Também se menciona como limitador da corte constitucional o fato de que ela não controla a sua própria agenda. A corte constitucional é inerte, somente podendo decidir os casos que a ela são trazidos. A corte constitucional não tem iniciativa política. A medida à disposição para servir de freio seria a decisão dos Poderes em provocar ou não a corte constitucional.

Richard Pacelle, contudo, argumenta que este freio é arcaico. Com o crescente envolvimento da Suprema Corte dos Estados Unidos em políticas públicas, e a sua habilidade de, propositalmente ou não, indicar como enfrentariam determinados assuntos, há observadores da corte de toda sorte de grupos de interesse sempre em busca de casos para levar a juízo (PACELLE, 1991, p. 72).

No Brasil, deve-se ressaltar o grande aumento de legitimados para provocar o Supremo Tribunal Federal para que se manifeste em controle de constitucionalidade concentrado ocorrido com o advento da Constituição de 1988.

No regime da Constituição anterior, o único legitimado era o Procurador Geral da República, que era nomeado pelo Presidente e poderia ser demitido *ad nutum*. Talvez nessa época fizesse sentido que a falta de poder de agenda fosse um freio à atuação do Supremo Tribunal Federal, pois a manifestação em controle concentrado sobre determinada matéria dependia de provocação de um cargo em confiança do Presidente da República.

Atualmente, o rol de legitimados foi muito alargado, admitindo-se até mesmo que organizações da sociedade civil, partidos políticos com representação no Congresso e a Ordem dos Advogados do Brasil provoquem o Supremo Tribunal Federal para manifestação em controle concentrado.

Essa ampliação faz com que a observação de Pacelle tenha plena pertinência no Brasil, uma vez que dificilmente o Supremo Tribunal Federal desejará se manifestar sobre determinado tema e não contará com algum legitimado disposto a levar a questão à Corte. Felipe Recondo e Luiz Weber (2019, p. 318) dizem que o Supremo Tribunal Federal tem poderes “quase discricionários” sobre sua própria agenda.

Ademais, é pertinente a crítica de Conrado Hubner Mendes de que ocorre uma manipulação na pauta do Supremo, dentre outros expedientes, através de pedidos de vista e liminares deferidas monocraticamente com o respectivo processo sendo “engavetado” (MENDES, 2018). O caso em que a manipulação de pauta se revelou com mais clareza, possivelmente, foi a quando a então presidente Carmen Lúcia se negou a colocar em pauta as ações que questionavam a constitucionalidade da execução da pena após a decisão em segunda instância, mesmo com pedido do relator e de outros ministros (RECONDO; WEBER, 2019, p. 321).

Deste modo, a alegação de falta de poder de agenda é anacrônica, observando-se, ao contrário, que na prática o Supremo Tribunal Federal julga ou deixa de julgar o que quer, quando quer.

3.2.7. A Dependência da Corte em Relação às Outras Instituições Políticas para Levar a Cabo suas Decisões: A Possibilidade de Deflagrar uma “Crise Constitucional”

Outro mecanismo citado é a dependência da Corte em relação às outras instituições políticas para levar a cabo suas decisões (WALTMAN, 2015, p. 15). Esse mecanismo remete à já citada (tópico 3.2) observação de Alexander Hamilton (2001, p. 402) no “Federalist Paper nº 78”, que anotou que o poder judiciário não tem “a bolsa”

(*the purse*) nem “a espada” (*the sword*). Sendo assim, caso o Poder Judiciário exceda os seus limites, o legislativo ou o executivo poderiam sempre se recusar a dar cumprimento à decisão judicial. Como expõe Ian Shapiro, se o poder executivo escolher não seguir uma ordem judicial, não há nada que a corte possa fazer a respeito (SHAPIRO, 2002, p. 57).

Nesse contexto, Mark Tushnet assevera que um presidente ou legislador pode provocar uma crise constitucional[74] ao desafiar as cortes quando fazê-lo é necessário para preservar um governo enérgico com poder efetivo suficiente para enfrentar problemas urgentes da nação. Talvez o desafio seja apropriado apenas quando princípios de direitos humanos estejam em jogo (TUSHNET, 1999, p. 13). Uma vertente mais atenuada sugere que o Congresso poderia passar uma lei inconsistente com a decisão da Suprema Corte para alertar sobre o profundo desacordo provocado pela decisão (TUSHNET, 1999, p. 22).

Crises constitucionais já ocorreram na história dos Estados Unidos. O *chief justice* Roger Taney concedeu *habeas corpus* determinando a soltura do comandante John Merryman, que liderou forças secessionistas. O presidente Abraham Lincoln emitiu sua própria ordem, determinando que Merryman permanecesse encarcerado. A ordem de Lincoln foi obedecida. Taney declarou que exerceu todo o poder que a lei lhe conferia, mas esse poder foi resistido por uma força grande demais (TUSHNET, 1999, p. 23).

Waltman considera esse mecanismo como possível de efetivamente servir de freio à corte constitucional (WALTMAN, 2015, p. 15). No Brasil, recentemente, uma manifestação do filho do atual Presidente da República gerou grande repercussão. Eduardo Bolsonaro, deputado federal, declarou:

> Se você quiser fechar o STF, sabe o que você faz? Não manda nem um jipe. Manda um soldado e um cabo. Não é desmerecendo o soldado e o cabo, não. O que é o STF, cara? Tipo, tira o poder da caneta de um ministro do STF, o que ele é na rua? Se você prender um ministro do STF, você acha que vai

[74] Na obra de Tushnet, o termo “crise constitucional” (*constitutional crisis*) parece ter um significado menos dramático do que as descrições tradicionais da doutrina. Oscar Vilhena Vieira (2018, p. 17), por exemplo, descreve a crise constitucional como uma situação em que “as instituições criadas com a finalidade de habilitar a democracia perderam por completo sua capacidade de mediar os conflitos e favorecer a coordenação do jogo político”. Para Tushnet, aparentemente, bastaria um impasse em que o Poder Executivo se recusasse deliberadamente a dar cumprimento a uma decisão judicial específica da corte constitucional para que se visse instalada uma crise constitucional. De maneira crítica, Sanford Levinson e Jack Balkin dizem que não há nada de novo sobre o uso “promíscuo” do termo “crise” para descrever conflitos constitucionais de qualquer tamanho (2009, p. 710).

> ter uma manifestação popular a favor dos ministros? (VAZQUEZ; GRANER, 2018)

Na declaração, Eduardo Bolsonaro respondia a uma pergunta do que seria feito se o STF impedisse a posse de seu pai, então candidato a presidente, caso eleito. Eduardo Bolsonaro respondeu que “O STF vai ter que pagar para ver” e “será que eles vão ter essa força mesmo?”. Logo após questionar a força do STF, Eduardo Bolsonaro deu a polêmica declaração (SAKAMOTO, 2018).

À primeira vista, esse questionamento parece ensaiar uma crise constitucional. Contudo, a reação à declaração foi extremamente negativa, tomando grandes proporções. Após a reação, a declaração foi repudiada com veemência pelo próprio Jair Bolsonaro, dizendo que acreditava que as declarações foram tiradas do contexto, mas se alguém falou em fechar o STF, “precisa de um psiquiatra” (MARTINEZ, 2018).

É possível que essa reação seja um episódio isolado, e que uma crise constitucional que conte com o efetivo apoio da população tenha outro desfecho. Mas, atualmente, deixar de cumprir uma decisão judicial – ou sequer ameaçar deixar de cumprir – inegavelmente tem algo de autoritário, sendo difícil vislumbrar essa possibilidade como algo natural numa democracia.[75]

Também há que se ressaltar que a resistência à decisão judicial parece, especialmente no caso brasileiro, afrontar o Estado de Direito. Se negar a cumprir uma decisão judicial não se encontra no rol de medidas constitucionalmente disponíveis aos poderes constituídos. A negativa de cumprimento de decisão judicial quebra a normalidade institucional, ainda que a atitude seja respaldada pela população e ainda que, antes e depois da crise, tenha-se normalidade institucional e democrática.

Assim, no Brasil não parece que a possibilidade de se instaurar uma crise constitucional seja uma medida que poderia servir, corriqueiramente, de freio e contrapeso ao judiciário. Embora se admita que realmente o judiciário dependa do executivo e legislativo para fazer cumprir suas decisões, a negativa de cumprimento de decisão judicial pelos poderes constituídos gera um sobressalto na normalidade

[75] Cite-se, por exemplo, o caso do Zimbabwe, onde o ditador Robert Mugabe enviou capangas para a Suprema Corte e forçou magistrados a se retirarem do tribunal, além de, é claro, ignorar completamente as decisões da corte (TOOBIN, 2007, p. 291).

democrática que certamente, num país com a história brasileira, remete a períodos de exceção.

3.2.8. O Processo de Escolha dos Magistrados da Corte Constitucional

Um dos que incluem o processo de escolha dos magistrados da corte constitucional como um freio efetivo à atuação da corte é George Tsebelis. Explicando resumidamente a teoria de Tsebelis, o seu argumento básico de Tsebelis é que, para mudar decisões programáticas (o *status quo* legislativo), determinados atores individuais ou coletivos devem concordar com a mudança. O autor chama esses atores de atores com poder de veto (*veto players*). Tais atores são especificados em um país pela Constituição ou pelo sistema político (atores com poder de veto institucionais e partidários). Um exemplo de ator individual com poder de veto seria o Presidente. Um exemplo de ator coletivo com poder de veto seria o Senado – e não o Senador, pois um único Senador não poderia individualmente vetar uma mudança no *status quo* (TSEBELIS, 2009, p. 16).

Cada sistema político possui uma configuração de atores com poder de veto, com determinado número, distâncias ideológicas específicas entre eles e cada qual com certa coesão. Tais características afetam o conjunto de resultados que são passíveis de substituir o *status quo*, o que Tsebelis denomina de “conjunto vencedor do *status quo*”. O tamanho desse conjunto vencedor tem consequências específicas sobre o processo decisório: alterações significativas do *status quo* não são possíveis quando o conjunto vencedor é pequeno, o que ocorre quando há muitos atores com poder de veto. Também há impossibilidade de alteração significativa no *status quo* quando os atores com poder de veto têm distâncias ideológicas importantes entre si e quando são internamente coesos. Tsebelis denomina essa impossibilidade de alteração do *status quo* de “estabilidade decisória”. (TSEBELIS, 2009, p. 16-17).

Segundo Tsebelis, o judiciário não é ator com poder de veto quando realiza interpretação das leis. Contudo, pode vir a ser quando realiza interpretação constitucional – tribunais constitucionais podem abolir legislação. Mas apesar dessa possibilidade, Tsebelis opta por desconsiderar o Judiciário enquanto ator com poder de veto, asseverando que muitas vezes os tribunais constitucionais se situam dentro do núcleo de unanimidade dos outros atores com poder de veto.

Então, Tsebelis afirma que “na maior parte do tempo” os juízes “são absorvidos” (TSEBELIS, 2009, p. 317), ou seja, não alteram o resultado final, uma vez que a sua posição é basicamente idêntica à de outros atores com poder de veto. A razão do tribunal constitucional muitas vezes se situar dentro do núcleo de unanimidade dos outros atores com poder de veto é o processo de nomeação para os cargos mais altos do Poder Judiciário. O único grande país sem qualquer restrição a um processo de nomeação puramente politizado é a França (TSEBELIS, 2009, p. 318). Nos Estados Unidos, os candidatos indicados pelo presidente devem ser aprovados pelo Senado. As restrições impostas à seleção de membros das instituições mais altas do Judiciário eliminam as posições extremas e praticamente garantem que a mediana do tribunal se localizará centralmente no espaço decisório.

Mas se é assim, como é possível que os tribunais constitucionais cheguem a vetar a legislação nessas condições? Isto é, em que condições a mediana da Corte Suprema não está incluída no núcleo de unanimidade dos atores existentes com poder de veto? Tsebelis apresenta duas possíveis respostas. Primeiro, os juízes são selecionados pela competência e por suas posições decisórias conhecidas, mas algumas de suas posições podem não ser conhecidas porque eles não deliberaram sobre cada questão e outras podem não ser consideradas relevantes no momento de escolha. Uma dessas questões pode se tornar importante ou polêmica, como o casamento entre pessoas do mesmo sexo ou a eutanásia, e a corte constitucional pode divergir de quem realizou a escolha, mas esse não foi o critério de seleção no passado. Segundo, o veto de um Supremo Tribunal não deve ser necessariamente considerado como oposição à ação governamental. Pode ser a expressão das preferências procedimentais, como a introdução de restrições técnicas. O tribunal pode estar indicando ao governo que essa determinada maneira de atingir seu objetivo viola a Constituição e que, portanto, deve-se seguir uma linha de ação diferente (TSEBELIS, 2009, p. 318-319).

Há alguns problemas, contudo, que fazem com que este possível freio não seja completamente eficiente. Diga-se, desde logo, que o processo de escolha de magistrados para a corte constitucional não pode ser considerado como um freio disponível para o Poder Legislativo, na medida em que se observa a quase completa absorção da posição do Legislativo pela posição do Executivo.[76]

[76] No Brasil, historicamente o Senado se mostra bastante passivo em relação ao apontamento do Presidente da República, havendo apenas 5 (cinco) rejeições de indicações pelo Presidente da

Por outro lado, a alteração do balanço ideológico de uma corte constitucional por ação do Poder Executivo é um processo que se arrasta por diversos mandatos, sendo moroso e ineficiente enquanto um freio para eventuais abusos. Ademais, considerando que os magistrados das cortes constitucionais costumam integrá-las por décadas, é impossível saber de antemão, no momento da escolha, quais os assuntos que serão importantes futuramente e, portanto, quais são os posicionamentos relevantes de cada magistrado, como destacado por Tsebelis.

Considerando esse grande período que os magistrados costumam permanecer na corte constitucional – no Supremo Tribunal Federal, desde 1988, a maior permanência é do Ministro Celso de Mello, que até o momento soma mais de 30 anos na corte – é importante assinalar que ninguém é hoje a mesma pessoa que foi ontem, nem a mesma pessoa que será amanhã.[77] Indivíduos mudam de ideia. É de se esperar que alguém que conseguiu chegar à mais importante corte de um país esteja sempre refinando seus posicionamentos, questionando suas próprias ideias e tendo contato com ideias novas. Se alguém permanece exatamente com as mesmas ideias sobre todos os assuntos durante mais de trinta anos, ter-se-ia uma estagnação mental realmente preocupante.

Corroborando essa assertiva, Jeffrey Toobin (2007, p. 8) relata a frustração dos conservadores dos Estados Unidos com uma formação da Suprema Corte que foi largamente nomeada por presidentes do Partido Republicano. Três *justices* em particular acabaram com visões muito mais progressistas do que gostariam os

República desde 1889 até a presente data: Barata Ribeiro, Innocêncio Galvão de Queiroz, Ewerton Quadros, Antônio Sève Navarro e Demosthenes da Silveira Lobo. Todos esses casos ocorreram em 1894, ou seja, o Senado Federal do Brasil aprovou todos os nomes submetidos pelo Presidente da República durante todo o século XX e também no século corrente. Nos Estados Unidos, a situação não é muito diferente. Apenas 12 (doze) rejeições a indicações do Presidente da República tiveram lugar desde 1789 até 2014 (MELLO FILHO, 2014, p. 19). Isso indica que o Senado, na maior parte das vezes, é "absorvido" pela posição do chefe do executivo, não alterando o resultado final da escolha. Embora no sistema de escolha de magistrados para a corte suprema, tanto no Brasil quanto nos Estados Unidos, parece evidente que o Senado é um veto player, esse poder de veto simplesmente não é exercido, salvo raríssimas exceções.

[77] Nada ilustra melhor esse fato que o episódio relatado por Felipe Recondo e Luiz Weber: Após os julgamentos pelo STF dos processos relativos ao *impeachment*, Dilma Roussef, ao embarcar em um voo para Londres, percebeu que o assento para ela assinalado seria ao lado do ministro Luís Roberto Barroso. Dilma tentou, em vão, trocar de lugar com outros passageiros. Teve que viajar ao lado de Barroso por cerca de onze horas. A conversa entre os dois durou alguns minutos: logo os dois decidiram que era melhor não conversar, permanecendo em silêncio por todo o Atlântico. Ao final da viagem, Dilma lamentou a uma interlocutora: "E fui eu que o indiquei" (RECONDO; WEBER, 2019, p. 280-281). O evento revela como é falho o processo de indicação. Pouco tempo depois, o presidente que fez a indicação pode se arrepender amargamente, tendo como *persona non grata* aquele que antes foi escolhido dentre muitos candidatos a ocupar uma das cadeiras do Supremo. Depois da escolha, não dá para voltar atrás.

republicanos: David Souter, nomeado por George Bush; Sandra Day O'Connor e Anthony Kennedy, ambos nomeados por Ronald Reagan.

Tais fatores dificultam sobremaneira a utilização do procedimento de escolha de magistrados para a corte constitucional como um efetivo mecanismo para contrabalançar o poder da corte constitucional.

3.2.9. A Manipulação da Idade de Aposentadoria dos Magistrados da Corte

Em 2015, a Câmara dos Deputados aprovou a Proposta de Emenda à Constituição 457/05, que ampliou de 70 para 75 anos a idade da aposentadoria compulsória dos juízes dos tribunais superiores do Brasil. Segundo os críticos da medida, o aumento se deu como meio de se retirar poder da então presidente Dilma Rousseff, que deixaria de nomear quatro ministros com a ampliação da idade de aposentadoria (EMPRESA BRASIL DE COMUNICAÇÃO – EBC, 2015). Foi, portanto, uma medida em que o Poder Legislativo buscou limitar o Poder Executivo, não o Poder Judiciário.

Após a eleição do presidente Jair Bolsonaro, seus aliados passaram a defender a "revogação da PEC da Bengala" – o termo utilizado é inadequado por dois motivos: primeiro, a partir do momento em que foi aprovada, a "PEC da Bengala" não é mais Proposta de Emenda Constitucional, mas Emenda Constitucional; segundo, uma vez emendada a Constituição, na realidade o que é possível é promover nova mudança na Constituição, e não revogação. Tomando a proposta pelas suas intenções, pretendem os aliados de Jair Bolsonaro um retorno ao *status quo ante*.

Conforme a deputada Bia Kicis (PSL/DF), o objetivo da proposta é "mexer com o Supremo", pois "muita gente está insatisfeita com a atuação" da corte constitucional (SOARES, 2019). Portanto, a motivação é, claramente, uma tentativa de se utilizar a medida como freio à atuação do Supremo Tribunal Federal. A tentativa não é inédita. Na década de 1930, Getúlio Vargas baixou a idade de aposentadoria compulsória de juízes para afastar ministros do Supremo (RECONDO; WEBER, 2019, p. 337).

No cenário internacional, verifica-se que recentemente na Polônia reduziu-se a idade de aposentadoria compulsória dos magistrados de 70 para 65 anos, em uma lei de 2017. Segundo o partido governista, a medida tem por fim se livrar dos juízes da era comunista e aumentar a eficiência das cortes. A juíza presidente da corte

constitucional polonesa, Malgorzata Gersdorf, chamou a medida de “expurgo”, considerando-a inconstitucional. O presidente Andrzej Duda enviou uma carta de demissão a Gersdorf por ter atingido a idade de aposentadoria compulsória. Gersdorf, por sua vez, continuou a ir trabalhar normalmente, recebendo o apoio de parte da população (HERVÁS, 2018). Entre os apoiadores estava Lech Walesa, herói nacional por sua luta para livrar a Polônia do domínio comunista e agraciado com o prêmio Nobel da paz.[78]

O caso foi levado à Corte Europeia de Justiça, que em 20 de junho de 2019 decidiu que a mudança na idade de aposentadoria dos juízes violava a legislação do bloco[79]. Porém, mesmo antes da decisão, em dezembro de 2018 Andrzej Duda cedeu à pressão nacional e internacional e recuou na medida, reinstituindo todos os juízes afetados pela mudança legal (STRUPCZEWSKI, 2019).

