

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE MINAS GERAIS
Programa de Pós-Graduação em Direito Público

**O ATIVISMO JUDICIAL COMO INSTRUMENTO DE CONCREÇÃO DOS DIREITOS
FUNDAMENTAIS NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO:
uma leitura à luz do pensamento de Ronald Dworkin**

Teodolina Batista da Silva Cândido Vitória

Belo Horizonte
2011

TEODOLINA BATISTA DA SILVA CÂNDIDO VITÓRIO

**O ATIVISMO JUDICIAL COMO INSTRUMENTO DE CONCREÇÃO DOS DIREITOS
FUNDAMENTAIS NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO:
uma leitura à luz do pensamento de Ronald Dworkin**

Tese apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito Público da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, como requisito parcial para obtenção do título de Doutora em Direito.

Orientador: Prof. Dr. José Adércio Leite Sampaio

**Belo Horizonte
2011**

FICHA CATALOGRÁFICA

Elaborada pela Biblioteca da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais

V845a Vitório, Teodolina Batista da Silva Cândido
O ativismo judicial como instrumento de concreção dos direitos fundamentais no estado democrático de direito: uma leitura à luz do pensamento de Ronald Dworkin / Teodolina Batista da Silva Cândido Vitório. Belo Horizonte, 2011. 255f. : Il.

Orientador: José Adércio Leite Sampaio
Tese (Doutorado) – Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Programa de Pós-Graduação em Direito

1. Poder judiciário e questões políticas. 2. Direitos fundamentais. 3. Separação de poderes. 4. Hermenêutica. 5. Dworkin, Ronald. I. Sampaio, José Adércio Leite. II. Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Programa de Pós-Graduação em Direito. III. Título.

CDU: 342.591

Teodolina Batista da Silva Cândido Vitória

**O ATIVISMO JUDICIAL COMO INSTRUMENTO DE CONCREÇÃO DOS DIREITOS
FUNDAMENTAIS NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO:
uma leitura à luz do pensamento de Ronald Dworkin**

Tese apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito Público da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, como requisito parcial para obtenção do título de Doutora em Direito.

Prof. Dr. José Adércio Leite Sampaio (Orientador) - PUC Minas

Prof. Dr. Edimur Ferreira de Faria – PUC Minas

Prof. Dr. Bruno Wanderley Júnior – PUC Minas

Prof^a. Dra. Eunice Maria Nazareth Nonato - UNISINOS

Prof^a. Dra. Débora Costa Ramires - UNIMEP

Belo Horizonte, 05 de janeiro de 2011.

A Deus,
Autor e consumidor de todas as coisas,
alfa e ômega, princípio e fim,
meu sol, meu oásis, meu tudo, minha vida.

AGRADECIMENTOS

À minha mãe, Derby Marilúcia da Silva, exemplo de fé e ternura, por me sustentar em oração.

A meu pai, João Batista da Silva, pela coragem e determinação.

Aos meus irmãos e irmãs, pelo invencível poder da solidariedade.

A meu esposo João Marcos Cândido Vitória, pela bondade e resignação.

Às minhas filhas Lorena Silva Vitória e Esther Silva Vitória, eternas fontes de encanto, amor e inspiração.

À Margarida Cândida da Silva, minha sogra, pelo imerecido apoio nesta dura jornada.

Ao Sr. Geraldo Vitória (*in memoriam*), meu sogro, prova real de que, quando nossas forças se esvaem, acende-se em nós a inexaurível chama do soberano poder de Deus.

Às amigas Sebastiana Salomé de Paula e Josiele de Abreu Dias, pela cumplicidade e colaboração.

Aos amigos Amarildo Lourenço Costa, Lorimar de Azevedo Piazarolo e Ariadne Lana Xavier, pela indispensável compreensão.

À Vera Maria Fróes, forte, augusta e sublime presença em minha vida, por ter lançado em meu coração, ainda juvenil, a fecunda semente dos Direitos Humanos por meio do evangelho de Cristo e das eternas lições proferidas pela Dra. Valéria Vieira Alves de Queiróz (*in memoriam*) – Juíza de Direito e Defensora dos pequenos e socialmente oprimidos.

Aos alunos e alunas que me ensinam a divina arte de sonhar com um novo tempo onde o Direito e a Justiça reinarão de braços dados.

Ao Professor Doutor Rosângelo Rodrigues de Miranda, pelo determinante suporte nesta empreitada.

À Igreja Metodista, por apregoar-me o evangelho traduzido numa fé-cidadã, decorrente da história de um Cristo que, há milênios, ensinou aos governos e povos a iniludível prioridade aos direitos dos diferentes e excluídos, que continuam se arrastando solitários pelo *chão da vida*, entre as crescentes e desprezadas minorias.

À prestigiosa Faculdade de Direito do Vale do Rio Doce – FADIVALE, pelo custeio parcial deste projeto e pela oportunidade de nela ter cursado minha

graduação e especializações, bem como por confiar-me o exercício da docência e de modesta participação em sua gestão.

À Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais – PUC/Minas, por oportunizar-me este honroso título, bem como a todos os seus funcionários, pela dedicação, competência e carisma.

Aos Professores e Professoras por me apontarem o caminho neste curso, iluminando para sempre os meus passos.

De forma especial agradeço ao meu dileto Orientador, o Prof. Dr. José Adércio Leite Sampaio, pelas profícuas lições sem as quais esta produção, por certo, jamais teria germinado.

Àqueles que compreenderam minha ausência, perdoando-me pelo recolhimento necessário a fim de que, nas horas aflitivas e solitárias deste estudo, este sonho se consumasse.

A todos os demais parentes, amigos, conhecidos e desconhecidos, que professam a fé na justiça e que, de forma direta ou indireta, alimentaram este sublime ideal em meu inquieto coração que insiste em sofrer as dores das multidões que marcham errantes e sem direção, num sistema em que o princípio da igualdade, mais que um direito, consiste numa hercúlea batalha ainda a ser conquistada.

Nosso sistema constitucional baseia-se em uma teoria moral específica, a saber, a de que os homens têm direitos morais contra o Estado. As cláusulas difíceis (...) como as cláusulas do devido processo legal e da igual proteção, devem ser entendidas como um apelo a conceitos morais (...). Portanto, um tribunal que assume o ônus de aplicar tais cláusulas plenamente como lei, deve ser um tribunal ativista, no sentido de que ele deve estar preparado para formular questões de moralidade política e dar-lhes uma resposta. (DWORKIN, 2010, p. 231)

RESUMO

Esta tese propõe o enfrentamento de uma das mais decantadas doutrinas que polemizam hodiernamente a estrutura do Estado: o ativismo judicial. O estudo se dá não somente no âmbito interno (STF), mas também no direito comparado, e, de forma particular, nos Estados Unidos da América, onde foram destacadas, sobretudo, a “*Corte de Warren*” (ativismo progressista) e a “*Corte de Rehnquist*” (ativismo conservador). Como marcoteórico foi adotado o direito social com ênfase na doutrina do jusfilósofo norte-americano Ronald Dworkin. Este propõe, em síntese, que as decisões judiciais perpassem pelo crivo de uma interpretação construtiva via “*Chain novel*”, aplicando-se os “Princípios”, em especial da “Integridade” e da “Leitura Moral da Constituição”. Em seu núcleo central, questiona-se a viabilidade do ativismo judicial frente ao sistema da “*separação de poderes*” e o *checks and balances* adotados pela Constituição brasileira, princípios estes que sofrem tormentosamente com a letargia comatosa do Executivo e do Legislativo, emergindo daí uma postura proativa do Poder Judiciário. Esse debate tem avançado sensivelmente em todas as instâncias, sempre imbricado na “*judicialização da política*” e na “*politização da justiça*”, consistindo esta em uma “*ferida narcísica do atual sistema político-jurídico nacional*” (Informação verbal).¹ Na construção deste trabalho, pretendeu-se avaliar o seguinte problema: “*O ativismo judicial promove a democracia consagrando de forma mais efetiva os direitos fundamentais, ou favorece o surgimento de uma juristocracia violadora das tutelas e garantias constitucionais?*” No desvelar desta investigação foi elaborado todo um *construct* teórico fulcrado em juristas, filósofos e cientistas políticos que deixaram, na história e no direito contemporâneo, ricos legados acerca dessa abordagem. Sua conclusão deságua num oceano de fundamentos e argumentações que justificam e até mesmo impõem a adoção de um ativismo judicial, porém, orientado por princípios plenipotenciários, que garantem a chancela da cidadania e dos direitos fundamentais. Quanto aos possíveis riscos resultantes

¹ Pronunciamento do jurista Lenio Luiz Streck, na palestra intitulada “Que é isto: Decido conforme minha consciência? Os desvios hermenêuticos da decisão judicial”, no Congresso “Constituição e Processo - entre o Direito e a Política”, realizado em 13 e 14 de Setembro de 2010, em Belo Horizonte-MG, promovido pelo Instituto de Hermenêutica Jurídica em parceria com a PUC/Minas.

dos “*excessos pela opulência ou pela carência, devem encontrar sua equação no equilíbrio advindo da hermenêutica e da argumentação*” (Informação verbal).² Afinal, ensina Dworkin: “Nosso sistema constitucional baseia-se em uma teoria moral específica, a saber, a de que os homens têm direitos morais contra o Estado. As cláusulas difíceis (...) como as cláusulas do devido processo legal e da igual proteção devem ser entendidas como um apelo a conceitos morais (...). Portanto, um tribunal que assume o ônus de aplicar tais cláusulas plenamente como lei, deve ser um tribunal ativista, no sentido de que ele deve estar preparado para formular questões de moralidade política e dar-lhes uma resposta.” (DWORKIN, 2010, p. 231)

Palavras-chave: Ativismo Judicial. Direitos Fundamentais. Separação dos Poderes. Interpretação Hermenêutica. Integridade. Moralidade.

² Pronunciamento do jurista Fernando José Armando Ribeiro, na palestra intitulada: “*Judicialização da Política na Política Comparada*”, no Congresso “Constituição e Processo - entre o Direito e a Política”, realizado em 13 e 14 de Setembro de 2010, em Belo Horizonte-MG, promovido pelo Instituto de Hermenêutica Jurídica em parceria com a PUC/Minas.

ABSTRACT

This thesis proposes to confront one of the most decanted phenomena in our times that permeates the structure of the state: judicial activism. The study occurs not only internally (STF), but also in comparative law and, more particularly, the United States of America, where most of all “*Warren Court*” (progressive activism) and “*Rehnquist Court*” (conservative activism) were highlighted. As a theoretical basis, the American legal philosopher, Ronald Dworkin, was used as theoretical basis. He proposes, in short, that decisions should go through the sieve of a constructive interpretation via “*chain novel*” by applying the “Principles”, in particular, the “Integrity” and the “Moral Reading of the Constitution.” At its core, he questions the viability of the judicial activism against the system of “*separation of powers*” and “*checks and balances*” adopted by the Brazilian Constitution, which suffer the torment generated by the comatose lethargy executive and legislative branches, causing a proactive stance of the Judiciary. This debate has advanced significantly in all instances, forever entangled in the “*legalization of politics*” and the “*politicization of justice*”, consisting of a narcissistic wound of the current national political-legal system (Verbal information).¹ Through this task force it was sought to assess whether “*judicial activism promotes democracy more effectively enshrining fundamental rights, or gives rise to a juristocracy violating guardianships and constitutional guarantees?*” At the unveiling of this investigation a central theoretical construct was designed based on philosophers and political scientists who have left rich legacies in history and contemporary law concerning this approach. His conclusion flows into an ocean of reasons and arguments that justify and even require the existence of judicial activism, however, guided by plenipotentiary principles that ensure the seal of citizenship and fundamental rights. Regarding the risks arising from possible “*excesses by the opulence or lack, should find its equation in the balance arising*

¹ Statement of jurist Lenio Luiz Streck, in a lecture entitled: “*What is this: Do I decide according to my conscience? Hermeneutic deviations of court decision in the Congress “Constitution and Procedure - between Law and Politics*” held on September 13th and 14th, 2010, in Belo Horizonte-MG, sponsored by the Institute of Legal Hermeneutics in a partnership with PUC/MG.

from hermeneutics and argumentation" (Verbal Information).² After all, Dworkin teaches "Our constitutional system is based on a specific moral theory, namely, that men have moral rights against the State. Difficult provisions (...) as the provisions of a due legal process and equal protection, must be understood as an appeal to moral concepts (...). Therefore, a court which takes the burden of fully applying such provisions as law, must be an activist court, in the sense that it must be prepared to ask questions of political morality giving an answer to them." (DWORKIN, 2010, p. 231)

Keywords: Judicial Activism. Fundamental Rights. Separation of Powers. Hermeneutic Interpretation. Integrity. Morality.

² Statement by attorney Fernando José Armando Ribeiro, in his lecture entitled "Judicialization of Politics in Comparative Politics," in the Congress "Constitution and Process - between Law and Politics" held on September 13th and 14th 2010, in Belo Horizonte-MG, sponsored by the Institute of Legal Hermeneutics in partnership with PUC / Minas.

LISTA DE TABELAS

| | |
|---|-----|
| TABELA 1 Teoria das Gerações dos Direitos | 27 |
| TABELA 2 Principais autores das Ações Civas Públicas – 1996/2001 | 33 |
| TABELA 3 Composição da Corte de Warren – 1953/1969 | 98 |
| TABELA 4 Europa: predominância do Direito do Consumidor e do Trabalho | 154 |
| TABELA 5 Atuação do Conselho Constitucional Francês – 1958/1993 | 156 |

LISTA DE ABREVIATURAS

a.C – Antes de Cristo
ADIn – Ação Direta de Inconstitucionalidade
Art. - Artigo
DF – Distrito Federal
DJ – Diário de Justiça
Gn – Gênesis
HC – *Habeas Corpus*
MA – Maranhão
MC – Medida Cautelar
Min – Ministro(a)
MS – Mandado de Segurança
Pet – Petição
RE – Recurso Extraordinário
REsp – Recurso Especial
RN – Rio Grande do Norte
RS – Rio Grande do Sul

LISTA DE SIGLAS

ADPF – Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental

AIDS – Síndrome da Imunodeficiência Adquirida

ANIS – Instituto de Bioética, Direitos Humanos e Gêneros

BGB – Código Civil da Alemanha

CNTS – Confederação Nacional dos Trabalhadores na Saúde

CRF – Constituição da República Federativa do Brasil

E.U.A. – Estados Unidos da América

FGTS – Fundo de Garantia por Tempo de Serviço

GAP – Grupo contra Pornografia

HIV – *Human immunodeficiency vírus*

LEAF – Associação de proteção legal de mulheres

ONG – Organização não governamental

PC do B – Partido Comunista do Brasil

PSC – Partido Social Cristão

PUC – Pontifícia Universidade Católica

RJR – *MacDonald Inc*

SSRN – *Social Science Research Network*

STE – Superior Tribunal Eleitoral

STF – Supremo Tribunal Federal

STJ – Superior Tribunal de Justiça

SUS – Sistema Único de Saúde

SUMÁRIO

| | |
|--|-----|
| 1 INTRODUÇÃO | 15 |
| 2 DIREITOS FUNDAMENTAIS..... | 19 |
| 2.1 Direitos Fundamentais: não um dado, mas uma construção..... | 19 |
| 2.2 Direitos Fundamentais numa perspectiva constitucional-democrática | 27 |
| 3 A CONSTITUIÇÃO COMO NORMA..... | 33 |
| 3.1 Constituição como norma | 33 |
| 3.2 Vinculação dos três poderes..... | 39 |
| 3.3 O Poder Judiciário como instrumento de efetividade constitucional | 52 |
| 3.3.1 <i>Judicialização da política e politização da justiça</i> | 52 |
| 3.3.2 <i>Perfeccionismo, Minimalismo judicial e Procedimentalismo</i> | 58 |
| 3.4 Conflito entre Constitucionalismo e Democracia..... | 62 |
| 4 O ATIVISMO JUDICIAL NA LEITURA DE RONALD DWORKIN | 74 |
| 4.1 Conceito | 74 |
| 4.2 O modelo do direito como “ <i>princípio da integridade</i> ” | 84 |
| 4.3 A “ <i>leitura moral</i> ” da Constituição e o “Juiz Hércules” | 100 |
| 5. O ATIVISMO JUDICIAL..... | 112 |
| 5.1 O Ativismo Judicial Progressista – a Corte de <i>Warren</i> | 112 |
| 5.2 O Ativismo Judicial Conservador – a Corte de <i>Rehnquist</i> | 124 |
| 5.3 O Ativismo Judicial no Brasil – STF | 133 |
| 5.4 Os riscos do ativismo judicial..... | 150 |
| 6. ATIVISMO JUDICIAL NO DIREITO COMPARADO | 161 |
| 6.1 Estados Unidos da América | 162 |
| 6.2 Canadá | 166 |
| 6.3 Índia..... | 169 |
| 6.4 Israel..... | 175 |
| 6.5 Europa | 178 |
| 7 ATIVISMO JUDICIAL COMO RESULTADO DA DEMOCRACIA | 186 |
| 7.1 Relações entre o Judiciário e os poderes políticos - O caso do <i>New Deal</i> | 186 |
| 7.2 A influência da mobilização social – o caso do aborto nos EUA..... | 194 |
| 7.3 O ativismo como decorrência da democracia | 212 |
| 8 CONCLUSÃO | 222 |
| REFERÊNCIAS..... | 226 |
| ANEXOS | 251 |

1 INTRODUÇÃO

No limiar do presente ensaio, saliente-se o sentimento de Sampaio quando adverte: “Pensemos nas periferias e nas favelas das grandes cidades. Seus moradores estão submetidos a todo tipo de intempéries. *Vivem no reino da falta*: falta de liberdade, falta de segurança, falta de saneamento básico, falta de garantia de acesso ao Judiciário, falta, enfim, de dignidade respeitada”. (SAMPAIO, 2008, grifo nosso). Movido pelo mesmo sentimento, Boaventura de Sousa Santos (2007, p. 10) de forma visionária assim profetiza: “A frustração sistemática das expectativas democráticas pode levar à desistência da crença no papel do direito na construção da democracia” (SANTOS, 2007, p. 10). Sobre essa desafiadora reflexão, tem sido lançado um olhar agudo por parte de membros diversos da comunidade jurídica nacional.

Unidos por um objetivo comum – evitar a frustração das expectativas democráticas e insistir, para tanto, na consagração do reino da justiça pela real efetividade dos direitos fundamentais –, vários segmentos têm buscado estratégias multifacetárias, visando a estabelecer uma sociedade onde imperem a dignidade, a igualdade, a liberdade, a solidariedade e a felicidade, valores consagrados pela Primeira Declaração de Direitos da América, enaltecida por Sampaio (2004).

Nesse movimento histórico e paradigmático de proporções universais, o Estado entra em cena por meio de seus Poderes, dentre os quais, por motivos que serão abordados *a posteriori* neste trabalho, evidencia-se, de forma mais notória, o Poder Judiciário. Este, por sua vez, apresenta com inescandível euforia um novo escudo adotado no enfrentamento dessa batalha cívica pela promoção da democracia e, via reflexa, pela visibilidade dos direitos constitucionais suso mencionados.

O referido instrumento vem rotulado sob o signo de ATIVISMO JUDICIAL, doutrina cujos contornos constituem o objeto central deste estudo. Num país como o Brasil, mergulhado num oceano de incertezas e profundos dramas sociopolíticos e culturais que conclamam por medidas urgentes, efetivas e pontuais acentuam-se diariamente sérios problemas, tais como: miséria moral devastadora, sobretudo na esteira política; desigualdade social, pobreza pandêmica, vulnerabilidade das relações público/privadas, desmantelamento das entidades familiares, crise crônica

do sistema carcerário, etc. A esses sinais de degradação coletiva somem-se outros igualmente preocupantes, que insistem em minar esta nação, cujas bases já se encontram gravemente abaladas.

Constata-se, *prima facie*, que o ativismo judicial, que também visa minimizar os dilemas supramencionados, tem suas raízes na jurisprudência norte-americana. Traduz, em linhas gerais, uma interpretação proativa e progressista do ideário Constitucional, redimensionando o seu real sentido e seu verdadeiro alcance. Em regra, é invocado sobretudo em casos de inércia do Poder Legislativo, que provoca a desarmonia entre a classe política e a sociedade civil, fato que, historicamente tem impedido a solução efetiva de gritantes demandas sociais.

É nesse contexto que surge a lição de Luís Roberto Barroso (2008), ao elaborar a “Retrospectiva 2008” acerca da atuação do Supremo Tribunal Federal, num sentido jurídico, político e filosófico, intitulada: “Ano do STF: Judicialização, ativismo e legitimidade democrática”. Ele ressalta nesse conhecido texto, que o final da Segunda Guerra Mundial marcou a maioria dos países ocidentais com o avanço da Justiça Constitucional sobre o espaço da política majoritária consagrada na esfera do Legislativo e do Executivo, tendo como instrumento o voto popular. Somente para ilustrar a relevância do Ativismo Judicial, Barroso faz alusão ao momento em que, no Canadá, a Suprema Corte foi obrigada a posicionar-se acerca da constitucionalidade ou não do fato de os Estados Unidos realizarem testes com mísseis em solo canadense.

O reconhecido constitucionalista, naquela apurada crítica científica, suscitou julgamentos emblemáticos nos quais, a princípio, a atuação proativa da Suprema Corte, agindo dentro do conservadorismo, mutilou os direitos constitucionais com decisões absolutas e tiranas. Dentre estas, destacam-se as seguintes que serão estudadas neste trabalho: “*Dred Scott x Sanford*”, 1857, de acordo com a qual a segregação racial foi francamente endossada; “*Era Lochner*”, 1905 – 1937, que admitiu a invalidação de leis de proteção dos trabalhadores. Ressaltou, por fim, o conflito entre o Presidente Roosevelt e a Corte, ante a alteração da orientação jurisprudencial adversa ao intervencionismo estatal (“*West Coast x Parrish*”, 1937).

Outrossim, Barroso relata que, após 1950, a história se recompôs, fazendo nascer um novo tempo. A Suprema Corte então, na “*Era Warren*” (1953 – 1969) e nos primórdios da “*Era Burger*” (até 1973), emitiu veredictos progressistas na esfera dos direitos fundamentais, que também serão objeto de análise na presente tese.

Foi quando então esse Tribunal primou, em especial, pela proteção dos negros (“*Browm v. Board off Education*”, 1954), bem como dos cidadãos acusados penalmente (“*Miranda v. Arizona*”, 1966), contemplando também as mulheres (“*Richardson v. Frontiero*”, 1973). Tutelou ainda o direito à privacidade (“*Griswold v. Connecticut*,” 1965), pronunciando-se, além disso, sobre a dramática questão do aborto no paradigmático julgamento “*Roe v. Wade*”, 1973, no qual prevaleceu o *right to privacy*. Por esse princípio, que representa o primado da liberdade pessoal, corolário da 14ª Emenda, deliberou-se: “*broad enough to encompass a woman’s decision wether or not to terminate her pregnancy*¹”. (SUPREMA CORTE NORTE-AMERICANA, 2010).

Recentemente, o Judiciário brasileiro também tem adotado decisões típicas desse ativismo progressista norte-americano, rompendo indisfarçadamente com a tradição germano-romana do *civil law*. Consoante aborda o item “4.4” deste texto, o STF, invocando o preceito democrático, posicionou-se pela fidelidade partidária, estendeu a vedação do nepotismo aos Poderes Legislativo e Executivo, enfrentou o debate sobre a verticalização das Coligações Partidárias no Direito Eleitoral, tendo ainda declarado a inconstitucionalidade da cláusula de barreira, protegendo assim os Partidos Políticos de menor expressão. No território das políticas públicas, esse Tribunal tem determinado a distribuição de medicamentos, a concessão de terapias e tratamentos experimentais, até mesmo no exterior, posturas pró-ativas e revolucionárias que possibilitam o efetivo acesso à Justiça como princípio constitucional.

Porém, diante desse novo cenário, ouve-se uma voz que clama avidamente no deserto da consciência jurídica brasileira, fazendo ecoar, de forma apelativa, a seguinte inquirição: *O Ativismo Judicial promove a democracia consagrando de forma mais efetiva os direitos fundamentais, ou favorece o surgimento de uma juristocracia violadora das tutelas e garantias constitucionais?*

É nessa esteira que Ronald Dworkin, cuja doutrina orienta esta pesquisa, é reverenciado como um dos maiores teóricos contemporâneos do *Ativismo Judicial*, preconizando uma interpretação construtiva do direito, a partir da “Leitura Moral da Constituição” (*moral reading*) e do “Princípio da Integridade” que serão explorados no quarto capítulo deste trabalho.

¹ O Julgado foi pela possibilidade plena das mulheres interromperem a gestação (Tradução livre).

O “objetivo” central deste estudo, consiste em buscar resposta à inquietante indagação já apresentada, por meio de um diálogo com o pensamento de Dworkin, bem como perscrutar a contribuição científica de sua filosofia para o Ativismo Judicial. A matéria é estudada a partir da Suprema Corte Norte Americana, sem prejuízo de sua análise junto ao STF e no direito comparado.

Os capítulos aqui apresentados foram idealizados, inicialmente, com base nos “Direitos Fundamentais, numa perspectiva constitucional-democrática”, “Na Constituição como norma” e “No Poder Judiciário como instrumento de efetividade constitucional”. Investiga-se, sob esse aspecto, “A judicialização da política e a politização da justiça”, quando então se estabelece um contraponto entre “Constitucionalismo e Democracia”.

Posteriormente, investiga-se o ativismo na *Corte de Warren* e na *Corte de Rehnquist*, bem como no Brasil junto ao Supremo Tribunal Federal, analisando, em seguida, os eventuais riscos que dele possam advir. Prosseguindo, avalia o ativismo como resultado da democracia, explorando o “Caso New Deal” e o “aborto” nos E.U.A. O “*princípio da integridade*”, a “*leitura moral da Constituição*” e a figura do “*Juiz Hércules*”, conceitos centrais da rica filosofia dworkiniana também são pesquisados neste trabalho. Por derradeiro, aborda o *direito comparado*, decifrando o ativismo judicial em diversos outros ordenamentos jurídicos.

No que tange à “metodologia”, adotou-se, neste estudo, a vertente intitulada “*jurídico-teórica*”, mais inerente à “esfera da filosofia do Direito e às áreas teórico-gerais dos demais campos jurídicos” (GUSTIN & DIAS, 2006, p. 22). Quanto ao “tipo”, ele se classifica como “jurídico-exploratório”, enfatizando, em sua “abordagem preliminar, um problema jurídico. Ressaltando características, percepções e descrições sem se preocupar com suas razões explicativas, ele abre caminho a investigações mais profundas ou hipóteses mais precisas” (GUSTIN & DIAS, 2006, p. 28).

Sua “natureza doutrinária e jurisprudencial” se encontra evidenciada não apenas no permanente paralelo crítico-científico estabelecido em seu texto em torno dos precedentes das Cortes Superiores em âmbito nacional e internacional, como também no debate fomentado entre as múltiplas correntes jurídicas que se entrecruzam na esfera do direito com suas antinomias e idiosincrasias concernentes ao ativismo judicial.

2 DIREITOS FUNDAMENTAIS

2.1 Direitos Fundamentais: não um dado, mas uma construção

Precisamos ter o cuidado de não usar a Cláusula de Igual Proteção para fraudar a igualdade. (DWORKIN, 2010, p. 369)

A princípio, para melhor compreensão da presente abordagem, torna-se imperativa a conceituação de Direitos Fundamentais, sendo assim oportuna a lição do Professor Marmelstein:

São normas jurídicas intimamente ligadas à ideia de dignidade da pessoa humana e de limitação do poder, positivadas no plano constitucional de determinado Estado Democrático de Direito, que, por sua importância axiológica, fundamentam e legitimam todo o ordenamento jurídico. (MARMELSTEIN, 2008, p. 20)

A definição acima transcrita é composta por cinco princípios basilares: norma jurídica, dignidade da pessoa humana, limitação de poder, Constituição e democracia. Estando presentes em um determinado caso concreto, esses princípios poderão configurar direito fundamental. Além dos que constam dos arts. 5º a 17 da Constituição de 88, outros também existem, uma vez que o aludido rol não é *numerus clausus*. Esses direitos podem ser previstos até mesmo em preceitos extra-constitucionais, como reafirma o art. 5º, § 2º da CR/88, de sorte que “não se esgotam naqueles direitos reconhecidos no momento constituinte originário, mas estão submetidos a um permanente processo de expansão” (PRADO, 2005, p. 12).

Para o desvelar dos direitos fundamentais, é imprescindível o resgate de suas progressivas conquistas e, muitas vezes, até mesmo de seus recuos históricos que contribuíram “para a evolução da condição do ser precário e ambivalente do homem” (SAMPAIO, 2004, p. 135).