A manipulação da idade de aposentadoria compulsória merece, portanto, consideração quando se fala em freios e contrapesos à atuação da corte constitucional. Contudo, não se trata de medida de fácil implementação e também pode concentrar poder demais nas mãos de um único mandatário – não por acaso, foi medida utilizada pela ditadura varguista.

Por outro lado, há circunstâncias que militam em favor da medida. Primeiro, trata-se de intervenção mais suave na corte constitucional que os esquemas de *court-packing*. Segundo, é o Poder Legislativo, como constituinte derivado, que vai realizar a reforma, mas quem fará a escolha é o Poder Executivo, de modo que não se trata do Poder Executivo aumentando seu próprio poder.

Sendo assim, desde que não se trate de uma modificação grosseira – v.g., reduzir a idade de aposentadoria compulsória de 75 para 50 anos, de modo que o presidente possa nomear toda a corte, ou ainda alguma outra modificação que permita

[78] Curiosamente, para a irritação de Gersdorf, os correligionários do presidente da Polônia tentam associar a juíza aos comunistas. Nos anos 1980, Gersdorf participava do Sindicato Solidariedade, liderado por Walesa, organização que lutou contra o domínio da União Soviética sobre o país. Gersdorf se mostrou indignada com a associação entre ela e os comunistas. É importante salientar que na Polônia, como em diversos outros países do leste europeu, há profundas cicatrizes da época do domínio e opressão pelo comunismo soviético. A ideologia foi imposta de fora para dentro, através da dominação da Polônia pelo exército vermelho. Deste modo, a associação com “comunistas” pode soar extremamente ofensiva nesses países, em um nível que não encontra paralelo no restante do ocidente.

[79] Para além do fato de que 20 dos 72 juízes de maior hierarquia na Polônia seriam afetados pela medida, a Corte visualizou uma interferência na independência do judiciário porque os juízes afetados poderiam solicitar uma prorrogação do prazo de aposentadoria compulsória, e a decisão de deferir ou não o pedido de prorrogação era discricionária e pertencia ao Executivo.

ao partido no poder conseguir imediatamente ou em curto prazo nomear a maioria da corte constitucional – deve-se considerar a medida como parte das regras do jogo.

A eficiência da medida em questão, contudo, é comprometida pelo fato de que seria uma modificação necessariamente gradual (caso não fosse gradual, provavelmente seria inconstitucional). Não obstante, a possibilidade de manipulação da idade de aposentadoria pode ser considerada como um freio relativamente eficaz contra a corte constitucional, salvo pelo fato de que qualquer alteração deverá passar pelo escrutínio da própria corte constitucional.

Outra medida que é similar à manipulação da idade de aposentadoria dos magistrados da corte constitucional é a manipulação do período de mandato, nos países em que existe um período fixo para a permanência na corte constitucional, ou a introdução de um mandato, nos países em que tal período não existe. É o que ocorre no PEC 35/2015 do Senado Federal, conforme recente substitutivo que nela mesclou conteúdos dos PECs 59/2015 e 16/2019. O PEC em questão pretende inserir mandato de 10 anos aos ministros do Supremo Tribunal Federal, o que faria com que o cargo deixe de ser vitalício e, portanto, a idade de aposentadoria tenha menor importância.

3.2.10. A Alteração de *Design* Institucional

Em 2015, na Polônia, um partido progressista, pressentindo que iria perder as eleições, fez eleger cinco juízes constitucionais à “boca das urnas”. Desses cinco, duas substituições eram claramente ilegais, pois entravam no lugar de magistrados cujos mandatos somente se encerrariam após as eleições. O presidente da Polônia, conservador, recusou-se a juramentar esses juízes.

O novo parlamento, após a posse, declarou ilegal a nomeação dos cinco juízes e nomeou cinco outros, além de promover alterações no mandato de presidente da corte constitucional. A corte constitucional declarou inconstitucional a medida do novo parlamento. O parlamento respondeu com a reforma da corte constitucional: dentre outras medidas, exigiu maioria qualificada (supermaioria) de dois terços para a declaração de inconstitucionalidade (MORAIS, 2019, p. 179-180).

Decorre do poder de emenda o poder de redesenhar as instituições, e esse poder pode servir como reação do Poder Legislativo a qualquer excesso do judiciário. É possível modificar a forma do exercício do poder, de modo a tornar o judiciário mais contido.

Sunstein e Thaler chamam de “arquiteto de escolha” aquele que tem a responsabilidade de organizar o contexto no qual as pessoas tomam decisões. Há muitos paralelos entre a arquitetura de escolha e formas mais tradicionais de arquitetura. Um paralelo crucial é que não existe um *design* “neutro”. Pequenos e aparentemente insignificantes detalhes podem ter um grande impacto no comportamento das pessoas (THALER; SUNSTEIN, 2008, p. 3). Bons arquitetos sabem que, embora não possam construir um prédio perfeito, podem fazer algumas escolhas de *design* que terão efeitos benéficos (THALER; SUNSTEIN, 2008, p. 4). As escolhas dependem, em parte, da forma como os problemas são apresentados (THALER; SUNSTEIN, 2008, p. 36). Alterar o procedimento decisório de uma corte constitucional tem a potencialidade, portanto, de melhorar as próprias decisões que dela emanam.

No Brasil, pode-se mencionar algumas tentativas nesse sentido. A Proposta de Emenda à Constituição 82/2019, de iniciativa do Senador Oriovisto Guimarães, visava proibir decisões monocráticas nos tribunais em casos de declaração de inconstitucionalidade ou suspensão da eficácia de lei ou ato normativo. A referida proposta foi rejeitada pelo plenário em 03 de setembro de 2019.

Já a PEC 33/2011 pretendia alterar a quantidade mínima de votos de membros de tribunais para a declaração de inconstitucionalidade de leis, ou seja, da mesma maneira que ocorreu na Polônia, requerer votação supermajoritária para a declaração de inconstitucionalidade. A proposta foi arquivada em dezembro de 2018, em razão do final da legislatura.

Interessante notar também que houve tentativa nesse sentido por meio de lei ordinária. O PL 10042/2019, de iniciativa do deputado André Figueiredo (PDT/CE), chegou a ser aprovado nas duas casas legislativas (recebeu o número 2121/2019 no Senado Federal), mas foi vetado pelo presidente. Em síntese, o projeto estabelecia prazo de 180 dias para julgamento de mérito em ação direta de inconstitucionalidade após o deferimento de liminar (prorrogáveis uma vez por mais 180, justificadamente), sob pena de perda da eficácia da decisão precária. Tratava-se, nitidamente, de alteração no procedimento de controle de constitucionalidade como reação a casos em que o Supremo Tribunal Federal, após concessão de liminar, demorava longo período para julgar o mérito.

Tais tentativas devem ser analisadas com cautela. Há uma ampla gama de desenhos institucionais possíveis, sendo certo que a implementação de grande parte

deles violaria a separação de poderes. Contudo, a depender da medida pretendida, a adoção de um novo desenho institucional não pode ser considerada como *a priori* contrária às regras do jogo.

A depender do teor, podem se revelar mecanismos razoáveis de contenção externa de eventual excesso do Poder Judiciário; ou, dependendo da sua agressividade, podem se revelar também como um inaceitável ataque à separação e independência entre os poderes. *A priori* e em abstrato não se verifica ilegitimidade de redesenhar as instituições como forma de tentar conter a atuação da corte constitucional. Nas palavras de Carlos Blanco de Morais (2019, p. 184), uma "reforma que conforme e recomponha os poderes dos tribunais constitucionais não pode ser, sem mais, percepcionada como um atentado ao estado de direito democrático".

3.3. CONCLUSÃO PARCIAL

Neste capítulo, tentou-se elaborar em linhas gerais como deveria uma corte constitucional exercer o controle de constitucionalidade de modo que o ativismo judicial não resulte em um prejuízo significativo para a democracia, bem como quais os mecanismos à disposição dos outros Poderes caso o Judiciário ignore consistentemente esse método de decisão e incorra em decisionismo. São três as necessidades para que a jurisdição constitucional com base nos documentos elaborados após a segunda guerra mundial não resulte em decisões puramente voluntaristas por parte do judiciário: primeiramente, é necessário adotar alguma teoria da argumentação que exija coerência e universalidade dos postulados estabelecidos nas decisões judiciais.

Outrossim, em respeito ao processo democrático e também como forma de que sejam sempre enunciados e reafirmados os postulados pelos quais se guiam as decisões da jurisdição constitucional, é necessário partir sempre da presunção de constitucionalidade das leis e atos dos demais Poderes, desincumbindo-se de um forte ônus argumentativo caso seja necessária a declaração de inconstitucionalidade.

Por fim, é necessário que se crie uma cultura de precedentes constitucionais, aproximando o modelo de jurisdição constitucional daquele da *common law*, de modo que cada novo julgado sedimente o sentido das previsões constitucionais abertas e favoreça a segurança jurídica.

Embora traçar linhas gerais de como deve se dar o controle judicial de

constitucionalidade tenha o seu valor acadêmico, o fato é que, na prática, o Judiciário pode ignorar tudo isso, como frequentemente ignora. Portanto, faz-se necessário, para além de dizer que o judiciário deve se comportar desta ou daquela maneira, definir o que ocorrerá caso o Poder com a última palavra viole as balizas para ele estabelecidas. Seria pueril imaginar que os apelos da academia para os juízes seriam suficientes para retificar os caminhos da jurisdição constitucional, de modo que é necessário definir quais os instrumentos à disposição dos demais poderes para evitar que o abandono da soberania do parlamento (*sovereignity of the parliament*) resulte pura e simplesmente na adoção da soberania do judiciário.

A maioria dos mecanismos estudados que poderiam ser utilizados pelo Poder Legislativo e Executivo para conter eventuais abusos do Supremo Tribunal Federal apresentam um problema de intensidade: ou são fortes demais, devendo ser acionados apenas em último caso, uma vez que trazem consigo o risco de fazer ruir a democracia; ou são fracos demais, revelando-se praticamente inócuos. A possível exceção é a alteração do *design* institucional.

Pela flexibilidade em se redesenhar o procedimento de declaração de inconstitucionalidade pelo judiciário, há a possibilidade de se modular a mudança que se deseja fazer. Uma mudança pequena pode servir de catalisador para que o Supremo Tribunal Federal passe a se comportar da maneira que se espera ao exercer o enorme poder que lhe incumbe a constituição. Dessa maneira, de todas as medidas apresentadas, a alteração de *designs* institucionais, desde que preserve essencialmente a função do Supremo e não o torne um arremedo de corte constitucional, revela-se como o mecanismo mais promissor dentre todos os apresentados no presente capítulo.

Retomando o problema da pesquisa – como (e se) o ativismo judicial pode ser exercido em uma democracia sem que os próprios princípios democráticos sejam feridos – o presente capítulo procurou investigar mecanismos de freios e contrapesos possíveis contra um judiciário ativista. A conclusão parcial é que a maioria dos mecanismos são inadequados para o presente momento do constitucionalismo, mas há exceções, dentre as quais se destaca a alteração de *design* institucional.

Sendo assim, no capítulo seguinte realizar-se-á um estudo mais aprofundado de algumas possibilidades de alteração nos desenhos institucionais.

4. *DESIGNS* INSTITUCIONAIS ALTERNATIVOS

O modelo de controle de constitucionalidade em que uma corte constitucional tem a última palavra sobre a adequação constitucional de leis e até mesmo emendas constitucionais parece amplamente disseminado pelo mundo. Outros desenhos institucionais, contudo, também existem. Alguns estão em prática, outros são apenas propostas teóricas.

Na Etiópia, o controle de constitucionalidade é exercido pelo Poder Legislativo (KASSA, 2007, p. 75). O controle de constitucionalidade é provocado diretamente na *House of Federation*, uma das câmaras do parlamento etíope (trata-se de um sistema bicameralista, onde a *House of Federation* é a câmara alta, análoga ao Senado no caso brasileiro). A câmara alta é assistida pelo *Council of Constitutional Inquiry*, que, após se debruçar sobre o problema constitucional posto, emite uma recomendação, cabendo a decisão final à *House of Federation.*[80] (KASSA, 2007, p. 79).

Diverso é o modelo Canadense. No Canadá, o controle de constitucionalidade continua sendo atribuição precípua do Poder Judiciário, mas o legislativo pode se sobrepor à decisão do judiciário e suspender sua eficácia por determinado período de tempo, que pode ser renovado indefinidamente.

Também existem modelos teóricos como o supermajoritário, que exige uma votação por maioria qualificada pela corte constitucional para que se declare a inconstitucionalidade de uma lei.

Esses dois últimos modelos serão estudados mais a fundo, e a partir deles será proposto um terceiro.

4.1 O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE FRACO

Walter Sinnott-Armstrong assim sintetiza a questão do controle forte e fraco de constitucionalidade:

> Num sistema de controle de constitucionalidade forte, há apenas três meios de reverter a interpretação constitucional de uma corte: (a) a própria corte pode adotar posicionamento diverso do anterior, revertendo a sua interpretação. (b) A própria corte pode mudar sua interpretação informalmente através do desenvolvimento da jurisprudência no sistema de *common law*. (c)

[80] A atuação do Tribunal de Contas em matéria de aprovação de contas no Brasil é similar à atuação do *Council of Constitutional Inquiry* em matéria constitucional na Etiópia.

> pode haver emenda constitucional. Um sistema de controle de constitucionalidade fraco permite essas três possibilidades mais uma quarta: (d) o legislador pode simplesmente aprovar novamente a mesma lei, não obstante a cláusula constitucional ou a interpretação da corte a respeito da cláusula constitucional. (SINNOT-ARMSTRONG, 2003, p. 381)

Como já exposto em trabalho diverso (GONÇALVES, 2018, p. 177-179), a Constituição do Canadá de 1982 instituiu modelo que evitava o monólogo judicial sobre a Constituição, como ocorria nos Estados Unidos. Tal modelo, em tese, viabilizaria o diálogo entre a Corte e o Parlamento, com a possibilidade de superação da decisão judicial pelo legislativo (VICTOR, 2015, p. 185-ss).

Por meio da chamada "cláusula não obstante" (*not-withstanding clause*), o parlamento teria o poder de reeditar lei declarada inconstitucional, tornando-a imune ao controle judicial de constitucionalidade pelo prazo de 5 anos, prazo este que poderia ser prorrogado.

Note-se que, no Canadá, necessariamente dentro do prazo de 5 anos são realizadas novas eleições. Deste modo, a população terá a chance de manifestar através do voto a sua insatisfação com o parlamento por ter se valido da "cláusula não obstante" e eleger parlamentares que se comprometam com a não prorrogação do prazo, fazendo valer a decisão do judiciário.

Este modelo também ficou conhecido como "controle fraco de constitucionalidade", em oposição ao modelo de "controle forte de constitucionalidade" existente, por exemplo, nos Estados Unidos e no Brasil. José Guilherme Berman Pinto esclarece que, nesse modelo, "é reconhecido o papel do judiciário de fiscal da compatibilidade das leis com o texto constitucional, mas sem que se reconheça a primazia da sua opinião sobre os demais poderes (especialmente o legislativo)" (PINTO, 2013). Arremata o autor asseverando que no controle de constitucionalidade fraco, "o judiciário possui uma palavra em matéria de controle de constitucionalidade, mas não necessariamente a última".

A partir dessa inovação da Constituição canadense, Peter Hogg e Alison Bushell escreveram artigo (HOGG; BUSHELL, 1997) em que utilizaram o termo "diálogo" para se referir ao fenômeno que surgiu após a vigência da lei máxima daquele país. Segundo o levantamento empírico de Hogg e Bushell, na maioria das vezes, após as declarações de inconstitucionalidade do judiciário canadense, as respostas legislativas, além de imediatas, sempre levaram em consideração com seriedade os argumentos levantados pelo poder judiciário.

Observaram-se diversos tipos de “sequências legislativas”, desde a aprovação de novas leis encampando as objeções feitas pela Corte, uma aquiescência do Legislativo relativamente à decisão da Corte, entre outras respostas às decisões da corte constitucional canadense. Além disso, em regra, as respostas legislativas foram imediatas, os legisladores procuraram aproximação aos termos utilizados na constituição e o diálogo foi estimulado mesmo quanto a Corte não declarou a inconstitucionalidade da lei examinada. Hogg e Bushell concluíram que, no Canadá, a regra é o diálogo.

Clèmerson Merlin Clève e Bruno Meseses Lorenzetto (CLÈVE; LORENZETTO, 2016, p. 189-190) afirmam que, com os diálogos institucionais, as decisões tomadas em qualquer um dos poderes passam a ter um caráter parcialmente definitivo, dada a possibilidade de contestação em outras instâncias públicas. Parte-se da premissa que cada espaço de poder possui características que o potencializam ou o inibem para a realização de tomada de decisões, o que reafirma a necessidade de canais de diálogos entre as instituições. Considerando estas características diversas das instituições, cada uma pode ter maior aptidão para lidar com cada tipo de problema.

Destacam Clève e Lorenzetto que, no sistema de diálogos institucionais, as decisões da Corte Constitucional são encaradas como provocações para o diálogo, trazendo para a arena pública temas controvertidos que poderiam, de outra forma, ficar adormecidos (CLÈVE; LORENZETTO, 2016, p. 191).

Saliente-se que a tese dos diálogos institucionais recebeu diversas críticas. Carissima Mathen (MATHEN, 2007), por exemplo, destaca que, ao fim, o Legislativo sempre poderia lançar mão da cláusula “não obstante” e superar o entendimento do judiciário. Assim, o termo “diálogo” foi invocado apenas para aliviar (“*soften*”) a realidade: no sistema canadense, ocorre uma supremacia do poder legislativo. Aileen Kavanagh (KAVANAGH, 2016) chega ao ponto de defender que se abandone o termo “diálogo” para se referir ao sistema canadense.

De outro lado, Rainer Knopff (KNOPFF, 1999) afirma que a lógica binária das decisões judiciais tende a gerar a sensação de vitoriosos e derrotados, levando a uma maior polarização entre os extremos. A decisão oriunda do poder legislativo, por outro lado, seria recomendável em razão de sua maior capacidade de conciliar interesses e de encontrar a moderação e estabelecer compromissos.

Deve-se mencionar que Stephen Gardbaum (2001, p. 710) identifica a

possibilidade de um contínuo que se estende entre o modelo de supremacia legislativa absoluta até o modelo dos Estados Unidos, com várias posições intermediárias entre um extremo e outro. Assim, existiria uma variedade de tipos de *judicial review*, que se dispõem em um espectro a partir da força do papel judicial em comparação com aquele do legislativo. Há formas "mais fracas" e "mais fortes" de *judicial review*, não se tratando de um binômio entre o modelo canadense e o estadunidense.

Por sua vez, Mark Tushnet defende que sistemas de controle fraco de constitucionalidade são inerentemente instáveis, tendendo a degenerar em pura e simples soberania do parlamento ou escalar para uma forma forte de controle (2003, p. 837).

A definição de controle de constitucionalidade fraco aqui delineada não é, contudo, unívoca. Jeremy Waldron (2006, p. 1354-1356), por exemplo, argumenta que controle de constitucionalidade forte, as cortes têm autoridade para declinar a aplicação de uma lei em um caso particular (mesmo quando a lei em questão, em seus próprios termos, claramente se aplica àquele caso) ou para modificar o efeito de uma lei para fazer com que a sua aplicação se conforme com direitos individuais. Como resultado, a lei se torna letra morta, seja em razão do precedente formado, seja em razão de uma forma ainda mais forte de controle, que dá às cortes o poder de dizer que determinada lei está excluída do ordenamento jurídico.

Em contraste, em um sistema de controle fraco de constitucionalidade pela definição de Waldron, as cortes podem submeter legislação a um escrutínio para verificar a sua conformidade com os direitos individuais, mas não podem se recusar a aplicar a lei por considerar que houve violação aos direitos individuais. Na Grã-Bretanha, por exemplo, uma *declaration of incompatibility* não afeta a operação da lei, mas autoriza que um ministro proponha a sua derrogação por um procedimento expresso. Já na Nova Zelândia, a *declaration of incompatibility* não tem nenhum efeito sobre o processo legislativo.

A partir dessas definições, Waldron considera o modelo canadense como intermediário entre o forte e o fraco. Contudo, diante da recalcitrância do legislativo em se valer efetivamente da "cláusula não obstante", na prática se teria um modelo de controle forte de constitucionalidade. Apesar disso, no presente trabalho adotar-se-á o termo "controle fraco de constitucionalidade" como indicativo de modelos como o canadense e congêneres.

Rosalind Dixon (2019, p. 11), por sua vez, aponta uma forma de diferenciação

singela entre controle de constitucionalidade forte ou fraco. O controle forte é conclusivo, enquanto o controle fraco não é conclusivo. Em outras palavras, no controle forte, o procedimento que resulta na declaração de inconstitucionalidade pelo judiciário tem o seu fim com a decisão do judiciário. Já no controle fraco, eventual declaração de inconstitucionalidade pelo judiciário não se confunde com o fim do procedimento: há algum mecanismo pelo qual os Poderes políticos podem contrariar diretamente aquela declaração de inconstitucionalidade. O que se questiona é se o legislador tem poder formal *ex post* para superar a decisão da corte de invalidar determinada lei (DIXON, 2019, p. 17). Por este conceito, que será o utilizado nesse trabalho, o modelo canadense é um modelo de controle fraco, na medida que eventual declaração de inconstitucionalidade só surtirá efeitos quando o legislativo optar por não utilizar a cláusula não obstante.

A autora, em defesa de um controle de constitucionalidade em sua forma fraca (DIXON, 2019, p. 25-26), lembra que os legisladores, como todas as pessoas, terão uma previsão limitada sobre toda a gama de circunstâncias em que uma lei pode afetar o gozo dos direitos individuais no futuro. É impossível antecipar toda a gama de modos pelos quais a legislação pode afetar direitos no futuro, o que significa que os legisladores podem votar em leis que impõem limitações involuntárias ou imprevistas sobre direitos, ou que estão sujeitas a pontos cegos de aplicação. O desempenho de diferentes instituições variará ao longo do tempo e em diferentes contextos, de modo que o escopo desejável do controle de constitucionalidade também irá variar de acordo com as condições políticas vigentes (DIXON, 2019, p. 54).

No Brasil já se propôs algo na mesma linha da Constituição do Canadá. Trata-se, como exposto no tópico 3.2.10, da Proposta de Emenda à Constituição 33/2011, de autoria do deputado federal Nazareno Fonteles. Referida proposta, além de outras providências, condicionaria o efeito vinculante de súmulas aprovadas pelo Supremo Tribunal Federal à aprovação pelo Poder Legislativo e submeteria ao Congresso Nacional a decisão sobre a inconstitucionalidade de Emendas à Constituição.

4.2 O PROTOCOLO DE VOTAÇÃO SUPERMAJORITÁRIO

Nos Estados Unidos, historicamente houve várias tentativas de se alterar o protocolo de votação da Suprema Corte de uma maioria absoluta para uma maioria qualificada. Criticava-se a precariedade de uma decisão com placar de 5 a 4 (*five to*

four). Destaca Paula Pessoa Pereira (PEREIRA, 2018, p. 283):

> Como a tomada de decisão por diferença de um voto pela Suprema Corte apresentava-se como um procedimento mais simples e fácil, o grupo político opositor adotava o caminho da via jurisdicional para anular os projetos governamentais da maioria política vigente. Por outro lado, essa maioria política ocasional teria um procedimento muito mais complexo e deliberativo, de chamamento das demais minorias no Congresso, para formar uma maioria mais consensual (ampla) e aprovar uma emenda à constituição, como método de superação da decisão da Suprema Corte.

Desde 1820, periodicamente nos Estados Unidos foram defendidas propostas de supermaioria para a Suprema Corte (SHUGERMAN, 2003). Ao lado de tais projetos, também correram propostas de inclusão do controle de constitucionalidade dentre as competências do Congresso, ou seja, dar a "última palavra" sobre a questão constitucional ao poder legislativo.

As propostas de supermaioria nos Estados Unidos envolviam a unanimidade, a maioria qualificada de dois terços, e maioria qualificada no sentido de admitir apenas um voto dissidente (quase unanimidade). Uma das alegações a favor da supermaioria é que seria um absurdo um tribunal, dividido por uma votação de cinco a quatro, ter competência e autoridade para anular a vontade política de um país, expressão do resultado do processo legislativo, levado a cabo no Congresso Nacional e sancionado pelo chefe do Poder Executivo (PEREIRA, 2018, p. 283).

O Senador William Borah acreditava que uma regra de decisão de maioria estreita, de cinco a quatro, para se declarar a invalidade de uma lei federal, implicava a desconsideração da premissa da presunção de constitucionalidade. O referido Senador afirmou que a jurisdição dos cinco não poderia corresponder a uma resposta institucional da Suprema Corte. Contemporaneamente, Evan Caminker (CAMINKER, 2003), após observar a atividade jurisdicional desempenhada pela corte de Rehnquist (uma revolução ativista sem precedentes, na sua análise), concluiu, na mesma linha de Borah, que as decisões *five to four* negligenciam o valor da regra de presunção de constitucionalidade dos atos legislativos. Lembra ainda que o ativismo judicial dos "cinco" pode ocorrer em qualquer lado político, oscilando a depender da conjuntura da corte.

Robert Cushman refutou a posição de William Borah no plano teórico (CUSHMAN, 1921). Segundo o autor, William Borah utiliza a "doutrina da dúvida razoável" no campo da constitucionalidade das leis de modo equivocado, pois tal

doutrina significa que um ato legislativo não pode ser declarado inconstitucional enquanto existir qualquer dúvida quanto à sua validade na mente do julgador competente, considerado este em sua individualidade. Quando se forma uma maioria *five to four*, essa maioria, ainda que estreita, está afirmando que a lei impugnada é inconstitucional além de qualquer dúvida razoável. A doutrina da dúvida razoável trata de um teste interpretativo subjetivo e não objetivo.

Pereira (PEREIRA, 2018, p. 285) discorda de Cushman, asseverando que essa abordagem individualista poderia se justificar à época, mas o enfrentamento e a desconstrução da presunção de constitucionalidade por um tribunal constitucional devem ocorrer de forma objetiva e institucional, e não de forma individual e atomística.

Em suma, para aqueles que defendem o protocolo de votação supermajoritário, há três principais motivos para a sua adoção: (1) retirar o poder de decisão das questões constitucionais de um único juiz, que é quem efetivamente decide o "placar" nas votações divididas; (2) constranger a atuação ativista da corte, ao exigir maior deliberação e consenso; (3) aumentar a confiança popular na atividade decisória da corte, estimulando o respeito e autoridade às suas decisões nas questões constitucionais, na medida em que a maioria qualificada traz estabilidade e afasta extremismos.

Por outro lado, os contra-argumentos são de que o mecanismo majoritário não promoveu, em termos quantitativos, aumento das decisões de inconstitucionalidade e, de qualquer maneira, não há predominância da declaração de inconstitucionalidade por maioria estreita. Ademais, a experiência dos estados americanos que adotaram a regra da supermaioria não tem como comprovar a superioridade da regra qualificada.

Com acerto, afirma Pereira (PEREIRA, 2018, p. 286):

> (...) O problema não está na função atribuída aos tribunais constitucionais, porque esses são essenciais para a formatação de uma democracia constitucional, mas, sim, nos procedimentos, por meio dos quais essa atividade é exercida, haja vista o caráter essencialmente político que informa a estrutura da jurisdição constitucional. Se o objetivo da jurisdição constitucional é proteger a comunidade política contra os abusos do governo, também deve haver salvaguardas contra o abuso do tribunal no exercício de seu poder final e supremo sobre o direito.

No Brasil, durante a constituinte de 1933/1934, quando apenas o controle difuso de constitucionalidade era debatido, havia duas propostas para o controle da atuação do STF: a regra decisória da maioria qualificada (supermaioria) e a revisão

das decisões do STF pelo congresso a fim de conferir caráter generalizante ao decidido.

A Constituinte de 1933/34 escolheu, dentre os métodos de controle do Supremo Tribunal Federal, a revisão legislativa do julgado para que produzisse efeitos *erga omnes*. Com a introdução do controle concentrado de constitucionalidade, a consolidação da teoria da transcendência dos motivos determinantes e a repercussão geral nas decisões de controle difuso esse método de controle foi completamente esvaziado. Por outro lado, a questão do voto da corte constitucional por maioria absoluta não foi rediscutida, sendo repetido em todas as nossas constituições.

Na época, João Mangabeira propunha a maioria de 2/3 como regra protocolar de votação de questões constitucionais no Supremo Tribunal Federal:

> É preciso, portanto, reunir dois terços de votos. É contra a inconstitucionalidade votada por 8 contra 7, de uma lei aprovada pela Assembléia Nacional, sancionada pelo Presidente da República, e, depois, declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal, numa votação em que 7 ministros são a favor e 8 contra. É o voto de um homem que prevalece contra todas essas entidades. (PEREIRA, 2018, p. 293)

4.3 O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE HÍBRIDO

Como alternativa, propõe-se ainda uma terceira forma de desenho institucional. Incialmente, é necessário retomar a teoria de Tsebelis explicada no tópico 3.2.8 para discordar do autor em relação à exclusão do judiciário como efetivo ator com poder de veto pelo autor. A análise de Tsebelis desconsidera alguns outros fatores que, em princípio, indicariam a possibilidade de o judiciário, sobretudo cortes constitucionais, virem a se comportar como efetivo ator com poder de veto. O primeiro é que em sistemas como o dos Estados Unidos – o que inclui o brasileiro, que é bastante similar – quando se dá ao Presidente da República o poder de escolher o magistrado a compor a Suprema Corte e ao Senado o poder de aprovar ou não, partindo da análise da própria teoria dos atores com poder de veto, o Presidente da República tem em suas mãos o “poder de agenda”, enquanto o Senado apenas tem o “poder de veto”.

Sobre o poder de agenda, Tsebelis indica que nos sistemas políticos, alguns atores apresentam projetos a outros, que podem aceitá-los ou rejeitá-los. Quem propõe possui o chamado “poder de agenda”. Segundo o autor, o ator com poder de

veto que estabelece a agenda tem uma vantagem importante: ele pode considerar o conjunto vencedor dos outros atores como sua restrição e escolher dentre esse conjunto o resultado de sua preferência. Como consequência, infere-se que um único ator com poder de veto não tem restrições e pode escolher qualquer ponto dentro de sua curva de inferência. Contudo, à medida que encolhe o conjunto vencedor do status quo, diminui a importância de determinar a agenda (TSEBELIS, 2009, p. 59-61)

Tanto no caso brasileiro quanto no estadunidense, há um único ator com poder de veto no processo de escolha de magistrados para a corte constitucional; e esse único ator estabelece um conjunto vencedor extremamente amplo com o estabelecedor da agenda, podendo-se até mesmo dizer que, na maioria dos casos, a posição do ator com poder de veto é absorvida. Em tais circunstâncias, a partir da teoria dos atores com poder de veto é possível antever que o magistrado escolhido tenderia a ser muito mais próximo das posições do Presidente da República do que das posições do Senado.

Soma-se a isso o fator tempo: Presidentes e Senadores têm mandatos de tempo determinado e relativamente curto. Já os magistrados da Suprema Corte dos Estados Unidos e do Supremo Tribunal Federal brasileiro têm permanência longa no cargo – estadunidenses permanecem no cargo até o momento em que desejarem, enquanto os brasileiros somente são apeados do cargo de maneira compulsória aos 75 anos. Em razão disso, dificilmente um único presidente em um mandato, em face de uma formação do Senado Federal terá tempo hábil para formar maioria dentro de uma Corte Constitucional.

Exemplo nítido do que aqui se afirma é a presidência de William Rehnquist na Suprema Corte dos Estados Unidos durante todo o período em que Bill Clinton presidiu o país. A Corte de Rehnquist, notoriamente ativista e de viés conservador (BALKIN e LEVINSON, 2001), permaneceu atuante durante praticamente todo o período da presidência de Clinton, o qual era filiado ao partido democrata e com viés progressista. Mesmo com dois mandatos, em razão de sua reeleição, Clinton conseguiu nomear apenas Ruth Bader Ginsburg e Stephen Breyer para a Suprema Corte, sendo que isso não foi suficiente para afetar o balanço ideológico da corte de Rehnquist (PATTERSON, 2005, p. 330).

Note-se, ademais, que ambas as nomeações de Clinton se deram em 1993, ocasião em que o Senado se dividia em 56 assentos para o Partido Democrata (situação) e 44 para o Partido Republicano (oposição). Não obstante, Ginsburg foi

confirmada pelo Senado por 96 votos a favor e 3 contra, enquanto Breyer foi confirmado por 87 votos a 9. Ou seja, a oposição simplesmente não tentou obstruir a nomeação vinda do chefe do executivo. Trata-se de uma tendência histórica tanto nos Estados Unidos quanto no Brasil.

No Brasil, tradicionalmente o Senado se mostra bastante passivo em relação aos apontamentos realizados pelo Presidente da República, havendo apenas 5 (cinco) rejeições de indicações pelo Presidente da República desde 1889 até a presente data: Barata Ribeiro, Innocêncio Galvão de Queiroz, Ewerton Quadros, Antônio Sève Navarro e Demosthenes da Silveira Lobo. Todos esses casos ocorreram em 1894, ou seja, o Senado Federal do Brasil aprovou todos os nomes submetidos pelo Presidente da República durante todo o século XX e também no século corrente.

Nos Estados Unidos, a situação não é muito diferente. Apenas 12 (doze) rejeições a indicações do Presidente da República tiveram lugar desde 1789 até 2014 (MELLO FILHO, 2014, p. 19). Isso indica que o Senado, na maior parte das vezes, é "absorvido" pela posição do chefe do executivo, não alterando o resultado final da escolha. Assim, embora no sistema de escolha de magistrados para a corte suprema, tanto no Brasil quanto nos Estados Unidos, pareça evidente que o Senado possa atuar como um *veto player*, esse poder de veto simplesmente não é exercido, salvo raríssimas exceções[81].

Embora o número de leis declaradas inconstitucionais pelo Supremo Tribunal Federal não seja tão expressiva em termos relativos, dada a massiva quantidade de

[81] Algumas exceções a essa mera absorção merecem menção. O caso ocorrido com a morte de Scalia, em 2016, conforme exposto no tópico 1.2.1.5, embora excepcional na história estadunidense, demonstra uma das formas em que o Senado pode se comportar como ator com poder de veto – uma espécie indireta de veto, em que o ator com poder de veto, ciente das regras procedimentais, deliberadamente deixa de apreciar a proposta do estabelecedor da agenda de modo que esta expire. Outro interessante exercício do poder de veto pelo Senado estadunidense foi a nomeação de Robert Bork pelo presidente Republicano Ronald Reagan, conforme mencionado mencionado no tópico 1.2.1.3. ocasião em que o Senado tinha maioria democrata. O veto a Bork é de tal maneira excepcional que, em inglês, há quem utilize "bork" como verbo – utilização reconhecida pelo Oxford English Dictionary – significando atacar ou derrotar alguém de modo injusto, através de uma campanha organizada de duras críticas ou vilificação. A sua rejeição se deu em razão de suas posições, que ameaçavam os precedentes criados pela Corte de Warren (GITENSTEIN, 2018, p. 148). Também apontando no sentido da singularidade da rejeição, logo em seguida o mesmo Senado de maioria democrata aprovou por unanimidade (SHIPAN; SHANNON, 2003, p. 654) a nomeação do Justice Anthony Kennedy, à época reconhecidamente conservador e indicado pelo mesmo Presidente Reagan. Por fim, mencione-se o caso do *Justice* Brett Kavanaugh, em que, embora o Senado não tenha exercido o seu poder de veto, houve severo escrutínio em razão de acusações de assédio sexual, em tese ocorridos durante os anos 1980. Apesar da aprovação, teve-se em termos percentuais a votação mais apertada da história (KELLER, 2018). Não se nega, portanto, que por vezes o Senado dos Estados Unidos se comporte como efetivo ator com poder de veto. Apenas se afirma que esse comportamento é a exceção, sendo a absorção a regra.

leis totais editadas no país, os números são mais significativos em comparação com a rejeição de magistrados pelo Senado. Em 2017, 80% das leis julgadas no mérito pelo Supremo Tribunal Federal foram declaradas inconstitucionais (MATSUURA, 2018). Com efeito, boa parte dessas declarações de inconstitucionalidade se deu por razões formais (procedimentais), tal como previu Tsebelis. Mas, dentre as 53 declarações de inconstitucionalidade ocorridas apenas no ano de 2017, está longe de ser desprezível a quantidade de declarações de inconstitucionalidade por motivos materiais – um total de 25.

Não se pode desconsiderar a possibilidade dos chefes dos executivos, a fim de evitarem desgaste político, escolherem sempre o indicado à Suprema Corte com um perfil mais moderado, a fim de não gerar controvérsias significativas com a oposição. O reduzidíssimo número de rejeições em comparação com a grande variedade de perfis dos presidentes, contudo, não corrobora essa hipótese, sobretudo no Brasil, onde todas as rejeições se concentraram em um único ano do século XIX.

Sendo assim, não se pode concordar com a hipótese de Tsebelis de que a corte constitucional, embora pudesse se comportar como um *veto player*, na maioria das vezes tem sua posição absorvida pelos outros *veto players* em razão do processo de escolha dos seus magistrados, que envolve tanto executivo quanto legislativo. Na realidade, observa-se por um lado que não é tão incomum que as cortes constitucionais se comportem como atores com poder de veto, posto que é, inclusive, crescente a preocupação da ciência jurídica com um certo ativismo judicial; e, por outro lado, historicamente observa-se a passividade quase completa do legislativo no processo de escolha de magistrados para a corte constitucional, uma vez que sua posição enquanto ator com poder de veto nesse processo é em geral absorvida pelo poder executivo.

Diante dos fatos, não é coerente que se considere que o controle exercido pelo legislativo no apontamento de membros das cortes constitucionais tem um impacto significativo em sistemas como o dos Estados Unidos – como considera Tsebelis – e, ao mesmo tempo, desconsiderar o impacto das cortes constitucionais enquanto atores com poder de veto.