Nesse contexto, importa recordar movimentos que selaram a transição da Idade Média para a Moderna, elevando a um plano de maior expressão essa crescente categoria de direitos, que passou por três eixos implicativos: religião (liberdade religiosa), processo (garantias processuais) e propriedade (direito de

propriedade), consolidando-se em três principais modelos: da “Inglaterra, dos Estados Unidos e da França” (SAMPAIO, 2004, p. 135).

Em sua obra “Direitos Fundamentais – Retórica e Historicidade”, Sampaio explica esse movimento ao longo de milênios:

Os “direitos do homem”, dos quais começamos a contar a história, não se confunde com direitos, prerrogativas, privilégios ou *status* que eram deferidos ou concedidos aos cidadãos ou súditos desde a Antiguidade. Não se faz descaso, por exemplo, de que, por volta de 570 antes de Cristo, Ciro, Rei da grande Pérsia, aprovou a “Declaração de Ciro”, reconhecendo os “direitos” de liberdade, de segurança, de propriedade e até mesmo alguns dos hoje denominados direitos econômicos e sociais; nem se está a esquecer dos “direitos” de participação dos cidadãos atenienses e de outras cidades-estados gregas, bem como das eleições romanas para questores, edis, tribunos militares e da plebe por quase todos, inclusive pobres e libertos, do voto secreto instituído no final da República; do conceito de *conubium* e de *commercium* que se fundava no *status libertatis*; da Lei das Doze Tábuas a assegurar aos cidadãos a liberdade pessoal, a propriedade e a proteção dos direitos ou do reconhecimento na República das Liberdades de opinião, de crença e de culto, assim como da inviolabilidade do domicílio; tampouco deixamos de anotar que o Código de Hamurabi era uma espécie de código civil e comercial de seu tempo; ou que os textos bilíngues de Asurbanipal revelavam a disciplina das relações jurídicas comerciais, indicando-se a preocupação com a pessoa individual. Enfim, não se faz tábua rasa das cartas e textos medievais, como a Lei promulgada no VIII Concílio de Toledo em 653, pelo “Glorioso Príncipe Recesvinto”, os decretos da Cúria de Leon em 1188, a Magna Carta de João Sem Terra de 1215, a Bula de Ouro de 1222 e as Sete Partidas também do Século XIII, que traziam certas garantias processuais, criminais, o direito à vida, à integridade física e à propriedade. (SAMPAIO, 2004, p. 136).

O mesmo autor, demonstrando a riqueza dessa abordagem, lança, no “ANEXO 1” da prefalada obra, uma “Breve História dos Direitos Humanos – Principais eventos”, com especial peculiaridade, 55(cinquenta e cinco) marcos emblemáticos de conhecida expressão universal. Começa pela “Carta de Ciro” da Pérsia (570 a.C), passa pelas “Doze Tábuas” (450 a.C), pelas Declarações dos Estados Unidos (1776) e da França (1789) e culmina com as Constituições Brasileiras e as inúmeras Convenções, Resoluções e Protocolos que selaram as últimas décadas.

De igual modo, ao publicar “A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos”, Comparato declara que se trata da parte

mais bela e importante de toda a História: a revelação de que todos os seres humanos, apesar das inúmeras diferenças biológicas e culturais que os distinguem entre si, merecem igual respeito, como únicos entes no mundo capazes de amar, descobrir a verdade e criar a beleza. É o

reconhecimento universal de que, em razão dessa radical igualdade, ninguém – nenhum indivíduo, gênero, etnia, classe social, grupo religioso ou nação – pode afirmar-se superior aos demais. (COMPARATO, 2005, p. 1)

Esse autor se refere à “defesa da dignidade humana contra a violência, o aviltamento, a exploração e a miséria” (2005, p. 1) e explica, sob esse aspecto, que a religião, a filosofia e a ciência elaboraram o conceito de dignidade. Ao esclarecer que a religião colocou a pessoa humana em evidência, Comparato promove o seguinte destaque referente ao expressivo contributo do Povo da Bíblia à humanidade:

Uma das maiores, aliás, de toda a História, foi a ideia da criação do mundo por um Deus único e transcendente. Os deuses antigos, de certa forma, faziam parte do mundo, como super-homens, com as mesmas paixões e defeitos do ser humano. Iahweh, muito ao contrário, como criador de tudo o que existe, é anterior e superior ao mundo.

Diante dessa transcendência divina, os dias do homem, disse o salmista, “são como a relva: ele floresce como a flor do campo, roça-lhe um vento e já desaparece, e ninguém mais reconhece seu lugar” (Salmo 103). *No entanto, a criatura humana ocupa uma posição eminente na ordem da criação. Deus lhe deu poder sobre “os peixes do mar, as aves do céu, os animais domésticos, todas as feras e todos os répteis que rastejam sobre a terra” (Gênesis 1. 26). A cada um deles o homem deu um nome (2, 19), o que significa, segundo velhíssima crença, submeter o nomeado ao poder do nomeante. É o que o Salmo 8 exprimiu em forma cintilante: “Quando vejo o céu, obra dos teus dedos, a lua e as estrelas que fixaste, que é um mortal, para dele to lembrares, e um filho de Adão, que venhas visitá-lo? E o fizeste pouco menos do que um deus, coroando-o de glória e beleza. Para que domine as obras de tuas mãos sob seus pés tudo colocaste: ovelhas e bois, todos eles, e as feras do campo também; as aves do céu e os peixes do oceano que percorrem as sendas dos mares”.* (COMPARATO, 2005, p. 1-2, grifo nosso)

Num segundo momento, o aludido autor demonstra a passagem do domínio da religião ao da filosofia que, buscando a racionalidade, indaga incessantemente: “O que é o homem?” Com peculiar destreza, ele ilustra este momento histórico com a cena de Prometeu Acorrentado (445-470), quando Ésquilo, na boca do Titã, coloca a seguinte mensagem:

Ouçã agora as misérias dos mortais e perceba como, de crianças que eram, eu os fiz seres de razão, capazes de pensar. Quero dizê-lo aqui, não para denegrir os homens, mas para lhe mostrar minha bondade para com eles. No início eles enxergavam sem ver, ouviam sem compreender, e, semelhantes às formas oníricas, viviam sua longa existência na desordem e na confusão. Eles desconheciam as casas ensolaradas de tijolo, ignoravam os trabalhos de carpintaria; viviam debaixo da terra, como ágeis formigas, no fundo de grotas sem sol. Para eles, não havia sinais seguros nem do inverno, nem da primavera florida, nem do verão fértil. Faziam tudo sem recorrer à razão, até o momento em que eu lhes ensinei a árdua ciência do nascente e do poente dos astros. Depois, foi a vez da ciência dos números,

a primeira de todas, que inventei para eles. Assim como a das letras combinadas, memória de todas as coisas, labor que engendra as artes. Fui também o primeiro a subjugar os animais, submetendo-os aos arreios ou a um cavaleiro, de modo a substituir os homens nos grandes trabalhos agrícolas, e atrelei às carruagens os cavalos dóceis com que se ornamenta o fasto opulento. Fui o único a inventar os veículos com asas de tecido, os quais permitem aos marinheiros correr os mares. (COMPARATO, 2005, p. 3)

No que alude à ciência, Comparato (2005) ensina que o avanço cultural da humanidade foi praticamente invisível nos milênios de anos que antecederam à linguagem, há aproximadamente 40.000 anos, tendo depois o seu desenvolvimento se dado de forma simplesmente alucinante.

O ponto nuclear da busca científica passou a ser, então, o estudo do próprio homem, figura esta que a Bíblia identifica como tendo sido formado pela “argila do solo” (Gn 2,7), por isto, situado “entre o Céu e a Terra, como um ser a um só tempo espiritual e terreno” (COMPARATO, 2005, p. 6).

O referido jurista invoca o trabalho de Giovanni Pico, que, em 1486, definiu o homem como uma obra pensada diferentemente das demais criaturas celestiais e terrestres, com as quais o Criador teria esgotado todos os seus possíveis modelos. Por isso, ele concedeu ao humano todos os atributos singulares das outras espécies, conferindo-lhe, ainda, o dom da incompletude, autorizando-o a buscar por si o seu próprio limite pelo livre arbítrio, elevando-se à altura dos deuses ou reduzindo-se à irracionalidade dos animais:

Não te damos, ó Adão, nem um lugar determinado nem um aspecto próprio nem uma função peculiar, a fim de que o lugar, o aspecto ou a função que desejares, tu os obtenhas e conserves por tua escolha e deliberação próprias. A natureza limitada dos outros seres é encerrada no quadro de leis que prescrevemos. Tu, diversamente, não constricto em limite algum, determinarás tua natureza segundo teu arbítrio, a cujo poder to entregamos. Pusemos-te no centro do mundo, para que daí possas examinar à tua roda tudo o que nele se contém. Não to fizemos nem celeste nem imortal, para que tu mesmo, como artífice por assim dizer livre e soberano, te possas plasmar e esculpir na forma que escolheres. Poderás te rebaixar à irracionalidade dos seres inferiores; ou então elevar-te ao nível divino dos seres superiores. (COMPARATO, 2005, p. 7).

Tal concepção é reafirmada por Riobaldo, *in* “Grande Sertão: Veredas”, ao exclamar: “Mire, veja: o mais importante e bonito do mundo é isto: que as pessoas não estão sempre iguais, ainda não foram terminadas – mas que elas vão sempre mudando. Afinam ou desafinam”. (ROSA, 1986, p. 15)

Na sequência, novamente é Comparato quem esclarece que a história passou por duas importantes fases entre os séculos VIII e II a.C, que consolidaram o núcleo central da humanidade, conhecido como “período axial”. Os anos 600 e 480 a.C foram consagrados por notáveis expoentes e por fatos célebres, que demarcaram grandes momentos no processo de construção dos direitos fundamentais, desde o prelúdio antropológico da história da humanidade:

Zaratustra na Pérsia, Buda na Índia, Lao-Tsé e Confúcio na China, Pitágoras na Grécia e o Dêutero-Isaías em Israel. Todos eles, cada um a seu modo, foram autores de visões do mundo, a partir das quais estabeleceu-se a grande linha divisória histórica: as explicações mitológicas anteriores são abandonadas e o curso posterior da História passa a constituir um longo desdobramento das ideias e princípios expostos durante esse período.

O século VIII a.C. é apontado como o início do período axial, não só porque é o século de Homero, mas sobretudo porque nele surgiram os profetas de Israel, notadamente Isaías, aos quais se deve a elaboração do autêntico monoteísmo. Até então, com efeito, a religião dos hebreus era, como já se disse, de certa maneira uma monolatria: só Iahweh podia ser adorado como Deus verdadeiro, mas a existência de outras divindades era, não raro, admitida.

Foi durante o período axial que se enunciaram os grandes princípios e se estabeleceram as diretrizes fundamentais de vida, em vigor até hoje.

No século V a.C., tanto na Ásia quanto na Grécia (o "século de Péricles"), nasce a filosofia, com a substituição, pela primeira vez na História, do saber mitológico da tradição pelo saber lógico da razão. O indivíduo ousa exercer a sua faculdade de crítica racional da realidade.

Nesse mesmo século, em Atenas, surgem concomitantemente a tragédia e a democracia, e essa sincronia, como se observou, não foi meramente casual'. A supressão de todo poder político superior ao do próprio povo coincidiu, historicamente, com o questionamento dos mitos religiosos tradicionais. Qual deveria ser, doravante, o critério supremo das ações humanas? Não poderia ser outro senão o próprio homem. Mas como definir esse critério, ou, melhor dizendo, quem é o homem? Se já não há nenhuma justificativa ética para a organização da vida humana em sociedade numa instância superior ao povo, o homem torna-se, em si mesmo, o principal objeto de análise e reflexão. A tragédia grega, muitos séculos antes da psicanálise, representou a primeira grande introspecção nos subterrâneos da alma humana, povoados de paixões, sentimentos e emoções, de caráter irracional e incontrolável. O homem aparece, aos seus próprios olhos, como um problema, ele é em si mesmo um problema, no sentido que a palavra tomou desde logo entre os geômetras gregos: um obstáculo à compreensão, uma dificuldade proposta à razão humana. (COMPARATO, 2005, p. 8, grifo nosso)

No compêndio acima referido, intitulado “A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos”, Comparato (2005) faz justa alusão ao poder da fé e dos rituais religiosos na consolidação dos fundamentos políticos e sociais de um povo, notadamente na era grupal:

Enquanto isso, a força da ideia monoteísta acaba por transcender os limites do nacionalismo religioso, preparando o caminho para o culto universal do Deus único e a concórdia final das nações.

(...)

Em suma, é a partir do período axial que, pela primeira vez na História, o ser humano passa a ser considerado, em sua igualdade essencial, como ser dotado de liberdade e razão, não obstante as múltiplas diferenças de sexo, raça, religião ou costumes sociais. *Lançavam-se, assim, os fundamentos intelectuais para a compreensão da pessoa humana e para a afirmação da existência de direitos universais, porque a ela inerentes.* (COMPARATO, 2005, p. 11, grifo nosso).

Como se vê, o referido jusfilósofo ensina que, no aludido período Axial, surgiu a proposta de igualdade para todos. Ainda assim, arrastaram-se mais de 2.500 anos até que o mundo pudesse reconhecer, na “Declaração Universal de Direitos Humanos, que todos os homens nascem livres e iguais em dignidade e direitos”. (COMPARATO, 2005, p. 24)

A partir desse novo período, a importância da lei escrita ganha contornos na vida dos judeus, representando a expressão do próprio Deus, mais precisamente na Grécia. Em Atenas, ela fundamentou a sociedade política:

Na democracia ateniense, a autoridade ou força moral das leis escritas suplantou, desde logo, a soberania de um indivíduo ou de um grupo ou classe social, soberania esta tida doravante como ofensiva ao sentimento de liberdade do cidadão. Para os atenienses, a lei escrita é o grande antídoto contra o arbítrio governamental, pois, como escreveu Eurípedes na peça *As Suplicantes* (versos 434-437): “uma vez escritas as leis, o fraco e o rico gozam de um direito igual; o fraco pode responder ao insulto do forte, e o pequeno, caso esteja com a razão, vencer o grande”. (COMPARATO, 2005, p. 12-13).

Ocorre, porém, que o crescimento em importância da lei escrita (*nomis êngraphon*) não mitigou o valor da lei não escrita (*nomos ágraphon*), um mito de práticas costumeiras e de leis universais de caráter religioso, que traduziram interesses de todos os povos. À guisa de exemplo, cite-se *Antígona*, escrita pelo dramaturgo Sófocles, em que se tem a resistência travada pela protagonista em face da proibição de se sepultarem os cadáveres daqueles que se revoltassem contra o governo, imputando-se pena de morte a qualquer que violasse tal norma. Essa consistia um mero decreto do Rei, não uma regra jurídica aprovada pelo povo. Independentemente dessa distinção, Antígona, inconformada com a aplicação daquela sanção ao seu irmão Polinices, cujo corpo restou insepulto por ordem de seu próprio tio, o tirano monarca Creonte, termina erguendo um protesto, no qual se apropria de argumentos do “Direito Natural”:

Sim, pois não foi Zeus que a proclamou (a 'lei' de Creonte)! Não foi a Justiça, sentada junto aos deuses do reino dos mortos; não, essas não são as leis que os deuses tenham algum dia prescrito aos homens, e eu não imaginava que as tuas proibições pessoais fossem assaz poderosas para permitir a um mortal descumprir aquelas outras leis, não escritas, inabaláveis, as leis divinas! Estas não datam nem de hoje nem de ontem, e ninguém sabe o dia em que foram promulgadas. Poderia eu, por terror de alguém, qualquer que ele fosse, expor-me à vingança de tais leis? (versos 450-460). (ROSENFELD, 2002, p. 25).

Esse normativo não escrito assumiu o condão de leis que eram comuns a todos os povos (*ius gentium*), contrapondo-se aos preceitos particulares e específicos, inerentes a cada nação, delimitando o início de uma nova era na Grécia antiga.

Marmelstein, em seu "Curso de Direitos Fundamentais", de semelhante modo, também apresenta um *construct* desses direitos até chegar, na linha do tempo, ao Estado Democrático. Em seguida, perpassa pela "teoria das gerações dos direitos" idealizada pelo tcheco Karel Vasak, naturalizado francês, que se inspirou na Revolução Francesa:

- a) a primeira geração dos direitos seria a dos direitos civis e políticos, fundamentados na liberdade (*liberté*), que tiveram origem com as revoluções burguesas;
- b) a segunda geração, por sua vez, seria a dos direitos econômicos, sociais e culturais, baseados na igualdade (*égalité*), impulsionada pela Revolução Industrial e pelos problemas sociais por ela causados;
- c) por fim, a última geração seria a dos direitos de solidariedade, em especial o direito ao desenvolvimento, à paz e ao meio ambiente, coroando a tríade com a fraternidade (*fraternité*), que ganhou força após a Segunda Guerra Mundial, especialmente após a Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 1948. (MARMELSTEIN, 2008, p. 40)

Para ilustrar referida doutrina, apresenta-se o seguinte quadro:

TABELA 1
Teoria das Gerações dos Direitos

| 1ª GERAÇÃO | 2ª GERAÇÃO | 3ª GERAÇÃO |
|--|---|---|
| Liberdade | Igualdade | Fraternidade |
| Direitos negativos (não agir) | Direitos a prestações | |
| Direitos civis e políticos: liberdade política, de expressão, religiosa, comercial | Direitos sociais, econômicos e culturais | Direito ao desenvolvimento, ao meio ambiente sadio, direito à paz |
| Direitos individuais | Direitos de uma coletividade | Direitos de toda a Humanidade |
| Estado liberal | Estado social e Estado democrático e social | |

Fonte: MARMELSTEIN, 2008, p. 53

Como demonstrado, a batalha pela conquista da dignidade humana é permanente na história dos povos. Hodiernamente tem-se, *verbis gratia*, todo um cenário tratando de novos direitos que chegam até mesmo à biotecnologia com contornos complexos, tais como clonagem humana, pesquisa em células tronco embrionárias, avanços tecnológicos (cibernéticos), a bioética e outros. Daí, falar-se em direitos de quarta, quinta, sexta e sétima gerações. Sampaio, no que concerne à matéria, assim leciona:

Como o sistema de direitos anda a incorporar os anseios e necessidades humanas que se apresentam com o tempo, há quem fale já de uma quinta geração dos direitos humanos com múltiplas interpretações.

Tehrarian (1997 a e b) diz sobre “direitos ainda a serem desenvolvidos e articulados”, mas que tratam do cuidado, compaixão e amor por todas as formas de vida, reconhecendo-se que a segurança humana não pode ser plenamente realizada se não começarmos a ver o indivíduo como parte do cosmos e carente de sentimentos de amor e cuidado, todas definidas como prévias condições de “segurança ontológica” para usar a expressão de Laing (1969).

Para Marzouki (2003), tais direitos seriam direitos oriundos de respostas à dominação biofísica que impõe uma visão única do predicado “animal” do homem, conduzindo os “clássicos” direitos econômicos, culturais e sociais a todas as formas físicas e plásticas, de modo a impedir a tirania do estereótipo de beleza e medidas que acaba por conduzir a formas de preconceitos com raças ou padrões reputados inferiores ou fisicamente imperfeitos. Essa visão de complementaridade é encontrada também em Lebech (2000), todavia em relação ao direito à vida sob os desafios das novas tecnologias, derivando então um direito à identidade individual, ao patrimônio genético e à proteção contra o abuso de técnicas de clonagem. (SAMPAIO, 2004, p. 302)

Releva salientar, entretanto, que todos esses direitos constantes das dimensões históricas *suso* narradas são indivisíveis e interdependentes, não havendo como

desvincular o direito à vida (1ª geração) do direito à saúde (2ª geração), a liberdade de expressão (1ª geração) do direito à educação (2ª geração), o direito de voto (1ª geração), do direito de informação (2ª geração), o direito de reunião (1ª geração), o direito de sindicalização (2ª geração), o direito à propriedade (1ª geração) do direito ao meio ambiente sadio (3ª geração) e assim sucessivamente. (MARMELSTEIN, 2008, p. 60)

Destarte, torna-se descabida a supervalorização dos direitos civis ou políticos em detrimento dos direitos sociais e vice-versa. Afinal, na batalha pela consolidação desses direitos, os cidadãos, as instituições e o Estado precisam atentar para a real efetivação daqueles mesmos direitos de forma conjunta, sob pena de não serem suficientemente atendidos os ideais de um Estado verdadeiramente democrático.

Conclui-se, pois, que “os direitos humanos não são um dado, mas um construído, uma invenção humana em constante processo de construção e reconstrução, uma vez que o respeito à dignidade humana implica o reconhecimento de todos os homens como co-autores de um mundo comum”. (ARENDDT, 1979, p. 509)

2.2 Direitos Fundamentais numa perspectiva constitucional-democrática

Esclarece Sarmento que os principais matizes da moderna teoria dos direitos fundamentais, sem dúvida, residem na “Teoria dos Direitos Públicos Subjetivos” de George Jellinek no apagar das luzes do séc. XIX, quando, em seu clássico “Sistema dos Direitos Públicos Subjetivos”, apresentou sua adesão aos fundamentos do positivismo e do individualismo. Ele adotou a concepção de que os direitos públicos subjetivos

não eram direitos naturais e inatos, que antecediam ao poder estatal, mas autolimitações a este poder, que geravam pretensões do indivíduo perante o Estado, as quais deveriam ser exercidas exclusivamente de acordo com o marco estabelecido pelas leis. (SARMENTO, 2003, p. 258)

Essa perspectiva individualista e subjetiva dos direitos fundamentais foi estremecida pelo Constitucionalismo de Weimar, notadamente pela teoria das garantias institucionais de Carl Schmitt, somados à teoria da Constituição como integração, inspirada por Rudolf Smend (SARMENTO, 2003, p. 259).

Entretanto, foi sob o pálio da Lei Fundamental de Bonn que realmente se consolidou a transição do ideal subjetivo para uma proposta objetiva dos direitos fundamentais, tendo como divisor de águas o emblemático “Caso Lüth”, que sacudiu, o alicerce da Corte Constitucional germânica em 1958.

Esse embate girou em torno de um boicote em face de um filme de direção da cineasta Veit Harlan, com histórico nazista, movimento este idealizado em 1950 por Erich Lüth, presidente do Clube de Imprensa de Hamburgo.

Harlan logrou conter tal censura, com fulcro no Art. 826 do Código Civil alemão, que preceitua que “quem causar danos intencionais a outrem, e de maneira

ofensiva aos bons costumes, fica obrigado a compensar o dano”. Repudiando tal julgado, foi oferecida queixa constitucional (Verfassungsbeschwerde) ao Tribunal Constitucional que acolheu o recurso. Para tanto, argumentou-se que as cláusulas gerais do direito privado (Ex.: bons costumes – Art. 826 do BGB), exigem uma interpretação na ótica dos valores constitucionais, tendo sempre, como farol, os direitos fundamentais, critério este, entretanto, não observado pela Corte de Hamburgo. Dessa decisão emblemática, tem-se o seguinte recorte:

A finalidade primária dos direitos fundamentais é a de salvaguardar as liberdades individuais contra interferências das autoridades públicas. Eles são direitos defensivos do indivíduo contra o Estado. Esta é uma decorrência do desenvolvimento histórico do conceito de direitos fundamentais e também do desenvolvimento histórico que levou à inclusão de direitos fundamentais nas constituições de vários países...

É igualmente verdadeiro, no entanto, que a Lei Fundamental não é um documento axiologicamente neutro. Sua seção de direitos fundamentais estabelece uma ordem de valores, e esta ordem reforça o poder efetivo desses direitos fundamentais. Este sistema de valores, que se centra na dignidade da pessoa humana, em livre desenvolvimento dentro da comunidade social, deve ser considerado como uma decisão constitucional fundamental, que afeta a todas as esferas do direito público ou privado. Ele serve de meio para aferição e controle de todas as ações estatais nas áreas da legislação, administração e jurisdição. Assim, é evidente que os direitos fundamentais também influenciam o desenvolvimento do direito privado. Cada preceito do direito privado deve ser compatível com este sistema de valores e deve ainda ser interpretado à luz do seu espírito.

O conteúdo legal dos direitos fundamentais como normas objetivas é desenvolvido no direito privado por intermédio dos seus dispositivos diretamente aplicáveis sobre esta área do direito. Novos estatutos devem se conformar com o sistema de valores dos direitos fundamentais. O conteúdo das normas em vigor também deve ser harmonizado com esta ordem de valores. Este sistema infunde um conteúdo constitucional específico ao direito privado, orientando a sua interpretação. (KOMMERS, 1997, p. 363)

Hodiernamente, tem-se entendido que a constatação objetiva dos direitos fundamentais pressupõe a partilha dos mais relevantes valores morais coletivos, cuja garantia não compete apenas ao Estado, mas a todos os membros de uma sociedade. Nesse azo, é outra vez Daniel Sarmiento quem adverte, de forma peculiar, sobre a imperiosa necessidade de se

abandonar a perspectiva egocêntrica de que a violação dos direitos humanos constitui um "problema do Governo", o que permite a cada um de nós, de classe média ou abastada, que nos deitemos à noite para dormir sem culpas o sono dos justos, enquanto a tortura viceja nas delegacias de polícia e crianças famélicas morrem por desnutrição. A perspectiva comunitária dos direitos humanos nos incita a agir, em primeiro lugar, na arena política, por meio do exercício responsável do direito de voto e dos mecanismos de democracia participativa, mas também na nossa esfera

privada e no nosso microcosmo de relações. (SARMENTO, 2003, p. 308/309)

O desafio hercúleo de particulares e do Poder Público, nos tempos modernos, reside na real consagração de um novo tempo que vem sendo emblematicamente intitulado como a *era dos direitos humanos fundamentais*, com origem histórica no 2º pós-guerra, quando o Brasil projetou uma multiplicidade de direitos ante as novas demandas sociais daí emanadas. Mobilizaram-se, para a efetivação desses direitos, os três Poderes do Estado. Como o Executivo e o Legislativo se revelaram impotentes nesse mister, foi então acionado o Poder Judiciário. Este, por sua vez, busca compreender se as políticas públicas estão realmente contempladas, tendo sempre em vista os ideais preconizados pela Constituição. Em síntese, portanto, pela via jurisdicional intenta-se a superação das “omissões legislativas e executivas, redefinindo políticas públicas quando ocorrer inoperância de outros poderes”. (ESTEVES, 2007, p. 75-76)

O Judiciário tornou-se garante da “trilogia Constituição-Direito-Democracia” (FACHIN, 2010, p. 11), consolidando-se como real “guardião das promessas” (GARAPON, 2001, p. 27) destinadas ao exercício pleno da cidadania. Ancorados nessa premissa, seus agentes, juízes, desembargadores e ministros têm se posicionado em litígios os mais complexos possíveis, a exemplo da concessão de medicamentos a pessoas hipossuficientes economicamente; inclusão de infantes na sala de aula; acesso a prédios públicos pelas pessoas com mobilidade reduzida; questões pertinentes à demarcação de terras indígenas, nepotismo, regulamentação do uso de algemas, fidelidade partidária, entre outras que serão posteriormente evidenciadas neste trabalho.

Como pressuposto da proteção dos Direitos Fundamentais, a Democracia, em que pese suas dificuldades, tem se revelado como o sistema no qual se efetiva, de forma mais adequada, o aprimoramento das relações humanas e a desenvoltura das instituições e das pessoas, permitindo ainda, de maneira mais consistente, a limitação do poder governamental e, por conseguinte, a chancela dos direitos sociais. Dentre suas vantagens, destacam-se:

a) ajuda a impedir o governo de autocratas cruéis e perversos; b) garante aos cidadãos uma série de direitos fundamentais que outros sistemas não-democráticos não proporcionam; c) assegura aos cidadãos uma liberdade individual mais ampla que qualquer alternativa viável; d) ajuda a proteger os

interesses fundamentais das pessoas; e) promove o desenvolvimento humano mais plenamente que qualquer alternativa viável; f) promove um grau relativamente alto de igualdade política; g) apenas um governo democrático pode proporcionar uma oportunidade máxima para os indivíduos exercerem a liberdade de autodeterminação; h) somente um governo democrático pode proporcionar uma oportunidade máxima do exercício da responsabilidade moral; i) os países com governos democráticos tendem a ser mais prósperos que os países com governos não-democráticos; j) as modernas democracias não lutam umas contra as outras. (DAHL, 2001, p. 73-74)

O jurista italiano Norberto Bobbio, nessa esteira, ensina que é na democracia que o direito se fecunda:

Direito e poder são duas faces de uma mesma moeda: só o poder pode criar direito e só o direito pode limitar o poder. O Estado despótico é o tipo ideal de Estado de quem se coloca do ponto de vista do poder; no extremo oposto, encontra-se o Estado democrático, que é o tipo ideal de Estado de quem se coloca do ponto de vista do direito. (BOBBIO, 2000, p. 23)

Na concepção de Ronald Dworkin (2001), democracia não implica a mera submissão ao comando da maioria, razão pela qual ele atribui supremacia aos direitos fundamentais ante a soberania popular. Ele elege, como prioridade, alguns núcleos de direito frente a possíveis ingerências decorrentes de processos majoritários. É que, nem sempre uma lei pautada nos interesses da maioria será justa, podendo até mesmo violar os direitos individuais, sobretudo o de igualdade de oportunidade.