A questão sobre se o poder judiciário deve ter a última palavra sobre as questões constitucionais é intimamente ligada à tensão entre constitucionalismo e democracia. Uma constituição rígida pressupõe que algumas questões são subtraídas da decisão da maioria, e que a jurisdição constitucional terá eventualmente que

assumir função contramajoritária, declarando a inconstitucionalidade de leis formuladas pelos representantes democraticamente eleitos pela maioria do povo.

A relevância da regra da maioria para uma democracia se demonstra pelo fato que a própria Constituição foi criada seguindo a regra da maioria, e as deliberações da corte constitucional também se dão por maioria. Isso induz a alguns questionamentos: por qual motivo, quando se está tratando, por exemplo, de cláusulas pétreas, a maioria simples de 1988 era mais sábia, mais ponderada e mais equânime que qualquer outro quórum majoritário futuro? Por que a maioria dos ministros do Supremo tem maior legitimidade para decidir qualquer questão que a maioria do povo ou do que a maioria dos seus representantes?

É certo que diversas críticas podem ser tecidas também à "última palavra" sobre a constitucionalidade ser do poder legislativo, como ocorre no controle de constitucionalidade fraco. Para além da questão dos direitos das minorias, é até mesmo de se questionar se os representantes democraticamente eleitos são um fiel reflexo da vontade popular majoritária. Diversas questões como financiamento de campanhas, desinformação da população em geral, corrupção, interesses pessoais dos políticos, dentre tantas outras podem ser levantadas. Mas mesmo a forma de votação pode provocar distorções.

Sobre esse ponto, George Tsebelis cita interessante exemplo de como mesmo os parlamentares mais fiéis aos seus eleitores podem gerar uma distorção da vontade popular. O autor utiliza um exemplo conhecido como "paradoxo do referendo" (TSEBELIS, 2009, p. 175). Em um país hipotético, existem 99 eleitores e 9 parlamentares (cada parlamentar representa 11 eleitores). Nesse país, há dois partidos: o partido "A", com dois terços dos eleitores, obtém seis parlamentares, e o partido "B", com um terço dos eleitores, obtém três parlamentares. Nesse país hipotético, haverá uma votação para decidir se "X" deve substituir o *status quo*. Suponha-se que os 33 eleitores do partido "B" são unânimes a favor da mudança, enquanto os 66 eleitores do partido "A" estão divididos numa proporção de 6 contra a mudança e 5 a favor, com esse padrão se repetindo em todos os distritos eleitorais. O parlamento desse país decidiria manter o *status quo* por 6 votos a 3, enquanto um referendo resultaria em mudança, com 63 votos a favor e 36 contra.

Outra distorção possível da democracia representativa pode ser observada na questão amplamente debatida nos Estados Unidos denominada *gerrymandering*: a manipulação de distritos eleitorais a fim de provocar resultados diversos da vontade

da maioria. Um exemplo ilustrativo poderia ser assim delineado: Suponha-se que nos Estados Unidos há 100 eleitores, 40 do partido republicano e 60 do partido democrata, que deverão votar para eleger 10 deputados. Uma distribuição razoavelmente proporcional indicaria que seriam 6 deputados democratas e 4 deputados republicanos.

Contudo, se cada deputado for eleito por um distrito eleitoral distinto, a forma de distribuição dos distritos pode afetar o resultado das eleições. Caso a divisão de distritos coubesse a um republicano sem muito apreço pela democracia, ele poderia deliberadamente distribuir os distritos de modo que os distritos 1, 2, 3 e 4 tivessem cada um 9 eleitores democratas e um eleitor republicano; enquanto os distritos restantes teriam cada um 6 eleitores republicanos e 4 democratas. O resultado seria um congresso com 60% de republicanos e 40% de democratas, enquanto a população em geral tem 60% de democratas e 40% de republicanos.

Perceba-se que mesmo que se a incumbência de definir os distritos coubesse a alguém que, imbuído de boas intenções, os distribuísse de modo que cada um tivesse uma proporção que refletisse o panorama geral do país – ou seja, cada distrito com 6 democratas e 4 republicanos – a distorção criada seria ainda maior: todos os deputados eleitos seriam democratas, não obstante expressiva fração da população (40%) ser composta por republicanos.

O multipartidarismo do Brasil gera ainda mais possibilidades de distorções, pois votos com a mesma linha ideológica podem acabar se diluindo entre vários candidatos que encampam essa linha, enquanto uma candidatura com uma linha ideológica minoritária, mas que não tem outro candidato para dividir a base eleitoral pode acabar bem-sucedida. Lembre-se que aqui se está a tratar do poder legislativo, ou seja, não existe a possibilidade de um segundo turno para corrigir essa possível distorção.

Em resumo, mesmo em um mundo ideal, com a população perfeitamente informada sobre os candidatos, não se pode afirmar que o poder legislativo reflita de maneira adequada a vontade popular. Mas, para fins desse debate, não importa tanto que os legisladores representem de maneira fidedigna a vontade do povo, senão apenas que representem essa vontade de maneira melhor que o judiciário.

Em razão disso, em que pesem as inúmeras ressalvas que possam ser feitas a respeito do poder legislativo, ainda assim é pertinente a questão sobre quem terá a última palavra em matéria constitucional.

Defende-se aqui, *de lege ferenda* ao art. 97 da Constituição, que a palavra definitiva sobre a constitucionalidade somente será do Supremo Tribunal Federal se alcançada uma supermaioria de 7 votos. Como explicado em tópico próprio, não se tem notícia de proposta que exija a supermaioria com tal votação. Historicamente, as propostas foram de unanimidade, um único voto dissonante ou dois terços, sendo essa última proposta encampada por João Mangabeira na Constituinte de 1933/1934.

Contudo, há que se ponderar que no contexto dos Estados Unidos, onde há 9 *justices* na Suprema Corte, não há como existir proposta intermediária entre maioria absoluta (voto de ao menos 5 *justices*) e dois terços (voto de ao menos 6 *justices*). Ou seja, nos Estados Unidos, exigir dois terços de votos na Suprema Corte equivale a exigir a menor maioria possível mais um.

Tal proposta foi importada dos Estados Unidos sem que se considerassem as peculiaridades do sistema brasileiro. Em 1933/34, o STF contava com 15 juízes. A maioria absoluta exigia 8 votos. A proposta de dois terços exigiria 10 votos. Nesse contexto, há que se justificar a razão pela qual simplesmente se descartava que “9” votos seriam suficientes para configurar supermaioria.

O mesmo ocorre com o atual número de Ministros. O voto de ao menos dois terços dos 11 Ministros corresponde a, no mínimo, 8 votos (dois terços de 11 corresponderia a 7,33, ou seja, se se exige o voto de, no mínimo, dois terços, ou determinada posição tem até 7 votos, sendo insuficiente para alcançar a fração exigida; ou tem pelo menos 8, dada a impossibilidade de um Ministro votar “1/3 a favor de uma posição e 2/3 a favor de outra”).

A exigência supermajoritária proposta, por simetria, é de 3/5, a mesma maioria qualificada exigida para a emenda constitucional. Conforme exposto alhures, uma das críticas à votação majoritária nas cortes constitucionais é que uma apertadíssima maioria na corte exigirá um dificultoso processo caso o legislativo pretenda reagir a essa decisão e modificar a Constituição. Parece razoável, portanto, que o mesmo quórum exigido para a emenda constitucional seja o quórum exigido para que o Supremo Tribunal Federal tenha a última palavra em interpretação constitucional. Três quintos de 11 corresponde a 6,6, ou seja, a supermaioria seria alcançada pelo voto de ao menos 7 Ministros.

O controle de constitucionalidade fraco propõe que a “última palavra” passe ao poder legislativo. O método de decisão supermajoritário, embora requeira um

quórum qualificado, mantém a “última palavra” nas mãos do judiciário – ou seja, ainda é uma vertente do controle de constitucionalidade forte.

Por sua vez, o modelo de controle de constitucionalidade aqui proposto poderá ser forte ou fraco, a depender da observância ou não da supermaioria na votação do Supremo Tribunal Federal. Caso se alcance ao menos sete votos no plenário do Supremo Tribunal Federal, ter-se-á controle de constitucionalidade forte, com a última palavra sobre a questão constitucional cabendo ao judiciário (supremacia judicial). Caso a votação não alcance o quórum supermajoritário, ter-se-á controle de constitucionalidade fraco, com a questão sendo remetida ao legislativo, que poderá aderir a qualquer das posições expostas na Corte Constitucional. Daí porque o controle de constitucionalidade aqui é híbrido, porque será ora forte, ora fraco, a depender do quórum de votação no STF.

A decisão por 6 a 5 no plenário do Supremo Tribunal Federal faz presumir que há pelo menos duas soluções jurídicas possíveis para determinado caso, posições que dividiram as opiniões da corte mais elevada no país. Mesmo a partir de uma teoria do direito que pregue que existe uma única solução jurídica correta a ser buscada em cada caso, não há nenhuma garantia que a solução correta é a vencedora ou a vencida, dada a margem mínima de votação.

No plano fático inevitavelmente as cortes constitucionais cometerão erros. Como aqui se está tratando de uma questão de *design* institucional, as incapacidades e limitações humanas devem ser levadas em consideração. Assim, não é necessariamente um ataque às teorias do direito que propõem uma única solução jurídica correta para cada caso dizer que, provavelmente, o risco de a corte constitucional incorrer em erro numa decisão por 6 a 5 é maior do que seria em decisões onde se encontrou um consenso maior.

Num órgão colegiado, as incapacidades e limitações de cada juiz individual podem ser compensadas pelos outros. É claro, todos os integrantes da corte terão suas próprias incapacidades e limitações, mas dificilmente serão idênticas. Como argumentou Jeremy Waldron em contexto diverso (WALDRON, 2001, p. 72), a pluralidade de indivíduos pode trazer uma diversidade de perspectivas, e a conjugação dessas perspectivas faz com que se chegue a decisões melhores do que cada um dos indivíduos seria capaz de tomar individualmente. Esse processo tende a se potencializar a medida em que mais juízes individuais aderem a posição vencedora.

É uma ideia semelhante ao que Amartya Sen chama de escrutínio transposicional (SEN, 2009, p. 6). Para Sen, o que podemos ver não é independente de onde estamos em relação ao que estamos tentando ver (SEN, 2009, p. 2). A proposição "o Sol e a Lua parecem semelhantes em tamanho" pode ser considerada posicionalmente objetiva. De fato, a partir da terra o sol e a lua parecem ao observador semelhantes em tamanho. Qualquer outra pessoa, a partir da mesma posição e contando apenas com as mesmas informações sensoriais que o proponente original poderia confirmar a objetividade da sua observação. Embora se saiba que o tamanho do sol e da lua não são, de fato, semelhantes, isso se dá a partir de informações que não estão disponíveis a partir da posição observacional do proponente. Portanto, sua proposição não é subjetiva, fruto de um fenômeno puramente mental.

Essa questão posicional ilustra a importância de uma decisão por órgão colegiado, em que os diversos componentes do tribunal podem colaborar com suas mundivivências, trazendo perspectivas plurais para a mesma questão a partir de suas posições[82]. Uma decisão com maior consenso, por abarcar um número maior de observações posicionais, de enfoques diversos sobre a mesma questão, pode partir de um retrato mais completo da realidade objetiva. E o maior consenso sobre a incorreção da medida pretendida pela maioria política traz maior legitimidade à atuação contramajoritária da corte constitucional.

Em face de tal cenário, caso não se encontre um razoável consenso na corte, o que se propõe é a abertura do diálogo democrático com o poder legislativo. A posição vencedora e a posição vencida deveriam ser remetidas, com todos os seus argumentos, para o poder legislativo avaliar a qual das duas decisões adere dentro de um prazo. Vencido o prazo, deveria prevalecer a decisão que alcançou a maioria mínima até que o legislativo se manifeste.

Um ponto interessante seria a elaboração do voto condutor das duas posições, vencedora e vencida. Isso porque o sucesso de cada uma delas depende, em parte, da adoção de uma linha argumentativa razoavelmente coerente, o que permitiria finalmente que se ouvisse uma "voz da corte" ao invés de onze

[82] Nesse sentido, aliás, é a pertinente crítica de Frank Michelman à teoria do direito de Ronald Dworkin: Hércules é solitário (*Hercules is a loner*). Para Michelman, o que faltaria é diálogo. O juiz Hércules é heroico demais e suas construções narrativas são monólogos. Ele não conversa com ninguém, exceto através de livros. Nenhum interlocutor abala a inevitável insularidade da sua experiência e da sua visão. Hércules, no final das contas, é só um homem. Dworkin produziu uma apoteose de um juiz de recurso sem atentar para o que parece a mais universal e arrebatadora característica institucional da corte recursal: a sua pluralidade (MICHELMAN, 1986, p. 76).

fundamentações completamente dissonantes, como corriqueiramente ocorre. Essa questão ainda será discutida de maneira mais pormenorizada.

Uma consequência possível de se antever ao se exigir a supermaioria que é até mesmo intuitiva é o aumento da estabilidade decisória ao se considerar apenas a deliberação no interior do próprio Supremo Tribunal Federal. Em outras palavras, a declaração de inconstitucionalidade será mais difícil.

Na teoria dos atores com poder de veto, o Supremo Tribunal Federal ao deliberar sobre a inconstitucionalidade seria um ator coletivo com poder de veto do qual se exigiria maioria qualificada de 7/11 para exercer o veto à lei. Joseph Greenberg (GREENBERG, 1979) demonstrou que um núcleo de unanimidade em uma deliberação que exige maioria qualificada sempre existirá quando q > n / (n+1), onde "q" é a maioria requerida e "n" é a dimensionalidade do espaço decisório.

Também é possível cogitar que se mitigaria o problema das decisões demasiadamente enviesadas ideologicamente. Através de pesquisa empírica analisando decisões da Suprema Corte de 1900 até 1990, Robert Riggs (RIGGS, 1992, p. 710) atribuiu papel substancial à ideologia. Segundo o autor, essa não foi uma conclusão inesperada. Ideologia, definida primordialmente em termos de inclinações progressistas ou conservadoras dos *justices*, foi identificada como significativamente correlacionada ao comportamento judicial em votações desde os primeiros estudos empíricos da Suprema Corte. Se ideologia tem um impacto em algum lugar, tal impacto certamente será sentido nas decisões por 5-4, onde os freios impostos por regras legais estão menos em evidência. Conforme antecipado, a ideologia se provou um conceito útil para compreender os dados das decisões por 5-4. De maneira previsível, demonstrou-se que a ideologia afeta a frequência de decisões 5-4, a concordância de *justices* individuais com a maioria, a fluidez ou rigidez de coalizões de maioria e a incidência de *swing voting.*

Sobre esse tema, um dos mais persistentes argumentos a favor do constitucionalismo e a função contramajoritária da corte constitucional é afastar a possibilidade da supressão de determinados direitos por "maiorias de ocasião", uma salvaguarda às minorias em um sistema democrático majoritário. Nessa toada, deveria também estar clara a possibilidade de subtração ou esvaziamento de determinado direito individual por ação "interpretativa" de uma maioria de ocasião no Supremo Tribunal Federal.

Os riscos aqui expostos são passíveis de serem mitigados pela exigência de supermaioria. Na questão ideológica, a exigência de supermaioria pode fazer com que a ideologia da minoria sirva de freio à ideologia da maioria, de modo que o pronunciamento da Corte acabe afastando os vieses ideológicos mais pronunciados. Seria o "poder limitando o poder" dentro da própria Corte.

A questão do afastamento da "maioria de ocasião" dentro da corte constitucional adotaria exatamente a mesma solução que os proponentes de uma constituição rígida: a exigência de quórum qualificado. Explicada a proposta, procura-se prever algumas possíveis críticas à posição ora defendida e respondê-las.

A primeira crítica que se pode fazer é que, por criar dificuldades adicionais à mudança do *status quo*, o modelo proposto é conservador. Com efeito, em determinado sentido, é mesmo possível dizer que se trata de modelo em que as mudanças introduzidas pelo judiciário serão mais dificultosas e, portanto, tende a conservar o *status quo*. Contudo, saliente-se que aqui não se está tratando de conservadorismo político.

"Conservação do *status quo*" ou "mudança" não são eventos intrinsecamente bons nem ruins. Também não se relacionam, por si, a nenhum posicionamento político. Embora a "conservação do *status quo*" possa gerar alguma confusão com relação ao conservadorismo político, tudo depende do que se quer conservar ou mudar. Se se propõe, por exemplo, a revogação do estatuto do desarmamento, tal mudança tenderia a agradar os conservadores, enquanto a esquerda política desejaria manter o *status quo.*[83]

Observando a questão por outro ângulo, poder-se-ia defender até mesmo que o modelo proposto é favorável à mudança. Se a Corte Constitucional é um ator com poder de veto, o que se está dificultando com a exigência da supermaioria não é a mudança em si, mas sim o veto à mudança proposta pelos outros poderes.

Contudo, não se pode ignorar que a atuação ativista do judiciário muitas vezes é o que proporciona a mudança. No caso brasileiro, por exemplo, a autorização do

[83] Jair Bolsonaro, atual Presidente da República, de viés conservador, tem se esforçado para flexibilizar a posse e o porte de armas, o que representaria uma mudança no *status quo* (PORTAL G1, 2019). Em resposta a essa movimentação, o Deputado Federal João Daniel, do Partido dos Trabalhadores (PT) e viés de esquerda, apresentou o Projeto de Decreto Legislativo 224/19, cuja intenção é que a Câmara dos Deputados se comporte como ator com poder de veto, freando a mudança e mantendo o *status quo* (JANARY JR.; SILVEIRA, Wilson, 2019).

casamento homoafetivo[84] certamente foi uma novidade introduzida pela corte na realidade social. Sob o manto de "veto" à legislação que autorizava apenas o casamento "entre homem e mulher", o que ocorreu de fato não foi um retorno ao *status quo ante* ao advento da legislação declarada inconstitucional – até então, o casamento homoafetivo jamais fora reconhecido pelo Estado brasileiro – mas sim uma verdadeira mudança no *status quo* que sempre esteve vigente no país.

A segunda crítica que se pode antever é a possível inocuidade de eventual alteração na Constituição para prever o modelo proposto. É possível cogitar que, diante de tal mudança, o Supremo Tribunal Federal vá encontrar algum arranjo entre seus Ministros a fim de afastar a revisão da decisão pelo legislativo, evitando decisões que não alcancem quóruns supermajoritários.

Tal arranjo realmente é uma possibilidade, mas na verdade torna o modelo mais atraente. Uma crítica frequente às decisões do Supremo Tribunal Federal é que os onze ministros se comportam como onze "ilhas", expressão utilizada por Conrado Hubner Mendes (MENDES, 2010). A argumentação jurídica dos Ministros do Supremo Tribunal Federal não é dialógica, sendo quase impossível reconhecer uma "voz da corte". Como explica Conrado Mendes, exceções à parte, não há "razões compartilhadas pela maioria dos ministros, razões que, boas ou ruins, pudéssemos generalizar como do tribunal".

Na mesma linha, Eneida Desiree Salgado assevera (SALGADO, 2016):

> A decisão é da instituição, mas as razões se mostram individuais. É possível uma decisão com ampla maioria de votos em determinado sentido sem que os fundamentos de cada voto dialoguem entre si, e sem que se enfrente seriamente o mérito da questão de fundo, o que acaba comprometendo a formação dos precedentes judiciais. Talvez isso seja responsável pela falta de comprometimento do STF com seus próprios precedentes. Se o tribunal não leva em conta seriamente os fundamentos do caso, o uso dos precedentes acaba sendo feito por conveniência.

Apontando o mesmo problema, Bruno Meneses Lorenzetto e Katya Kozicki (LORENZETTO; KOZICKI, 2015, p. 642) afirmam a necessidade de se perceber a atividade jurisdicional como um diálogo jurídico continuado, e não um monólogo, de modo a revisar uma tradição acostumada com pessoas falando sozinhas.

[84] A ADPF 132/RJ e a ADI 4277/DF, ambas do Supremo Tribunal Federal, reconheceram a inconstitucionalidade de distinção do tratamento legal às uniões estáveis constituídas por pessoas de mesmo sexo. Esse entendimento é o fundamento da Resolução 175/2013, do Conselho Nacional de Justiça, que veda que as autoridades competentes recusem habilitação, celebração de casamento civil ou conversão de união estável em casamento entre pessoas do mesmo sexo.

Para que se alcance um tal arranjo de modo que todas as decisões se deem por supermaioria, os Ministros da suprema corte seriam obrigados a dialogar. Mais que isso, a “decisão da corte” teria que ser formada e, provavelmente, decorreria de diálogos e cessões mútuas entre maioria e minoria, exigindo decisões mais harmoniosas entre os Ministros. O que se vislumbra é bem próximo da descrição de Tsebelis a respeito do “sistema de navette”.

No “sistema de navette”, de deliberações legislativas, o projeto de lei vai de uma câmara à outra, até que se chegue a um acordo ou até que se aplique alguma outra regra para detê-lo. Em alguns países, uma divergência prolongada leva à formação de uma comissão consultiva (França, Japão e Suíça); em outros, a câmara baixa toma a decisão final (Reino Unido e Áustria); em outros, ainda, há uma sessão conjunta das duas câmaras. Tsebelis e Money identificaram as diferenças nos resultados decisórios produzidos por esses arranjos institucionais. Em sua análise, eles usam a “impaciência” de cada câmara como variável adicional.

Seu argumento é que cada câmara prefere um acordo imediato a um adiamento e, para conseguir esse acordo imediato, está disposta a fazer certas concessões. Se a câmara baixa faz uma oferta e há a possibilidade de uma nova rodada de negociações depois de uma rejeição, ela se moverá para um ponto mais próximo da posição preferida pela câmara alta a fim de evitar tal rejeição. Se há duas rodadas de negociação, ela irá até mais longe, aproximando-se ainda mais da posição preferida pela câmara alta (TSEBELIS, p. 211).

Mutatis mutandis, pode-se especular que algo muito similar ocorreria caso o Supremo Tribunal Federal desejasse evitar a revisão da sua decisão pelo legislativo. Sucessivas rodadas de deliberação ocorreriam, até que fosse possível formar uma posição que alcançasse a supermaioria. Essa posição seria uma deliberação da corte, não se limitando a uma mera contagem de cabeças, um somatório de posicionamentos individuais.

Terceira crítica que se poderia levantar, no mesmo sentido que se levanta contra o protocolo de votação supermajoritário (conforme exposto em tópico próprio), é que não há predominância da declaração de inconstitucionalidade por maioria estreita, sendo que o mecanismo majoritário não promoveu, em termos quantitativos, um aumento das decisões de inconstitucionalidade (CUSHMAN, 1921).

No ponto, há que se remeter novamente à teoria dos atores com poder de veto. No presente trabalho, considera-se a corte constitucional como um ator coletivo

com poder de veto. Após profunda análise por meio de cálculos próprios da ciência política, George Tsebelis demonstra que “a estabilidade decisória gerada por atores coletivos com poder de veto (...) diminui (isto é, o conjunto vencedor do SQ se expande, e o núcleo encolhe) à medida que a regra de tomada de decisão passa de unanimidade para maioria qualificada e para maioria ordinária” (TSEBELIS, 2009, p. 71). Em outras palavras, como é intuitivo, a regra de tomada de decisão, se por maioria qualificada ou maioria simples, terá necessariamente efeito sobre o que será decidido.

O ponto levantado é que os julgamentos pela maioria mínima não seriam representativos em termos quantitativos. No caso brasileiro, uma análise de dados confirma essa assertiva. 71,5% dos julgamentos do plenário do Supremo Tribunal Federal, conforme levantamento (MARIANI; LUPION, 2017), se resolvem por votação unânime. Em outros 21%, apenas um ministro diverge isoladamente da maioria (desses, apenas o Ministro Marco Aurélio é responsável pelo único voto vencido em 12% dos julgados, enquanto os demais Ministros somados são responsáveis pelos outros 9%). Portanto, em 92,5% dos casos julgados pelo plenário, o julgamento se dá por unanimidade ou com apenas um voto divergente. Apenas 7,5% dos casos contam com divergência de dois ou mais Ministros.

No caso do STF, portanto, realmente uma modificação no sentido de se exigir supermaioria teria a potencialidade de modificar poucos julgados de uma perspectiva quantitativa, caso as votações permanecessem inalteradas mesmo com a mudança. Contudo, adotando-se uma perspectiva qualitativa, há uma modificação de cenário. Fazendo recorte específico e analisando apenas os 24 casos destacados como “julgamentos de grande repercussão” no Relatório do Primeiro Ano de Gestão da Presidência do STF pela Ministra Carmen Lúcia (ROCHA, 2017, p. 23-29), o que se tem é o seguinte:

1 – RE 898.060 – Possibilidade de concomitância de vínculo de paternidade afetiva e biológica – por maioria de 8 votos a 2, decidiu-se que é possível a concomitância;

2 – HC126.292, ADC 43 e ADC 44 – Possibilidade de execução provisória da pena após a decisão em segundo grau – por maioria de 6 a 5, decidiu-se que não viola a presunção de inocência a execução provisória da pena após a decisão em segundo grau;

3 – ADI 4.983 – Vaquejada – por maioria de 6 a 5, decidiu-se que a vaquejada é inconstitucional;

4 – RE 912.888 – Incidência de ICMS sobre a tarifa de assinatura básica mensal de telefonia – por maioria de 8 a 2, reconheceu-se a incidência do imposto;

5 – Ext 1.362 – Crimes de lesa-humanidade – tratados internacionais não podem definir a imprescritibilidade de crimes de lesa-humanidade, indeferindo-se a extradição pleiteada por maioria de 6 a 5;

6 – RE 661.256 – Desaposentação – não há, por ora, direito à desaposentação, de acordo com a maioria de 6 a 4;

7 – RE 693.456 – Possibilidade de desconto do pagamento de servidor público em greve – é possível o desconto, conforme a maioria de 6 a 4;

8 – ADPF 402 – Linha de sucessão e/ou substituição presidencial – Deferiu-se liminar impedindo o exercício temporário da Presidência da República por quem figure como réu em ação penal no STF, por votação de 7 a 3;

9 – ADI 2.028/2.036/2.228/2.621 – Requisitos para a imunidade tributária. Matéria reservada à lei complementar – por 7 a 4, conheceu-se a ADI e, no mérito, por unanimidade, declarou-se a inconstitucionalidade do dispositivo atacado;

10 – Rcl 11.949 – Direito ao amplo acesso aos arquivos fonográficos do STM nos anos 1970 – Por unanimidade, julgou-se procedente a reclamação;

11 – RE522.897 – Declaração incidental de inconstitucionalidade do art. 23, §5º, de dispositivo da Lei 8.036/1990 e outro – Por maioria de 8 a 1, negou-se provimento ao RE;

12 – RE434.251 - Imunidade recíproca. Inaplicabilidade a empreendimento privado explorador de atividade econômica – Por maioria de 7 a 1, deu-se provimento ao recurso para afastar a imunidade tributária recíproca de bem da União cedido a empreendimento privado explorador de atividade econômica;

13 – ADI 5.540 – Desnecessidade de prévia autorização da Assembleia Legislativa para o recebimento de denúncia ou queixa e instauração de ação penal contra o Governador de Estado, por crime comum – conhecida a ADI por 6 a 5, no mérito se assentou a desnecessidade de prévia autorização da Assembleia Legislativa para o recebimento de denúncia ou queixa e instauração de ação penal contra o Governador de Estado, por 9 a 2;

14 – ADC 41 – Constitucionalidade da reserva de vagas a cidadãos negros em concursos públicos – por unanimidade, assentou-se a constitucionalidade conforme requerido;

15 – MS 27.931 – O trancamento de pauta resultante da não apreciação de medida provisória no prazo constitucional restringe-se às matérias passíveis de regramento por medida provisória – votação por 8 a 1;

16 – ADI 451 - Inconstitucionalidade de lei que impõe a prestação de serviço de segurança em estacionamento disponibilizado por pessoa física ou jurídica – reconhecida a inconstitucionalidade por 6 a 3;

17 – ADI 907 – Inconstitucionalidade de lei que obriga a prestação de serviço de empacotamento em supermercados – reconhecida a inconstitucionalidade por 6 a 3;

18 – ADI 750 – Inconstitucionalidade da exigência de informações em embalagens de produtos alimentícios – Nesta decisão, embora 5 Ministros tenham restado parcialmente vencidos, três deles votaram pela total procedência da ação e dois pela total improcedência, enquanto os outros seis Ministros pela procedência parcial;

19 – ADI 4.777 - Desnecessidade de prévia autorização da Assembleia Legislativa para o recebimento de denúncia ou queixa e instauração de ação penal contra o Governador de Estado, por crime comum – Confirmada a desnecessidade por 10 votos a 1;

20 – Limites territoriais de Municípios – Declarou-se inconstitucional, por unanimidade, lei que dispunha sobre a fixação de novos limites territoriais de municípios;

21 – ADI 2.030 – Normas sobre controle de resíduos de embarcações, oleodutos e instalações costeiras. Direito Ambiental – O Tribunal julgou constitucional a lei impugnada por unanimidade;

22 – ACO 362 – Criação de parque indígena. Improcedência do pedido de indenização feito pelo Estado de Mato Grosso por desapropriação indireta – A improcedência da ação foi reconhecida por unanimidade;

23 – ACO 366 - Reservas indígenas. Improcedência do pedido de indenização feito pelo Estado de Mato Grosso por desapropriação indireta – A improcedência da ação foi reconhecida por unanimidade;

24 – ADI 3.937 – Proibição de uso de amianto. Declaração incidental de inconstitucionalidade do art. 2º da Lei 9.055/1995 – foi julgada improcedente a ação, com declaração incidental de inconstitucionalidade do art. 2º da Lei 9.055/1995 por 7 votos a 3.

Como se vê, pelo menos no que tange à realidade brasileira e em relação às decisões neste recorte específico, a hipótese de Cushman não se comprovaria se se exigisse uma supermaioria de 7 votos, caso o placar de votação permanecesse inalterado diante do novo protocolo de votação. Hipoteticamente, das 24 decisões elencadas como "importantes" pela presidência da Ministra Carmen Lúcia, nada menos que 8 (2, 3, 5, 6, 7, 13, 16 e 17) – 33,3% – deveriam ser remetidas ao legislativo para deliberação por não atingimento da supermaioria, um terço do total analisado. De maneira alguma isso é irrelevante.

Verificou-se, portanto, uma discrepância entre os percentuais de votação supermajoritária quando se consideram todos os julgados do STF – o percentual é pequeno (inferior a 7,5%), como previsto por Cushman – e quando se consideram apenas aqueles destacados como de grande repercussão pela presidência da Corte – durante o ano de 2017, a proporção de julgados que não somam pelo menos 7 votos pela maioria é de 1/3 do total analisado. Com efeito, o STF julga um imenso número de processos por ano, sendo apenas uma minoria aqueles de alta tensão, que lidam com questões importantes para o país como um todo. E é apenas essa pequena porção dos julgados do STF que realmente importam quando se está tratando de sua legitimidade democrática.

Interessante é a hipótese da ADI 750, conforme mencionada (item 18 da listagem de decisões supra). A solução para hipótese como aquela é fracionar os votos de modo a interpretar a manifestação do Supremo Tribunal Federal e fazer algo similar a encontrar o "voto médio". Na verdade, naquela hipótese, 9 ministros concordam com o voto vencedor de provimento parcial, sendo que destes 9, 3 desejam ir além, dando provimento integral, restando vencidos pois os outros 8 discordaram. Pouco se alteraria em relação à possibilidade de exigência de supermaioria. Mesmo com o atual sistema, em que se exige a maioria absoluta, é possível vislumbrar hipótese de ação direta de inconstitucionalidade em que 5 Ministros votam pela procedência parcial, 3 pela total improcedência e 3 pela total procedência. Não há nenhum posicionamento que, isoladamente considerado, alcançaria maioria absoluta de seis votos, mas isso não gera problemas no tribunal.

A quarta possível crítica seria que o proposto “controle de constitucionalidade híbrido” não difere de forma significativa da proposta supermajoritária. De fato, a proposta aqui defendida muito se assemelha com a pura e simples exigência de supermaioria. Contudo, há algumas diferenças que merecem ser consideradas.

A primeira é que o Poder Legislativo somente poderá aderir a alguma posição expressa pelo Supremo Tribunal Federal, não podendo simplesmente optar por manter o *status quo* se isso não é uma das posições do Supremo. Há situações em que tanto a posição que conseguiu 6 votos quanto a que conseguiu 5 representam mudanças em relação ao *status quo*. A segunda mudança é que o Poder Legislativo será instado a se manifestar ainda que a maioria apertada entenda pela constitucionalidade da lei.

A principal diferença é que, a princípio, a proposta de supermaioria contrapõe a posição do Supremo Tribunal Federal à lei já posta, ao *status quo*. Caso não se alcance supermaioria, permaneceria o *status quo* tal como ocorre atualmente quando não se alcança maioria absoluta. Já na proposta ora defendida, caso não se alcance supermaioria em qualquer dos sentidos, convida-se o Poder Legislativo a manifestar sua preferência por alguma das posições expressas pelo Supremo Tribunal Federal, de modo a catalisar o diálogo entre as instituições e alcançar uma solução que envolva os poderes.

Como visto, na maioria dos casos o Supremo Tribunal Federal permaneceria com a “última palavra”, podendo exercer seu papel contramajoritário, inclusive para introduzir mudanças no *status quo* que beneficiam minorias, como é o caso do casamento homoafetivo. No entanto, o exercício desse papel contramajoritário ficaria condicionado a um razoável consenso dentro da corte. Se não se encontrar esse consenso, o legislativo, no papel de representante democrático do povo, deve opinar, saindo de sua inércia em relação ao tema debatido, participando do controle de constitucionalidade.

Mas, apesar dessas diferenças, não é despropósito considerar que a proposta aqui defendida é espécie do gênero “propostas supermajoritárias”. Tal conclusão não é em si nenhum demérito para a proposta.

A quinta e última crítica a ser enfrentada, sendo certo que existem muitas outras possíveis, é a possibilidade da maioria de 6-5 no Supremo, ao ver sua posição vencida no legislativo, remeter seguidamente a mesma questão até ver a posição dos “6” prevalecer. Essa possibilidade é real, uma vez que o legislativo teria prazo para se

manifestar sobre a votação do Supremo Tribunal Federal, caso contrário, prevaleceria a posição da apertada maioria.

Com relação a essa possibilidade, há que se criar um mecanismo que limite temporalmente o reenvio da mesma questão constitucional ao legislativo. Parece razoável o prazo de um ano, idêntico ao prazo de reapresentação do mesmo projeto de lei. Superado esse prazo, nada obsta que a mesma questão constitucional seja recolocada em pauta, uma vez que há que se privilegiar a persistente maioria do Supremo Tribunal Federal, mais relevante que a maioria ocasional e casuística.

O que é inadmissível é a insegurança jurídica de uma decisão constitucional 6-5 em que os Ministros anunciam à imprensa que “estudam” mudar de posicionamento, ou que o afastamento de um único Ministro é suficiente para abalar a interpretação constitucional da corte máxima. Isso já ocorreu, por exemplo, em relação à execução provisória da pena após a decisão em segundo grau (SOUZA, 2017).

Saliente-se, por fim, que o reenvio da matéria ao legislativo e a rediscussão podem fomentar os diálogos institucionais. Sabendo da resistência encontrada no legislativo, o Supremo Tribunal Federal pode elaborar novos argumentos ou até mesmo ajustar a decisão a fim de enfrentar as questões levantadas pelos parlamentares, criando uma solução dialogada.

A importância de um maior consenso já vem sendo reconhecida. Nas hipóteses de súmula vinculante, repercussão geral e modulação de efeitos da decisão, o Supremo Tribunal Federal já vota por maioria qualificada, ou por supermaioria. Pode ser salutar que esse método de decisão seja também aplicado para o controle de constitucionalidade em geral.

Pelo exposto, conclui-se que a proposta de um controle de constitucional “híbrido” – entre o forte e o fraco – pode servir de freio ao Supremo Tribunal Federal, mitigando o problema das decisões casuísticas em que os Ministros não conversam entre si, além de poder servir de catalisador para uma relação mais dialógica entre os poderes.

Caso o modelo proposto não seja bem-sucedido em provocar o desejado diálogo interinstitucional por uma reação do Supremo Tribunal Federal ao se recusar a emitir decisões por 6-5, ainda assim poderá servir de catalisador para iniciar um também necessário diálogo intrainstitucional. Por óbvio, não se afasta a possibilidade de uma decisão com onze votos no mesmo sentido, mas com fundamentos

completamente dissonantes. Contudo, nos casos divididos o diálogo será necessário, seja para chegar a uma decisão consensual entre maioria e minoria que alcance a supermaioria, seja para formar as duas posições jurídicas da corte que serão submetidas à votação no poder legislativo.

Em qualquer hipótese, ter-se-á um freio à atuação do Supremo Tribunal Federal: seja a necessidade de uma deliberação mais intensa e uníssona no plano interno a fim de garantir a supermaioria, seja a deliberação do legislativo acerca das posições jurídicas expressas pelo Supremo Tribunal Federal.

O que se espera, não ignorando a possibilidade de se tratar de otimismo excessivo, é que essa necessidade de diálogo nos casos em que há expressiva divisão de votos acabe repercutindo em todas as decisões do Supremo Tribunal Federal. A partir do novo tipo de relação dialógica requerida em alguns casos, a convivência entre os Ministros e os seus votos passem a ser mais harmoniosos, gerando uma nova forma de decidir, mais coerente e uníssona, que permita à comunidade jurídica finalmente identificar uma “voz da corte”.

Se realmente isso ocorrer, ter-se-á mitigado um dos principais problemas apontados por Waldron (WALDRON, 2001, p. 270) na atuação da corte constitucional. Com correção, Waldron aponta que é problemático que a solução para o desacordo sobre uma questão de direito em um corpo de pessoas (povo) seja atribuir a decisão sobre a questão de direito a outro corpo de pessoas que igualmente estão em desacordo sobre a questão posta (corte). Ao se exigir um consenso razoável na corte para que a sua decisão se sobreponha à vontade da maioria, não se pode mais falar que o desacordo (embora ainda presente) seja igual nos dois corpos. As decisões da corte constitucional que atingiram um consenso razoável gozam de maior legitimidade à medida que o desacordo verificado diminui.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente trabalho se iniciou estudando o conceito e o histórico do ativismo judicial. Em relação ao conceito, concluiu-se que o termo é polissêmico, com diferentes autores definindo o fenômeno de maneiras não necessariamente compatíveis entre si. Além disso, verificou-se que as invocações dos termos “ativismo” ou “autocontenção” geralmente se dão como críticas ou elogios genéricos, fazendo com que em muitos contextos as expressões sejam vazias de sentido. Apesar disso, os termos permanecem sendo objeto de interesse acadêmico. Para seguir adiante, fez-se necessário eleger uma das definições de ativismo, escolhendo-se a de Corey Rayburn Yung em razão da sua abrangência, com o temperamento de que também se considerou o “ativismo judicial por omissão” como possibilidade de ocorrência do fenômeno.