O dever de o Judiciário tutelar os direitos fundamentais perpassa igualmente por outras instituições, entre elas, o Ministério Público, conforme dispõe o Art. 127 da Constituição brasileira. Merece realce no que atine à tutela dos direitos coletivos e difusos, chancelados pelo referido órgão ministerial, a seguinte reflexão de Mauro Cappelletti:

A complexidade da sociedade moderna, com intrincado desenvolvimento das relações econômicas, dá lugar a situações nas quais determinadas atividades podem trazer prejuízos aos interesses de um grande número de pessoas, fazendo surgir problemas desconhecidos às lides meramente individuais. Falsas informações divulgadas de uma sociedade por ações podem prejudicar a todos os adquirentes dos títulos acionários; atividade monopolística ou de concorrência desleal por parte de grandes sociedades comerciais pode lesar os interesses de todos os empreendedores concorrentes; um prestador de serviço que não observa uma cláusula de acordo coletivo pode violar o direito de todos os seus dependentes; resíduos poluentes despejados em um rio prejudicam os moradores ribeirinhos e todos aqueles que pretenderam usar da água não poluída daquele rio; a embalagem defeituosa ou não higiênica de um artigo de largo

consumo leva prejuízo a todos os consumidores daquele bem... Os riscos de tais lesões que afetam simultaneamente numerosas pessoas, ou categorias inteiras de pessoas, constituem um fenômeno sempre muito vasto e frequente na sociedade industrial. A pessoa lesada se encontra quase sempre numa situação imprópria para obter a tutela jurisdicional contra o prejuízo advindo individualmente, e pode simplesmente ignorar seus direitos; ou, ainda, suas pretensões individuais podem ser muito limitadas para induzi-las a agir em Juízo, e o risco de incorrer em grandes despesas processuais pode ser desproporcional com respeito ao ressarcimento eventualmente obtível. (CAPPELLETTI, 1977, p. 130)

O Ministério Público, figurando atualmente como ator ideológico e não apenas como agente meramente burocrático, tem abandonado sua origem francesa de órgão público indiferente às questões sociais e assumido as credenciais que a Constituição Federal lhe conferiu como defensor maior da sociedade. Sua crescente atuação na proteção dos direitos fundamentais foi revelada por Vianna e Burgos (2002) em pesquisa desenvolvida na Comarca do Rio de Janeiro que pode ser assim demonstrada:

TABELA 2
Principais autores das Ações Cíveis Públicas – 1996/2001

| | | |
|---------------------------------|-----------|-------|
| Ministério Público Estadual | 179 casos | 42,7% |
| Associações, ONG's e sindicatos | 70 casos | 37,7% |
| Município do Rio de Janeiro | 30 casos | 16,2% |
| Outros | 6 casos | 3,2% |

Fonte: Luiz Werneck Vianna e Marcelo Burgos. *Revolução Processual do Direito e Democracia Progressista*, in Luiz Werneck Vianna (org.). *A democracia e os Três Poderes no Brasil*. Rio de Janeiro: IUPERJ/FAPERJ, 2002, p. 465. O total da amostra foi de 185 casos.

Trata-se de ações na área de defesa do consumidor, bem como de proteção à criança e aos adolescentes e outras de interesse coletivo. Tem sido sensível o aumento da participação da sociedade nessa defesa, notadamente pelas associações, ONG's e sindicatos. No entanto, o quadro acima traçado por Vianna (2002) indica que, em relação ao total das ações cíveis públicas ajuizadas no Rio de Janeiro no período de 1996-2001, a maioria (42,7%) deu-se via Ministério Público, cujo êxito nas ações soa duas vezes superiores que aquelas atinentes às ONG's.

Com seus direitos fundamentais assegurados, as pessoas se revestem da condição de cidadãos, fazendo prevalecer seus pleitos perante o poder público. Essa participação no Estado Democrático de direito “implica a condição de membro de comunidade política baseada no sufrágio universal – princípio basilar da democracia – e na concretização da cidadania plena e coletiva sob o primado da lei” (SOARES, 2003, p. 404).

Ernest Benda ensina que, na concepção do Estado de Justiça, os direitos fundamentais são parte do contrapoder imprescindível para a defesa de uma democracia pluralista que contemple, de forma efetiva, os interesses das minorias:

- são direitos de possibilidades (perspectivas de possibilidades), pois se abrem aos indivíduos e aos grupos espaços de liberdade em formação, favorecendo o desenvolvimento da própria personalidade;
- sustentam-se na perspectiva constitucional, sobre um consenso de base própria, referente aos seus limites: o Estado de direito e a ordem na qual o povo politicamente maduro reconhece os seus limites;
- exigem, como pressuposto para participação nos processos políticos, econômicos e culturais, que o Estado constitucional tenha a dignidade humana como premissa e não a soberania popular. (BENDA, 1996, 416-417)

Por derradeiro, vale constar que a sociedade moderna vem se livrando, pouco a pouco, de sua costumeira letargia frente à defesa dos direitos humanos fundamentais. Tem assumido, ainda que com grandes reservas, o incrível papel que os agentes não públicos podem desenvolver na promoção de um Estado que realmente seja plural, justo, igualitário e sem preconceitos tal como preconiza o Brasil no preâmbulo de sua atual Constituição Federal.

3 A CONSTITUIÇÃO COMO NORMA

3.1 Constituição como norma

Na busca da compreensão ideal do tema ora proposto – “*O Ativismo Judicial como instrumento de concreção dos direitos fundamentais no Estado Democrático: Uma leitura à luz do pensamento de Ronald Dworkin*” –, relevante se afigura a análise de conceitos jurídicos diversos. Entre estes, ressalte-se o da própria “*Constituição como norma*”, que tem sido profundamente estudado no direito contemporâneo por parte de juristas de escol, podendo-se destacar, nessa seara, ícones como Kelsen, Carl Schmitt, Lassale, Habermas, Hesse, Canotilho e outros que doravante serão invocados.

Como é cediço, a partir do advento da redemocratização do Brasil, difundiu-se, no âmbito jurídico, o debate sobre a Constituição, a validade e efetividade de suas normas, em especial no que tange àquelas que garantem os direitos sociais e fundamentais.

A Constituição, como lei fundamental que orienta o Estado, estruturando e delimitando seus poderes, constitui a “norma da qual é extraído o fundamento jurídico de todas as demais normas integrantes do ordenamento estatal.” (STAMATO, 2007, p. 703).

A “norma”, segundo o jusfilósofo Hans Kelsen (1986), estatui um preceito, um mandamento, uma conduta humana que deve ser seguida pelas pessoas, expressando, assim, um ato volitivo, um dever-ser. Decorre dessa teoria o fato de esse filósofo traduzir a “Constituição” como “norma” no sentido tanto objetivo quanto subjetivo, a saber, um ato de vontade vinculante distingue a Constituição das demais normas, qualificando-a de “Fundamental”:

Disto posto, temos que para Kelsen o fundamento de validade de uma norma apenas pode ser a validade de outra norma, onde há escalonamento piramidal, pois uma norma que representa o fundamento de validade de uma outra norma é figurativamente designada como norma superior, por confronto com uma norma que é, em relação a ela, a norma inferior (Dinâmica Jurídica). Dizer que a norma hipotética fundamental é pressuposta não significa atribuir a ela qualquer fundamento transcendental, mas apenas que não é uma norma posta no direito por uma autoridade jurídica, mas uma norma que o sentido subjetivo dos fatos geradores de normas postas de conformidade com

a Constituição é interpretado como o seu sentido objetivo, ou seja, obrigatório, como premissa maior de um silogismo é logicamente indispensável para a fundamentação da validade objetiva das normas, sendo uma norma apenas pensada e como tal não é uma norma cujo conteúdo seja imediatamente evidente. (KELSEN, 1986, p. 3 e 12)

Assim, na ideologia kelseniana, existe uma norma hipotética fundamental pressuposta, que é a base do conceito de Constituição no sentido lógico-jurídico, não um pacto social como leem os estudiosos da corrente jusnaturalista.

No entanto, Carl Schmitt (2007) concebe a Constituição como decisão política fundamental adstrita apenas à estrutura do Estado e aos direitos fundamentais. Tal tratadista adverte, outrossim, que a Constituição não deve ser confundida com as leis constitucionais e que ao *Reich* deve ser conferida com exclusividade sua guarda e proteção.

Por outro lado, Lassale compreende que a Constituição (Constituição escrita) não é uma “mera folha de papel”, mas sim a soma dos fatores reais de poder (força dos grupos dominantes):

Essa é, em síntese, em essência, a Constituição de um país: a soma dos fatores reais do poder que rege um país. Mas, que relação existe com o que vulgarmente chamamos Constituição, com a Constituição jurídica? Não é difícil compreender a relação que ambos conceitos guardam entre si. Juntam-se esses fatores reais do poder, escrevemo-los em uma folha de papel, dá-se-lhes expressão escrita e a partir desse momento, incorporados a um papel, não são simples fatores reais do poder, mas sim verdadeiro direito, nas instituições jurídicas e quem atentar contra eles atenta contra a lei, e por conseguinte é punido. Não desconheceis também o processo que se segue para transformar esses escritos em fatores reais do poder, transformando-os desta maneira em fatores jurídicos. Está claro que não aparece neles a declaração que o senhor Borsig, o industrial, a nobreza, o povo, são um fragmento da Constituição, ou que o banqueiro X é outro pedaço da mesma; não, isto se define de outra maneira mais limpa, mais diplomática. (LASSALE, 2006, p. 18)

Nesse mesmo contexto, censura: “De nada serve o que se escreve numa folha de papel se não se ajusta à realidade, aos fatores reais e efetivos do poder”. (LASSALE, 2006, p. 68)

Sampaio, por sua vez, *in Constituição e Crise Política*, inquire sobre a efetividade do texto da norma frente aos intensos dramas sociais “*ainda que qualificado pela superioridade sistêmica e pela simbologia de um contrato social ou mais exatamente de um centro de irradiação de princípios*”. (SAMPAIO, 2006).

Acompanhando essa vertente, Inocêncio Mártires Coelho anuncia o caráter cultural e de intimidade com a realidade humana, que a Constituição e a norma

devem revelar: “Sendo ambas – Lei e Constituição – espécies de normas jurídicas, criações do homem, portanto, submetem-se à conceituação genérica do Direito como fenômeno cultural, realidade significativa...” (COELHO, 1997, p.31)

Peter Häberle, por sua vez, conceitua, de forma inovadora, a Constituição como processo público, “Constituição Aberta” ou “Sociedade Aberta dos Intérpretes da Constituição”, cuja compreensão da norma passa a ser “potencialmente vinculada a todos os órgãos estatais, todas as potências públicas, todos os cidadãos e grupos, não sendo possível estabelecer-se um elenco cerrado ou fixado com *numerus clausus* de intérpretes da Constituição”. (HÄRBELE, 1997, p. 13).

Hesse, inspirado na hermenêutica filosófica de Hans-Georg Gadamer, adota o *método concretista*, convicto de que a norma constitucional apenas será idealmente interpretada e integralmente compreendida por meio do problema concreto, fato este que assegurará a consolidação e preservação de sua força normativa. Por essa razão, ensina: “Em síntese pode-se afirmar: a Constituição jurídica está condicionada pela realidade histórica” (HESSE, 1991, p.24).

Canotilho, nesse contexto, não hesita em descrever a “Constituição como a lei fundamental e suprema de um Estado”,

que contém normas referentes à formação dos poderes públicos, forma de governo e aquisição do poder de governar, distribuição de competências, direitos, garantias e deveres dos cidadãos. Além disso, a Constituição individualiza os poderes competentes para a edição de normas jurídicas, legislativas ou administrativas. (CANOTILHO 1991, p. 41)

Prosseguindo em sua lição, esclarece que a Constituição

não é apenas um sistema de conceitos ou um texto qualquer, mas um *código explícito* em que um poder, em virtude de necessidades políticas, econômicas, sociais e culturais fixa as regras de acordo com as quais a mensagem constitucional se deve interpretar e produzir... (CANOTILHO 1991, p. 41)

Nesse âmbito, o jurista Canotilho (1993) é quem preconiza e consagra a “*pirâmide normativa*” conjugada com um “*espaço de conformação*”, que deve ser preenchido pelos órgãos concretizadores na atividade jurisdicional, sobretudo na busca da efetividade dos direitos fundamentais.

Essa efetividade pressupõe a eficácia da norma em dois ângulos centrais: na concepção tanto *social* quanto na seara *jurídica*, assim distinguidas por José Afonso Silva (1999) ao ensinar acerca da “Aplicabilidade das normas constitucionais”:

Designa uma efetiva conduta acorde com a prevista pela norma; refere-se ao fato de que a norma é realmente obedecida e aplicada; nesse sentido, a eficácia da norma diz respeito, como diz Kelsen, ao ‘fato real de que ela é efetivamente aplicada e seguida, da circunstância de uma conduta humana conforme a norma se verificar na ordem dos fatos’. É o que tecnicamente se chama efetividade da norma. Eficácia é a capacidade de atingir objetivos previamente fixados como metas.

Tratando-se de normas jurídicas, complementa o autor, a eficácia consiste na capacidade de atingir os objetivos nela traduzidos, que vêm a ser, em última análise, realizar os ditames jurídicos objetivados pelo legislador. Por isso é que se diz que a eficácia jurídica da norma designa a qualidade de produzir em maior ou menor grau, efeitos jurídicos, ao regular, desde logo, as situações, relações e comportamentos de que cogita; nesse sentido, a eficácia diz respeito à aplicabilidade, exigibilidade ou executoriedade da norma, como possibilidade de sua aplicação jurídica. (SILVA, 1999, p. 65/66)

A eficácia social, em se tratando de Direito Constitucional, antecede a eficácia jurídica, haja vista que, se suas normas não traduzem as expectativas e ideais de seus súditos, socorrendo suas necessidades, não vão adquirir *status* de Constituição, sendo este o entendimento consagrado por Dal Col (2002).

Carlos Alchourrón y Eugênio Bulygin (1997) asseveram que o termo “norma” admite concepções heterogêneas e polissêmicas. Fazem alusão a Von Wright, que difere seis espécies normativas: as *principais*, que consistem nas prescrições, regras técnicas e regras determinativas; as *secundárias*, também conhecidas como *intermediárias*, aqui compreendidas como as morais, as costumeiras e ideais.

Essa profusa classificação das normas jurídicas é também enfrentada por Norberto Bobbio, para quem “o ordenamento jurídico é um conjunto de normas”, (BOBBIO, 1997, p. 31) podendo estas ser *imperativas*, *proibitivas* ou *permissivas*. O jurista italiano, em outro momento, elege um tríptico sistema de análise normativa, a saber: “**a**) se a norma é justa ou injusta; **b**) se é eficaz ou ineficaz; **c**) se é válida ou inválida”. (BOBBIO, 1958, p. 35)

Na lição de Miguel Reale,

(...) há regras de direito cujo objetivo imediato é disciplinar o comportamento dos indivíduos, ou as atividades dos grupos e entidades sociais em geral; enquanto que outras possuem um caráter instrumental, visando à estrutura e funcionamento de órgãos, ou à disciplina de processos técnicos de

identificação e aplicação de normas, a fim de assegurar uma convivência juridicamente ordenada (REALE, 2001, p. 97)

Coube a Ferraz Júnior a classificação das normas segundo critérios da semiótica, numa relação sintática, semântica e pragmática. Esse doutrinador, em seu texto “Classificação das normas jurídicas e sua análise nos planos da validade, existência e eficácia”, assim preleciona:

Quanto aos critérios sintáticos, o autor classifica as normas pela sua relevância, pela subordinação e pela estrutura. O critério da relevância classifica as normas em primárias e secundárias. No passado, a doutrina atribuía o epíteto de normas primárias àquelas que estabelecem um preceito para a ação e, de secundárias, às que prevêm sanção. TERCIO SAMPAIO FERRAZ JUNIOR observa que Kelsen inverteu essa ordem classificatória, priorizando em relevância as normas dotadas de previsão sancionatória. Para o notável jurista austríaco, primárias são as normas dotadas de sanção, podendo ser classificadas em termos secundários aquelas que apenas contêm o mandamento, sem prever sanção. Atualmente, segundo FERRAZ JUNIOR, a avaliação da importância cedeu lugar à mera relação inclusiva: se uma norma tem por objeto outra norma, ela é secundária; se tem por objeto a própria ação, é primária.

(...)

O critério semântico, por sua vez, segundo TERCIO SAMPAIO FERRAZ JUNIOR, leva em conta o âmbito de validade das normas e reporta-se aos destinatários, à matéria, ao espaço e ao tempo. No âmbito dos destinatários, classificam-se em gerais (comuns – destinadas à generalidade das pessoas) e individuais (particulares – que disciplinam o comportamento de uma pessoa ou grupo); quanto à matéria, as normas podem ser gerais-abstratas (que têm por *facti species* um tipo genérico), especiais (disciplinam o tipo genérico de forma diferente) e excepcionais (contidas nas gerais-abstratas, mas que excepcionam seu conteúdo).

(...)

Pelo critério pragmático, a asserção pode ser modalizada por funtores. As normas distinguem-se pelo funtor. O termo funtor vem da lógica. Trata-se de operadores lingüísticos que nos permitem mobilizar as asserções. Assim, diz Tércio, a asserção “isto é comprar” pode ser modalizada por funtores como: é proibido comprar, é permitido comprar, é obrigatório comprar. (DAL COL, 2002, p. 4-5)

Focando esse mesmo diálogo, Luiz Moreira (2007) introduz a ideia de uma “Constituição como SIMULACRO”, propiciando oportuna reflexão. Esclarece que as Constituições atuais se dizem legitimadas por meio de um “ato fundador denominado poder constituinte”, garantidor de um ápice de civilização, cultura e organização, que proporciona uma reestruturação e transformação da sociedade. Normalmente é desempenhado por

uma assembleia que realiza o desígnio de formular e promulgar os princípios que passarão a estruturar o sistema constitucional que terá preponderância sobre todo o sistema jurídico. Logo, sob a assembléia

constituente repousa o poder de prescrever as normas e ordenar as condutas (MOREIRA, 2007, p. 93).

Entretanto, o autor denuncia que emana desse processo uma simulação que retrata

a tentativa de transformar um consenso sobre a forma de constituir e ordenar o sistema jurídico, obtido em um dado momento histórico em algo temporal, configurando um processo comum de formulação de normas jurídicas em ato fundador, a partir do qual os questionamentos e os problemas posteriores são solucionados pela remissão incontestada e necessária a tal estrutura (MOREIRA, 2007, p. 93).

Buscando elucidar esse novel conceito de “simulacro”, que, em seu entendimento, consuma-se ao se converter a Constituição em “pedra angular” e o instante de sua elaboração em “ponto zero”, Moreira explica que

O simulacro consiste na justificação de um ato fundante que põe a Constituição como ato extraordinário da soberania popular, quando o poder constituinte e a assembleia por ele instalada se revestem de caráter ordinário. Portanto, o simulacro é o ato de outorga que uma assembleia se dá a si mesma com o propósito de restringir, regular e prescrever os direitos atinentes à soberana manifestação dos sujeitos de direitos.

Tal simulacro é posto pela pretensão de validade absoluta adjacente ao poder constituinte, que dota a Constituição de obrigatoriedade e de legitimidade que se atualizam mediante a complementaridade ideológica entre um componente histórico e um conceitual.

Historicamente, o simulacro se caracteriza pela transformação de um processo ordinário em processo excepcional; conceitualmente, em tentar estruturar a Constituição com um caráter ao mesmo tempo filosófico e científico, por meio de classificações e desdobramentos, entre diversas modalidades de normas constitucionais, segundo seu alcance e aplicabilidade. A complementaridade consiste em estabelecer uma tensão entre uma esfera indisponível e uma outra, disponível, como forma de obrigar os sujeitos de direito a terem em sua Constituição não a emanação de sua força prescritiva, mas o resultado de um ato com soberania própria a sujeitos de direito.

Do ponto de vista histórico, o poder constituinte repousa em um embute: é a autorização expressa dos sujeitos de direito que dota a assembleia constituinte do poder necessário para constituir todas as relações. Sua autoridade criativa repousa antes na faculdade que detêm os sujeitos de direito para criarem uma nova realidade jurídica do que em um ato fundante. Assim, os sujeitos de direito são livres e plenipotenciários para fazerem tantos atos fundadores, constituintes, quanto acharem conveniente, isto porque o ato fundador congênere do poder constituinte é tão somente uma convenção.

(...)

Então, os direitos e garantias fundamentais não são postos pela Constituição, mas pelo mesmo ato soberano, pelo mesmo poder constitutivo que dota as assembleias constituintes do *exercício* plenipotenciário, ou seja, são postos pelo Direito, como disciplina ordenadora da liberdade. Portanto, historicamente, a conjunção de direitos recíprocos por parte dos sujeitos de direito, estes sim titulares de direitos inalienáveis, elimina qualquer

possibilidade de que seja constituída uma esfera jurídica que lhes seja indisponível, pois o poder, fruto de sua associação, confere-lhes reciprocidade de direitos que, conjugados universalmente, torna toda a conquista da cultura um ato de reconhecimento recíproco, disponível e garantido a todos os homens.

(...)

Cabe à Filosofia do Direito alertar os sujeitos de direito de que, a pretexto de preservar um Estado laico e plural, o constitucionalismo hodierno eliminou as múltiplas formas de entendimento das categorias do real e reduziu drasticamente a liberdade de livre disposição desses mesmos sujeitos ao construir uma esfera indisponível à sua faculdade plenipotenciária.

À Filosofia do Direito cabe mais uma vez demonstrar que, como em tantas outras vezes, a Constituição é uma grande conquista, mas não a última. (MOREIRA, 2007, p. 93; 105)

Com base nesse diálogo, é possível verificar que os pensadores supracitados buscam determinar o conceito de Constituição como norma superior a todas as demais. Sua função pode ser sintetizada como sendo preservar o equilíbrio e a organização do Estado, bem como estabelecer os seus respectivos limites. Ela possui, entretanto, o dever imprescindível de também preconizar os Direitos e Garantias Fundamentais alusivos a cada cidadão, cumprindo seu papel precípuo: a efetivação da dignidade da pessoa humana, princípio explícito no art. 1º, II da CR/88. Para tanto, seu texto não deve ser visto ou sentido como um mantra, mas, ao ser aplicado, requer interpretação e argumentação para que atenda aos elevados fins almejados pela proposta de uma jurisdição realmente constitucional.

3.2 Vinculação dos três poderes

Tudo estaria perdido se o mesmo homem, ou o mesmo corpo dos principais, ou dos nobres, ou do povo exercesse os três poderes: o de fazer as leis, o de executar as resoluções públicas e o de julgar os crimes ou as querelas entre os particulares. (MONTESQUIEU, 2000, p. 172, grifo nosso.)

Inegável a profunda interseção entre o ativismo judicial e o clássico sistema de *checks and balances*, cujo desiderato maior se encontra fulcrado no equilíbrio das competências entre os poderes fundamentais do Estado: o Executivo, o Legislativo e o Judiciário.

Tal abordagem, vale dizer, remonta à evolução do poder político e, via reflexa, à doutrina da tripartição, objeto sobretudo da obra *“Do Espírito das Leis”*, na qual Montesquieu preleciona:

A liberdade política, em um cidadão, é esta tranquilidade de espírito que provém da opinião que cada um tem sobre a sua segurança; e para que se tenha esta liberdade é preciso que o governo seja tal que um cidadão não possa temer outro cidadão. Quando, na mesma pessoa ou no mesmo corpo de magistratura, o poder Legislativo está reunido ao poder Executivo, não existe liberdade; porque se pode temer que o mesmo monarca ou o mesmo senado crie leis tirânicas para executá-las tiranicamente. Tampouco existe liberdade se o poder de julgar não for separado do poder Legislativo e do Executivo. Se estivesse unido ao poder Legislativo, o poder sobre a vida e a liberdade dos cidadãos seria arbitrário, pois o juiz seria legislador. Se estivesse unido ao poder Executivo, o juiz poderia ter a força de um opressor.

Tudo estaria perdido se o mesmo homem, ou o mesmo corpo dos principais, ou dos nobres, ou do povo exercesse os três poderes: o de fazer as leis, o de executar as resoluções públicas e o de julgar os crimes ou as querelas entre os particulares. (MONTESQUIEU, 2000, p. 172, grifo nosso.)

Aristóteles, na Grécia antiga, já apregoava a necessidade de se consagrar arenas distintas para os poderes estatais, ao proclamar, *in* “Política”, a ideia de Constituição mista, tal como rememora Nuno Piçarra:

(...) constituição mista, para Aristóteles, será aquela em que os vários grupos ou classes sociais participam do exercício da soberania ou o governo, em vez de estar nas mãos de uma única parte constitutiva da sociedade, é comum a todas. Contrapõem-se-lhe, portanto, as Constituições puras em que apenas um grupo ou classe social detém o poder político. (PIÇARRA, 1989, p. 31-33)

Refere-se, nesse conceito, à doutrina do “balanceamento das classes sociais” (equilíbrio), que inspirou, de forma implicativa, a teoria de freios e contrapesos. A Constituição mista suprainvocada, revela o encontro dos interesses de pobres e ricos, num misto de oligarquia e democracia, convergindo para um justo-meio, plataforma nuclear da ética de Aristóteles, a qual contribui para mitigar as desigualdades e diversidades sociais tão gritantes na história geral da humanidade:

A Constituição mista atende, antes de mais nada, às desigualdades e diversidades existentes na sociedade com o objetivo de as compor na orgânica-constitucional, de tal maneira que nenhuma classe adquira a preponderância sobre a outra. Neste sentido, constituição mista não é mais do que um sistema “político-social pluralmente estruturado” (PIÇARRA, 1989, p. 35).

Essa visão plural das autoridades do Estado e da sociedade é retomada por Aristóteles:

Por ‘constituição’ entendo a organização das várias autoridades, e em particular da autoridade suprema, que está acima de todas as outras. Mas é

preciso deixar claro que, em todos os casos, o corpo dos cidadãos é soberano; a Constituição é a soma total da politeuma (ARISTÓTELES, 2001, p. 221).

Bellamy, em abordagem acerca do tema, sustenta que a separação de poderes padece de dois problemas que residem, em especial, na dificuldade conceitual e prática de se distinguirem as funções de cada esfera, bem como até onde é realmente possível essa separação funcional:

A separação de poderes, contudo, apresenta sérios problemas particularmente importantes. Na prática, é difícil distinguir suas diferentes funções. Quando os juízes, por exemplo, sentenciam casos que não possuem previsão legal, geram precedentes, os quais, com efeito, constituem leis. De forma semelhante, frequentemente, servidores têm de criar regras no curso da implementação de uma lei para dar-lhe sentido. Os legisladores, por sua vez, estão inevitavelmente preocupados em como as leis serão interpretadas e aplicadas em casos específicos. Assim, cada ramo do governo acaba se ocupando das três atividades em um grau maior ou menor. Quanto mais complexas as atividades do governo, provavelmente mais interligados os Poderes se tornarão.

Em segundo lugar, até que ponto a separação funcional é possível, frente aos limites do poder exercido pelas agências representantes dos grupos de interesses. Em tais circunstâncias, pode não ser o suficiente cada setor ser dirigido por diferentes pessoas, pois poderiam colaborar na promoção de um interesse parcial compartilhado ao invés de trabalhar pelo bem comum². (BELLAMY, 1996, p. 439, tradução nossa, grifo nosso.)

Após várias digressões, esse autor afirma que existe uma evidente vinculação e dependência entre os três Poderes e considera inegável a influência exercida entre estes. Reprisa, inclusive, o fato de os Juízes estabelecerem novas normas por meio dos precedentes, mesmo que tal função seja típica do Poder Legislativo (BELLAMY, 1996, p. 452).

² The separation of powers, however, suffers from a number of notorious and related problems, of which two are particularly important. First, there is the conceptual and practical difficulty of distinguishing the different functions.' When judges, for example, adjudicate on which rules do or do not apply in particular cases, they also often end up setting precedents that in effect constitute new rules. Similarly, officials frequently have to create rules in the course of implementing a given law that in turn come to take on a life of their own. Legislators, too, are inevitably concerned with how the laws they frame will be interpreted and applied to specific cases. Thus, each branch of government will find itself engaged in all three activities to one degree or another. The more complex the activities of government, the more interrelated they are likely to become.

Second, to the extent such functional separation is possible, its ability to limit the power of those controlling the various agencies will be undermined if all represent similar groups or interests. In such circumstances, it may not be enough for each arm to be run by different people since they might nevertheless collaborate to promote a shared partial interest rather than working for the common good.

Todavia, antagonicamente, destacaram-se também os discursos “absolutistas”, cuja filosofia se pautava no monopólio dos poderes por um só soberano, que deveria ser limitado pelo direito vigente. Porém, na realidade, esse soberano se curvava unicamente ao seu próprio querer, desejos e caprichos e não ao direito, a exemplo de Luís XIV, sempre lembrado por sua expressão de caráter altamente solipsista: *l'Etat c'est moi*.

Em relação ao Poder Judiciário, Locke atribuiu-lhe singular relevância, em que pese considerá-lo atividade meio do Legislativo:

E por essa maneira a comunidade consegue, por meio de um poder julgador, estabelecer que castigo cabe às várias transgressões quando cometidas entre os membros dessa sociedade – que é o poder de fazer leis – bem como possui o poder de castigar qualquer dano praticado contra qualquer dos membros por alguém que não pertence a ela – que é o poder de guerra e de paz -, e tudo isso para preservação da propriedade de todos os membros dessa sociedade, tanto quanto possível. [...] *E aqui deparamos com a origem dos poderes Legislativo e Executivo da sociedade, que deve julgar por meio de leis estabelecidas até que ponto se devem castigar as ofensas quando cometidas dentro dos limites da comunidade*, bem como determinar, mediante julgamentos ocasionais baseados nas circunstâncias atuais do fato, até onde as agressões externas devem ser retaliadas; e em um outro caso utilizar toda a força de todos os membros, quando houver necessidade. [...] (LOCKE, 1966, p. 117-241, grifo nosso).

Nesse contexto, consoante é possível aferir dessa lição de LOCKE, o Poder Judiciário primacialmente foi tratado como secundário. Entretanto, posteriormente esse poder foi elevado a um expressivo grau de destaque, sobretudo a partir do *judicial review* introduzido, mais especificamente, por *Marbury v. Madison* em 1803 (SUPREME COURT OF THE UNITED STATES), decisão prolatada por John Marshall, Chief-Justice da Suprema Corte norte-americana, que consagrou o sistema de controle de constitucionalidade difuso.

A partir desse histórico julgamento, consolidou-se a regra de que são integralmente nulas as leis que desafiam a Constituição (*law repugnant to the Constitution is void*), reconhecendo-se, dessa forma, como princípio, a supremacia do Poder Judiciário no controle dos demais Poderes.

Emerge, daí, o princípio da “Supremacia da Constituição”, objeto de estudo de Barroso que o traduz como uma “*superlegalidade formal e material*”:

Saindo do plano da teoria geral e das considerações metajurídicas, a supremacia constitucional, em nível dogmático e positivo, traduz-se em uma *superlegalidade formal e material*. A *superlegalidade formal* identifica a

Constituição como fonte primária da produção normativa, ditando competências e procedimentos para a elaboração dos atos normativos inferiores. E a *superlegalidade material* subordina o conteúdo de toda a atividade normativa estatal à conformidade com os princípios e regras da Constituição. A inobservância dessas prescrições formais e materiais deflagra um mecanismo de proteção da Constituição, conhecido na sua matriz norte-americana como *judicial-review*, e batizado entre nós de '*controle de constitucionalidade*'. (BARROSO, 1999, p. 159, grifo nosso)

Apenas para elucidar, narra a história que, em 1801, William Marbury foi erigido à condição de Juiz de Paz no distrito de Columbia, ao final do mandato de John Adams (SUPREME COURT OF THE UNITED STATE, 1803). Quando Thomas Jefferson assumiu o governo, adotou o sistema segundo o qual o partido vencedor retém o domínio dos mais expressivos postos públicos (*spoil system*). Com base nessa política, ordenou que James Madison, então Secretário de Governo, deixasse de dar posse a Marbury, motivo pelo qual este impetrou o competente *mandamus* junto à Suprema Corte norte-americana contra Madison. Este, por sua vez, ficou silente, não oferecendo defesa e nem se pronunciando sobre o caso. Jefferson, entretanto, recomendou que todos os membros da Corte (*Justices*) fossem execrados por *impeachment* caso aquele pleito fosse acatado.

Sutilmente, o *Justice* John Marshall a todos surpreendeu com o seu inusitado pronunciamento. Em síntese, censurou radicalmente Madison e Jefferson por impedirem a posse de Marbury, dado que sua nomeação atendia os pressupostos da legalidade e legitimidade. Porém, ato contínuo, arguiu a inconstitucionalidade do art. 13 da lei judiciária de 1769, em cujo texto o pleito de Marbury havia sido fundamentado. Considerou que a matéria sobre "competência" pertencia restritivamente à Constituição, não à lei judiciária, não sendo razoável, portanto, que o mencionado art. 13 devolvesse à Suprema Corte o deslinde da querela em comento. Ancorado em tais argumentos, em que pese ter repudiado Madison e Jefferson, deixou também de dar posse a Marbury, ante a suscitada inconstitucionalidade, veredicto este que aplacou as iras do Poder Executivo e preservou a Suprema Corte tornando-a referência política e histórica.

Tal como ensina Silveira (1999), no que concerne ao *check*, este tem sua origem justamente no ato em que Marshal expressa seu voto nesse emblemático caso *Marbury v. Madison* (1803), no qual, pelo *Judicial Review*, coube ao Judiciário o dever de declarar a inconstitucionalidade e conseqüente nulidade dos atos do Congresso, ante a divergência estabelecida frente à Constituição.

Ainda nesse sentido, Silveira, no que se refere à consolidação do Sistema de Freios e Contrapesos (*Checks and Balances*), esclarece que o “balance” (contrapeso, equilíbrio)

surge na Inglaterra, a partir da ação da Câmara dos Lordes (nobreza e clero) equilibrando (balanceando) os projetos de leis oriundos da Câmara dos Comuns (originados do povo), a fim de evitar que leis demagogas, ou formuladas pelo impulso momentâneo de pressões populares fossem aprovadas. Na verdade, o objetivo implícito era conter o povo, principalmente contra as ameaças aos privilégios da nobreza. (SILVEIRA, 1999, p. 99)

Guardando estreita intimidade com o referido sistema, tem-se o bicameralismo, acerca do qual Montesquieu explicita essa mesma convicção em sua obra “Do Espírito das Leis”:

Existem sempre num Estado pessoas eminentes pelo nascimento, pelas riquezas ou pelas honras.

Se elas ficassem confundidas entre o Povo, e não tivessem senão um voto como os outros, a liberdade comum seria a sua escravidão, e elas não teriam interesse em defender a liberdade, porquanto a maioria seria contra elas.

A participação dessas pessoas na Legislação deve pois estar proporcionada às demais vantagens que têm no Estado. Ora, isto se dará se elas formarem um corpo com direito de frear as iniciativas do Povo, assim como o Povo terá o direito de frear as delas. (MONTESQUIEU, 2000, p. 173)

No Brasil, o debate alusivo à separação dos poderes como princípio constitucional tem avançado expressivamente. A Constituição Política do Império de 1824 já preceituava:

TITULO 3º

Dos poderes, e Representação Nacional.

Art. 9. A Divisão, e harmonia dos Poderes Políticos é o princípio conservador dos Direitos dos Cidadãos, e o mais seguro meio de fazer effectivas as garantias, que a constituição offerece.

Art. 10. Os Poderes Políticos reconhecidos pela Constituição do Imperio do Brazil são quatro: o Poder Legislativo, o Poder Moderador, o Poder Executivo e o Poder Judicial.

Art. 11. Os Representantes da Nação Brasileira são o Imperador, e a Assembléa Geral.

Art. 12. Todos estes Poderes no Imperio são delegações da Nação.

(..).

TITULO 5º

Do Imperador

CAPITULO I.

Do Poder Moderador

Art. 98. O Poder Moderador é a chave de toda a organização Política, e é delegado privativamente ao Imperador, como Chefe supremo da Nação, e

seu Primeiro Representante, para que incessantemente vele sobre a manutenção da Independência, equilíbrio, e harmonia dos mais Poderes Políticos.

Art. 99. A Pessoa do Imperador é inviolável, e Sagrada: Elle não está sujeito a responsabilidade alguma.

Art. 100. Os seus Titulos são "Imperador Constitucional, e Defensor perpetuo do Brazil" e tem o Tratamento de Magestade Imperial.

Art. 101. O Imperador exerce o Poder Moderador

I. Nomeando os Senadores, na fórmula do Art. 43.

II. Convocando a Assembléa Geral extraordinariamente nos intervallos das Sessões, quando assim o pede o bem do Império

III. Sancionando os Decretos, e Resoluções da Assembléa Geral, para que tenham força de Lei: Art. 62.

IV. Approvando, e suspendendo interinamente as Resoluções dos Conselhos Provinciaes: Arts. 86, e 87.

V. Prorogando, ou adiando a Assembléa Geral, e dissolvendo a Camara dos Deputados, nos casos, em que exigir a salvação do Estado; convocando immediatamente outra, que a substitua.

VI. Nomeando, e demittindo livremente os Ministros de Estado.

VII. Suspendendo os magistrados nos casos do Art. 154.

VIII. Perdoando, e moderando as penas impostas aos Réos condemnados por Sentença.

IX. Concedendo Amnistia em caso urgente, e que assim aconselhem a humanidade, e bem do Estado. (CAMPANHOLE, 1999, p. 823)

Percebe-se, portanto, que a Constituição de 1824 acompanhou a tendência da época e adotou a separação dos poderes. Organizou-se, porém, em quatro funções, quando então adicionou o Poder Moderador (art. 10), privativo do Imperador, como “Chefe Supremo da Nação, e seu Primeiro Representante. Este deveria, incessantemente, velar pela manutenção da Independência, equilíbrio e harmonia dos demais Poderes Políticos”. (art. 98). Esse Poder era também conferido ao comando do Executivo (arts. 102 e segts.), provocando uma desagregação geral na integração dos poderes, ante a evidente preferência conferida ao Executivo presidido pelo Monarca. Ocorre, no entanto, que essa desagregação escapa totalmente à pretendida interpenetração objetivada pela doutrina da separação dos poderes, tal como Campanhole preconiza *ipsis litteris*:

O que pretendemos deixar assinalado é que a divisão de poderes nunca se dissociou da ideia da sua interpenetração, do seu equilíbrio, da sua harmonia, não podendo ser tida como absoluta e desintegradora.

E teve sempre em vista, no consenso unânime dos que a adotaram, a limitação do poder em benefício da liberdade individual.

Nem seria lícito imaginar-se que o Estado, destinado a servir ao homem, e sua criação, fosse organizado e funcionasse de tal modo que o absorvesse e o oprimisse, como ocorre nos regimes absolutistas e totalitários.

(...)

A divisão da Assembleia Geral, órgão do Poder Legislativo, em duas Câmaras, como ainda hoje ocorre, já inclui nesse ramo um dos processos de interpenetração, exercendo a ação frenadora através da qual se visa alcançar o desejado equilíbrio. (CAMPANHOLE, 1999, p. 27-28)

Em 1934, a Constituição acompanhou a Primeira Carta e compôs a soberania nacional com a tripartição: “Art. 3º - São órgãos da soberania nacional, dentro dos limites constitucionais, os Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, independentes e coordenados entre si” (CAMPANHOLE, 1999, p. 683).

Em 1937, consoante observa o mesmo autor, houve silêncio em torno da matéria na Constituição outorgada por Getúlio Vargas. Entretanto, ela previu a seu modo, em seus arts. 38 e seguintes, o Poder Legislativo, o Poder Judiciário (arts. 90 e segts.) e, de forma paradigmática, o “Presidente da República” (art. 73), ali constituído como soberano. A este competia o dever de orientar os órgãos representativos, coordenar a política no âmbito nacional e internacional e supervisionar, no geral, a administração do país. Esclarece Campanhole (1999), que seu poder se sobrepunha a qualquer outro, encontrando-se credenciado pelo art. 75, alínea “b”, podendo, inclusive, dissolver a Câmara dos Deputados se esta reprovasse iniciativas do Chefe do Executivo em períodos de emergência e de guerra declarada.

Até mesmo o poder conferido ao Judiciário de reconhecer a inconstitucionalidade de lei foi diretamente bombardeado pelos excessos autorizados ao Presidente da República, sobretudo pelo art. 96 daquela Constituição que assim dispunha:

Art. 96 - Só por maioria absoluta de votos da totalidade dos seus Juízes poderão os Tribunais declarar a inconstitucionalidade de lei ou de ato do Presidente da República.

Parágrafo único - No caso de ser declarada a inconstitucionalidade de uma lei que, a juízo do Presidente da República, seja necessária ao bem-estar do povo, à promoção ou defesa de interesse nacional de alta monta, poderá o Presidente da República submetê-la novamente ao exame do Parlamento: se este a confirmar por dois terços de votos em cada uma das Câmaras, ficará sem efeito a decisão do Tribunal. (SOARES DE PINHO, 1961, p. 611)

Ensina Bonavides (1991) que essa Constituição chegou a ser apelidada de “polaca”, por guardar semelhança ideológica e de conteúdo com a Constituição polonesa, de natureza fascista e totalitária, inspirada por Pilsudski. Essa estreiteza entre mencionados diplomas constitucionais se denota, inclusive, pela instituição de um Conselho Federal no lugar do Senado, constituído de 10 membros nomeados pelo soberano e mais um representante de cada Estado. A essa medida some-se também o fato de ter sido implantando um Conselho da Economia Nacional para

subsidiar o Legislativo, com membros dos múltiplos eixos da produção nacional, patronais e operários, consoante previam os arts. 38, 46, 50, 57 e 61.

A esse Conselho de Economia Nacional cabia o exercício de funções normativas estratégicas, integrando-se inclusive ao processo Legislativo à luz do que preconizava o art. 61 da Constituição:

(...)

b) estabelecer normas relativas à assistência prestada pelas associações, sindicatos ou institutos; c) editar normas reguladoras dos contratos coletivos de trabalho entre os sindicatos da mesma categoria da produção ou entre associações representativas de duas ou mais categorias; d) emitir parecer sobre todos os projetos, de iniciativa do Governo ou de qualquer das Câmaras, que interessem diretamente à produção nacional; (CAMPANHOLE, 1999, p. 608).

A crítica à mera formalidade da competência dos Poderes Estatais coube novamente a Bonavides e Paes de Andrade, quando asseveraram:

A competência dos três Poderes na Constituição de 1937 era meramente formal. Os artigos 38 e 49 que tratavam do Poder Legislativo esbarravam-se com o conjunto do texto e, mesmo com a coexistência de um Conselho Federal criado pelos artigos 50 e 56, usurpando faculdades legislativas com dez dos seus membros escolhidos pelo Presidente da República e os restantes pelas Assembléias Legislativas dos Estados.

Era o Senado sem voto popular, constituído já à época, dos senadores biônicos que recebiam a designação de “conselheiros”. Quanto ao Judiciário, o arbítrio do Poder Executivo ultrapassava até mesmo o texto da Carta constitucional. Esta, todavia, deixava a brecha para esses abusos, quando em seu artigo 91, ressaltava as restrições à vitaliciedade, à inamovibilidade, à irredutibilidade dos vencimentos dos magistrados.

A competência dos três Poderes ficou limitada ao centralismo do Executivo e condicionada aos interesses do chefe supremo da administração – o Presidente da República. (BONAVIDES; PAES DE ANDRADE, 1991, p. 345)

Após a Era Vargas, o Brasil se reconciliou com suas origens, restabelecendo, na Constituição de 1946, a doutrina de Montesquieu com a busca do equilíbrio entre os órgãos governamentais:

CONSTITUIÇÃO DOS ESTADOS UNIDOS DO BRASIL DE 1946

Art. 36. São Podêres da União o Legislativo, o Executivo e o Judiciário, independentes e harmônicos entre si.

§ 1º O cidadão investido na função de um dêles não poderá exercer a de outro, salvo as exceções previstas nesta Constituição.

§ 2º É vedado a qualquer dos Podêres delegar atribuições. (CAMPANHOLE, 1999, p. 482).

Essa Constituição tornou-se histórica por suas particularidades acentuadas pelas lentes de Soares de Pinho, cujo realce foi destinado ao sistema de freios e contrapesos:

(...) a adoção do sistema bicameral, seguindo a tradição do nosso direito público, permite às duas casas competentes do Congresso Nacional exercer recíproca ação frenadora, evitando excessos ou precipitações na elaboração legislativa.

O mesmo ocorre em se tratando da atividade dos três poderes, cujos abusos e extralimitações encontram os indispensáveis freios e contrapesos à disposição de cada qual e dos membros da comunidade nacional. (SOARES DE PINHO, 1961, p. 41)

A Constituição de 1967 preservou a doutrina da separação dos poderes, mas criou, em seu Art. 55, a figura do indigitado “decreto-lei” que atribuía ao Chefe do Executivo plena competência legislativa:

Art. 55. O Presidente da República, em casos de urgência ou de interesse público relevante, e desde que não haja aumento de despesa, poderá expedir decretos-leis sobre as seguintes matérias:

I - segurança nacional;

II - finanças públicas, inclusive normas tributárias; e

III - criação de cargos públicos e fixação de vencimentos.

§ 1º Publicado o texto, que terá vigência imediata, o Congresso Nacional o aprovará ou rejeitará, dentro de sessenta dias, não podendo emendá-lo; se, nesse prazo, não houver deliberação, o texto será tido por aprovado.

§ 2º A rejeição do decreto-lei não implicará a nulidade dos atos praticados durante a sua vigência.

CONSTITUIÇÃO DO BRASIL DE 1967

Art. 6º São Poderes da União, independentes e harmônicos, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário.

Parágrafo único - Salvo as exceções previstas nesta Constituição, é vedado a qualquer dos Poderes delegar atribuições; o cidadão investido na função de um deles não poderá exercer a de outro.

EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 01, DE 1969

Art. 6º São Poderes da União, independentes e harmônicos, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário.

Parágrafo único. Salvo as exceções previstas nesta Constituição, é vedado a qualquer dos Poderes delegar atribuições; quem for investido na função de um deles não poderá exercer a de outro. (CAMPANHOLE, 1999, p. 256).

Em 1988, com o advento da nova Constituição, igualmente foi corroborado o sistema *Checks and Balances*. Porém, suprimiu-se o veto à delegação de competência e à acumulação de funções em poderes distintos: Art. 2º: “São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário”. (CAMPANHOLE, 1999, p. 15).

Em que pese a impressionante intervenção do Executivo no Legislativo, via medidas provisórias, a Teoria da Separação dos Poderes evoluiu de forma inusitada no Brasil, notadamente com o fortalecimento das competências do Judiciário e do Ministério Público no que se refere à chancela dos direitos coletivos e difusos, bem como no que é pertinente à defesa da ordem jurídica, da democracia e dos interesses sociais e individuais de caráter indisponível, tal como preceitua o art. 127 da CRF/88.

Corolário também das Constituições Brasileiras, o controle jurídico tornou-se núcleo gravitacional da separação dos poderes, princípio este cristalizado no art. 2º da Constituição de 1988, que proclama: “São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário”.

No que alude ao referido controle de constitucionalidade, ele “deve ser traduzido como o exercício e/ou resultado de funções específicas que destinam a realizar a contenção do poder do Estado, seja qual for sua manifestação, dentro do quadro constitucional que lhe for adstrito” (MOREIRA NETO, 1989, p. 13).

Oportuno ressaltar que dito “controle” pode ser de *cooperação, de consentimento, de fiscalização e de correção*, equacionado de forma recíproca e mutuamente entre todos os Poderes.

Quanto ao “controle de fiscalização”, o núcleo mais pulverizado tem sido a “parte material da Constituição, em que se declaram e garantem os direitos fundamentais”, aos quais se refere a lição de Sampaio:

A análise das experiências dos vários sistemas de jurisdição constitucional nos pode fornecer uma ideia mais precisa de que setor da Constituição tem servido mais a pôr em funcionamento o processo de fiscalização. *Veremos que a parte material da Constituição, em que se declaram e garantem os direitos fundamentais, é, de longe, o trecho constitucional mais acionado.* Com intensidade menor, mas nem por isso desprezível, vamos encontrar as normas definidoras de competências, tanto na distribuição horizontal, quanto na repartição vertical de poderes. Não será surpresa, todavia, se nos depararmos com um uso menos constante dos chamados princípios fundamentais ou estruturais, como Estado de Direito ou variantes e Democracia, dada a fluidez de sentidos que expressam; nem gerará perplexidade maior a conclusão de que os Preâmbulos, cuja positividade era dúvida até bem pouco tempo, não são empregados como parâmetro. Na verdade, um e outro são recursos, quase sempre retóricos, de interpretação ou reforço de convencimento, embora se destaquem algumas exceções. Em Portugal, é a Constituição que remete os princípios a cânones de constitucionalidade(art. 277.1), induzindo o Tribunal Constitucional a uma elaboração mais detalhada de princípios como Estado de Direito democrático, a separação de poderes, a reserva ou a prevalência da lei ou mesmo o postulado de justiça, que já levou, por exemplo, a se considerar inconstitucional a exclusão de indenização de trabalhadores demitidos de

uma empresa que fora fechada por força de um decreto-lei (sentença n. 162/1995). Também na Espanha, vez ou outra, aparecem como parâmetro a liberdade, a justiça, a igualdade e o pluralismo político, pela inspiração do seu artigo primeiro que estatui ser a Espanha um Estado Social e democrático de Direito, propugnando como valores superiores de seu ordenamento jurídico tais princípios. (SAMPAIO, 2002, p. 182-183, grifo nosso).

Todavia “o *Ativismo Judicial*”, ponto nuclear deste trabalho, parece guardar mais sinergia com os seguintes controles:

a) Do Poder Judiciário em relação ao Legislativo

Em relação ao Legislativo, o Poder Judiciário é o mais relevante e mais enfatizado na doutrina. Ele cuida do controle da constitucionalidade das leis elaboradas pelo Legislativo e, por meio dele, no exercício de sua função, o Supremo Tribunal Federal protege a Constituição. Ele promove a “correção” e até mesmo a suspensão da execução de leis violadoras dos preceitos constitucionais.

Materializa-se ao comando dos arts. 102 e 103 da CF, por intermédio do sistema *em abstrato* (concentrado, direto, via ação) ou *em concreto* (*incidentur tantum*, difuso, indireto, via de defesa).

b) Do Poder Judiciário frente ao Executivo

Frente ao Executivo, o Poder Judiciário se reporta de igual sorte, ao controle de constitucionalidade, podendo o Poder Executivo compor a esfera passiva de ADIN (Ação Direta de Inconstitucionalidade), caso transgrida preceito da Constituição.

No que se refere à Ação direta de inconstitucionalidade por omissão, consoante preceitua o art. 103, § 2º da CF, parte final, cabe ao Executivo cumprir providências de sua competência em 30(trinta) dias, após a declaração da omissão pelo STF, podendo, caso contrário, ser responsabilizado, cuidando este, portanto, do controle de correção por intermédio do Poder Judiciário.

O art. 52, parágrafo único da Constituição, preconiza o exercício do controle dos Poderes Judiciário e Legislativo, interagidos, sobre o Poder Executivo, fato que pode, inclusive, culminar em medidas extremas, tal qual o *impeachment*.

Álvaro Ricardo de Souza Cruz (2004, p. 338) adverte que “*Sunstein (1995) defende a ideia de que a Corte Americana seja parcimoniosa no emprego do controle de constitucionalidade pelo fato de que, na prática, suas decisões acabam*

por provocar uma legislação *sui generis*". Em sua consagrada obra "Jurisdição Constitucional Democrática", supracitada, Cruz insiste em reafirmar que a conduta minimalista de Sunstein

cobra também uma postura cooperativa entre a Suprema Corte e os demais órgãos do Judiciário esperando que a primeira conte com a colaboração do último para amadurecer a questão constitucional, ao admitir que a Suprema Corte se "aproprie" da experiência de todo o Judiciário de tal maneira que suas decisões sejam efetivamente respeitadas. (CRUZ, 2004, p. 339)

Esse autor ressalta, assim, a relevante ideia de "cooperativa" de Sunstein entre a Suprema Corte e os demais órgãos do Judiciário, enfatizando que esse espírito deve dominar de igual modo os outros poderes políticos. Nesse diapasão, lembrando Grey (1995), Cruz se reporta à inspiração doutrinária, segundo a qual ao Legislativo cabe proeminentemente a definição dos direitos humanos hodiernamente cognominados suprapositivos, em evidência no alto da agenda mundial.

Em sua festejada obra já destacada, Cruz apresenta a postura de Dworkin pela "*interação de mão dupla entre a Supreme Court e as Lower Courts*" (CRUZ, 2004, p. 339). O filósofo americano propõe uma jurisdição constitucional, centrada no "*princípio da integridade, na interpretação construtiva e na preservação dos direitos individuais*". Inadmita, todavia, o "convencionalismo" criticando-o com veemência, sobretudo em sistemas cujos magistrados são obrigados a adotar precedentes, mesmo cientes, muitas vezes, de que são indubitavelmente inadequados para a correta decisão da causa *sub judice*. A referida ideologia encontra-se notoriamente cristalizada no pronunciamento dworkiniano:

O direito é o direito. Não é o que os juízes pensam ser, mas aquilo que realmente é. Sua tarefa é aplicá-lo, não modificá-lo para adequá-lo à sua própria ética ou política. Esse é o ponto de vista da maioria dos leigos e o hino dos conservadores em questão de direito (...). Segundo, o convencionalismo corrige a opinião popular do leigo, para quem sempre existe um direito a ser aplicado. *O direito por convenção nunca é completo, pois constantemente surgem novos problemas que ainda não haviam sido resolvidos de nenhuma maneira pelas instituições que dispõem da autoridade convencional para resolvê-lo (...)*. Portanto, a decisão que um juiz deve tomar nos casos difíceis é discriminatória no sentido forte do termo: é deixada em aberto, via correto entendimento das disposições passadas. (DWORKIN, 2003, p. 141, grifo nosso).

O convencionalismo, portanto, encontra-se na contramão dos ideais democráticos por desconsiderar as peculiaridades apresentadas por cada caso

avaliado pelo Poder Judiciário. Sob esse aspecto, vale citar a Desembargadora do STJ Fátima Nancy Andrichi: “Cada história narrada nos autos de um processo encerra questão singular e delicada, que deve ser tratada com especial desvelo pelo juiz, com olhos atentos aos conflitos humanos e existenciais subjacentes à temática jurídica em análise” (ANDRIGHI, 2010, p. 7-9).

3.3 O Poder Judiciário como instrumento de efetividade constitucional

3.3.1 Judicialização da política e politização da justiça

O Poder Judiciário nacional tem experimentado, após a Constituição de 1988, uma expressiva ascensão institucional. Juízes e Tribunais vêm paulatinamente abdicando de uma postura meramente técnica para assumirem uma função política, dialogando com a sociedade e visando à defesa dos princípios e direitos fundamentais consagrados pelo Estado democrático. Franco descreve com precisão essa nova filosofia do Judiciário e assevera:

Uma sociedade marcada por profunda exclusão social não se compatibiliza com o perfil de um juiz apegado ao texto da lei, insensível ao social, de visão compartimentada do saber, auto-suficiente e corporativo. E, acima de tudo, com um juiz que ainda não teve a percepção de que sua legitimação não se apóia na vontade ou nas leis de mercado, *mas substancialmente na sua função central de garantidor dos direitos que atribuem dignidade ao ser humano e dos valores axiológicos incorporados aos modelos sociais que têm a democracia como uma garantia irrenunciável.* (FRANCO, 2001, p. 99, grifo nosso)

Sob esse aspecto, vale observar que Dworkin (2003) preconiza, como função do Judiciário, o fiel compromisso com a efetividade dos direitos constitucionais e individuais. Propõe, no entanto, que se permita ao julgador agir com racionalidade, não discricionariedade no tocante à proteção de tais interesses, evitando, assim, que tais direitos fiquem desprotegidos e, conseqüentemente, sejam violados.

O filósofo, entretanto, não se limita a apresentar sua proposição. Busca também desvelar a fórmula para a consecução exata de seu objetivo, idealizando para tanto o “Princípio da Integridade”. Este, ensina Dworkin, admite, como reais, as

decisões judiciais ancoradas na justiça, na equidade e no devido processo legal que pressupõem uma interpretação construtiva e eticamente válida da prática jurídica. Esse princípio traduz o direito como um meio de ascensão moral e aprimoramento ético dos agentes políticos, favorecendo uma construção mais justa e democrática dos pronunciamentos judiciais e, portanto, menos conservadora e não tradicional (2003).