Em relação ao histórico do ativismo judicial, foi importante para a contextualização expor o histórico dos Estados Unidos. Naquele país, local onde o fenômeno se manifestou pela primeira vez, o que se vê é que o ativismo judicial manifesta um comportamento pendular em relação à ideologia. No seu surgimento, o ativismo judicial era conservador. Depois de algumas décadas, a agenda progressista foi a que mais avançou na Suprema Corte, com as cortes de Warren e Burger. Logo após, contudo, a corte de Rehnquist voltou a dar vitórias ao lado conservador. Após um breve momento em que a corte de Rehnquist pareceu novamente favorecer os progressistas, o surgimento da corte de Roberts fez com que a Suprema Corte voltasse a ter uma composição majoritariamente conservadora.

Em meio a esse histórico, na Europa, após o fim da segunda guerra mundial, culpou-se a obediência cega dos juízes à lei pelos horrores do nazismo. Em razão disso, segundo o ponto de vista predominante, fez-se necessário prever normas abertas na constituição, o que certamente aumentou o poder do judiciário. No presente trabalho, defendeu-se o ponto de vista de que a relação da Alemanha nazista e uma suposta obediência estrita dos juízes a normas inflexíveis não encontra eco em diversos documentos da época. Ainda assim, o ponto de vista dominante se espalhou pelo mundo e, até certo ponto, serviu de pretexto para justificar a expansão do ativismo judicial.

Depois de contextualizado o o ativismo judicial, partiu-se para o estudo de quatro autores sobre o tema: Jeremy Waldron, David Strauss, Mark Tushnet e Samuel

Issacharoff. Embora Waldron e Tushnet sejam contrários à expansão do poder judiciário e Issacharoff e Strauss defendam a atuação mais incisiva desse poder, a dissertação se baseou, em parte, nas quatro obras. Entre Waldron e Issacharoff existe possivelmente um ponto em comum. Waldron afirma que suas críticas se aplicam às democracias consolidadas, enquanto Issacharoff assevera que suas observações se dão em relação às democracias frágeis. Sendo assim, um ponto importante seria definir se o Brasil é ou não uma democracia frágil.

De toda forma, a doutrina de Waldron serve de norte para o presente trabalho no momento em que se admite que, de fato, existe um *déficit* democrático na prática de se aceitar uma corte constitucional com a última palavra. Entretanto, este pode ser um *déficit* tolerável em uma democracia frágil se, como afirma Issacharoff, existe a possibilidade de a corte constitucional evitar o entrincheiramento no poder do líder de turno. Concordou-se também com Strauss em relação à necessidade de seguir os precedentes constitucionais para se ter alguma segurança jurídica e evitar o arbítrio, e com Tushnet na sua crítica de que não basta a academia oferecer à corte constitucional a forma correta de decidir e esperar a sua adesão espontânea. Além disso, concordou-se com Tushnet sobre a importância dos desenhos institucionais.

A partir desse conjunto de conceitos, o estudo concluiu que é praticamente impossível que uma corte constitucional com as características da brasileira não ser, em alguma medida, ativista. Além disso, qualquer país que tenha uma corte constitucional com a última palavra, em conjunto com um paradigma de controle de constitucionalidade razoavelmente aberto à interpretação terá que aceitar o risco de ocorrência de ativismo.

A partir disso, o foco voltou-se a discutir se o controle de constitucionalidade é realmente necessário. A conclusão foi de que o histórico do Brasil e da América Latina não é dos melhores para a democracia, podendo-se classificar o país como uma “democracia frágil”, nos termos de Issacharoff. Sendo assim, mesmo incorrendo em um *déficit* democrático, é necessária a manutenção da corte constitucional.

No capítulo seguinte, a partir da posição de Strauss, tentou-se delinear alguns requisitos para viabilizar um efetivo sistema de precedentes constitucionais e, em atenção ao alerta de Tushnet, procurou-se estudar meios possíveis de exigir que a corte cumpra tais requisitos ao decidir. Quanto aos requisitos, defendeu-se a necessidade de que se adote alguma teoria da argumentação a fim de conferir racionalidade às decisões da corte; que se parta sempre da presunção da

constitucionalidade das leis, exigindo-se fundamentação pormenorizada de toda decisão que declare a inconstitucionalidade de determinada lei; e a necessidade de uma cultura de precedentes, com respeito aos precedentes anteriores e a unificação das fundamentações da corte. Quanto aos freios e contrapesos disponíveis para conter eventual abuso do judiciário, chegou-se à conclusão que a maioria ou é ineficiente, ou é traumática demais, faltando medidas que possam ser invocadas em casos que não sejam de extrema gravidade. Entretanto, a alteração de desenhos institucionais pode ser modulada de modo a encontrar alguma possibilidade que seja eficiente, mas não represente uma verdadeira declaração de guerra ao judiciário.

No último capítulo, alguns desenhos institucionais possíveis foram apresentados. O primeiro é o modelo canadense de controle de constitucionalidade fraco. O segundo é o protocolo de votação supermajoritário. O terceiro é o que se denominou de “controle de constitucionalidade híbrido”, que pode funcionar ora como forte, ora como fraco, a depender se o Supremo Tribunal Federal alcançou ou não a supermaioria. Defendeu-se que, sobretudo nas decisões polêmicas, o Supremo Tribunal Federal deve alcançar um maior consenso, com uma tentativa interna de harmonizar os posicionamentos dos Ministros. Caso contrário, que se permita que a questão posta seja decidida pelas instâncias democráticas ordinárias.

A questão sobre quem vigia os vigilantes dificilmente alcançará uma resposta inteiramente satisfatória. Se se cria uma nova instituição para vigiar a antiga, a questão permanece, desta vez dirigida à nova instituição.

A tripartição de poderes que antes eram concentrados nas mãos do monarca absolutista proporcionou que cada um dos três poderes vigiasse e fosse vigiado pelos outros dois. O desenho institucional de Montesquieu é interessante porque lida com a falibilidade humana. A tripartição de poderes é um arranjo efetivo porque leva em conta a imperfeição daqueles que exercem o poder, prevê que haverá abusos e já disciplina meios de combatê-lo. É claro, se se parte do pressuposto que é possível encontrar um ser humano infinitamente bom, justo e sábio, o melhor desenho institucional seria entregar a ele todos os poderes de um soberano, sendo que qualquer divisão de poderes seria contraproducente.

Como as pessoas de verdade são imperfeitas, o melhor desenho institucional é aquele que lide com as imperfeições da melhor maneira possível. A corte constitucional é um produto da democracia e representa, com precisão, o melhor e o pior das pessoas. Não há como eliminar completamente o risco de tirania da maioria,

do Supremo, do legislativo, dos órgãos internacionais/supranacionais, etc. Enquanto estes órgãos forem integrados por pessoas, deve-se aprender a conviver com as sombras da tirania, do autoritarismo e da arbitrariedade.

A impossibilidade de eliminar tais riscos não significa, porém, que não se deve tentar tanto quanto possível minimizá-los. É possível projetar as formas de distribuição de poder, os *designs* institucionais, de modo a tornar mais difícil a ocorrência de arbitrariedades.

Deve-se afastar de posturas voluntaristas, ainda que se considere como bom o resultado da decisão judicial. As posturas que flexibilizam as leis e a Constituição não representam um fator de proteção de direitos, mas antes de sua flexibilização (PASSADORE, 2016, p. 105). O ativismo judicial deve ser limitado e excepcional. A postura autocontida deve ser a regra num sistema democrático.

Para tanto, não se pode nem demonizar nem idealizar determinados atores sociais. Pessoas são simplesmente pessoas, capazes tanto de atos de incrível generosidade como de atrocidades inimagináveis. A maioria política, portanto, não pode ser vista como uma massa ignorante e irracional, ávida por oprimir as minorias. Também não se pode idealizá-la, partindo da premissa que jamais prejudicaria seus semelhantes.

Do mesmo modo os tribunais, sobretudo as cortes constitucionais. O árbitro constitucional é um ser humano, com todas suas potencialidades e limitações, que não está alheio aos acontecimentos sociais. Fora da sua função de magistrado, o ministro da corte constitucional também vota, se posiciona, tem suas linhas ideológicas preferidas, seus próprios valores, e em todas as questões sociais em que exista desacordo, fará parte da maioria ou da minoria. Querer que tudo isso seja inconsequente para o senso de justiça do magistrado constitucional é se iludir, é considerar um cenário contra-fático como ponto de partida para o *design* institucional desejado.

Nunca é demais relembrar que o ativismo judicial é um procedimento dentro de uma teoria da autoridade. Uma vez concedido esse poder ao judiciário, não se pode pretender ter controle dos resultados que advirão da utilização desse poder. Estar preparado para aceitar o ativismo é estar preparado para que, eventualmente, a sua visão de justiça prevaleça no terreno do debate democrático e, mesmo assim, seja derrubada por um colegiado de ministros com uma visão diferente, que você

reputa como grosseira injustiça. A escolha pelo ativismo é uma escolha por um procedimento, não por um resultado.

Apesar de tudo isso, considerando a realidade brasileira, talvez simplesmente fazer prevalecer a voz da maioria traria mais prejuízos que benefícios, dado que o povo brasileiro em geral parece ter menos apreço pela democracia do que por ver a sua posição pessoal prevalecer em determinada ocasião.

Na história, não se tem notícia de registro do nascimento de uma autocracia por iniciativa do judiciário. A regra é que o movimento de supressão da tripartição de poderes parta de um agigantamento do poder executivo. Os ditadores em geral se consolidam no poder a partir do executivo. Foi assim com o nazi-fascismo (Hitler na Alemanha e Mussolini na Itália), com o comunismo (Stalin na União Soviética, Mao Tsé-Tung na China, Ho Chi Mihn no Vietnã, Pol-Pot no Camboja, etc), com as ditaduras militares latino-americanas, etc. As atuações de cortes constitucionais mais perniciosas para a democracia (aqui estudou-se o caso da Venezuela e do Paquistão) não se deram por um excesso de altivez, mas por um excesso de submissão ao executivo.

Conclui-se que não pode haver um modelo perfeito se não se tem pessoas perfeitas. O exercício do poder sempre se dará por uma pessoa, falível e necessariamente inserida no contexto social. Isso não quer dizer que não se deve tentar melhorar, tanto quanto possível, nossas instituições, mas a busca pelo perfeccionismo é uma cruzada quixotesca. Enquanto o poder de limitar o poder estiver nas mãos de um ser humano, imperfeito por natureza, tem-se que aprender a conviver com a sombra da tirania, aceitando que constitucionalismo e democracia estão em verdadeira tensão e, apesar de todos os defeitos, esse ainda é o melhor modelo de que dispomos.

O *status quo* é que contamos com uma teoria da autoridade em que a última palavra é do judiciário, não sendo aconselhável uma mudança brusca nesse sentido. O que aqui se propõe é alguma alteração no atual *design* institucional, de modo a induzir a corte constitucional a ser menos errática em suas decisões. Se chegarmos em um verdadeiro sistema de precedentes constitucionais, onde a intervenção do judiciário também ficasse limitado aos casos em que existe maior consenso, já seria um grande passo na direção de uma relação mais harmônica entre os poderes e uma maior segurança jurídica.

Retomando a analogia com o seguro de carro, a "vizinhança" da América Latina não é das melhores para a democracia. Quem mora em vizinhanças seguras, em que há reiterado respeito pelas leis de trânsito, pode se dar ao luxo de ponderar se não seria melhor viver sem o déficit econômico do seguro e simplesmente assumir o diminuto risco envolvido na propriedade de um veículo. Talvez, futuramente, seja possível retomar a discussão nos moldes pretendidos por Waldron. Mas por ora, não parece recomendável deixar sem seguro um bem tão precioso, insubstituível e ameaçado quanto a democracia.

REFERÊNCIAS

ABE, Maria Carolina. **Plano Cruzado, 30 anos, teve preços tabelados e fiscais do Sarney; lembre**. Disponível em: <https://economia.uol.com.br/noticias/redacao/2016/02/28/plano-cruzado-30-anos-criou-tabela-da-sunab-e-fiscais-do-sarney-lembre.htm>. Acesso em: 15 ago. 2019.

ACKERMAN, Bruce. **We the People**: Foundations. Cambridge: Harvard University Press, 1995

AFESHA, Nigussie. **The Practice of Informal Changes to the Ethiopian Constitution in the Course of Application**. Mizan Law Review, v. 10, n. 2, 2016. p. 366-399.

AGÊNCIA BRASIL. **Manifestantes contra e a favor de Maduro saem às ruas na Venezuela**. Disponível em: <https://agenciabrasil.ebc.com.br/internacional/noticia/2019-04/manifestantes-contra-e-favor-de-maduro-saem-ruas-na-venezuela>. Acesso em: 04 mar. 2020.

AGRA, Walber de Moura. **Curso de Direito Constitucional**. 8ª ed. Rio de Janeiro: Gen/Forense, 2014.

ALBERT, Richard. **Constitutional Disuse or Desuetude: The Case of Article V**. Boston University Law Review, v. 94, 2014, p. 1029-1081.

ALEXANDER, Larry; SCHAUER, Frederick. **On Extrajudicial Constitutional Interpretation**. Harvard Law Review, v. 110, 1997. p. 1359

ALEXY, Robert. **Rechtssystem und praktische Vernunft**.: 18 Rechtstheorie 405, 1987.

_____. **Teoria da Argumentação Jurídica**. São Paulo: Landy, 2001.

ALLAN, James. The Activist Judge – Vanity of Vanities. In: COUTINHO, Luís Pereira; SMITH, Steven D.; LA TORRE, Massimo (Editors). **Judicial Activism:** an interdisciplinar approach to the american and european experiences. Switzerland: Springer International Publishing, 2015, p. 71-87.

ANNALS OF CONGRESS, House of Representatives, 1st Congress, 1st Session. History of the Proceedings and Debates of the United States. New York, 4 de março de 1789. In: **A Century of Lawmaking for a New Nation:** U.S. Congressional Documents and Debates, 1774-1875. Disponível em: <https://memory.loc.gov/cgi-bin/ampage?collId=llac&fileName=001/llac001.db&recNum=51>. Acesso em: 04 jan. 2020.

ATIENZA, Manuel. **As Razões do Direito:** Teoria da Argumentação Jurídica. 2ª ed. Trad. por Maria Cristina Guimarães Cupertino. Rio de Janeiro: Gen/Forense, 2014.

BALAN, Mariana. **Como funcionaria o impeachment de um ministro do STF**.

Gazeta do Povo. Disponível em: <https://www.gazetadopovo.com.br/justica/como-funcionaria-o-impeachment-de-um-ministro-do-stf/>. Acesso em: 03 set. 2019.

BALKIN, Jack M.; LEVINSON, Sanford. **Understanding the Constitutional Revolution**. Virginia Law Review, v. 87, n. 6, 2001. p. 1045-1092.

BALKIN, Jack M. **Bush v. Gore and the Boundary Between Law and Politics**. The Yale Law Journal, v. 110, 2001. p. 101 - 152

_____. **Deconstruction's Legal Career**. Cardozo Law Review, v. 27, n. 2, 2005. p. 719-740

BALL, Howard. **Hugo L. Black:** Cold Steel Warrior. New York: Oxford University Press, 2006.

BARACH, Peter; BARATZ, Morton S. **Two Faces of Power**. The American Political Science Review, v. 56, Issue 4, December, 1962. p. 947-952.

BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz; KOZICKI, Katya. **Judicialização da Política e Controle Judicial de Políticas Públicas**. Revista Direito GV, São Paulo, 8(1), jan/jun. 2012, p. 059-086.

_____. **Judicialização da política**: um fenômeno jurídico ou político? Revista de Direito Administrativo & Constitucional, Belo Horizonte, ano 10, n. 39, jan/mar. 2010, p. 113-126.

BARRETT, William P. **The 25 Best Places To Retire In 2019**. Disponível em: <https://www.forbes.com/sites/williampbarrett/2019/04/23/the-best-places-to-retire-in-2019/#41f47e8e5c5a>. Acesso em: 03 set. 2019.

BARROSO, Luís Roberto. **Contramajoritário, Representativo e Iluminista**: Os papeis dos tribunais constitucionais nas democracias contemporâneas. Revista Direito e Praxis, v. 9, n. 4, 2018. p. 2171-2228.

_____. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo**: Os Conceitos Fundamentais e a Construção do Novo Modelo. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

_____. **Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática**. Revista (SYN) THESIS, v. 5, n. 1, 2012. p. 23-32.

_____. **Jurisdição constitucional: a tênue fronteira entre o direito e a política**. Migalhas, 5 fev. 2014. Disponível em <http://www.migalhas.com.br/arquivos/2014/2/art20140204-06.pdf>. Acesso em: 04 mar. 2020.

BELLAMY, Richard. **Political Constitutionalism**: A Republican Defence of the Constitutionality of Democracy. New York: Cambridge University Press, 2007.

BELLOCCHIO, Lucía B. **Litígios Estratégicos**: Revisão da Jurisprudência Argentina. Revista Jurídica – Unicuritiba, v. 3, n. 44, 2016. p. 411-425.

BEN-NAFTALI, Orna; MICHAELI, Keren R. **Justice-Ability**: A Critique of the Alleged Non-Justiciability os Israel's Policy of Targeted Killings. Journal of International Criminal Justice, v. 1, Issue 2, Aug/2003. p. 368-405.

BERALDO, Paulo. **Bolsonaro quer aumentar número de ministros do STF; juristas criticam a proposta**. Disponível em: <https://politica.estadao.com.br/noticias/eleicoes,bolsonaro-quer-aumentar-numero-de-ministros-do-stf-juristas-criticam,70002383890>. Acesso em: 03 set. 2019.

BERIZONCE, Roberto Omar. **La incertitude científica como presupuesto del principio precautorio**. Anales nº 43 – Facultad de Ciencias Juridicas y Sociales. Universidad de La Plata, 2013. p. 245-259.

BERNARDO JR., Lúcio. **Ayres Britto defende judicialização da política em palestra na Câmara**. Disponível em <https://www2.camara.leg.br/camaranoticias/noticias/DIREITO-E-JUSTICA/461566-AYRES-BRITTO-DEFENDE-JUDICIALIZACAO-DA-POLITICA-EM-PALESTRA-NA-CAMARA.html>. Acesso em: 25 jul. 2019.

BICKEL, Alexander M. **The Least Dangerous Branch**: The Supreme Court at the Bar of Politics. 2nd ed. New Haven: Yale University Press, 1986.

BLASI, Vincent. **The Burguer Court**: The Counter-Revolution That Wasn't. New Haven: Yale University Press, 1986.

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

BRASIL. **Ato Institucional nº 2, de 27 de outubro de 1965**. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/AIT/ait-02-65.htm>. Acesso em: 03 set. 2019.

_____. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/ Constituiçao.htm>. Acesso em: 10 jan. 2019.

_____. **Lei 1.079, de 10 de abril de 1950**. Rio de Janeiro, RJ: Presidência da República. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L1079.htm>. Acesso em: 03 set. 2019.

_____. **Supremo Tribunal Federal, Tribunal Pleno, ADI1.923**, Relator: Ministro Ayres Britto. Acesso em: 16 jan. 2020.

_____. **Supremo Tribunal Federal, Tribunal Pleno, ADI3.232**, Relator: Ministro Cezar Peluso, Acesso em: 16 jan. 2020.

_____. **Supremo Tribunal Federal, Tribunal Pleno, ADI6.156**, Relator: Ministro

Ricardo Lewandowski. Acesso em: 15 jan. 2020.