Do pensamento dworkiniano se infere que a democracia contemporânea expandiu os pulmões dos tribunais, conferindo-lhes um oceano de outras tantas atribuições jurisdicionais e institucionais antes inexistentes, sobretudo a revisão judicial de medidas adotadas pelos Poderes pares. Esse movimento é cognominado de JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA, e seu primado firmou-se na supremacia da Constituição, que urge ser respeitada.

Trata-se de uma onda resultante da expansão da potencialidade do Judiciário conferida pela Constituição, objetivando a efetivação dos direitos individuais, em especial das minorias – ponto nodal da democracia. Concentra-se na interseção de interesses políticos com os princípios constitucionais, não raro conflitantes.

Essa judicialização, consoante inspiração de Verbicaro (2006) corresponde à nova formação dos direitos fundamentais a partir da pulverização do primitivo modelo de separação absoluta dos poderes, bem como também da emancipação e legitimação do Poder Judiciário para atuar em conflitos sociais anteriormente destinados exclusivamente aos poderes constituídos democraticamente para essa finalidade.

Destaque-se, outrossim, que Judicialização da Política tem também sido uma terminologia destinada à identificação dos resultados advindos da interseção estabelecida entre democracia e ativismo judicial.

A juridificação das relações sociais (Judicialização da Política) confere com o ideal de igualdade, de dignidade humana e de participação política dos cidadãos, pilares centrais do Estado de Direito Democrático. Dobrowolski, em apurado estudo do tema, pondera que o Judiciário contemporâneo

não pode propor-se a exercer função apenas jurídica, técnica, secundária, mas deve exercer papel ativo, inovador da ordem jurídica e social, com decisões de natureza e efeitos marcadamente políticos. Sem pretender um "governo de juízes", observando, todavia, as normas legisladas e a separação dos poderes, a Justiça tem de elevar-se à condição de autêntico

poder, cumprindo essas tarefas ao modo especificado. (DOBROWOLSKI, 1995, p. 92-101, grifo nosso)

Outro processo que tem eclodido no direito contemporâneo é o denominado POLITIZAÇÃO DA JUSTIÇA, o qual consiste no efeito pleno e inequívoco da prefalada judicialização da política. Esta, conforme dito alhures, ocorre quando o Judiciário, no desempenho normal das suas funções, interfere implicativamente nas ações políticas, visando, regra geral, à promoção e defesa dos direitos individuais. O Supremo Tribunal Federal tem sido um notável protagonista dessa judicialização ao posicionar-se frente a questões como a demarcação das terras indígenas na região Raposa Serra do Sol, a constitucionalidade da pesquisa em células tronco de embriões excedentários, a fidelidade partidária, o nepotismo estendido ao Legislativo e ao Executivo, a distribuição de medicamentos, entre outros.

Na lição de José Alcebíades de Oliveira Jr., “A política e o direito são as duas faces de uma mesma moeda, que é o poder, e precisam andar juntas. Por isto, *politização do direito sim, mas juridicização da política também*, por que senão o absolutismo se impõe” (OLIVEIRA JR., 2010, grifo nosso). Nesse contexto, cabe observar que, também para Dworkin, as atividades judiciais devem ser praticadas com fundamento nos “*princípios jurídicos*”, não apenas nos “*princípios de política*”. Estes, entendidos como a decisão que se posiciona pela garantia de uma pretensão coletiva com um olhar agudo no interesse da comunidade; e aqueles, ao contrário, focados na proteção de direitos individuais, tal como o filósofo explica ao publicar “Uma questão de princípio” (DWORKIN, 2001, p. IX e X).

Os aludidos princípios jurídicos são concebidos sob a égide de convicções morais específicas, como declarou Dworkin em *Law's Empire*, quando destaca notáveis julgamentos como “*Riggs v. Palmer*”, mais conhecido como o caso *Elmer*, e também o “*Snail darter*”, assentado na Lei das Espécies Ameaçadas:

Tanto no caso *Elmer* quanto no do *Snail darter*, os juízes discordaram sobre o modo como a lei deveria ser interpretada, e tanto os estudantes quanto os estudiosos do direito continuam a discordar. Contudo, não podemos situar a obscuridade do texto na ambigüidade, na falta de clareza ou na abstração de uma palavra ou de uma expressão em particular contida nas leis que provocam tais casos.

Será a lei dos testamentos obscura quanto à questão de se os assassinos podem herdar? Se acharmos que sim, só pode ser porque nós mesmos temos alguma razão para pensar que os assassinos não devem herdar. Na lei dos testamentos de Nova York, nada declara, de modo explícito, que pessoas de olhos azuis podem herdar, mas ninguém acha que a lei seja obscura quanto a se podem ou não. Por que é diferente no caso dos

assassinos – ou, antes, por que foi diferente quando se decidiu o caso *Elmer*? Se seguissemos a teoria da intenção do locutor, seríamos tentados a dizer: porque temos razões para pensar que os que adotam a lei não pretendiam que os assassinos herdassem. Mas só podemos explicar essa afirmação de maneira contrafactual, e então percebemos que ela é forte demais.

Será obscura a questão de se nazistas podem herdar, se pensarmos que os autores originais da lei não teriam desejado que os nazistas herdassem caso tivessem previsto a ascensão do nazismo? É apenas porque *nós* achamos que o argumento em favor da exclusão dos assassinos de uma lei geral dos testamentos é um argumento forte, sancionado por princípios respeitados em outras partes do direito, que a consideramos obscura nesse aspecto.

Isso também é absolutamente verdadeiro no que diz respeito à Lei das Ameaças. Nossas dúvidas quanto a saber se a lei conferia ao ministro o poder de interromper projetos já bem avançados não podem situar-se na ambigüidade, na imprecisão ou abstração de alguma frase ou palavra. (DWORKIN, 2003, p. 420)

Assim refletindo, torna-se oportuno salientar que todos esses apelos acabam desaguando na teoria da jurisdição constitucional. Inevitável então é recordar que, quando na Europa ocorreu o debate entre Hans Kelsen e Carl Schmitt sobre a “guarda da constituição e quem deveria exercê-la”, este último se posicionou contrário à jurisdição constitucional sob o pretense argumento de que a judicialização da política se converteria, no futuro, em um instituto pejorativo que seria popularizado como “politização da justiça” (SCHMITT, 1998, p. 57). Ele receava, assim, que a politização transformasse o modelo então existente num sistema juriscêntrico, imposto tiranamente por juízes filósofos, preocupação esta já suscitada em capítulos anteriores. Por isso, adverte que o Estado deveria manter-se atento para que o Judiciário não viesse a adotar posições esvaziadas de princípios, partidarizadas, motivadas por conveniências e interesses escusos, evitando-se, destarte, a instituição do facciosismo, eterno adversário do constitucionalismo.

Relevante também o pensamento de J. J. Canotilho³, ao pronunciar-se acerca da “Judicialização da Política e Politização do Judiciário”, declarando-se “autêntico defensor da aplicação dos princípios, uma vez que estes incorporam a teoria da norma pública, pois a politização do Judiciário dá-se pelos próprios princípios, inclusive da moralização, eticização e da dignidade da pessoa humana, entre outros. Estes, não são a solução do “tudo ou nada” e, por isto, admitem uma aplicação interpretativa do direito, determinante para os novos tempos. Afinal, antes tínhamos

³ Pronunciamento do jurista J. J. Canotilho, na palestra intitulada “Judicialização da Política e Politização do Judiciário”, no Congresso “Constituição e Processo - entre o Direito e a Política”, realizado em 13 e 14 de setembro de 2010, em Belo Horizonte-MG, promovido pelo Instituto de Hermenêutica Jurídica em parceria com a PUC/Minas.

“A Constituição conforme o Estado, hoje, o Estado conforme a Constituição” (Informação verbal).

Fato é que a “Politização da Justiça” pode ser visualizada em situações plurais. Boaventura de Sousa Santos, de forma incisiva, destaca sua evidência “nas relações entre os meios de comunicação social e o sistema judicial; na polémica sobre o segredo de justiça e na celeuma sobre a prisão preventiva”:

A politização da justiça transforma a plácida obscuridade dos processos judiciais na trepidante ribalta mediática dos dramas judiciais. Esta transformação é problemática devido às diferenças entre a lógica da ação mediática, dominada por tempos instantâneos, e a lógica da ação judicial, dominada por tempos processuais lentos. É certo que tanto a ação judicial como a ação mediática partilham o gosto pelas dicotomias drásticas entre ganhadores e perdedores, mas enquanto o primeiro exige prolongados procedimentos de contraditório e provas convincentes, a segunda dispensa tais exigências. Em face disto, quando o conflito entre o judicial e o político ocorre nas medias, estes, longe de serem um veículo neutro, são um fator autónomo e importante do conflito. E, sendo assim, as iniciativas tomadas para atenuar ou regular o conflito entre o judicial e o político não terão qualquer eficácia se os meios de comunicação social não forem incluídos no pacto institucional. É preocupante que tal fato esteja a passar despercebido e que, com isso, se trivialize a lei da selva mediática em curso.

Num contexto de politização da justiça, o *problema do segredo de justiça* é o problema da violação do segredo de justiça. O que se está a passar neste domínio é uma vergonha nacional. Não deixa de ser paradoxal que, num momento político-judicial que se apresenta como de luta contra a tradicional impunidade dos poderosos, quem quer que tenha poder para violar o segredo de justiça o possa fazer impunemente. O segredo de justiça protege tanto os interesses da investigação criminal como o bom nome e a privacidade dos arguidos. Sobretudo no domínio da criminalidade complexa, o segredo de justiça é uma condição de eficácia da investigação e, por isso, o respeito pelos direitos dos arguidos não está na atenuação do segredo. Está na aceleração do inquérito criminal por parte do Ministério Público e, portanto, na dotação das condições para que tal seja possível. A vulnerabilidade do segredo de justiça numa situação de *stress* institucional reside no facto de os que estão interessados em destruir o bom nome dos arguidos têm a cumplicidade dos que pretendem descredibilizar a investigação.

A prisão preventiva é tão importante à eficácia da investigação criminal quanto o segredo de justiça, mas, ao contrário deste, pode e deve ser substituída por medidas alternativas sempre que possível. O excesso de prisão preventiva entre nós resulta da morosidade da justiça e do tipo de criminalidade. Não há dados fiáveis sobre a incidência total da prisão preventiva. Há-os apenas sobre os presos preventivamente em processos à data de julgamento, estando assim excluídos os presos em fase de inquérito a que se não seguiu acusação e os que, tendo sido acusados, viram a prisão preventiva substituída por outra medida antes do julgamento. (SANTOS, 2003)

Fomentando esse debate, tem-se que é digna de nota a lição de Binenbojm, ao alertar o Judiciário quanto aos aspectos positivos, mas também vulneráveis deste

relevante instrumento cognominado “Politização da Justiça”, oportunidade em que o classifica como um fenômeno favorecedor da democracia:

- a) o juiz só deve agir em nome da Constituição e das leis, e não por vontade política própria;
- b) deve ser deferente para com as decisões razoáveis tomadas pelo legislador, respeitando a presunção de validade das leis;
- c) não deve perder de vista que, embora não eleito, o poder que exerce é representativo (i.e, emana do povo e em seu nome deve ser exercido), razão pela qual sua atuação deve estar em sintonia com o sentimento social, na medida do possível. Aqui, porém, há uma sutileza: juízes não podem ser populistas e, em certos casos, terão de atuar de modo contramajoritário. *A conservação e promoção dos direitos fundamentais, mesmo contra a vontade das maiorias políticas, é uma condição de funcionamento do constitucionalismo democrático. Logo, a intervenção do Judiciário nesses casos, sanando uma omissão legislativa ou invalidando uma lei inconstitucional, dá-se a favor e não contra a democracia.* (BINENBOJM, 2004, p. 246, grifo nosso)

De semelhante modo, pretendendo emprestar visibilidade à matéria em pauta, Urbano Ruiz destaca situações reais em que a decisão do Poder Judiciário foi determinante para a consolidação dos direitos e das garantias públicas, demonstrando, assim, o papel “garantidor de direitos” exercido pelos magistrados:

A Delegacia de Ensino da cidade de Rio Claro, do interior do Estado de São Paulo, informou ao Promotor de Justiça que no ano letivo que se aproximava, o de 1998, faltariam cerca de 500 vagas na primeira série do ensino fundamental. Muitas crianças não teriam acesso à escola. A instituição documentou os fatos e promoveu ação civil pública para obrigar o prefeito a criar tais vagas, já que a Constituição Federal, nos arts. 211 e 212, obrigava a Municipalidade a atuar prioritariamente no ensino fundamental, investindo 25% no mínimo, da receita resultante de impostos. Bem por isso, obrigatório o ensino fundamental, gratuito (art. 208), sem que qualquer criança pudesse ficar sem escola (ECA, art. 208), tanto que os pais seriam responsabilizados criminalmente caso deixassem de matricular os filhos (CP, art. 246). O procedimento não previa audiência prévia de conciliação, mas ela foi designada, ganhando o fato repercussão na imprensa. Embora o alcaide relutasse em criar aquelas vagas, a liminar foi deferida e o chefe do Executivo municipal terminou por permitir que aquelas crianças tivessem acesso ao ensino público, sem contestar a ação.

Na Grande São Paulo, os trens de subúrbio viajavam com as portas abertas, por causa do excesso de passageiros, transportados até sobre os tetos dos vagões. Eram freqüentes mortes, mutilações nos acidentes e quedas. Foi promovida ação civil pública também pelo Ministério Público estadual, para obrigar a concessionária daquele serviço público a oferecer transporte digno, regular e seguro aos usuários. Ela terminou sendo julgada procedente, com a aquisição de trens novos e a recuperação daqueles antigos, com melhorias significativas para os usuários.

O Tribunal de Justiça de São Paulo julgou improcedente ação civil pública de iniciativa do Ministério Público estadual perante a Fazenda do Estado de São Paulo, cominando a obrigação de não fazer consistente em se abster de implantar programa de troca, permuta, distribuição ou fornecimento de agulhas, seringas descartáveis e outros instrumentos, incluídos ou não em

kits, aos usuários de drogas injetáveis. Entendeu, com efeito, que tal conduta não violava os arts. 37 e 195 da CF e também não configurava o crime previsto no art. 12 da Lei 6.368/76. (RUIZ, 2001, p. 253-254)

Em seguida, o autor enfatiza que é imprescindível o incentivo à adoção das ações coletivas que “valorizam o Judiciário na medida em que fazem dele instrumento de democratização e amplia o acesso da grande massa de excluídos aos serviços públicos”. (RUIZ, 2001, p. 255)

3.3.2 Perfeccionismo, Minimalismo judicial e Procedimentalismo

Consoante demonstrado, a doutrina pátria vem aderindo expressivamente ao ativismo judicial, partindo sempre do princípio de que ele consiste num profícuo instrumento de concreção da dignidade da pessoa humana, da cidadania, da justiça e da democracia.

Entretanto, temores existem, conforme já se disse, de que se erija um “governo de toga” ou uma “juristocracia” decorrente de uma falsa interpretação normativa:

A expansão da província de tribunais na determinação dos resultados políticos à custa dos políticos, funcionários públicos, e / ou da população não só se tornou mais do que nunca difundida mundialmente, como também se expandiu para se tornar um fenômeno multifacetado, multiforme, que se estende bem além do atual conceito padrão de discricionariedade da polícia, através da jurisprudência de direitos constitucionais e redefinição judicial das fronteiras legislativas. A judicialização da política agora inclui a transferência total para os tribunais de algumas controvérsias políticas mais pertinentes e polêmicas que um governo democrático pode contemplar. O que foi vagamente chamado de "ativismo judicial" se desenvolveu para além das convenções existentes na literatura de teoria constitucional normativa. A nova ordem política - *juristocracia* – rapidamente se estabeleceu em todo o mundo - (HIRSCHEL, 2004, p. 222, tradução nossa, grifo nosso).⁴

⁴ The expansion of the province of courts in determining political outcomes at the expense of politicians, civil servants, and/or the populace has not only become globally widespread that ever before; it has also expanded to become a manifold, multifaceted phenomenon, extending well beyond the now-standard concept of judge-made police-making through constitutional rights jurisprudence and judicial redrawing of legislative boundaries. The judicialization of politics now includes the wholesale transfer to the courts of some the most pertinent and polemical political controversies a democratic polity can contemplate. What has been loosely termed "judicial activism" has evolved beyond the existing conventions found in normative constitutional theory literature. A new political order – juristocracy – has been rapidly establishing throughout world. (**Towards Juristocracy**: the

Portanto, críticos indicam aspectos positivos, bem como imperfeições tanto no *judicial activism* quanto no *self restraint*. Receiam, ainda, a exemplo de Carvalho (2009), que tribunais ativistas se tornem excessivamente paternalistas e sepulquem, assim, a cidadania, ocupando os espaços dos processos políticos democráticos. Temem, também, que pela legitimidade democrática conferida pela força esmagadora da maioria ao Legislativo e ao Executivo, estes passem a governar impondo obrigações desproporcionais a grupos socialmente minoritários.

Diante disso, propostas foram levantadas visando transpor esse dilema, salientando-se as seguintes:

- a)** o “perfeccionismo” de Ronald Dworkin;
- b)** o “minimalismo” de Cass Sunstein;
- c)** o “procedimentalismo”.

O *Perfeccionismo* adota a ideia de uma “Constituição vinculante”. Ela, é o objeto primordial dos adeptos dessa doutrina, que, sendo assim, pretende aprimorá-la. Objetivam lograr o aperfeiçoamento da Constituição, via “*interpretação*” de suas normas abstratas, buscando apreender seus propósitos com maior e mais profunda intensidade. É o que Ronald Dworkin propõe em seu “*romance em cadeia*” (DWORKIN, 2003. pp.275-278), em que idealizou a figura mística do “*Juiz Hércules*”, um “*supermagistrado*” com poderes “*supra-humanos*”. Ele almejava, com sua capacidade transcendental, convencer a Corte e imprimir fundamentos racionais aos seus pronunciamentos jurídicos. Buscava “*apresentar o conjunto da jurisdição em sua melhor luz para alcançar o equilíbrio e a justiça na prática judiciária*” (DWORKIN, 1982, p. 34; 165).

Apontando caminhos, propõe que seja aplicado o “*direito como integridade*”. Este implica uma atividade jurisdicional forte, de tal sorte que impõe a ideia de que a comunidade política está submetida não apenas às decisões políticas particulares explicitamente adotadas pelo Legislativo e Executivo, mas também ao “*sistema de princípios que essas decisões pressupõem e endossam*” (DWORKIN, 2003, p. 255). Entre as virtudes, ao lado da justiça, ele incluiu a equidade, a moral e o devido processo legal.

Críticos contestam o Perfeccionismo. Alegam, em especial, a incerteza de quais princípios morais deveriam ser adotados como corretos, uma vez que o conceito de moral pode variar no tempo e no espaço. Indagam, outrossim, acerca do fato de que as Cortes também elegem a teoria adequada por meio de votação majoritária tal qual os parlamentares, enfatizando o risco de se consagrar, igualmente, nessa instância, o império da maioria contra os interesses das minorias sociais. Por derradeiro, apontam a ameaça existente no sentido de o Judiciário entronizar-se como alta Corte moral, sem que sobre ele recaia qualquer mecanismo de controle social.

Sob esse manto, adicione-se a preocupação do Ministro do STF Gilmar Mendes, ao proferir a seguinte manifestação:

As decisões da Corte Constitucional estão inevitavelmente imunes a qualquer controle democrático. Essas decisões podem anular, sob a inovação de um direito superior – que, em parte, apenas é explicitado no processo decisório -, a produção de um órgão direta e democraticamente legitimado. Embora não se negue que também as Cortes ordinárias são dotadas de um poder de conformação bastante amplo, é certo que elas podem ter a sua atuação *reprogramada* a partir de uma simples decisão do legislador ordinário. Ao revés, eventual correção da jurisprudência de uma Corte Constitucional, somente há de se fazer, quando possível, mediante emenda. (MENDES, 1998, p. XIII-XIV)

Ante tais questionamentos, exsurge a teoria do *Minimalismo Judicial*. Esta, por sua vez, em sua face “*procedimental*”, corresponde a diversas orientações formais destinadas aos magistrados no sentido de não exagerarem nos argumentos filosóficos ao elaborarem e fundamentarem seus veredictos. Por outro lado, em seu caráter “*substancial*”, apresenta os pré-requisitos para a reengenharia da democracia constitucional.

Esse minimalismo exige “igualdade política, participação, deliberação racional e responsabilidade política”. (SUNSTEIN, 1999, p. ix-x). Assim, propõe que se evitem manifestações acerca de questões secundárias para o caso colocado em pauta, que se julgue cada lide individualmente e que somente haja decisões sobre dissídios morais e políticos, quando imprescindivelmente necessário. Ele aponta para a minimização das funções dos tribunais a qual poderá gerar, via reflexa, a redução dos erros em suas práticas diárias. Busca simplificar o discurso de aplicação e, conseqüentemente, a prestação da atividade jurisdicional. Entretanto,

pontua Luhmann (2005), tais meios não parecem atender a complexidade crescente que constitui o inescondível rótulo das sociedades modernas.

Finalmente, como nova fórmula teórica, apresenta-se o Procedimentalismo. No que concerne a essa alternativa teórica, Nunes (2009) observa que é exigida dos magistrados uma produtividade sobrenatural em mínimo liame de tempo, sem que lhe seja oferecida uma infraestrutura idônea para que possa atender a essa produtividade. Assim, verifica-se que o juiz é premido a decidir os casos na maior celeridade possível, contando-se tal característica temporal até mesmo como condição para sua promoção por merecimento.

Porém, de outro lado, espera-se que, mesmo levado a desenvolver seu trabalho apressadamente, de forma meramente tecnicista e mecânica, ele possa antever os efeitos de seus veredictos *para além* das partes contempladas em seu pronunciamento, proeza esta que até mesmo o juiz Hércules, imagem eternizada do deus grego, teria imensa dificuldade em realizar.

É nesse contexto que surge a proposta de se adotar uma postura judicial “processualista democrática” (FAZZALARI, 2004, p. 34), de tal sorte que os direitos individuais não sejam mutilados por uma relação pragmática de mero custo-benefício. Destarte, resgata-se a teoria do ativismo judicial, haja vista que, em suas bases, busca sustentar com segurança os pilares maiores da jurisdição constitucional democrática e, sobretudo, cumprir seu desafio capital: a efetividade dos direitos e garantias fundamentais, sob o primado do “Terceiro Gigante” – o Poder Judiciário –, que é convocado a cumprir o seu heróico mister, na forma preconizada por Mauro Cappelletti:

Não é admissível um Judiciário que permaneça encastelado, a decidir, comodamente, apenas conflitos privados sem maior expressão, perante a realidade sócio-política dos dias presentes. É compreensível uma Justiça “quase nula”, ao tempo dos iluministas, quando as populações eram rarefeitas, a tecnologia incipiente e os recursos estatais destituídos de maior potencialidade. Atualmente, quando os meios da técnica e a atividade econômica e social possuem aptidão para causar graves efeitos lesivos às populações massificadas, e perante um crescimento desorbitado da atuação estatal, capaz de violar direitos de incontável número de pessoas, *é preciso um Judiciário que não se abstenha perante esses poderes agigantados, mas que tenha condições para enfrentá-los em patamar de igualdade. Em vez do Judiciário fraco da doutrina tradicional da separação de poderes, deve tornar-se o terceiro gigante, como o define MAURO CAPPELLETTI, para manter o equilíbrio de forças, necessário aos controles recíprocos entre os poderes do Estado e ao controle do poderes sociais e econômicos* (CAPPELLETTI, 1993, p. 49).

Por fim, há que se atentar para uma desafiadora realidade: se o Judiciário não se apressar em agir, os direitos individuais e sociais serão de tal sorte esvaziados, que as garantias constitucionais se tornarão idéias postas em folhas de papel, de caráter fantasioso, ilusório e de natureza meramente simbólica, não satisfazendo com tal inércia os paradigmas e ideais determinantes de um efetivo Estado de Direito Democrático.

3.4 Conflito entre Constitucionalismo e Democracia

O *Constitucionalismo* refere-se ao “ponto de partida para a consagração normativa dos valores da Constituição, conjunto de normas supremas e originárias do Estado do qual derivam todas as demais” (NOVELINO, 2007, p. 7).

Historicamente, o movimento constitucionalista foi gerado com a pretensão de garantir a segurança jurídica nas eras de prevalência soberana da tirania e do absolutismo, quando prevaleciam os abusos e excessos do Estado contra o povo, em geral excluído de todo o processo político.

Numa definição clássica, Canotilho ensina: “*Constitucionalismo é a teoria(ou ideologia) que ergue o princípio do governo limitado indispensável à garantia dos direitos em dimensão estruturante da organização político-social de uma comunidade*”. (CANOTILHO, 2003, p.45)

Democracia, por sua vez, pode ser compreendida como “a soberania do povo ou a regra da maioria; Estado de direito, jurisdição do poder e o respeito pelos direitos fundamentais”. (BINENBOJM, 2001, p.48).

Ao invocar o Constitucionalismo com seus vieses e paradoxos relativos à Democracia, relevante se torna compreender as origens inglesas desse instituto que surgiu simbolicamente em 1215 com a *Magna Charta*. No palco desse cenário, destacaram-se, em especial, as figuras do Rei, da Câmara dos Lordes e da Câmara dos Comuns, cada qual predominando em um determinado período da história política e constitucional da Inglaterra. José Luiz Quadros de Magalhães, com notável clareza, delimita essas fases, assim discorrendo:

No período que vai de 1215 até o século XVII, predomina a autoridade do Rei, marcando um período monárquico. Entre o século XVII e meados do século XIX prevalece a Câmara dos Lordes, marcando o período aristocrático, e, desde o final do século XIX até os dias de hoje ocorre o predomínio da Câmara dos Comuns, que seria então o período democrático. Alguns autores vêem no século XVIII um período misto, onde então poderia ser visto uma união ideal das três formas clássicas de governo: a monarquia, a aristocracia e a democracia.

Muitos equívocos foram cometidos a respeito da Constituição inglesa. Dizia-se que a Inglaterra (leia-se Reino Unido) não tinha Constituição ou então que não tinha Constituição escrita, duas incorreções. Alguns começaram a separar o inseparável, a constituição moderna de constitucionalismo, afirmando que na Inglaterra e Israel, entre outros havia constitucionalismo sem Constituição (bobagem). O equívoco estava em reduzir a Constituição a sua forma, não compreendendo que Constituição pode até ser forma e pode até ser matéria específica, historicamente localizada, mas seu único elemento permanente é a sua hermenêutica, a Constituição sempre será interpretação, compreensão, leitura histórica e geograficamente localizadas. Aliás constituição é vida e vida é interpretação. Tudo é interpretação e a interpretação é história, cultura, vida, e portanto complexidade.

Para fins de referencial histórico a maior parte dos autores mencionam a *Magna Charta* de 1215 como o marco inicial de formação da Constituição Inglesa. A Magna Charta não é a primeira Constituição mas nela podemos encontrar os elementos essenciais do constitucionalismo moderno: limitação do poder do Estado e declaração de direitos da pessoa. (MAGALHÃES, 2004, p. 1)

Oportuno ressaltar que a contribuição do Constitucionalismo inglês para o norte-americano foi considerável e de ímpar relevância. Este último, por sua vez, orientou o direito brasileiro, substituindo a força do parlamento pela “força do Juiz”: “O Judiciário constrói a norma justa aplicável ao caso concreto, se esta norma construída pelo Judiciário cuida de matéria constitucional, ela é Constituição. O que acabamos de dizer vem ser teorizado com maior consistência no século XX, entretanto é praticado há séculos”. (MAGALHÃES, 2004, p. 2)

Nos Estados Unidos, adotou-se o sistema de governo presidencial, o federalismo, o controle difuso de constitucionalidade e uma *Supreme Court* guardiã da Constituição. Percebe-se a inegável influência do Constitucionalismo norte-americano no Brasil com a inclusão do controle difuso de constitucionalidade na Constituição de 1891, introduzindo-se, a partir de então, a proposta ideológica de jurisdição constitucional, órbita gravitacional de um Estado Democrático.

O Constitucionalismo nos E.U.A. compreende a Constituição não exatamente como um texto escrito com códigos, artigos e significantes gráficos, mas, sim, como um conjunto de princípios e valores que se modificam no mesmo ritmo em que muda a sociedade diante das turbulências e adversidades enfrentadas, perpassando por uma construção de natureza permanente e de caráter eminentemente interpretativo.

É justamente essa interpretação que conferirá sentido ao texto. Sem ela, a Constituição codificada, assim como qualquer preceito normativo tornam-se inócuos e vazios. Entretanto esse processo hermenêutico não deve abalar a segurança jurídica, imprescindível às relações sociais. Afinal, essa segurança já foi gravemente estremecida pelo excesso de legalismo que predomina em nossos tribunais. Tal postura empedernida dos julgadores tem desafiado os elevados ideais da elogiada jurisdição constitucional adotada nos Estados Unidos, a qual tem oferecido um expressivo contributo a todos os sistemas jurídicos mundiais.

Ao propararem, *verbis gratia*, em sua Declaração de Independência (1776), que “Todos os homens nascem livres e iguais em direito”, os Estados Unidos não tinham naquela época a mesma concepção que atualmente têm acerca do termo “homem”. Ao longo dos tempos, foram sendo inseridos nesse termo diversos sentidos coadunantes com a nova cultura e o novo tempo vivido pelo povo norte-americano. Assim, deu-se a *inclusão do outro* – típica da filosofia habermasiana –, contemplando ora os negros, ora as mulheres, bem como os homoafetivos, pessoas com necessidades especiais, os pobres e outros grupos vulneráveis antes excluídos da concepção humana.

Assim sendo, o princípio da “igualdade” transitou por mais de dois séculos de calorosos debates e interpretações, para somente então pontificar a ideia de cidadania e de democracia altamente consagradas, corolário do espírito dinâmico e progressista da Constituição norte-americana.

Na engrenagem jurídica e sóciopolítica, efusivos argumentos se erguem em torno de possíveis ameaças e riscos que o Constitucionalismo, com todas as suas nuances, poderia oferecer à democracia, estabelecendo, assim, uma preocupante zona de conflito.

Coerente com tal premissa, evidencie-se a “Teoria da Justiça Constitucional” de André Ramos Tavares, que busca elucidar a matéria:

Em acréscimo às dificuldades reais que a teoria democrática enfrenta atualmente, devem-se agregar, ainda, as dificuldades reais que o constitucionalismo também está encontrando.

Não se pretende reproduzir o quadro de uma crise de legitimidade das constituições. Retoma-se apenas as seguintes conclusões: (i) há uma desconfiança generalizada na lei e na Constituição, ambas manipuláveis pelos grupos de interesse e contra a sociedade, com o “prevalcimento da lógica mercantil” (STRECK, 2002: 73); (ii) há uma crise de legitimidade da Constituição, que chegou a fazer com que determinados setores exigissem

um constitucionalismo na verdade real, e não uma Constituição “mentirosa” ou descolada da realidade.

As constituições, de maneira geral, assumiram uma vertente totalizante, procurando normatizar todos os setores sociais. Isso fez com que sua superação operasse repentinamente, por que desagregadas da realidade social altamente cambiável do mundo contemporâneo.

O modelo ideal seria o de uma Constituição que pudesse, periodicamente, atentar para todas as novas necessidades sociais, refletindo-as diretamente a partir de um consenso racional identificado de maneira precisa. (TAVARES, 2005, p. 558-559)

Tais dissonâncias podem bem ser ilustradas por uma reflexão que perpassa pela estreita via que se localiza “*Entre a Política Constitucional e o Direito Constitucional*”. Essa matéria está bem proposta no texto abaixo transcrito da lavra de Rosângelo Rodrigues de Miranda (2010), que reafirma o fato de que as fronteiras e territórios de ação de tais institutos não parecem apresentar-se suficientemente delimitados. Tal circunstância pode gerar demérito e agudizar a descrença do cidadão na ciência jurídica, notadamente no Direito Constitucional, tornando-se imprescindível a real definição de sua zona de atuação:

Um dos sentimentos mais comuns que ocorrem àqueles que se aproximam do texto constitucional brasileiro, principalmente o leitor não especializado e os alunos dos anos iniciais das escolas jurídicas é o de total incongruência entre aquilo que o texto diz e aquilo que se percebe na realidade concreta.

Quase sempre, o texto constitucional é tido como utópico, sem qualquer contato com a realidade. Neste clima, o direito constitucional em sentido amplo cai em desprestígio e não é apreciado como uma ferramenta útil de trabalho, seja para o profissional do direito, seja para o cidadão ou para o estudante.

Ora por quais motivos isto ocorre?

Acredito que tudo se resume a uma questão de níveis de discursos distintos. Com efeito, há no texto constitucional uma interpenetração não clara entre o discurso da política e o discurso do direito constitucional propriamente dito.

O discurso da política liga-se ao texto constitucional na medida em que este estabelece os parâmetros gerais de atuação da classe política quando esta toma as decisões de base sobre o futuro do país. O texto constitucional, neste momento, cria utopias, projetos, sonhos de uma Sociedade a ser construída e forjada no futuro, daí que, não raro, desperte no ouvinte/leitor um sentimento de desconexão com a realidade que fragiliza aos olhos do senso comum, o *status* de utilidade da constituição.

O Direito Constitucional em sentido estrito opera, por sua vez, num nível discursivo mais técnico. Suas preocupações são menos o que poderá vir-a-ser a Sociedade, mas, sim, sobre o significado da norma diante do caso e problema concreto. Sua atuação é sempre casuística ofertando *ad hoc* soluções para problemas, por assim dizer, imediatos.

Se se permite uma leve síntese, podemos dizer que a Política Constitucional cuida da implementação da ideia de justiça geral, universalizante, uma tarefa que se protraí no tempo, e impõe ao operador do direito um visão de longo alcance que, se de um lado ganha em generalidade e percepção do todo, de outro, perde em efetividade e precisão.

Por outro lado, o Direito Constitucional em sentido estrito possui a tarefa de aplicar a justiça particular, isto é, diante de um problema específico, o intérprete deve, a partir da relação de implicação mútua existente entre texto e realidade, ofertar uma solução o mais adequada e realizável possível, sempre presa ao factível, sem, necessariamente, ter preocupações universalizantes.

Para solucionar este problema da duplicidade dos níveis de discurso, tornando a mensagem mais clara ao destinatário, é preciso que aquele que venha a interpretar ou instrumentalizar o texto constitucional explicito o nível de discurso no qual esta inserido. Ou bem fala de política constitucional, ou bem fala de Direito Constitucional estrito senso. (MIRANDA, 2010)

Insistindo nessa mesma linha quase imperceptível situada entre a Política Constitucional e o Direito Constitucional, Miranda elucida as indagações que daí emanam. Assim, vincula a política *constitucional* “às tomadas de decisões primárias efetivas no campo do debate político em sentido amplo” (MIRANDA, 2010). Nesse momento, passa então a especificar melhor este campo de ação:

Principalmente o campo de ação do debate social que impõe à administração pública ou ao legislador o modo pelo qual as decisões administrativas serão tomadas visando à construção da justiça em sentido geral e amplo, aquela baseada numa igualdade de todos. Neste clima, o Judiciário só se torna legitimado para participar da política constitucional como mais um dos componentes do debate democrático e, só subsidiariamente, pode se dizer que ele atua distribuindo a justiça em sentido amplo.

A política constitucional tem no texto constitucional a baliza dos valores pelos quais a sociedade irá construir um modo de viver mais justo e solidário, instituindo, numa determinante de longo prazo, uma qualidade de vida que é um desejo de todos e tarefa de todos os agentes políticos.

Aqui a distância entre o discurso e a realidade não deve causar, imediatamente, espantos ou desapontamentos.

Ao contrário, na construção do discurso político, a inter-relação entre o sonho de uma sociedade quase que utópica e a efetiva prática das escolhas e das ações é inerente ao jogo, donde neste particular não se poder falar de imperfeições do texto constitucional, pois sua função, dentro da política constitucional, é tão somente servir de parâmetro para o debate e as ações a serem tomadas.

Por outro lado, o direito constitucional em sentido estrito, diz respeito à aplicação das prescrições normativo-constitucionais propriamente ditas. Trata-se de extrair a justiça no particular, isto é, as prescrições normativas devem ser lidas de modo restrito, ponto a ponto, ao modo de uma justiça distributiva e comutativa efetivada sempre diante do caso concreto.

No âmbito da aplicação do Direito Constitucional em sentido estrito, é sempre o caso concreto que indica o modo pelo qual deve ser interpretado o texto constitucional, extraíndo, segundo as circunstâncias do problema em exame, a justiça do particular, de maneira a “atribuir a cada um o que é seu”. (*Suum cuique tribuere*), ou mesmo comutando ou reequilibrando as iniqüidades já pré-existentes no mundo concreto. (MIRANDA, 2010)

No que alude ao tema em epígrafe, preleciona Streck que a alteração entre Constitucionalismo e Democracia suscita uma “tensão (inexorável) entre jurisdição e legislação”, pelo que assim elucida:

Com efeito, a Constituição nasce como um paradoxo porque, do mesmo modo que surge como exigência para conter o poder absoluto do rei, transforma-se em um indispensável mecanismo de contenção do poder das maiorias. É pois, no encontro de caminhos contraditórios entre si que se desenha o paradoxo do constitucionalismo. E é na construção de uma fórmula abarcadora desses mecanismos contramajoritários que se engendra a própria noção de jurisdição constitucional, percorrendo diversas etapas até o advento do Estado Democrático de Direito (STRECK, 2008, p. 17).

Relevante é também salientar que admitir que se traduza democracia simplesmente como a sujeição de um povo às vontades da maioria induz a uma consequente conclusão de que o Constitucionalismo é

antidemocrático, na medida em que este “subtrai” da maioria a possibilidade de decidir determinadas matérias, reservadas e protegidas por dispositivos contramajoritários. O debate se alonga e parece interminável, a ponto de alguns teóricos demonstrarem preocupação com o fato de que a democracia possa ficar paralisada pelo contramajoritarismo constitucional, e, de outro, o firme temor de que, em nome das maiorias, rompa-se o dique constitucional, arrastado por uma espécie de retorno a Rousseau. (STRECK, 2008, p. 18-19).

Indagado acerca deste impasse estabelecido entre política majoritária e as ressalvas constantes da Constituição, Laurence Tribe exterioriza seu dilema:

Em sua forma mais básica, a pergunta é por que uma nação que fundamenta a legalidade sobre o consentimento dos governados decidiria construir sua vida política mediante um compromisso com um pacto/acordo original estruturado deliberadamente para dificultar mudanças. Como se pode reconciliar o consentimento dos governados com a garantia de um consentimento ulterior mediante uma convenção constitucional? Por que um marco constitucional, ratificado há dois séculos, deve exercer tão grande poder sobre nossas vidas atuais? Por que somente alguns de nossos concidadãos possuem a faculdade para impedir que se façam emendas à Constituição? A revisão judicial, quando está baseada em uma lealdade supersticiosa em relação a intenção de seus criadores, é compatível com a soberania popular? (TRIBE, 1988, p. 9)

É ai então que Kelsen inquire de forma incisiva acerca da soberania popular e da democracia:

Mas o que é esse povo? Uma pluralidade de indivíduos, sem dúvida. E parece que a democracia pressupõe, fundamentalmente, que essa

pluralidade de indivíduos constitui uma unidade, tanto mais que, aqui, o povo como unidade é – ou teoricamente deveria ser – não tanto objeto mas principalmente sujeito do poder. Mas saber de onde resulta essa unidade que aparece com o nome de povo continuará sendo problemático enquanto se considerarem apenas os fatos sensíveis. Dividido por posições nacionais, religiosas e econômicas, o povo aparece, aos olhos do sociólogo, mais como uma multiplicidade de grupos distintos do que como uma massa coerente de um unido e mesmo estado de aglomeração. Nesse aspecto, só se poderá falar de unidade em sentido normativo. Realmente, como solidariedade de interesses, a unidade do povo representa um postulado ético-político que a ideologia política assume como real com o auxílio de uma ficção de aceitação tão universal, que hoje em dia já não se pensa em criticá-la. Na verdade, o povo só parece uno, em sentido mais ou menos preciso, do ponto de vista jurídico; a sua unidade, que é normativa, na realidade é resultante de um dado jurídico: a submissão de todos os seus membros à mesma ordem jurídica estatal constituída – como conteúdo das normas jurídicas com base nas quais essa ordem é formada – pela unidade dos múltiplos atos humanos, que representa o povo como elemento do Estado, de uma ordem social específica. O “povo” não é – ao contrário do que se concebe ingenuamente – um conjunto, um conglomerado, por assim dizer, de indivíduos, mas simplesmente um sistema de atos individuais, determinados pela ordem jurídica do Estado. Na realidade o indivíduo não pertence como um todo à coletividade, ou seja, com todas as suas funções e com todas as diferentes tendências de sua vida psíquica e física. Não pertence nem mesmo à coletividade que exerce o poder mais forte sobre ele, o Estado; menos ainda a um Estado cuja forma de organização é determinada pela liberdade. A ordem do Estado sempre abrange apenas manifestações muito determinadas da vida do indivíduo. Uma parte maior ou menor da vida humana sempre escapa, necessariamente, a essa ordem, enquanto existe uma certa esfera em que o indivíduo é livre do Estado. Por isso, é uma ficção considerar como um conjunto de indivíduo a unidade de uma multiplicidade de atos individuais – unidade que constitui a ordem jurídica -, qualificando-a como “povo”, e estimular assim a ilusão de que esses indivíduos constituem o povo com todo o seu ser, ao passo que estes pertencem a ele apenas através de alguns de seus atos que são protegidos e ordenados pela ordem estatal. (KELSEN, 1993, p. 35 e 36)

Atente-se, outrossim, para o fato de que, na obra intitulada “Assim falou Zaratustra”, o filósofo Nietzsche critica o Estado e sua visão de povo, quando ele então assim assevera: *“O Estado é o mais frio de todos os monstros. Ele mente friamente; de sua boca sai esta mentira: Eu, o Estado, sou o povo”*. (NIETZSCHE, 1999, p. 1)

Nesse cenário torna-se novamente oportuna a visão kelseniana no que concerne à “democracia”, quando a conceitua no mundo das ideias como

uma forma de Estado e de sociedade em que a vontade geral, ou, sem tantas metáforas, a ordem social, é realizada por quem está submetido a essa ordem, isto é, pelo povo. Democracia significa identidade entre governantes e governados, entre sujeito e objeto do poder, governo do povo sobre o povo. (KELSEN, 1993, p. 35)

Ao término de sua obra “A Democracia”, de forma particular Kelsen invoca o capítulo XVIII do Evangelho segundo São João, para ilustrar as cicatrizes trágicas deixadas por uma interpretação hipócrita da democracia na história da humanidade, tal como se deu no maior de todos os julgamentos que acabou levando Jesus ao Calvário, tão somente por não ter sido superado, naquele evento, o “antagonismo entre absolutismo e relativismo”:

Foi na época da Páscoa que Jesus, acusado de pretender-se Filho de Deus e Rei dos Judeus, foi levado a Pilatos, o delegado romano. E Pilatos, não vendo nele mais que um pobre-diabo, perguntou ironicamente: “Então és tu o rei dos judeus?” Mas Jesus tomou a questão com muita seriedade e, no ardor de sua missão divina, respondeu: “Tu o dizes. Sou rei. Nasci e vim ao mundo para dar testemunho da verdade. Todo o que está do lado da verdade ouve a minha voz.” Pilatos perguntou então: “O que é a verdade?” E porque ele, o cético relativista, não sabia o que era a verdade, a verdade absoluta na qual este homem acreditava, procedeu – com muito coerência – de forma democrática, delegando a decisão ao voto popular. Segundo o evangelho, foi ter novamente com os judeus e disse-lhes: “Não encontro nele crime algum. Mas é costume que eu, pela Páscoa, vos solte um prisioneiro. Quereis pois, que eu vos solte o rei dos judeus?” Então gritaram todos novamente, dizendo-lhes: “Não este, mas Barrabás”. Acrescenta o Evangelho: “Ora, Barrabás era um ladrão”.

Para os que crêem que o Filho de Deus e Rei dos Judeus seja testemunha da verdade absoluta, *este plebiscito é sem dúvida um forte argumento contra a democracia*. E nós, cientistas políticos, temos de aceitar este argumento, mas com uma condição apenas: que nós tenhamos tanta certeza de nossa verdade política, a ponto de defendê-la, se necessário, com sangue e lágrimas – que nós tenhamos tanta certeza de nossa verdade quanto tinha, de sua verdade, o Filho de Deus. (KELSEN, 1993, p. 356-357, grifo nosso)

Lenio Streck concluiu, em seu compêndio “Verdade e Consenso”, que a alegada tensão entre Democracia e Constitucionalismo representa uma impropriedade descabida e irreal, “um perigoso reducionismo”, e explica:

Não fosse por outras razões, não se pode perder de vista o mínimo, isto é, que o *Estado Constitucional* só existe e tornou-se perene a partir e por meio de um processo político constitucionalmente regulado (*Loewestein*). Na verdade, a afirmação da existência de uma “tensão” irrecorrível entre constitucionalismo e democracia é um dos mitos centrais do pensamento político moderno, que entendo deva ser desmi(s)tificado. Frise-se, ademais, que, se existir alguma contraposição, esta ocorre necessariamente entre a democracia constitucional e democracia majoritária, questão que vem abordada em autores como Dworkin, *para quem a democracia constitucional pressupõe uma teoria de direitos fundamentais que tenham exatamente a função de colocar-se como limites/freios às maiorias eventuais*.

A regra contramajoritária, desse modo, vai além do estabelecimento de limites formais às assim denominadas maiorias eventuais; de fato, ela representa a materialidade do núcleo político-essencial da Constituição, representado pelo compromisso – *no caso brasileiro, tal questão está*

claramente explicitada no art. 3º da Constituição – do resgate das promessas da modernidade, que apontará, ao mesmo tempo, para as vinculações negativas (proibição de retrocesso social), até porque cada norma constitucional possui diversos âmbitos eficaciais (uma norma pode ser, ao mesmo tempo, programática no sentido clássico, de eficácia plena no sentido prestacional ou servir como garantia para garantir o cidadão contra os excessos do Estado). Por isto, o alerta que bem representa o paradoxo que é a Constituição: uma vontade popular majoritária permanente, sem freios contramajoritários, equivale à *volonté générale*, a vontade geral absoluta propugnada por Rousseau, que se revelaria, na verdade, em uma ditadura permanente.

Não ha dúvida, pois, que o Estado Constitucional representa uma fórmula de Estado de Direito, talvez a sua mais cabal realização, pois se a essência do Estado de Direito é a submissão do poder ao Direito, somente quando existe uma verdadeira Constituição esta submissão compreende também a submissão do Poder Legislativo, nos diz Prieto Sanchis, aduzindo, ademais, que isto não deveria constituir qualquer novidade, uma vez que já em 1966 Elias Diaz se perguntava se no Estado de Direito havia base para o absolutismo Legislativo e sua resposta era categoricamente negativa: *o Poder Legislativo está limitado pela Constituição e pelos Tribunais, ordinários ou especiais conforme os sistemas, que velam pela garantia da constitucionalidade das leis.* (STRECK, 2008, p. 19-20)

Portanto, no que concerne à filosofia de Streck, é possível destacar sua crença explícita e confessa na tese da mais inequívoca viabilidade de comunhão entre democracia e constitucionalismo. Ressalta que, para a sociedade moderna, a Constituição passou a ser

condição de possibilidade do exercício no regime democrático, naquilo que a tradição (no sentido que Gadamer atribui a essa expressão) nos legou sustentando, outrossim, que esta não *obstrui a democracia*, questão que já estava bem clara nas críticas de James Madison a Thomas (STRECK, 2008, p. 20).

No julgamento norte-americano supramencionado, a saber, *Marbury v. Madison* (1803), considerou-se que as regras entendidas como contramajoritárias não devem ser consideradas grilhões, pois também podem fazer valer a liberdade.

Corroborando tal teoria, Streck vincula a democracia a um tempo social mais humano, desvelando o valor da Constituição para minorias e maiorias, fato este que, por si só, impede que

o próprio regime democrático seja solapado por regras que ultrapassem os limites que ela mesma - a Constituição - estabeleceu para o futuro. *Esta, aliás, é a sua própria condição de possibilidade.* Veja-se, e a lembrança vem novamente de Holmes, que Locke, Kant e tantos outros aprovaram as regras constitucionais duradouras ainda que não inalteráveis. E assim fizeram porque reconheciam que tais regras podiam fomentar o futuro aprendizado. *Os mortos não devem governar os vivos; devem, sim, facilitar a que os vivos se governem a si próprios.*

Por tudo isto, a discussão acerca do constitucionalismo contemporâneo – e de suas implicações políticas – é tarefa que (ainda) se impõe. E essa questão assume especial relevância em um país em que as promessas da modernidade, contempladas nos textos constitucionais, carecem de uma maior efetividade. Dai a pergunta: *como relegar a um segundo plano as promessas que fizemos a nós mesmos* (para utilizar as palavras de François Ost, em seu "O Tempo do Direito")?

Nesse sentido, torna-se fundamental discutir, para uma melhor compreensão de toda essa problemática, o papel da Constituição e da jurisdição constitucional no Estado Democrático de Direito, bem como as condições de possibilidade para a implementação/concretização dos direitos fundamentais-sociais a partir desse novo paradigma de Direito e de Estado. Parece que a inserção da Constituição na noção de paradoxo - pelos "interesses" contraditórios que nasceu para albergar - traz implícita a *discussão da problemática tensão entre legislação e jurisdição, pela simples razão de que a primeira é fruto da vontade geral (majoritária) e a segunda coloca freios nessa mesma vontade geral, sendo, portanto, contramajoritária.*

Afinal, a evolução da Teoria do Estado – que não pode existir à margem da Constituição (Bercovici) – implica o surgimento da "*politização*" da Constituição. Do normativismo constitucional saltamos para a Teoria Material da Constituição. *Este é o momento da imbricação entre Constituição e política.* E o Estado Democrático de Direito será o *locus* privilegiado deste acontecimento. (STRECK, 2008, p. 21-22, grifo nosso)

Sob esse aspecto, Holmes reafirma criticamente que, na regra contramajoritária, "os vivos passam a ser governados pelos mortos", e, prosseguindo, declara:

Com efeito, por uma parte o repúdio ao passado é uma espécie de espada com dois fios. As decisões atuais, tomadas tendo em mente o futuro, logo pertencerão ao passado. E o mesmo Madison pergunta: *se podemos estabelecer que gerações subseqüentes tratarão com soberano desprezo nossas escolhas feitas pensando no futuro, por que haveríamos de pensar mais no futuro do que no passado?* Desejamos atuar de maneira responsável acerca das gerações sucessivas enquanto tendemos a rechaçar o conceito de que as gerações anteriores são por nós responsáveis. Porém, é congruente adotar essa atitude? A resposta é dada por Jon Elster, em forma de paradoxo: *cada geração deseja ser livre para obrigar as suas sucessoras, sem estar obrigada por suas predecessoras.* (HOLMES, 2003, p. 243)

No entanto, é sabido que os debates acerca do constitucionalismo e da democracia requerem acuidade e destreza. Afinal, admitir que eventual conflito situado nessa arena venha decotar, de forma ainda mais grave, os direitos fundamentais, equivaleria a tratar as pessoas como meros *cidadãos de papel*, parafraseando aqui o conceituado sociólogo e jornalista Gilberto Dimenstein (2007). Tal resultante pode oportunizar um novo convite ao pensamento de Lassale. Segundo este, a Constituição é de fato uma "*mera folha de papel*", uma vez que sua

essência se encontra nos *fatores reais de poder*, com *status* de verdadeiros direitos que devem ser preservados. (2006, p.18)

Cattoni, nesse apanágio, ressalta a inegável possibilidade de se equacionarem os interesses nacionais no âmbito do Poder Judiciário, vislumbrando a concreção dos direitos fundamentais ante a harmonia entre o Constitucionalismo e a Democracia:

O Supremo Tribunal Federal, posto que sua função precípua é a guarda da Constituição, deve assumir, enquanto órgão aplicador do Direito, a tarefa, que também é sua, de garantia de um processo político democrático, na medida em que democracia é hoje, mais do que nunca, como diria Bobbio (BOBBIO, Norberto. *O futuro da democracia: uma defesa das regras do jogo*, p. 18 et seq. Para uma crítica ao enfoque empirista/descritivo de Bobbio, ver Habermas, Jürgen. *Between facts and norms*, capítulo 7, p. 303-304), respeito às regras do jogo. Não há democracia que se sustente quando se desrespeitam as normas constitucionais. Sob o paradigma do Estado Democrático de Direito, constitucionalismo e democracia não se opõem, já que o constitucionalismo não pode ser mais compreendido como a defesa da esfera privada contra a pública, nem muito menos a democracia pode ser reduzida a um princípio da maioria ou a um conceito clássico de regime representativo, nos termos de um paradigma liberal de Estado, o que afeta a própria interpretação do princípio da separação dos poderes. Somente uma reconstrução, em termos discursivos, da separação dos poderes, que ultrapasse uma leitura liberal, mas também uma republicana, da política e do Direito, poderá romper, devidamente, com oposições como essa. Com isso, resultará falsa a ideia segundo a qual o Supremo estaria desrespeitando o princípio democrático ao assumir a tarefa de concretização dos direitos fundamentais, determinada pela própria Ordem Constitucional. (CATTONI, 1998a, p. 97)

Encontrar o ponto de equilíbrio entre o Constitucionalismo e a Democracia, adequando-os à realidade social e às particularidades do caso concreto, de forma a evitar-se a usurpação e a soberba entre os órgãos estatais, deve ser o compromisso principal para composição dessa celeuma na esfera nacional.

Essa moderação, diga-se de passagem, é a pedra de toque preconizada por Richard Bellamy, *in Republicanism, Democracy, and Constitutionalism*, ao propor que a democracia fosse “reconstruída para se adaptar a novas condições, mas não abandonada”:

Este capítulo defendeu a "democracia realmente existente", como um mecanismo eficaz constitutivo e constitucional. No entanto, mesmo um leitor complacente pode se perguntar se essa defesa das credenciais republicanas da política democrática moderna contra o constitucionalismo do século XVIII veio um pouco atrasada, quando a "coruja de Minerva" já voou bem e bastante (...) a única forma legítima e eficaz de garantir que todos os cidadãos sejam tratados com igual consideração e respeito é ter um procedimento que lhes proporcione igualdade de Poder para fazer seus

governantes sensíveis e responsáveis pelos seus direitos e interesses. Em suma, a democracia pode ter que ser reconstruída para se adequar às novas condições, mas não pode ser abandonada - (BELLAMY, 2007, p. 180, tradução nossa).⁵

Por derradeiro, consoante se auffle de este conjunto doutrinário, tanto o Constitucionalismo quanto a Democracia podem, em sendo bem conjugados, constituir ferramentas elementares para a efetividade dos direitos sociais e individuais, sem olvidarem entretanto, que: “Mudanças ressaltam-se-nos absolutamente necessárias, porquanto, ainda vislumbramos um Judiciário que, por múltiplos aspectos e justificativas, permanece hermético e iconólatra e seu povo carente de jurisdição”. (MARINHO, 2009, p. 48)

Nessa complexa arena situada entre as tênues órbitas do Constitucionalismo e da democracia, emerge como uma *Fênix* (em grego φοῖνιξ) um fenômeno batizado

como “Ativismo Judicial” que busca contemporizar os dilemas ora denotados.

Acerca dessa doutrina, Ronald Dworkin se revela com notório destaque dentre outros tantos pensadores da constelação alienígena, adotando uma concepção *substancialista e pronunciando-se radicalmente favorável ao ativismo judicial* (DWORKIN, 2010, p. 231). De singular relevância, notadamente sob esse aspecto, o capítulo a seguir delineado, em cujos traços a teoria dworkiniana passa a ser mais especificamente explorada.

⁵ This chapter has defended “actually existing democracy” as an effective constitutive and constitutional mechanism. Yet, even a sympathetic reader might wonder if this defense of the republican credentials of modern democratic politics against eighteenth-century constitutionalism comes a little late, when the “owl of Minerva” has well and truly flown by.(...)the only legitimate and effective way to ensure all citizens are treated with equal concern and respect is to have procedure that provide them with equal Power to make their rulers responsive and accountable to their rights and interests. In sum, democracy may have to be remade to suit new conditions but it cannot be abandoned.

4 O ATIVISMO JUDICIAL NA LEITURA DE RONALD DWORKIN

Os tribunais são as capitais do império do direito, e os juízes são seus príncipes, mas não seus videntes e profetas. Compete aos filósofos, caso estejam dispostos, a tarefa de colocar em prática as ambições do direito quanto a si mesmo, a forma mais pura dentro e além do direito que possuímos. (DWORKIN, Ronald. O Império do Direito, 2003, p. 486)

4.1 Conceito

No cenário social hodiernamente instalado – pontua preocupantemente Neves (2007) –, o Brasil não mais resiste a uma Constituição de natureza meramente “simbólica” – sem função jurídico-instrumental, adormecida sob um etéreo berço de natureza tão somente político-ideológica, resultante no sacrifício constante dos direitos e garantias fundamentais.

De igual sorte, dúvida não há no sentido de que o Estado certamente sucumbirá caso continue apresentando-se simplesmente como figurante frente à realidade hoje instalada. Se insiste em assim agir, poderá ver sua Constituição reduzida à lamentável condição de um débil e vil “simulacro” (MOREIRA, 2008, p. 92).