_____. **Supremo Tribunal Federal, Tribunal Pleno, HC126.292**, Relator: Ministro Teori Zavascki, Acesso em: 01 ago. 2018.

BRASIL, Felipe Moura. **Eduardo Jorge admite o que Dilma sempre escondeu: "Éramos a favor da ditadura do proletariado"**. Disponível em: <https://veja.abril.com.br/blog/felipe-moura-brasil/eduardo-jorge-admite-o-que-dilma-sempre-escondeu-8220-eramos-a-favor-da-ditadura-do-proletariado-8221/>. Acesso em: 15 jan. 2020.

BRISBIN, Richard A. **Justice Antonin Scalia and the Conservative Revival**. Baltimore: The Johns Hopkins University Press, 1998.

BROWN, Nathan J.; WALLER, Julian G. **Constitutional Courts and Political Uncertainty: Constitutional Ruptures and the Rule of Judges**. International Journal of Constitutional Law, v. 14, issue 4, 01.10.2016. p. 817-850

BRYCE, James. **La République Americaine**. Paris: Giard & Brière, 1911.

CALHOUN, John Caldwell. **A Disquisition on Government and a Discourse on the Costitution and Government of the United States**. Charleston (Carolina do Sul, Estados Unidos): Press of Walker and James, 1851.

CALIXTO, Larissa. **2019 foi ano de saudosismo de tempos ditatoriais e ataques à democracia**. 01 jan. 2020. Disponível em <https://congressoemfoco.uol.com.br/direitos-humanos/2019-foi-ano-de-saudosismo-de-tempos-ditatoriais-e-ataques-a-democracia/>. Consulta em 04 mar. 2020

CAMARGO, Maria Auxiliadora Castro e. **A Elaboração da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 e a Influência Recebida da Constituição da República Portuguesa de 1976**. Revista do Instituto do Direito Brasileiro, Ano 1 (2012), n. 12, p 7257-7317

CAMINKER, Evan. **Thayerian deference to Congress and Supreme Court supermajority rules:** lessons from the past. Indiana Law Journal, v. 78, n. 1, 2003. p. 87-94.

CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. **Dimensões do Ativismo Judicial do STF**. Rio de Janeiro: GEN/Forense, 2014.

CAMPOS, Roberto. **A Constituição Contra o Brasil**: Ensaios de Roberto Campos sobre a constituinte e a Constituição de 1988. Paulo Roberto de Almeida. (Org.). São Paulo: LVM Editora, 2018.

CARMONA, Paulo Afonso Cavichioli. **A tutela do direito de moradia e o ativismo judicial**. Revista Brasileira de Políticas Públicas, v. 5, n. especial, 2015.

CHEMERINSKY, Erwin. **Bush v. Gore Was Not Justiciable**. Notre Dame Law Review, v. 76, 2001. p. 1093

CHOPER, Jesse H. **The Political Question Doctrine**: Suggested Criteria. Duke Law Journal, v. 54, Issue 6, 2005. p. 1-76.

CLAEYS, Eric R. **Raich and Judicial Conservatism at the Close of the Rehnquist Court**. Lewis & Clark Law Review, v. 9, 2005. p. 791-822

CLÈVE, Clemerson Merlin; LORENZETTO, Bruno Meneses. Jurisdição Constitucional e Paternalismo: considerações sobre a lei da ficha limpa. In: CLÈVE, Clemerson Merlin; FREIRE, Alexandre. **Direitos Fundamentais e Jurisdição Constitucional**. São Paulo: RT, 2014.

_____. **Diálogos institucionais**: estrutura e legitimidade. Revista de Investigações Constitucionais, Curitiba, v. 2, n. 3, p. 183-206, set./dez. 2015.

_____. **Governo Democrático e Jurisdição Constitucional**. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

COELHO, Inocêncio Mártires. Hermenêutica Constitucional. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva; MENDES, Gilmar Ferreira; NASCIMENTO, Carlos Valdeir. **Tratado de Direito Constitucional**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 300-410.

COSTA NETO, João. **Dignidade Humana – Visão do Tribunal Constitucional Alemão, do STF e do Tribunal Europeu**. São Paulo: Saraiva, 2014.

CUSHMAN, Robert Eugene. **Constitutional decisions by a bare majority of the court**. Michigan Law Review, v. 19, n. 8, jun., 1921. p. 771-803.

DANTAS, Dimitrius; CAETANO, Guilherme. **América do Sul tem uma queda de presidente a cada 10 meses**. Disponível em: <https://oglobo.globo.com/mundo/america-do-sul-tem-uma-queda-de-presidente-cada-10-meses-24084403>. Acesso em: 08 fev. 2020.

DAY, David S. **The Rehnquist Court and the Dormant Commerce Clause Doctrine: The Potential Unsettling of the "Well-Settled Principles"**. University of Toledo Law Review, v. 22, 1990, p. 675

DEAK, André; JOKURA, Tiago. **Só 5 presidentes eleitos completaram o mandato em 90 anos**: Em 126 anos de República, o Brasil teve 36 governantes e apenas um terço deles (12) foi eleito diretamente e terminou o mandato. Disponível em: <https://exame.abril.com.br/brasil/so-5-presidentes-eleitos-completaram-o-mandato-em-90-anos/>. Acesso em: 08 fev. 2020.

DEMIER, Felipe Abranches. **Populismo e historiografia na atualidade: lutas operárias, cidadania e nostalgia do varguismo**. Mundos do Trabalho, Florianópolis, v. 4, n. 8, p. 204-229, jan. 2013

DIMOULIS, Dimitri; LUNARDI, Soraya. **Curso de Processo Constitucional**: Controle de Constitucionalidade e Remédios Constitucionais. 5ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

DIREITO, Carlos Alberto Menezes. **A Disciplina Jurídica do Impeachment**. Brasília, DF, 2006. Disponível em: <http://bdjur.stj.jus.br//dspace/handle/2011/9109>. Acesso em: 26 ago. 2019.

DIXON, Rosalind. **Argumento Central a Favor da Forma Fraca do Controle de Constitucionalidade** (*The Core Case for Weak-Form Judicial Review*). Revista Direitos Fundamentais e Democracia, v. 24, n. 2, p. 5-55, mai/ago. 2019.

DWORKIN, Ronald. **Freedom's Law**: The Moral Reading of the American Constitution. Cambridge: Harvard University Press, 1996.

_____. **O Império do Direito**. Trad. Luis Carlos Borges. 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

_____. Rights as Trumps. In: KAVANAGH, Aileen; Oberdiek, John. **Arguing about Law**. Nova Iorque: Routledge, 2009 p. 335-344

EASTMAN, John C. **Politics and the Court: Did the Supreme Court Really Move Left Because of Embarassment Over *Bush v. Gore*?** The Georgetown Law Journal, v. 94, 2006. P. 1475-1491

ELSTER, Jon. **Solomonic Judgements**: Studies in the Limits of Rationality. Cambridge: Cambridge University Press, 1989

_____. "Introduction". In: ELSTER, Jon; SLAGSTAD, Rune. **Constitutionalism and Democracy**. Cambridge: Cambridge University Press, 1988.

_____. **Don't Burn Your Bridge Before You Come to It: Some Ambiguities and Complexities of Precommitment**. Texas Law Review, v. 81, 2003. p. 1751-1776

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

EMPRESA BRASIL DE COMUNICAÇÃO – EBC. **Entenda o que diz a PEC da Bengala, aprovada na Câmara**. Disponível em: <http://www.ebc.com.br/noticias/politica/2015/05/entenda-o-que-diz-pec-da-bengala-aprovada-na-camara>. Acesso em: 27 ago. 2019.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **O Poder Constituinte**. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

_____. **Significação e alcance das cláusulas pétreas**. Revista de Direito Administrativo, n. 202, 1995, p. 11-17.

FIGUEROA, Alfonso García. **La teoría del derecho en tiempos de constitucionalismo**. In: CARBONELL, Miguel. **Neoconstitucionalismo (s)**. Trotta: Madrid, 2003. p. 159-186.

FOLHA DE SÃO PAULO. **Chávez aumenta número de juízes na Corte Suprema**

venezuelana. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/fsp/mundo/ft2510200317.htm>. Acesso em: 15 jan. 2020.

FORD, Joan Butler; ZELDITCH JR., Morris. **A Test of the Law of Anticipated Reactions**. Social Psychology Quarterly, v. 51, n. 2, jun./1988. p. 164-171.

FLECK, Isabel. **Apoio a governo militar no Brasil é maior que média global, diz pesquisa**. Folha de S. Paulo, 16 de outubro de 2017. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/poder/2017/10/1927419-parcela-que-apoia-governo-militar-no-brasil-e-maior-que-media-diz-pesquisa.shtml>. Consulta em: 04 mar. 2020.

FRIEDMAN, Andrew. **Dead Hand Constitutionalism**: The Danger of Eternity Clauses in New Democracies. Mexican Law Review, v. IV, n. 1, 2010. p. 77-96.

GARDBAUM, Stephen. **The New Commonwealth Model of Constitutionalism**. The American Journal of Comparative Law, v. 49, 2001.

GEYH, Charles Gardner. **When Courts and Congress Colide**: The Struggle for Control of America's Judicial System. Michigan Press, 2006.

GIBSON, James L.; CALDEIRA, Gregory A. **Confirmation Politics and The Legitimacy of the U.S. Supreme Court: Institutional Loyalty, Positivity Bias, and the Alito Nomination**. American Journal of Political Science, v 53, n.1, 2009. pp. 139-155

GITENSTEIN, Mark. **Matters of Principle**: An insider's account of America's rejection of Robert Bork's nomination to the Supreme Court. New York: Simon & Schuster, 2018.

GONÇALVES, Henrique de Almeida Freire. **Da possibilidade de regulação dos direitos fundamentais**: licença à gestante servidora pública no período de estágio probatório. Revista Fórum Administrativo – FA, Belo Horizonte, ano 19, n. 218, p. 68-79, abr. 2019.

_____. **Sobre a possibilidade de diálogos institucionais entre cortes internacionais e nações soberanas**. Revista Constituição e Garantia de Direitos (UFRN), Natal, v. 11, n. 2, p. 175-192, 2018.

_____; LIMA, Carlos Augusto Silva Moreira. Reflexões sobre os 10 anos da Lei Maria da Penha. In: PASSADORE, Bruno de Almeida, et al. **Defensoria Pública**: Estudos Sobre Atuação e Função. Curitiba: Juruá, 2017.

GRAMSCI, Antonio. **Cadernos do Cárcere – vol. 2**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2006.

GREEN, Roger Craig. **An Intellectual History of Judicial Activism**. Emory Law Journal, v. 58, 2008 p. 1195

GREENBERG, Joseph. **Consistent majority rule over compact sets of**

alternatives. Econometrica, v. 47, p. 627-636, 1979.

GRIMM, Dieter. **Constitucionalismo y derechos fundamentales** (*Die Zukunft der Verfassung*). Traducción de Raúl Sanz Burgos y José Luis Muñoz de Baena Simón. Madrid: Trotta, 2006.

MAGALHÃES, Juliana Neuenschwander; MAGALHÃES, José Antonio Rego. **O Pensamento de Jacques Derrida e sua Recepção no Seio dos Estudos Jurídicos: Uma Análise Crítica**. Revista da Faculdade de Direito - UFPR, v. 61, n. 2 (2016), p. 95-115

HALL, Kermit L. **The Warren Court**: Yesterday, Today and Tomorrow. Indiana Law Review, v. 28:309, 1995. p. 309-328.

HAMILTON, Alexander. Federalist Paper n. 78: A view of the constitution of the judicial department in relation to the tenure of good behaviour. In: HAMILTON, Alexander; JAY, John; MADISON, James. **The Federalist**. Editado por George W. Carey e James McClellan. Indianapolis: Liberty Fund, 2001. p. 401-408

HELMHOLZ, Richard H. **Bonham's case, judicial review and the law of nature**. Journal of Legal Analysis. Winter 2009: v. 1, n. 1, p. 325-354.

HERSHATTER, Andrea; EPSTEIN, Molly. **Millenials and the World of Work**: An Organization and Management Perspective. Journal of Business and Psychology, Issue 25, 2010. p. 211-223.

HERVÁS, María. **"Tentaram me vincular ao comunismo para me desprestigiar", diz chefe do Judiciário polonês**: Símbolo da resistência contra rumos autoritários do Executivo, juíza nega a se aposentar. Disponível em: <https://brasil.elpais.com/brasil/2018/11/06/internacional/1541535305_970483.html>. Acesso em: 29 out. 2019.

HIRSCHL, Ran. **Towards Juristocracy**: the origins and consequences of the new constitutionalism. Cambridge: Harvard University Press, 2004.

_____. **'Juristocracy' – Political, not Juridical**. Revista The Good Society, v. 13, n. 3, 2004. p. 6-11.

_____. **The Political Origins of the New Constitutionalism**. Indiana Journal of Global Legal Studies. v. 11, Issue 1. p. 71-108.

HOGG, Peter W.; BUSHELL, Alison A. **The charter dialogue between courts and legislatures (or perhaps the charter of rights isn't such a bad thing after all)**. Osgoode Hall Law Journal, 35, 1997.

HORWITZ, Morton J. **The Warren Court And The Pursuit Of Justice**. Washington and Lee Law Review, v. 50, issue 1, 1993. p. 5-13.

HOWARD, Arthur Ellsworth Dick. **Mr. Justice Powell and the Emerging Nixon Majority**. Michigan Law Review, v.70, n. 3, 1972. p. 445-468

IDES, Allan. **The Jurisprudence of Justice Byron White**. Yale Law Journal, v. 103, Issue 2, 1993. p. 419-461.

ISSACHAROFF, Samuel. **Fragile Democracies**: Contested Power in the Era of Constitutional Courts. New York: Cambridge University Press, 2015

JACKSON, Vicki C. **Thayer, Holmes, Brandeis**: Conceptions of Judicial Review, Factfinding, and Proportionality. Harvard Law Review, v. 130, 2017, p. 2348-2396.

JALORETTO, Maria Fernanda; MUELLER, Bernardo Pinheiro Machado. **O Procedimento de Escolha dos Ministros do Supremo Tribunal Federal – uma análise empírica**. Economic Analysis of Law Review, Brasília, v. 2, n. 1, p. 170-187, jan-jun, 2011

JANARY JR.; SILVEIRA, WILSON. **Projeto suspende decreto que ampliou porte de arma para novas categorias**. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/noticias/558515-projeto-suspende-decreto-que-ampliou-porte-de-arma-para-novas-categorias/>. Acesso em: 12 jun. 2019.

JOIS, Goutam U. **Pearson, Iqbal, and Procedural Judicial Activism**. Florida State University Law Review, volume 37, Issue 4 2010. p. 901-944.

KASSA, Getahun. **Mechanisms of Constitutional Control**: A Preliminary Observation of the Ethiopian System. Afrika Focus, v. 20, n. 1-2, 2007, p. 75-104.

KAVANAGH, Aileen. **The Lure and the Limits of Dialogue**. University of Toronto Law Journal, v. 66, n. 1, Winter 2016, p. 83-120.

KELLER, Chris. **Senate vote on Kavanaugh was historically close**. L.A. Times, October 06, 2018. Disponível em: <https://www.latimes.com/nation/la-pol-scotus-confirmation-votes-over-the-years-20181005-htmlstory.html>. Acesso em: 29 out. 2019.

KLARMAN, Michael J. **Bush v. Gore Through the Lens of Constitutional History**. 89 California Law Review, 2001. P. 1721

KMIEC, Keenan D. **The Origin and Current Meanings of Judicial Activism**. California Law Review, v. 92, Issue 5, 2004. p. 1441-1478.

KOZICKI, Katya; BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. **Jurisdição Constitucional Brasileira**: entre Constitucionalismo e Democracia. Revista Sequência, n. 56, jun. 2008, p. 151-176.

KOZICKI, Katya; PUGLIESE, William. Direito, Estado e razão prática: a teoria do direito de Neil MacCormick. In: TORRANO, Bruno; OMMATI, José Emílio Medauar. **O positivismo jurídico no século XXI**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018. p. 145-181.

KNOPFF, Rainer. **Courts don't make good compromises**. Policy Options, April 1999.

KRAMER, Larry D. **Judicial Supremacy and the End of Judicial Restraint**. California Law Review, v. 100, Issue 3, 2012. p. 621-634.

_____. **No Surprise: It's na Activist Court**. New York Times, 12.12.2000, A33

LARA, Matheus. **Augusto Nunes agride Glenn Greenwald após ser chamado de 'covarde' ao vivo**. Disponível em: <https://politica.estadao.com.br/noticias/geral,augusto-nunes-agride-glenn-greenwald-apos-ser-chamado-de-covarde-ao-vivo,70003079984>. Acesso em: 16 jan. 2020.

LEVINSON, Sanford; BALKIN, Jack M. **Constitutional Crises**. University of Pennsylvania Law Review, v. 157, n. 3, 2009. p. 707-753.

LITCHFIELD, Edward. **Governing Postwar Germany**. Ithaca (New York): Cornell University Press, 1953.

LORENZETTO, Bruno Meneses. **Os Caminhos do Constitucionalismo para a Democracia**. Belo Horizonte: Arraes, 2017.

_____; KOZICKI, Katya. **Constituindo a constituição**: entre paradoxos, razões e resultados. Revista Direito GV 22, v. 11, n. 2 (2015), p. 623-648.

_____; GONÇALVES, Henrique de Almeida Freire. Neil MacCormick, Universalidade e Coerência: uma Análise da Decisão do Supremo Tribunal Federal sobre a Execução da Pena após a Decisão em Segunda Instância sob a Perspectiva do Consequencialismo Jurídico. In: CONCI, Luiz Guilherme Arcaro; DIAS, Roberto. **Crise das Democracias Liberais**: Perspectivas para os direitos fundamentais e a separação de Poderes. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019. p. 81-104.

MACCORMICK, Neil. **Argumentação Jurídica e Teoria do Direito**. Trad. Waldéa Barcellos. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

_____. **Legal Reasoning and Legal Theory**. New York: Oxford University Press, 1978.

MADISON, James. Federalist Paper n. 10: The Same Subject Continued. In: HAMILTON, Alexander; JAY, John; MADISON, James. **The Federalist**. Editado por George W. Carey e James McClellan. Indianapolis: Liberty Fund, 2001. p. 42-48

_____. Federalist Paper n. 51: The same subject continued, with the same view, and concluded. In: HAMILTON, Alexander; JAY, John; MADISON, James. **The Federalist**. Editado por George W. Carey e James McClellan. Indianapolis: Liberty Fund, 2001. p. 267-272

MAGALHÃES, Guilherme. **Apoio à democracia cai no primeiro ano do governo Bolsonaro, diz Datafolha**. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/poder/2020/01/apoio-a-democracia-cai-no-primeiro-ano-do-governo-bolsonaro-diz-datafolha.shtml>. Acesso em: 07 jan. 2020.

MALTZ, Earl. **The Chief Justiceship of Warren Burger, 1969-1986**. Columbia: University of South Carolina Press, 2000.

MARANIELLO, Patricio Alejandro. **El activismo judicial, una herramienta de protección constitucional**. Revista Pensar en Derecho, Buenos Aires (Argentina), v. 1, año 1, p. 121 – 165, 2012.