Releva, assim, observar que o ideal de consolidação da democracia num país precisa passar também pelas fronteiras do seu Judiciário, o qual, como é cediço, por meio da justa composição dos conflitos, pode, sim, reconstruir os marcos históricos de seu povo.

Questiona-se, atualmente, se, em seus pronunciamentos e veredictos, os magistrados devem ou não curvar-se passivamente ao poder da norma jurídica (*civil law*), na luta pelo ideal de justiça, no processo de construção e fomento do direito. Perquire-se, ainda, se podem esses representantes do Judiciário suprir as sérias e costumeiras omissões do Legislativo e do Executivo, sobretudo no que se refere à implementação de políticas públicas que são indispensáveis à efetivação do Estado democrático.

Emergem desta investigação as calorosas vozes do ATIVISMO JUDICIAL que há muito têm ecoado na consciência e na ética dos tribunais pátrios.

O termo “ativismo”, usado primeiramente em 1916 pela imprensa belga, foi cristalizado nos Estados Unidos da América pelos veredictos proferidos pela Suprema Corte em casos que alcançaram expressão pública, que serão oportunamente abordados nesta pesquisa.

Primacialmente, vale estabelecer uma análise em torno da conceituação de ATIVISMO JUDICIAL, movimento que se encontra associado a uma interação do Judiciário na efetivação do texto constitucional, com ingerência no território de atuação do Legislativo e do Executivo por meio de iniciativas como:

a) Enquadramento na Constituição, sem pronunciamento do legislador ordinário, de situações nela não incluídas;

b) Controle de constitucionalidade (*the power judicial review*);

c) Determinação de iniciativas ou de abstenções para os órgãos estatais em especial acerca de políticas públicas.

Conceitualmente, o ativismo pode também ser compreendido como

uma postura do intérprete, um modo proativo e expansivo de interpretar a Constituição, potencializando o sentido e o alcance de suas normas, para ir além do legislador ordinário. Trata-se de um mecanismo para contornar *bypassar* o processo político majoritário quando ele tenha se mostrado inerte, emperrado ou incapaz de produzir consenso. (BARROSO, 2010)

Por essa postura, os julgadores são movidos no sentido de comprometerem-se com a concreção dos direitos sociais, aplicando uma interpretação perene e construtiva dos preceitos muitas vezes tão abertos que o texto legal lhes confere. Afinal, “se os direitos sociais são fundamentais e importantíssimos em uma sociedade democrática de direito social como a disposta no direito brasileiro, por que não são concretizados apesar do advento do neoconstitucionalismo que teria surgido para fundamentar o processo de mudança do injusto para o digno?” (SILVA, 2009, p. 3).

Como pressuposto de uma justiça eficiente, o juiz ativista vem sendo consagrado como aquele que adota uma filosofia concretizante, apesar da omissão e debilidade dos demais poderes, revelando “uma visão progressista, evolutiva e

reformadora, que sabe interpretar a realidade de sua época e conferir às suas decisões um sentido construtivo e modernizante, orientando-se para a consagração dos valores essenciais em vigor”. (LEITE, 2008)

O pronunciamento a seguir transcrito de Marco Aurélio de Mello enfatiza de forma peculiar sua postura nesse sentido:

Sempre afirmo que, como julgador, a primeira coisa que faço, ao defrontar-me com uma controvérsia, é idealizar a *solução mais justa de acordo com a minha formação humanística*, para o caso concreto. Somente após, recorro à legislação, à ordem jurídica, objetivando encontrar o indispensável apoio. Desejo, na busca deste respaldo – *porque já tenho idealizado a solução justa* – refletir e pesquisar sobre o tema, em que pese a proficiência do voto do nobre Relator. (...) – (BRASÍLIA, STF, AOE. 13, Rel. Min. Celso de Mello, 2007).

Saliente-se, todavia, que a doutrina se ocupa também da teoria avessa ao *Judicial activism*, a qual é denominada *self restraint* (autorrestrição ou autocontenção), que consiste na redução da interferência do Judiciário sobre os demais Poderes e limita a área de aplicação da Constituição em favor das esferas eminentemente políticas. É adotada por aqueles que refutam a legitimidade do Judiciário para decidir questões de natureza política, haja vista que ele não é composto por representantes eleitos pelo povo.

Eles protestam, outrossim, contrariamente à expansão da atuação do Judiciário, argumentando, sobretudo, que o Ativismo Judicial viola a teoria da separação dos poderes. Niklas Luhmann, pai da “*teoria sistêmica*”, posiciona-se arremido ao ativismo, escudando-se no argumento segundo o qual sistema político e sistema jurídico “apresentam códigos e programas específicos e operacionalidade próprios”. (LUHMANN, 1993, pp.73-74)

Fábio Konder Comparato (1997), por sua vez, propugna pela atuação do Judiciário para solver matérias políticas, por entender que esta é uma *conditio sine qua non* para o deslinde da democracia, a qual estaria fulcrada na imprescindível possibilidade de preservação dos direitos fundamentais, menina dos olhos da Constituição de 1988.

Ronald Dworkin (2001), que inspira esta pesquisa, sobrelevou os direitos fundamentais à soberania popular, selando-os com a prioridade típica de uma democracia liberal processualista por ele adotada, cujo ângulo primordial é a

igualdade sacramentada pela *Amendment XIV*, propulsora da “*equal protection of the laws*”. (*The Constitution of The United States of American, 1787*)

Concebe o aludido filósofo a hipótese de existirem leis injustas, embora pautadas na vontade de uma pseudo maioria de cidadãos que, *in casu*, terminam por sofrer irreparáveis lesões às suas próprias garantias constitucionais. Em circunstâncias dessa ordem, que podem ocorrer com certo grau de frequência, Dworkin (2003) propõe ao Judiciário uma postura contramajoritária, de tal sorte que se insista em impedir a difusão e o agravamento dos malfadados efeitos dessas leis, sobretudo contra os direitos das minorias.

Na perspectiva idealizada por esse teórico, o Ativismo Judicial não consiste mais em uma simples alternativa, mas, sim, em “um compromisso inadiável dos tribunais em nome da imperativa defesa da moral, da justiça e da democracia”:

Nosso sistema constitucional baseia-se em uma teoria moral específica, a saber, a de que os homens têm direitos morais contra o Estado. As cláusulas difíceis (...) como as cláusulas do devido processo legal e da igual proteção, devem ser entendidas como um apelo a conceitos morais (...). *Portanto, um tribunal que assume o ônus de aplicar tais cláusulas plenamente como lei deve ser um tribunal ativista, no sentido de que ele deve estar preparado para formular questões de moralidade política e dar-lhes uma resposta.* (DWORKIN, 2002, p. 231)

E mais:

O programa do *ativismo judicial* sustenta que os tribunais devem aceitar a orientação das chamadas cláusulas constitucionais vagas (...). *Devem desenvolver princípios de legalidade, igualdade e assim por diante, revê-los de tempos em tempos à luz do que parece ser a visão moral recente da Suprema Corte, e julgar os atos do Congresso, dos Estados e do Presidente de acordo com isso.* (DWORKIN, 2002, p. 215, grifo nosso)

Destarte, parece razoável aferir-se desses excertos que o ativismo pressupõe a atuação de magistrados “não apenas cumprindo indolentemente a lei” em sua moldura kelseniana muitas vezes míope e formal. Ele implica, em especial, que os magistrados devem assumir uma conduta mais ousada na interpretação de princípios constitucionais abstratos tais como “dignidade da pessoa humana”, “igualdade”, “liberdade de expressão”, avocando para si a competência institucional, a capacidade intelectual e a sensibilidade necessária na solução das atuais demandas judiciais.

O *Judicial activism* possui múltiplos matizes, revelando-se mediante caricaturas diversas preconizadas por Willian P. Marshall, “*in Conservatives the seven sens of judicial activism*”, a saber:

Definir "conservador" no contexto do ativismo judicial é outro desafio. Há um duplo – e às vezes conflitante – uso do termo no que tange à tomada de decisão judicial. A revisão da condenação de um réu que tenha cometido um ato criminoso não é geralmente considerada conservadora. No entanto, quando a decisão judicial é baseada na conclusão de que o governo federal não tinha competência para fazer valer os estatutos em vigor, a decisão judicial provavelmente será vista como conservadora. Um resultado não-conservador, em suma, pode ser o produto de uma opinião conservadora. No entanto, a falta de precisão na definição não impedirá a minha exposição. Ao utilizar o termo "conservador", terei como base suposições populares sobre o seu significado. Aceitarei o consenso, para efeitos de discussão, de que as decisões do novo federalismo, os casos de ação anti-afirmativas, as opiniões que limitam os direitos dos réus criminosos, casos de desapropriação bem como a decisão afirmando o direito de uma organização de discriminar homossexuais são exemplos de decisão judicial conservadora.

No entanto, tentarei uma tática um pouco diferente ao trabalhar com o conceito de ativismo judicial. Em vez de apresentar uma definição única, tentei identificar os índices de ativismo judicial muitas vezes referidos na literatura. Cheguei a um total de sete:

- (1) Ativismo Contra-Majoritário: a relutância dos tribunais para adiar as decisões dos poderes democraticamente eleitos;
- (2) Ativismo não Originalista: a incapacidade dos tribunais de se submeterem a alguma noção de originalismo ao decidir casos, quer o originalismo esteja fundamentado em uma estrita fidelidade ao texto ou em referência à intenção original dos autores;
- (3) Ativismo *Precedential*: a incapacidade dos tribunais de se submeterem a precedente judicial;
- (4) Ativismo Jurisdicional: a incapacidade dos tribunais em aderir aos limites de jurisdição sobre o seu próprio poder;
- (5) Criatividade Judicial: a criação de novas teorias e direitos na doutrina constitucional;
- (6) Ativismo *Remedial*: a utilização do Poder Judiciário para impor obrigações afirmativas em curso sobre os outros ramos do governo, ou de ter instituições governamentais sob supervisão judicial em curso, como parte de uma solução imposta judicialmente, e
- (7) Ativismo Partidário: o uso do poder judicial para realizar objetivos claramente partidários - (MARSHALL, 2002, p. 102 a 104, tradução nossa)⁶

⁶ Defining “conservative” in the context of judicial activism, moreover, faces another challenge. There are dual—and sometimes conflicting—usages of the term as it pertains to judicial decision-making. Overturning the conviction of a defendant who has committed an opprobrious act is not generally considered conservative. However, when the dismissal is based on the conclusion that the federal government lacked the power to enact the governing statute, the decision will likely be viewed as conservative. A non-conservative result, in short, can be the product of a conservative opinion. Nevertheless, the lack of definitional precision will not deter my exposition. In using the term “conservative,” I will rely on popular assumptions regarding its meaning. I will accept the consensus, for the purpose of discussion, that the new federalism decisions, the anti-affirmative action cases, the opinions limiting the rights of criminal defendants, the pro-takings cases, and the decision affirming an organization’s right to discriminate against homosexuals are examples of “conservative” judicial decision-making.

Oportuno, ainda, lembrar que, nos Estados Unidos, foi também elaborado um “*Scientific Study of Judicial Activism*” por Frank B. Cross e Stefanie A. Lindquist (2006-2007), publicado pela *Social Science Research Network* (SSRN), o qual concluiu que o Ativismo Judicial é matéria recordista nas críticas direcionadas à *Supreme Court*. Esse trabalho revela com inusitada expressão, o ataque da pressão popular, bem como de estudiosos contra o Ativismo Judicial, sobretudo contra as polêmicas decisões proferidas nas Eras Warren, Rehnquist e Burger Court. O aludido estudo situa o ativismo na arena ideológica e expõe uma série de julgados que ora recebem aplausos, ora reprovação.

Entre tantos julgados, citam positivamente o processo *Brown v. Board of Education* (1954) por meio do qual foi combatido o preconceito racial. Negativamente, referem-se aos *cases Korematsu*, que sacrificou a liberdade de mais de 100.000 japoneses, destacando-se também *Dred Scott*, quando se reafirmou a discriminação contra os negros, casos estes que serão estudados especificamente nos capítulos que se seguem.

Ronald Dworkin é cortejado em tal pesquisa, que destaca sua filosofia como aquela que concebe o ativismo do Poder Judiciário como forma de proteção dos direitos constitucionais, “o caminho para a Corte cumprir sua função e servir os cidadãos pela justiça pública”⁷ (DWORKIN, 2006, p. 1-2).

Daí decorre que, diante de protagonistas e também de opositores, o Ativismo Judicial tem sido matéria de constantes debates que buscam lançar luzes sobre as discussões acaloradas que daí exsurtem, especialmente quanto à supremacia constitucional e ao *judicial review*, também abordados neste trabalho.

I will try a somewhat different tack, however, when working with the concept of judicial activism. Rather than coming up with a single definition, I have attempted to identify the indices of judicial activism that are often noted in the literature. I have reached a total of seven:

- (1) Counter-Majoritarian Activism: the reluctance of the courts to defer to the decisions of the democratically elected branches;
 - (2) Non-Originalist Activism: the failure of the courts to defer to some notion of originalism in deciding cases, whether that originalism is grounded in a strict fealty to text or in reference to the original intent of the framers;
 - (3) Precedential Activism: the failure of the courts to defer to judicial precedent;
 - (4) Jurisdictional Activism: the failure of the courts to adhere to jurisdictional limits on their own power;
 - (5) Judicial Creativity: the creation of new theories and rights in constitutional doctrine;
 - (6) Remedial Activism: the use of judicial power to impose ongoing affirmative obligations on the other branches of government or to take governmental institutions under ongoing judicial supervision as a part of a judicially imposed remedy; and
 - (7) Partisan Activism: the use of judicial power to accomplish plainly partisan objectives.
- ⁷ a way for a Court to live up to its obligation to serve as citadel of the public justice.

É nesse contexto que a lição de Kent Roach, in *“The Myths of Judicial Activism”*, elenca mitos suscitados pelos críticos do *judicial activism*:

É muito mais fácil ver o ativismo judicial como um problema premente quando há a crença de que os juízes só podem legitimamente descobrir respostas claras no texto acordado pelos autores da Constituição ou na intenção dos autores ou que estão livres para impor as suas preferências políticas na forma de adjudicação constitucional, que só devem decidir o que é necessário para resolver uma disputa entre as duas partes em litígio, que direitos têm uma tendência a ser trunfos absolutos e que a democracia depende da supremacia legislativa. Por outro lado, o ativismo judicial é um problema muito menor quando há a crença de que todo julgamento envolve uma forma limitada de criatividade, que a Suprema Corte deve decidir questões legais de importância nacional, que os direitos não precisam ser absolutos e que as decisões da Corte não precisam ser a última palavra. Embora seja um meio popular para julgar o papel dos tribunais, pode ser melhor para substituir o carregado ativismo judicial com discussões mais diretas e complexas sobre o papel dos juízes, dos tribunais e das legislaturas em uma democracia.

(...)

Todos os críticos do ativismo judicial deveriam explicar por que, se os juízes são livres para impor suas visões de mundo embasados na lei –, ainda se preocupam em explicar suas conclusões, não com base em suas preferências pessoais, mas em termos de suas interpretações de texto relevantes, precedentes e tradições que afetam a questão diante deles. É talvez inevitável que questões jurisprudenciais complexas nem sempre podem ser totalmente explicadas, mas melhoraria o debate se os críticos do ativismo judicial expressassem com clareza o que esperam dos juízes. Se isso ocorresse, muitos talvez julgariam tanto a abordagem referente à intenção dos autores apoiados por alguns críticos conservadores do ativismo judicial, e a abordagem da indeterminação profunda, apoiados por alguns críticos progressistas do ativismo judicial, como visões extremas do que os juízes de fato fazem - (ROACH, 2001, p. 299; 328-329, tradução nossa).⁸

⁸ It is much easier to see judicial activism as a pressing problem if one believes that judges can only legitimately discover clear answers in the text agreed to by the framers of the Constitution or the intent of those framers, or that judges are free to impose their political preferences in the guise of constitutional adjudication; that they should only decide what is necessary to resolve a dispute between the two parties to a dispute; that rights have a tendency to be absolute trumps and that democracy depends on legislative supremacy. Conversely, judicial activism is much less of a problem if one believes that all judging involves a constrained form of creativity; that the Supreme Court should decide legal issues of national importance; that rights need not be absolute and that the Court's decisions need not be the last word. Although it is a popular means for judging the role of the courts, it may be better to replace the loaded, short-handed phrase judicial activism with more direct and complex discussions about the role of judges, courts and legislatures in a democracy.

(...)

All critics of judicial activism should explain why, if judges are free to impose their world views under the Charter, they still bother to explain their conclusions, not on the basis of personal preferences, but in terms of their interpretation of the relevant text, precedents and traditions which affect the question before them. It is perhaps inevitable that complex jurisprudential issues cannot always be fully explained, but it would improve the debate if critics of judicial activism made clear what they expect from judges. If this were to occur, many would perhaps dismiss both the 'framers' intent approach, favoured by some conservative critics of judicial activism, and the deep indeterminacy approach, favoured by some progressive critics of judicial activism, as extreme views about what judges actually do.

É importante salientar que, com o fenômeno da redemocratização do Brasil e com a promulgação da Constituição de 1988, o país passou a experimentar uma nova era de notória efervescência política, econômica e social. Nele destacaram-se, *prima facie*, de forma descomunal, os Poderes Legislativo e Executivo, cada qual com sua esfera de atuação estanque idealizada por Montesquieu (2000), porém, “interagida, policêntrica e devidamente socializada” (BINENBOJM, 2006, p. 47). Ambos os Poderes, entretanto, não tardaram em revelar surpreendente crise de representatividade, de identidade e de legitimidade, caos este debitado por alguns teóricos à frenética expansão das atividades administrativas e sociais multifacetárias assumidas pelo Estado, bem como pela conseqüente avalanche das normas que visam às garantias constantes do novo texto constitucional:

O legislador também sofre de gigantismo no Estado Contemporâneo. É chamado a interferir em tudo, usando a lei como instrumento para solução de problemas. Os diplomas legais se multiplicam, em profusão. *Como tudo que é feito para atender a pressão dos acontecimentos e em grande quantidade, o resultado, sob o aspecto qualitativo, nem sempre é o melhor. O acúmulo e a labilidade das normas corrói a certeza do ordenamento, que lembra um autêntico "manicômio jurídico".* (BECKER, 1972, p. 3-10, grifo nosso)

Atrofiados em meio a um emaranhado de questionamentos técnicos, éticos e morais, tais Poderes se encontram constrangedoramente descredenciados perante os cidadãos, que lançam então seu olhar de esperança sobre o terceiro tripé da República: “O Poder Judiciário”.

Nesse sombrio contexto, nota-se o esforço hercúleo dos Tribunais no sentido de tentar aplacar a declarada crise instalada entre as três grandes arenas políticas do governo e minimizar as intensas violações daí decorrentes, que ameaçam gritantemente os direitos e garantias fundamentais, sobretudo das minorias reconhecidas pelo Estado Democrático de Direito.

O Judiciário passa, para tanto, por uma metamorfose filosófica, política e estrutural. Abdica do passivismo e renuncia ao *status* de reles aplicador da lei, assumindo o *lócus* de potencial agente de “interpretação das normas constitucionais”, tencionando torná-las efetivas na promoção dos direitos fundamentais e das urgentes transformações sociais proclamadas pela democracia. É, nesse sentido, a celebrada lição de Alexandre Pasqualini ao ensinar “Viver é, pois, interpretar e interpretar-se”... “São os intérpretes que fazem o sistema

sistematizar e, por conseguinte, o significado significar” (PASQUALINI, 1999, p. 22-23).

Ainda nesse consenso hermenêutico, Juarez de Freitas, por sua vez, assevera:

Na devida perspectiva tópico-sistemática, o ir além da interpretação semântica revela-se, forçosamente, como ultrapassagem da exegese das regras textuais. *Ir além do texto passa a ser condição obrigatória para compreender de maneira superior inclusive a tradição peculiar na qual o texto se encontra.* (FREITAS, 2004. p. 183, grifo nosso)

Nesse mesmo diapasão, saliente-se, novamente, a leitura de Dworkin (2003) acerca da harmonia do Direito e da moral a partir de uma “prática interpretativa construtiva”. Esse pensamento é prestigiado por Marcelo Andrade Cattoni de Oliveira (2008), ao destacar o “romance em cadeia” (*chain novel*), ilustração elaborada pelo filósofo acerca do extremado valor do aspecto histórico e da prática social interpretativa e argumentativa, pautados no princípio jurídico da moralidade política.

A imprescindível relevância desse ciclo interpretativo se encontra corroborada na lição de Vera Lúcia Ribeiro de Souza, em sua dissertação de Mestrado em Direito intitulada “*O LABIRINTO E O FIO DE ARIADNE: a proposta de Dworkin para o entendimento do Direito e sua aplicação nas democracias constitucionais*”:

Em uma das mais instigantes histórias da mitologia grega, encontramos a figura de Teseu: o jovem herói ateniense, disposto a enfrentar o desafio do Minotauro, que vivia dentro de um labirinto. Foi o único entre os heróis a conseguir tal feito e depois encontrar uma saída. E ele o fez, conta a mitologia, por estar guiado por um novelo que o conduziu desde a entrada até a saída, um fio que ele foi desenrolando dentro do labirinto, o fio de Ariadne.

Não há como sairmos de um labirinto se não encontrarmos uma forma de reconhecer suas tramas, suas encruzilhadas, suas armadilhas, sem termos um fio que nos conduza por seus trajetos tortuosos.

Entendemos que uma Teoria de Direito tem a função de fio condutor para que se revele ao nosso entendimento o próprio objeto de estudo desta ciência. Em uma teoria, cada conceito, cada construção teórica, é um elo para novas construções, uma interconexão, ou nexos, que dá unicidade e coerência ao todo. A figura do labirinto também é apta a descrever uma seara onde o conhecimento é não linear, não exato, de abordagem multifacetária.

A aplicação do Direito é um tema essencial nos dias atuais, sendo que sua necessária interpretação é premissa necessária à sua aplicação. Não há como aplicar o que não foi previamente interpretado. E interpretar nunca se desvincula da ideia teórica que temos do objeto de nossa interpretação.

O Direito que foi interpretado e aplicado é o Direito vivo, entendido não como algo isolado, algo em si mesmo, alijado da realidade social à qual se

destina. Assim, entendemos que o Direito fora do “mundo da vida”, fora do seu contexto de “ciência social aplicada” não é nada: é como uma criação sem o sopro de vida. (SOUZA Vera, 2006, p. 9-10)

As proeminentes tarefas imputadas ao Judiciário atualmente, quer pela Constituição, quer pela pressão decorrente do desencanto dos cidadãos, podem ser passíveis de concretização por meio do Ativismo Judicial, via “*judicial review*”, instrumento de notável relevo na jurisdição constitucional democrática, consoante lição de Álvaro Ricardo de Souza Cruz (2004).

Afinal, conforme anota Cappelletti (1999), o Judiciário era cotado secundária e timidamente, como se fosse um Poder menos legítimo, por não serem os seus agentes eleitos pelo povo, ao passo que o Legislativo e o Executivo eram soberanamente entronizados. Porém, ocorre historicamente um inusitado reverso. É que, no cenário nacional, o Judiciário passa a ocupar o lugar de âncora, de “guardião das promessas constitucionais”, como lembra Zulmar Fachin (2010).

É que, na arquitetura dos “Poderes”, coube ao Judiciário compor as demandas que lhe forem apresentadas e, por força da Constituição de 1988, monitorar o arbítrio dos demais Poderes para evitar desmandos e abusos desvairados.

Nessa esteira, Eugênio Raúl Zaffaroni preconiza:

Certamente que o Judiciário presta o serviço de resolver conflito entre pessoas, mas também presta outro serviço, que consiste em controlar que, nessas realizações normativas entre Estado e pessoas, o primeiro respeite as regras constitucionais, particularmente quanto aos limites impostos pelo respeito à dignidade da pessoa humana (ZAFFARONI, 1995, p. 37).

Tal extensão de atributos é revisitada por Luiz Flávio Gomes, ao destacar o controle jurisdicional sobre os demais poderes: “Nenhuma entidade pública, assim como nenhuma autoridade ou agente público, está imune a esse controle” (GOMES, 1995, p. 37).

Nesse novo modelo jurisdicional, o Supremo Tribunal Federal passou então a exercer o papel de “Guardião da Constituição”, devidamente credenciado pelo seu art. 102, tendo consagrado também o *power of judicial review* herdado da Suprema Corte dos Estados Unidos no julgamento de *Marbury v. Madison*, em 1803. Conforme já se observou, o *Writ of Mandamus* do Juiz de Paz William Marbury (nomeado no Distrito de Columbia), decorreu do fato de o Secretário de Estado

James Madison, por determinação do novo Presidente Thomas Jefferson, ter se recusado a lhe entregar o título respectivo com efeitos retroativos à posse, inclusive gerando lei legitimando tal impedimento.

Mediante pronunciamento, que vem ecoando ao longo dos anos, o juiz John Marshall inaugurou uma nova era na história daquela Corte. Refutou as posturas de Thomas Jefferson e James Madison e, concomitantemente, apontou a inconstitucionalidade da nomeação de Marbury, a qual por isto deveria ser anulada. (*The rule must be discharged*) - (Suprema Corte Norte Americana, 2010).

Inaugurou-se, assim, por meio do *judicial review*, a intransponível era da *political question doctrine*, posteriormente adotada pelo Brasil, de notável proeminência nos anais do atual Supremo Tribunal Federal. Esse movimento oxigenou os pulmões do Judiciário nacional ali aguçando o ATIVISMO JUDICIAL, doutrina aplaudida por Barroso, *verbis*:

O ativismo judicial, até aqui, tem sido parte da solução, e não do problema. Mas ele é um antibiótico poderoso, cujo uso deve ser eventual e controlado. Em dose excessiva, há risco de se morrer da cura. A expansão do Judiciário não deve desviar a atenção da real disfunção que aflige a democracia brasileira: a crise de representatividade, legitimidade e funcionalidade do Poder Legislativo. (BARROSO, 2010, grifo nosso)

Retratando esse quadro dicotômico e paradoxal do Ativismo Judicial, tem-se, historicamente, de um lado, sua vertente progressista e de outro, seu viés conservador em seus múltiplos matizes. Estes podem ser demonstrados de forma emblemática pela “Corte de Warren” e pela “Corte de Rehnquist”, objeto do recorte doutrinário e jurisprudencial analisado nos itens “5.1” e “5.2” deste estudo.

4.2 O modelo do direito como “*princípio da integridade*”

Vivemos na lei e segundo o direito.

Ele fez de nós o que somos: cidadãos, empregados, médicos, cônjuges e proprietários. É espada, escudo e ameaça.

Lutamos por nosso salário, recusamo-nos a pagar o aluguel, somos obrigados a pagar nossas multas ou mandados para a cadeia, tudo em nome do que foi estabelecido por nosso soberano abstrato e etéreo, o direito.

Somos súditos do império do direito, vassalos de seus métodos e ideais, subjugados em espírito enquanto discutimos o que devemos portanto fazer.

A lei sussurra sua ordem muito baixinho, para ser ouvida com nitidez.

O raciocínio jurídico é um exercício de interpretação construtiva, e o direito faz de nossas práticas jurídicas as melhores possíveis.

Como pode a lei comandar quando os testes jurídicos emudecem, são obscuros ou ambíguos? (Dworkin, in “O império do Direito – Prefácio, grifo nosso)

A *priori*, vale salientar que a temática suscitada no item “3.3.2” deste trabalho esclareceu que, na busca de respostas para as controvérsias estabelecidas em cada caso concreto, durante o processo hermenêutico, o intérprete pode vir a optar pelo *judicial activism* ou pelo *self restraint*. Para orientá-lo nesse dilema, muitas teorias surgiram, ressaltando entre elas, de forma bastante notória, aquela que se convencionou chamar de “*Perfeccionismo*”, adotada por Ronald Dworkin, distinta, vale dizer, do “minimalismo” e do “procedimentalismo” ali mencionados.

Consoante restou configurado naquele capítulo, o ativismo judicial adota o perfeccionismo e considera a Constituição como vinculante, tendo-a como verdadeira e única âncora. Assim, busca aprimorá-la por meio da interpretação das normas abstratas e de suas cláusulas vagas, tentando captar seus ideais sob a melhor luz possível.

Nesse sentido, Ronald Dworkin, filósofo neojusnaturalista do direito norte-americano, exsurge como maior expoente do “*ativismo judicial*”, tendo inclusive apresentado ao mundo científico um dos elementos centrais de sua doutrina: o “*Princípio da Integridade*”.