MARGIOTTA, Costanza. **Bobbio e Matteucci su Constituzionalismo e Positivismo Giuridico**: Con uma lettera di Norberto Bobbio a Nicola Mateucci, in "Materiali per una Storia della Cultura Giuridica, Rivista fondata da Giovanni Tarello". a. XXX, n. 2, dicembre 2000. p. 387-426.

MARIANI, Daniel; LUPION, Bruno. **Qual é o grau de discordância e concordância entre os ministros do Supremo**. Disponível em: <https://www.nexojornal.com.br/especial/2017/03/21/Como-os-ministros-do-Supremo-se-aproximam-ou-se-distanciam-entre-si-de-acordo-com-suas-decis%C3%B5es>. Acesso em: 15 jan. 2020.

MARMELSTEIN, George. **Curso de Direitos Fundamentais**. São Paulo: Atlas, 2008.

MARTINEZ, Mariana. **"Se alguém falou em fechar o STF, precisa de um psiquiatra", diz Bolsonaro**. Disponível em: <https://oglobo.globo.com/brasil/se-alguem-falou-em-fechar-stf-precisa-de-um-psiquiatra-diz-bolsonaro-23173873>. Acesso em: 26 ago. 2019.

MATHEN, Carissima. **Dialogue Theory, Judicial Review, and Judicial Supremacy**: a Comment on "charter dialogue revisited". Osgoode Hall Law Journal, v. 45, n. 1, 2007.

MATSUURA, Lilian. **Oito em cada dez leis foram julgadas inconstitucionais pelo STF em 2017**. Anuário da Justiça Brasil. 12ª ed. Consultor Jurídico, 2018. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-mai-02/oito-cada-dez-leis-foram-julgadas-inconstitucionais-stf>. Acesso em: 07 mar. 2019.

MATTEI, Ugo. **Comparative Law and Economics**. Michigan: University of Michigan Press, 1997.

MAUS, Ingeborg. **Judiciário como superego da sociedade**: o papel da atividade jurisprudencial na "sociedade órfã" (*Justiz as gesellschaftliches Uber-Ich – Zur Funktion von rechsprechung in de 'vaterlosen Gesellschaft'*). Trad. por Martonio Lima e Paulo Albuquerque. Novos Estudos CEBRAP nº 58, nov./2000, p. 183-202.

MCDOWELL, Gary. **Curbing the Courts**: The Constitution and the Limits of Judicial Power. Baton Rouge: Louisiana State University Press, 1988.

MELLO FILHO, José Celso de. **Notas sobre o Supremo Tribunal (Império e República)**. 4ª ed. Brasília: Supremo Tribunal Federal, 2014.

MENDES, Conrado Hubner. **“Onze Ilhas”**. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/fsp/opiniao/fz0102201008.htm>. Consulta em: 12 mar. 2019.

_____. **Na prática, ministros do STF agridem a democracia, escreve professor da USP**. Disponível em: <http://www1.folha.uol.com.br/ilustrissima/2018/01/1953534-em-espiral-de-autodegradacao-stf-virou-poder-tensionador-dizprofessor.shtml?utm_source=facebook&utm_medium=social&utm_campaign=compfb>. Acesso em: 23 ago. 2019.

MICHELMAN, Frank. **The Supreme Court 1985 Term – Foreword**: Traces of Self-Government. 100 Harvard Law Review (1986) 4, p. 76.

MILLER, Geoffrey P. **The True Story of Carolene Products**. Supreme Court Review (1987) No. 1, p. 397-417

MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de. **O Espírito das Leis:** as formas de governo, a federação, a divisão dos poderes, presidencialismo versus parlamentarismo. São Paulo: Saraiva, 1998

MORAES, Guilherme Peña de. Protagonismo Institucional do Poder Judiciário no Estado Contemporâneo: Reflexões sobre a Judicialização, o Ativismo Judicial e a Autonomia Processual da Justiça Constitucional. In: MARINONI, Luiz Guilherme; SARLET, Ingo Wolfgang. **Processo Constitucional**. Org.: PESSOA, Paula; CREMONESE, Cleverton. São Paulo: Thomson Reuters, 2019.

MORAIS, Carlos Blanco de. A Justiça Constitucional e as suas Relações de Tensão com os Demais Poderes do Estado. In: MARINONI, Luiz Guilherme; SARLET, Ingo Wolfgang. **Processo Constitucional**. Org.: PESSOA, Paula; CREMONESE, Cleverton. São Paulo: Thomson Reuters, 2019.

MOUNK, Yascha. **O Povo Contra a Democracia**: Por que nossa liberdade corre perigo e como salvá-la (*The People vs. Democracy: Why Our Freedom Is in Danger and How to Save It*). Trad. Cássio de Arantes Leite e Débora Landsberg. São Paulo: Companhia das Letras, 2019.

MULLER, Ingo. **Furchbare Juristen**: Die unbewaltigte Vergangenheit unserer Justiz. Munique, 1987.

NOVAIS, Jorge Reis. **Direitos Fundamentais**: Trunfos Contra a Maioria. Coimbra: Coimbra Editora, 2006.

OBAMA, Barack. **Remarks by the President on the Passing of the U.S. Supreme Court Justice Antonin Scalia**. The White House: Office of the Press Secretary. February 13, 2016. Disponível em: <https://obamawhitehouse.archives.gov/the-press-office/2016/02/13/remarks-president-passing-us-supreme-court-justice-antonin-scalia>. Acesso em: 23 ago. 2019.

PACELLE, Richard. **The Transformation of the Supreme Court’s Agenda**: From the

New Deal to the Reagan Adminisration. Boulder (Colorado, Estados Unidos): Westview, 1991.

PASSADORE, Bruno de Almeida. **Precedentes e Uniformização de Jurisprudência:** Uma Análise Crítica. 2016. 205f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Departamento de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2016.

PATTERSON, James T. **Restless Giant**: The United States from Watergate to Bush v. Gore. New York: Oxford University Press, 2005.

PATZIG, Gunther. **Aristotle's Theory of the Syllogism**: a Logico-Philological Study of Book A of the Prior Analytics. Trad. por Jonathan Barnes. Dordrecht (Holanda): D. Reidel Publishing Company, 1968.

PAZARTZIS, Photini. Judicial Activism and Judicial Self-Restraint: The PCIJ's Lotus Case. In: FITZMAURICE, Malgosia; TAMS, Christian J. **Legacies of the Permanent Court of International Justice**. Leiden (Holanda): Martinus Nijhoff Publishers, 2013. p. 319-335.

PEREIRA, Paula Pessoa. **Qual a melhor regra de decisão para a jurisdição constitucional**: maiorias ou supermaiorias? Uma velha discussão não tão conhecida na história constitucional. Revista de Processo Comparado. RPC v. 7 (Jan-Jun 2018).

PINTO, José Guilherme Berman Correa. **Direito Constitucional Comparado e Controle Fraco de Constitucionalidade**. 2013. 244f. Tese (Doutorado em Direito) – Departamento de Direito, Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2013.

PORTAL G1. **Investigação policial conclui que morte de Moa do Katendê foi motivada por briga política**: inquérito foi enviado ao MP. Disponível em <https://g1.globo.com/ba/bahia/noticia/2018/10/17/investigacao-policial-conclui-que-morte-de-moa-do-katende-foi-motivada-por-briga-politica-inquerito-foi-enviado-ao-mp.ghtml>. Acesso em: 29 out. 2019.

_____. **Veja o que mudou sobre posse e porte de armas após 7 decretos do governo.** Disponível em: <https://g1.globo.com/jornal-nacional/noticia/2019/06/28/veja-o-que-mudou-sobre-posse-e-porte-de-armas-apos-7-decretos-do-governo.ghtml>. Acesso em: 28 jun. 2019.

_____. **Jair Bolsonaro leva facada durante ato de campanha em Juiz de Fora**. Disponível em: <https://g1.globo.com/mg/zona-da-mata/noticia/2018/09/06/ato-de-campanha-de-bolsonaro-em-juiz-de-fora-e-interrompido-apos-tumulto.ghtml>. Acesso em: 29 out. 2019.

POSNER, Richard A. **The Rise and Fall of Judicial Self-Restraint**. California Law Review, vol. 100, n. 3, june 2012, p. 519-556.

POZZOLLO, Susanna. Un constitucionalismo ambíguo. In: CARBONELL, Miguel. **Neoconstitucionalismo (s)**. Trotta: Madrid, 2003. p. 187-210.

PRADO, Maeli; MERLO, Marina. **Pedidos de impeachment de membros do STF disparam com polarização política**: Mais de 80% dos questionamentos foram feitos ao Senado desde 2015; Gilmar teve 9 petições. Disponível em: <https://noticias.uol.com.br/politica/ultimas-noticias/2019/04/17/ministros-do-stf-acumulam-12-pedidos-de-impeachment-engavetados-no-senado.htm>. Acesso em: 29 out. 2019.

PUGLIESE, William. **Princípios da Jurisprudência**. Belo Horizonte: Arraes, 2017.

RASCH, Dieter. **Hypothesis testing and the error of the third kind**. Psychological Test and Assessment Modeling, v. 54, 2012 (1), 90-99.

RECONDO, Felipe; WEBER, Luiz. **Os Onze**: O STF, seus bastidores e suas crises. São Paulo: Companhia das Letras, 2019.

RIGGS, Robert E. **When every vote counts**: 5-4 decisions in the United States Supreme Court, 1900-90. Hofstra Law Review. v. 21. 1992. p. 667-724.

ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. **Relatório Um Ano de Gestão – Ministra Cármen Lúcia - 12/09/2016 a 12/9/2017**. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/RelatrioCompletodaGesto1ano_MinistraCrmenLcia.pdf>. Acesso em: 11 mar. 2019.

RODRIGUEZ, José Rodrigo. **Por um Novo Conceito de Segurança Jurídica: Racionalidade Jurisdicional e Estratégias Legislativas**. ANALISI E DIRITTO, 2012, p. 129-152

ROOSEVELT, Kermit; GARNETT, Richard W. **Judicial Activism and Its Critics**. Pennsylvania Law Review, v. 115:112, 2006. p. 112-128.

ROSS, Alf. **On self-reference and a puzzle in constitutional law**. Mind: a quarterly review of psychology and philosophy. January, 1969, v. LXXVIII, n. 309, p. 1-24.

ROZNAI, Yaniv. **Unconstitutional Constitutional Amendments**: A Study of the Nature and Limits of Constitutional Amendment Powers. 2014. 363f. Tese (Doctor of Philosophy) – Departament of Law, London School of Economics, Londres, 2014.

SALGADO, Eneida Desiree. **Caminhos e Desafios da Revisão Judicial de Constitucionalidade**. In: Revista Direitos Fundamentais e Democracia, v. 19, n. 19, p. 114-130, jan/jun 2016.

SAKAMOTO, Leonardo. **Para Toffoli, um soldado e um cabo fechando o STF seria golpe ou movimento?** Disponível em: <https://blogdosakamoto.blogosfera.uol.com.br/2018/10/21/para-toffoli-um-soldado-e-um-cabo-fechando-o-stf-seria-golpe-ou-movimento/>. Acesso em: 26 ago. 2019.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. 11ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

SARMENTO, Daniel. Ubiquidade Constitucional: os dois lados da Moeda. In: **A**

Constitucionalização do Direito: Fundamentos teóricos e aplicações específicas. Cláudio Pereira de Souza Neto e Daniel Sarmento (Coord.). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 113-148.

SAVAGE, David G. PHELPS, Timothy M. **Obama unlikely to alter Supreme Court ideology with Republican Senate**. L.A. Times, 2014. Disponível em: <https://www.latimes.com/nation/politics/la-na-court-gop-20141109-story.html>. Acesso em: 25 jul. 2019.

SCHIER, Paulo Ricardo. **Novos Desafios da FItragem Constitucional no Momento do Neoconstitucionalismo**. A & C Revista de Direito Administrativo e Constitucional, Belo Horizonte, ano 5, n. 20, p. 145-165, abr./jun. 2005

SCHREIBER, Mariana. **Brasil lidera índice internacional em número de partidos – o que isso significa para a crise?** BBC Brasil, 29.06.2016. Disponível em: <https://www.bbc.com/portuguese/brasil-36627957>. Acesso em: 25 jul. 2019.

SCHUETTINGER, Robert L. **Forty Centuries of Wage and Price Controls**: How Not to Fight Inflation. Auburn: Ludwig Von Mises Institute, 2014.

SEN, Amartya. **A Ideia de Justiça**. Trad. Ricado Doninelli Mendes e Denise Bottman. São Paulo: Schwarcz Editora, 2009.

SERPA, Rodrigo. **Muro é construído na Esplanada dos Ministérios para votação do impeachment**. Disponível em: <https://cbn.globoradio.globo.com/grandescoberturas/a-guerra-do-impeachment/2016/08/24/MURO-E-CONSTRUIDO-NA-ESPLANADA-DOS-MINISTERIOS-PARA-VOTACAO-DO-IMPEACHMENT.htm>. Acesso em: 16 jan. 2020.

SHAPIRO, Ian. **The State of Democratic Theory**. Princeton: Princeton University Press, 2002.

SHIPAN, Charles R. SHANNON, Megan L. **Delaying Justice (s)**: A Duration Analysys of Supreme Court Confirmations. American Journal of Political Science, v. 47, Issue 4, October 2003, p. 654-668.

SHUGERMAN, Jed Handelsman. **A six-three rule**: reviving consensus and deference on the Supreme Court. Georgia Law Review, v. 37, 2003, p. 997-1010.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 40ª ed. São Paulo: Malheiros, 2017.

_____. **Comentário Contextual à Constituição**. São Paulo: Malheiros, 2006.

_____. **A Dignidade da Pessoa Humana Como Valor Supremo da Democracia**. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, 212, abr/jun 1998, p. 89-94

SILVA, Luís Virgílio Afonso da. **Direitos Fundamentais**: Conteúdo Essencial, Restrições e Eficácia. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2017.

_____. **Ulisses, as sereias e o poder constituinte derivado**: sobre a inconstitucionalidade da dupla revisão e da alteração no quórum de 3/5 para a aprovação de emendas constitucionais. Revista de direito Administrativo, n. 226, out/dez 2001, p. 11-32.

SINNOT-ARMSTRONG, Walter. **Weak and Strong judicial review**. Law and Philosophy 22, 2003, p. 381-392.

SMINK, Veronica. **Elecciones en Argentina: por qué el peronismo se fortalece cada vez que el país entra en crisis**. BBC News Mundo, Argentina. 28 de outubro de 2019. Disponível em: <https://www.bbc.com/mundo/noticias-america-latina-50063735>. Consulta em: 04 de março de 2020

SMITH, Craig Alan. **Failing Justice**: Charles Evans Whittaker on the Supreme Court. Jefferson: McFarland & Company Inc., 2005.

SMITH, Richard L. **A Statistical Assessment of Buchanan's Vote in Palm Beach County**. Statistical Science, v. 17, n. 4, Voting and Elections (Nov. 2002), p. 441-457

SOUZA, André de. **Gilmar Mendes estuda rever prisão após segunda instância**: Ministro do STF admite autorizar o cumprimento de pena só após decisão do STJ. Disponível em: <https://oglobo.globo.com/brasil/gilmar-mendes-estuda-rever-prisao-apos-segunda-instancia-21395908>. Acesso em: 12 mar. 2019.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira; SARMENTO, Daniel. **Direito Constitucional**: Teoria, história e métodos de trabalho. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

STRAUSS, David A. **The Living Constitution**. New York: Oxford University Press, 2010.

STRUPCZEWSKI, Jan. **Poland's lowering of retirement age for judges breaks EU laws**: EU court adviser Reuters, 20.06.2019. Disponível em: <https://www.reuters.com/article/us-poland-eu-court/polands-lowering-of-retirement-age-for-judges-breaks-eu-laws-eu-court-adviser-idUSKCN1TL0QM>. Acesso em: 29 out. 2019.

SUNSTEIN, Cass R. **Tilting the Scales Rightward**. New York Times, 26.04.2001, A23

TALEB, Nassim Nicholas. **Antifragile**: Things That Gain from Disorder. New York: Random House, 2012.

THALER, Richard H.; SUNSTEIN, Cass R. **Nudge**: Improving Decisions About Health, Wealth, and Happiness. New Haven: Yale University Press, 2008.

THAYER, James Bradley. **The Origin and Scope of the American Doctrine of Constitutional Law**. Boston: Little, Brown, and Company, 1893.

TOOBIN, Jeffrey. **The Nine**: Inside the Secret World of the Supreme Court. New York: Anchor Books, 2007.

TSEBELIS, George. **Atores com Poder de Veto**: Como Funcionam as Instituições Políticas. Trad. Micheline Christophe. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2009.

TUSHNET, Mark. **New Forms of Judicial Review and the Persistence of Rights – And Democracy – Based Worries**. 38 Wake Forest Law Review, 2013. p. 813-838.

_____. **Taking the Constitution Away From the Courts**. Princeton: Princeton University Press, 1999.

VALCKE, Catherine. **Practice and Theory in Comparative Law**. Cambridge University Press, 2012.

VAZQUEZ, Rafael; GRANER, Fabio. **"Para fechar o STF basta um soldado e um cabo", diz Eduardo Bolsonaro**. Disponível em: <https://www.valor.com.br/politica/5939007/para-fechar-o-stf-basta-um-soldado-e-um-cabo-diz-eduardo-bolsonaro>. Acesso em: 26 ago. 2019.

VEJA. **Derrotado nas urnas, Maduro anuncia a criação de um "Parlamento paralelo"**. Disponível em: <https://veja.abril.com.br/mundo/derrotado-nas-urnas-maduro-anuncia-a-criacao-de-um-parlamento-paralelo/>. Acesso em: 08 fev. 2020.

VICTOR, Sérgio Antônio Ferreira. **Diálogo Institucional e Controle de Constitucionalidade**: Debate Entre o STF e o Congresso Nacional. São Paulo: Saraiva, 2015.

VIEIRA, Oscar Vilhena. **A batalha dos poderes**: Da transição democrática ao mal-estar constitucional. São Paulo: Companhia das Letras, 2018.

WALDRON, Jeremy. **Law and Disagreement**. New York: Oxford University Press, 2001.

_____. **The Core of the Case Against Judicial Review**. The Yale Law Journal. v. 115, 2006. p. 1346-1406.

WALTMAN, Jerold. **Principled Judicial Restraint**: A Case Against Activism. New York (EUA): Palgrave MacMillan, 2015.

WAND, Jonathan N.; SHOTTS, Kenneth W.; SEKHON, Jasjeet S.; MEBANE JR., Walter R.; HERRON, Michael C.; BRADY, Henry E. **The Butterfly Did It: The Aberrant Vote for Buchanan in Palm Beach County, Florida**. American Political Science Review, v. 95, n. 4, December 2001. p. 793-810

WILENTZ, Sean. **The Age of Reagan**: A History, 1974-2008. New York: HarperCollins, 2008.

WURMEISTER, Fabiula; BITTENCOUT, Cícero. **Tiros contra caravana de Lula foram um ataque planejado, diz delegado.** Disponível em: <https://g1.globo.com/pr/campos-gerais-sul/noticia/tiros-contra-caravana-de-lula-foram-um-ataque-planejado-diz-delegado.ghtml>. Acesso em: 16 jan. 2020.

YUNG, Corey Rayburn. **Flexing judicial muscle**: an empirical study of judicial activism in the federal courts. Northwestern University Law Review. v. 105, n. 1, 2011. p. 1-60.

ZAGREBELSKY, Gustavo. **Il Diritto Mite**: Legge, Diritto, Giustizia. Torino (Itália): Einaudi, 1992.