O ativismo figura entre as mais célebres visões acerca da natureza e essência da ciência jurídica contemporânea. Reiterando essa assertiva, tem-se a seguinte doutrina:

O programa do *ativismo judicial* sustenta que os tribunais devem aceitar a orientação das chamadas *cláusulas constitucionais vagas* no sentido que descrevi, a despeito das razões concorrentes do tipo que mencionei. Devem desenvolver princípios de legalidade, igualdade e assim por diante, revê-los de tempos em tempos à luz do que parece ser a visão moral recente da Suprema Corte, e julgar os atos do Congresso, dos Estados e do Presidente de acordo com isso. (Esta é a colocação do programa em sua forma mais forte; na verdade, seus partidários geralmente acrescentam-lhe qualificações que por enquanto pretendo ignorar).

Ao contrário, o programa da *moderação judicial* afirma que os tribunais deveriam permitir a manutenção das decisões de outros setores do governo, mesmo quando elas ofendam a própria percepção que os juízes têm dos

princípios exigidos pelas doutrinas constitucionais amplas, excetuando-se, contudo, os casos nos quais essas decisões sejam tão ofensivas à moralidade política a ponto de violar as estipulações de qualquer interpretação plausível, ou, talvez, nos casos em que uma decisão contrária for exigida por um precedente inequívoco. (Outra vez, esta é uma apresentação do programa em sua forma mais dura; os partidários dessa política qualificam-na de diferentes maneiras).

A Suprema Corte seguiu a política do ativismo em detrimento da política da moderação em casos como os que envolviam segregação, porque os termos da cláusula de igual proteção deixam em aberto a questão de saber se as diferentes práticas educacionais dos Estados violam ou não a Constituição, porque nenhum precedente claro sustenta que a violam e porque homens de bom senso podem divergir quanto às questões morais envolvidas (DWORKIN, 2010, p. 215-216, grifo nosso).

Crítico voraz do positivismo – tanto na conotação mais dogmática quanto em sua versão interpretativa, ou seja, o Convencionalismo – Dworkin assume essa rivalidade de forma extrema. Por conseguinte, enfrenta contundentes debates daí advindos, respondendo-os em suas profusas obras, dentre as quais se destacam as seguintes: *“Taking Rights Seriously”*, *“A Matter of Principle”*, *“Law’s Empire”*, *“A Bill of Rights for Britain”*, *“Sovereign Virtue: The Theory and Practice of Equality”*, *“Justice in Robes”*, *“Is Democracy Possible Here”* e *“Principles for a New Political Debate”*.

Alguns juristas vislumbram na teoria dworkiniana a fragilização da dicotomia historicamente defendida entre *“jusnaturalismo”* e *“positivismo jurídico”*, tal como afirmam Casalmiglia (1989) e Alexy (1993). Outros, entretanto, divergem dessa corrente e preferem encontrar, na teoria de Dworkin, uma terceira corrente jurídica, que deve interagir com as outras duas já mencionadas, sendo esta a lição do Professor da *Harvard Law School*, Richard H. Fallon Jr.:

Pelas suas várias iterações, a terceira teoria de Dworkin tentou preencher a lacuna entre duas teorias tradicionais. Com os positivistas, Dworkin reconheceu que o conceito da lei faz sentido só na referência para os sistemas legais; para saber qual é a lei, torna-se necessário começar com materiais que são reconhecidos como lei em uma determinada cultura. Dworkin deixa a sala para acomodar a visão legal natural, contudo, insistindo que os materiais que são reconhecidos como legítimos dentro de qualquer sistema legal – as regras e *standards* que os positivistas consideraram tradicionalmente como lei – sempre devem ser interpretados. Para interpretação, segundo Dworkin, há um elemento moral irreduzível; as matérias relevantes devem ser interpretadas na sua melhor luz moral. Dworkin anui com outros teóricos no reconhecimento de uma conexão conceitual entre lei e moral. Explorando este fundamento, além disso ele afirmou que a interpretação legal necessariamente aspira fornecer uma justificação moral para obediência da lei. Ele prevê que um regime incapaz de gerar um dever de obedecer à lei não é um sistema propriamente “legal”, mas só um esquema da coerção organizada. (FALLON JR. 1992, p. 67)

A doutrina em comento trabalha com a possibilidade de que os cidadãos possam alcançar uma decisão judicial favorável ainda que nenhum precedente tenha havido nesse sentido ou até mesmo ante a inexistência de dispositivo jurídico correlato. Para tanto, explica, imprescindível a distinção entre “*argumentos de princípio*” e “*argumentos de política*” (DWORKIN, 2010, XVI), quando então sustenta que os fundamentos do Estado democrático são compatíveis com os argumentos de princípios.

O professor de Oxford conceitua tais institutos em sua obra *Uma Questão de Princípio*, sendo oportuna sua lição:

... a visão tosca obscurece uma distinção de importância capital para a teoria jurídica, uma distinção que é a referência mais imediata do título do livro. Nossa prática política reconhece dois tipos diferentes de argumentos que buscam justificar uma decisão política. Os *argumentos de política* tentam demonstrar que a comunidade estaria melhor, como um todo, se um programa particular fosse seguido. São, nesse sentido especial, argumentos baseados no objetivo. Os *argumentos de princípio* afirmam, pelo contrário, que programas particulares devem ser levados a cabo ou abandonados por causa de seu impacto sobre pessoas específicas, mesmo que a comunidade como um todo fique conseqüentemente pior. Os argumentos de princípio são baseados em direitos. (DWORKIN 2001, p. IX, grifo nosso)

Assim, é possível aferir que a “*Política*” define um objetivo de interesse coletivo e comunitário que deve ser atingido. Por outro lado, o “*Princípio*”, produto da exigência da justiça e da equidade busca a garantia dos direitos de um indivíduo ou de determinado segmento social.

Buscando elucidar melhor a matéria, Dworkin a retoma in “*Levando os Direitos a Sério*”, quando delinea mais especificando sua teoria, asseverando:

Os *argumentos de política* justificam uma decisão política, mostrando que a decisão fomenta ou protege algum objetivo coletivo da comunidade como um todo. O argumento em favor de um subsídio para a indústria aeronáutica, que apregoa que tal subvenção irá proteger a defesa nacional, é um argumento de política. Os *argumentos de princípio* justificam uma decisão política, mostrando que a decisão respeita ou garante um direito de um indivíduo ou de um grupo. O argumento em favor das leis contra a discriminação, aquele segundo o qual uma minoria tem direito à igualdade de consideração e respeito, é um argumento de princípio. Estes dois tipos de argumento não esgotam a argumentação política. Às vezes, por exemplo, uma decisão política, como a de permitir isenções extras de imposto de renda para os cegos, pode ser defendida como um ato de generosidade ou virtude pública, e não com base em sua natureza de política ou de princípio. Ainda assim, os princípios e as políticas são os fundamentos essenciais da justificação política. (DWORKIN, 2010, p. 129/130, grifo nosso)

Dworkin pretende, com referida tese, estabelecer uma distinção pontual entre “princípios e regras”, tese esta já mencionada *en passant* no início deste trabalho. Nesse diapasão, elege como exemplo o famoso “*Riggs v. Palmer*” (22, NE, 1889) no qual não foi aplicada uma regra, dado que esta inexistia à época. Adotaram-se, nessa decisão, exatamente os *princípios* como medida de equidade e justiça. Apenas à guisa de melhor compreensão desse fato já invocado nesta pesquisa, tem-se que, em síntese, ele se refere a um julgamento consumado em 1889, em Nova Iorque. Deliberou ali o tribunal acerca do homicídio praticado por Elmer E. Palmer contra seu avô Francis Palmer. Este, que era viúvo, havia previsto deixar-lhe em seu testamento lavrado em 13 de agosto de 1880 toda a sua herança representada por uma fazenda e consideráveis bens pessoais, não sem antes, entretanto, salvaguardar pequenos legados para suas filhas, Sra. Riggs e Sra. Preston.

Ocorre, porém, que em março de 1882 o testador resolveu contrair novas núpcias e planejou alterar, em decorrência desta, o testamento. Elmer, que residia com o avô na mencionada propriedade, ao tomar conhecimento de tais pretensões, envenenou-o, levando-o a óbito.

Ato contínuo exigiu o cumprimento do testamento deixado por Francis Palmer. A partir de então, foi contestado pelas filhas do testador, as quais arguíram a indignidade do neto herdar após ele haver tirado a vida do avô com o único e torpe intento de antecipar seu acesso ao patrimônio material deixado por este.

O Direito sucessório do Estado de Nova Iorque era omissivo acerca da matéria: pode o homicida do avô herdar os bens que este lhe deixou em testamento? Após calorosos debates, aplicou-se o princípio que preconiza que “ninguém pode se aproveitar de sua própria torpeza”. Ao final, Elmer teve sua herança negada, além de sofrer a necessária condenação na esfera penal. Em sua obra, “Levando os Direitos a Sério”, após descrever tal delito, DWORKIN prossegue narrando a decisão do Tribunal:

... todas as leis e os contratos podem ser limitados na sua execução e seu efeito por máximas gerais e fundamentais do direito costumeiro. A ninguém será permitido lucrar com sua própria fraude, beneficiar-se com seus próprios ilícitos, basear qualquer reivindicação na sua própria iniquidade ou adquirir bem em decorrência de seu próprio crime. (DWORKIN, 2010, p. 37)

Naquela mesma oportunidade, Dworkin insiste em demonstrar a prevalência dos princípios perante as regras, bem como na inexistência das regras. Nessa

pretensão, procede justa alusão ao processo que se tornou conhecido como “*Henningsen contra Bloomfield Motors, Inc.*” Em Nova Jérsei, em 1969, o tribunal precisou decidir em que limites o fabricante de veículos defeituosos responde perante o consumidor e terceiros por eventuais danos que possam ser provocados por tais automóveis. Mesmo sendo lacunosa a lei à época nesse sentido, aquela Corte decidiu categoricamente:

(d) “Em uma sociedade como a nossa, na qual o automóvel é um acessório comum e necessário à vida cotidiana e na qual o seu uso é tão cheio de perigos para o motorista, os passageiros e o público, o fabricante tem uma obrigação especial no que diz respeito à fabricação, promoção e venda de seus carros. Consequentemente, os tribunais devem examinar minuciosamente os contratos de compra para ver se os interesses do consumidor e do público estão sendo tratados com equidade”. (e) “Existe algum princípio que seja mais familiar ou mais firmemente inscrito na história do direito anglo-americano do que a doutrina basilar de que os tribunais não se permitirão ser usados como instrumentos de iniquidade e injustiça? (f) “Mais especificamente, os tribunais em geral recusam a prestar-se a garantir a execução de uma “barganha” na qual uma parte aproveitou-se injustamente das necessidades econômicas da outra...” (DWORKIN, 2010, p. 38-39)

Verifica-se, destarte, que, no conflito entre a liberdade de contratar e a tutela dos interesses do consumidor, necessário se torna analisar o grau de peso e relevância de cada princípio, sendo, para tanto, todos considerados. Diferem assim das regras que, ou são imprescindíveis ou plenamente dispensáveis, expõe Dworkin (2010).

Em seu famoso tratado “O Império do Direito”, ensina com singular maestria que *integridade é o modo como o Direito se afigura em sua melhor forma*, devendo ser consideradas verdadeiras tão somente as proposições jurídicas resultantes dos princípios da justiça, equidade e devido processo legal. Considera o filósofo (2010), naquele discurso, que os direitos se tornam notórios e cristalinos, podendo ser identificados justamente em razão de todos terem sido idealizados por uma só mentora: *a sociedade personificada*.

A filosofia de Dworkin busca comprovar que a integridade, enquanto virtude política, forma um estilo de comunidade jurídica comprometida com a moral do direito e, naturalmente, com seu poder coercitivo, vislumbrando, nesse sentido, três padrões comunitários distintos:

(i) o *primeiro* supõe que os membros de uma comunidade tratam sua associação apenas como um “*acidente de fato da história ou da geografia*” (ex.: dois naufragos numa mesma ilha) e que, portanto, padeceriam de uma convivência forçada, não se verificando um verdadeiro sentimento associativo;

(ii) o *segundo* modelo apresentado é o de uma comunidade de “*regras*”, em que seus membros aceitam o compromisso geral de obedecer às regras estabelecidas de modo específico por esta comunidade, porém negam que estas regras foram negociadas com base num compromisso comum com princípios subjacentes que são, eles próprios, fontes de obrigação;

(iii) o *terceiro* modelo associativo é o da comunidade de “*princípios*”, na qual as pessoas aceitam que são governadas por princípios comuns e não apenas por regras criadas por um acordo político. Para tais pessoas, a política tem natureza diferente: é uma arena de debates sobre quais princípios a comunidade deve adotar como sistema, que concepção se deve ter de justiça, equidade, devido processo legal, etc. (DWORKIN, 2003, p. 252-254, grifo nosso)

Numa cautelosa leitura dos tipos de comunidade ora descritos, verifica-se que a que se dispõe a aplicar os princípios, é também a que melhor se coaduna com a proposta de integridade como um ideal político até mesmo entre pessoas que divergem acerca da moral, haja vista que é a democracia que a legitima.

A *integridade busca traduzir uma construção una e coerente do direito, guardando, para tanto, fidelidade aos princípios fundamentais*, tais como a igualdade, a dignidade da pessoa humana, a liberdade, entre outros. Paradoxalmente, tem-se o “*Pragmatismo*” como critério de interpretação. Este, no entanto, não lograria êxito nesse mesmo propósito, eis que adota o utilitarismo, determinando por isso que as normas sejam interpretadas privilegiando o bem-estar da sociedade, focado, porém, somente no futuro. Semelhantemente, melhor sorte não teria também o “*Convencionalismo*”, haja vista que estabelece que sejam aplicadas em casos pendentes as decisões já instituídas em situações anteriores, cabendo ao julgador identificá-las, tendo assim, como paradigma maior não o tempo presente, mas sim o passado:

O direito como integridade nega que as manifestações do direito sejam relatos factuais do convencionalismo, voltados para o passado, ou programas instrumentais do pragmatismo jurídico, voltados para o futuro. Insiste em que as afirmações jurídicas são opiniões interpretativas que, por esse motivo, combinam elementos que se voltam tanto para o passado quanto para o futuro (...). Assim, o direito como integridade rejeita, por considerar inútil, a questão de se os juízes descobrem ou inventam o direito; sugere que só entendemos o raciocínio jurídico tendo em vista que os juízes fazem as duas coisas e nenhuma delas.

O princípio Judiciário de integridade institui os juízes a identificar direitos e deveres legais, até onde for possível, a partir do pressuposto de que foram todos criados por um único autor – a comunidade personificada –, expressando uma concepção coerente de justiça e equidade.

(...)

A integridade não exige coerência de princípio em todas as etapas históricas do Direito de uma comunidade; não exige que os juízes tentem entender as leis que aplicam como uma continuidade de princípio com o Direito de um século antes, já em desuso, ou mesmo de uma geração anterior. Exige uma coerência de princípio mais horizontal (...) (DWORKIN, 2003, p. 271-273)

O princípio da integridade tem também aplicação pelo Poder Legislativo, que, de igual sorte, requer a preservação da justiça, da equidade e do devido processo legal. Isto porque, no pensar dworkiniano (2003), tanto o legislador quanto o julgador devem primar pela coerência moral do Direito, uma vez que as proposições jurídicas não são dotadas de natureza unicamente descritivas, mas sim de caráter sobretudo interpretativas.

Outrossim, o filósofo norte-americano preconiza que, no modelo de integridade, a comunidade política precisa conscientizar-se de que se encontra sob a égide inclusive dos princípios endossados pelas decisões políticas particulares adotadas pelos Poderes Legislativo e Executivo na solução dos casos difíceis. Desse contexto, emana uma jurisdição altamente conflitante conforme razões expostas no “Império do Direito”:

Um juiz que aceitar a integridade pensará que o direito que esta define estabelece os direitos genuínos que os litigantes têm a uma decisão dele. Eles têm o direito, em princípio, de ter seus atos e assuntos julgados de acordo com a melhor concepção daquilo que as normas jurídicas da comunidade exigiam ou permitiam na época em que se deram os fatos, e a integridade exige que essas normas sejam consideradas coerentes, como se o Estado tivesse uma única voz. (DWORKIN, 199, p. 263)

Dworkin encontra na “integridade” uma *conditio sine qua non* do Estado de direito, que mais se evidencia na prática jurídica. Sua intimidade com a “justiça” decorre do fato de esta, como virtude política, corresponder à correta distribuição dos recursos materiais e sociais entre as pessoas. Assim, guarda afinidade com as deliberações finais tomadas pelas instâncias políticas que representam a comunidade.

Lenio Streck sintetiza a proposta de Dworkin quando elucida:

Dworkin, contrapondo-se ao formalismo legalista e ao mundo de regras positivista, busca nos princípios os recursos racionais para evitar o governo da comunidade por regras que possam ser incoerentes em princípio. É nesse contexto que Dworkin trabalha a questão dos *hard cases*, que incorporam, na sua leitura, em face das dúvidas sobre o sentido de uma

norma, dimensões principiológicas, portanto, não consideradas no quadro semântico da regra. (STRECK, 2008, p. 250)

Na mesma obra “Verdade e Consenso”, Streck também assevera:

O direito como integridade nega que as manifestações do direito sejam relatos factuais do convencionalismo, voltados para o passado, ou programas instrumentais do pragmatismo jurídico, voltados para o futuro. Insiste em que as afirmações jurídicas são opiniões interpretativas que, por esse motivo, combinam elementos que se voltam tanto para o passado quanto para o futuro; interpretam a prática jurídica contemporânea como uma política em processo de desenvolvimento.

(...)

Quando mais de uma solução se apresentar a partir dessa ‘conduta interpretativa’, o juiz deverá optar pela interpretação que, do ponto de vista da moral política, melhor reflita a estrutura das instituições e decisões da comunidade, ou seja, a que melhor represente o direito histórico e o direito vigente, sendo que esta seria, assim, a resposta correta para o caso concreto. (STRECK, 2008, p. 306 e 335)

Insistindo em demonstrar a força dos princípios dworkinianos, o mesmo autor, em sua prefalada obra assim pondera:

Esse ‘processo’ implica a máxima força dos princípios, em que, por vezes, a coerência soçobra diante da integridade, até porque a integridade – que também é um princípio – exige que as normas públicas da comunidade sejam criadas e vistas, na medida do possível, de modo a expressar um sistema único e coerente de justiça e equidade na correta proporção, diante do que, por vezes, a coerência com as decisões anteriores será sacrificada em nome de tais princípios (circunstância que assume especial relevância nos sistemas jurídicos como o do Brasil, em que os princípios constitucionais transformam em obrigação jurídica um ideal moral da sociedade) (STRECK, 2008, p. 272-273)

Consoante dito alhures, a “integridade” mantém notória estreiteza também com a “equidade”. Esta, por sua vez, se ocupa dos procedimentos políticos adotados pela sociedade em suas escolhas, geralmente pautadas na igualdade, a qual confere a cada cidadão a mesma oportunidade de participação. Esse aspecto afigura-se de particular relevância. Afinal, é razoável que, em uma comunidade de muitas vertentes e variações, haja sempre uma complexa e, em geral, divergente compreensão acerca do que seja realmente justo em matérias de maior indagação a exemplo do aborto, eutanásia, pesquisa em células tronco embrionárias, entre outras.

Concernente ao “devido processo legal”, os princípios dworkinianos se revelam como uma virtude atinente aos procedimentos destinados ao julgamento

adequado das pessoas acusadas de alguma violação da lei. Nesse sentido, Cláudio Ladeira de Oliveira explica os inquietantes paradoxos que podem daí emergir:

Um decreto-lei que distribui de modo igualitário a propriedade rural pode ser “justo” mesmo quando promulgado por um governo ditatorial, ou seja, mesmo quando não é “equânime”. Por sua vez, uma lei que estabelece a segregação racial nas escolas públicas pode ser “equânime”, pois aprovada após deliberação por um congresso democraticamente eleito, e ao mesmo tempo ser “injusta” por ferir a igualdade entre seus cidadãos. E mesmo uma lei que estabeleça uma obrigação “justa” e que resulte de um processo Legislativo “equânime” pode ser aplicada de modo parcial. (OLIVEIRA, 2008, p. 15)

Dworkin (2003) ressalta ainda que, mesmo quando um grupo social não anui com a concepção do outro, nada impede que possa admitir que a conduta adversa também expressa valores morais, reconhecendo ser esta justa e decente. Numa comparação, o filósofo invoca a analogia e exprime sua tese com exemplos da seara cotidiana dos cidadãos. Assim sendo, argumenta que, em geral, os cidadãos esperam que seus vizinhos tenham condutas similares às suas por entendê-las corretas. Como esse conceito de “conduta correta” é variável, constitui, então, pressuposto de civilização um olhar de respeito e tolerância sobre a diversidade alheia. Semelhantemente, quando ocorrem divergências entre os múltiplos conceitos de justiça em torno de casos concretos pendentes de julgamentos, necessário se torna que o Estado de Direito Democrático conceda a todos tratamento justo e igualitário.

Em que pese não responder diretamente a todos os casos concretos, o princípio da integridade constitui uma valiosa recomendação aos julgadores no sentido de que possam lograr o entendimento do direito na sua totalidade, interpretando com a devida relevância os preceitos e normas de uma comunidade ao julgar as reais demandas dela advindas. Isso porque, nesse modelo do direito como integridade, parte-se da crença de que as pessoas se tornam

membros de uma comunidade política genuína apenas quando aceitam que seus destinos estão fortemente ligados da seguinte maneira: aceitam que são governadas por princípios comuns, e não apenas por regras criadas por acordo político. Para tais pessoas a política (...) é uma arena de debates sobre quais princípios a comunidade deve adotar como sistema, que concepção deve ter de justiça, equidade e justo processo legal e não a imagem diferente (...) na qual cada pessoa tenta fazer valer suas convicções no mais vasto território de poder ou de regras possível (DWORKIN, 2003, p. 254).

Soa oportuna a crítica de Moreira ao tratar da perspectiva principiológica da teoria dworkiniana no que alude ao binômio “princípios e regras”, quando assevera:

Outra é a perspectiva de Dworkin. Sua distinção entre princípios e regras tem em vista um ataque geral ao positivismo. Dworkin o faz, articulando um caráter de aplicação na base do “tudo ou nada” (*all-or-nothing*) às regras, de modo que, havendo colisão entre elas, uma deve ser necessariamente considerada inválida; no caso dos princípios, a eles seria reservada a esfera dos fundamentos, sendo a decisão sobre qual princípio prosperar, em caso de colisão, alcançada pelo recurso à dimensão do peso (*dimension of weight*), sem que qualquer um deles perca, no entanto, a sua validade.

A distinção por ele engendrada confere à Constituição uma síntese entre normas e fato por meio da rubrica princípios e regras. Isso simplesmente traz à norma constitucional uma confusão conceitual, ao avocar uma perspectiva reflexiva e outra descritiva. Como tal, o direito constitucional seria ao mesmo tempo *metaciência*, uma disciplina especializada em perquirir a validade do que está posto; e *ciência*, em sentido estrito, uma disciplina voltada ao estabelecimento das categorias do real, isto é, do ordenamento positivado.

Não obstante, se a ciência se caracteriza exatamente pela revogabilidade de suas hipóteses e pela estrutura de sua racionalidade segundo uma concepção hipotético-dedutiva, cabe à filosofia perquirir a validade daquilo que é posto pelas ciências, em uma postura crítica, segundo uma concepção reflexiva, entendida como retorno àquilo sem o qual a reflexão não é nem possível, nem válida.

Para caracterizar como ciência, o Direito precisa obedecer a alguns requisitos, entre eles o de que suas normas têm natureza constatativa e, como tais, são sujeitas à revogabilidade. Assim, todo o ordenamento – e a Constituição – é dogmática jurídica, e como tal está sujeito à revisão. Outra é a dimensão da Filosofia do Direito. Diferentemente do direito positivo, ela não põe o direito. Cabe-lhe instaurar a pergunta de se a liberdade dos sujeitos de direito, do modo como é orquestrada pela Constituição, pelos códigos e pelas demais normas, é possível e se o modo como a liberdade foi estruturada é válido. (MOREIRA, 2007, p. 102-104)

Qualquer julgamento, no entanto, requer a observância de uma fronteira: a fundamentação fulcrada em teorias e princípios que impedem decisões abusivas e arbitrárias, eivadas de conotações excludentes e preferências pessoais:

Os juízes que aceitam o ideal interpretativo da integridade decidem casos difíceis tentando encontrar, em algum conjunto coerente de princípios sobre os direitos e deveres das pessoas, a melhor interpretação da estrutura política e da doutrina jurídica de sua comunidade. Tentam fazer o melhor possível essa estrutura e esse repositório complexos. (...) Isto incluirá convicções sobre adequação e justificação. As convicções sobre a adequação vão estabelecer a exigência de um limiar aproximado a que a interpretação de alguma parte do direito deve atender para tornar-se aceitável. Qualquer teoria plausível desqualificaria uma interpretação de nosso próprio direito que negasse abertamente a competência ou a supremacia legislativa (...). Esse limiar eliminará as interpretações que, de outro modo, alguns juízes prefeririam, de tal modo que os fatos brutos da história jurídica limitarão o papel que podem desempenhar, em suas

decisões, as convicções pessoais de um juiz em questões de justiça. Diferentes juízes vão estabelecer esse limiar de maneira diversa. Mas quem quer que aceite o direito como integridade deve admitir que a verdadeira história política de sua comunidade irá às vezes restringir suas convicções políticas em seu juízo interpretativo geral (DWORKIN, 2003, p. 305).

Para Dworkin (2003), o modelo do Direito como integridade implica alguns considerandos que exigem a necessária atenção de seus adeptos, bem como de seus críticos, cabendo aqui ressaltá-los:

a) Aos aplicadores da norma cabe, nos casos complexos que lhes competir julgar, adotar princípios distintos de seus conceitos individuais de justiça, vislumbrando, assim, fundamentar aspectos relevantes e constantes da lei que está em vigência, mas que foi escrita, porém, no tempo passado;

b) As soluções atribuídas no passado devem ser consideradas pelos julgadores, aos quais compete ignorar suas bandeiras particulares para favorecer as convicções políticas da comunidade, refutando, destarte, uma “cruzada moral”;

c) Os princípios imprescindíveis, para esclarecer o poder fundante da prática comunitária, sobrelevam-se a quaisquer outros que possam, eventualmente, justificar uma possível hipótese decisiva;

d) A “integridade inclusiva” prevalece sobre a “pura”. Portanto, devem ser adotados procedimentos realmente compatíveis com a doutrina mais coerente com as políticas da comunidade, sobretudo quando a Constituição não é clara. Isto porque o Tribunal é notado como um parceiro na elaboração das normas, não devendo abdicar dos aspectos acima elencados.

Nesse raciocínio, fácil é observar que “o modelo anti-positivista do direito como integridade definitivamente rejeita o componente politicamente obscurantista inerente ao ideal juristocrático” (OLIVEIRA, 2008, p. 28).

Ainda na esfera hermenêutica, Dworkin identifica, como problema, a inexistência de doutrinas que respondam suficientemente às divergências jurídicas e teóricas que gravitam no mundo do direito, considerando serem frágeis aquelas adotadas pelo sistema atual. Esclarece que tal ineficiência exige novas alternativas teóricas para suprir as lacunas daí decorrentes, oportunidade que ele, então, inova, propondo a “interpretação construtiva”.

Essa atitude interpretativa, segundo o filósofo norte-americano, requer a presença de dois componentes: a) o pressuposto de que a prática jurídica não somente é real, mas também traz consigo um objetivo específico, um propósito, visando reafirmar princípios morais que devem ser preservados (Ex.: cortesia dos camponeses que tiram o chapéu diante dos nobres); b) as condutas que a prática social impõe também se sujeitam às pretensões, limitações e permissões dessa mesma prática:

Quando essa atitude interpretativa passa a vigorar, a instituição da cortesia deixa de ser mecânica; não é mais a deferência espontânea a uma ordem única. As pessoas agora tentam impor um significado à instituição – vê-la em sua melhor luz – e, em seguida, reestruturá-la à luz desse significado. Os dois componentes da atitude interpretativa são independentes um do outro; podemos adotar o primeiro componente dessa atitude com relação a alguma instituição sem que seja necessário adotar também o segundo. É o que fazemos no caso de jogos e competições. Recorremos à finalidade dessas práticas ao discutirmos a possibilidade de alterar suas regras, mas não (a não ser em casos muito raros) aquilo que elas são no momento; isso é determinado pela história e pela convenção. A interpretação, portanto, desempenha um papel apenas exterior nos jogos e competições. Contudo, é fundamental para a minha fábula sobre a cortesia que as pessoas da comunidade hipotética adotem o segundo componente dessa atitude, bem como o primeiro; para eles, a interpretação decide não apenas por que a cortesia existe, mas também o que, devidamente compreendida, ela agora requer. Valor e conteúdo se confundem. (DWORKIN, 2003, p. 58)

Apoiado nesses dois elementos, surgem alguns modelos interpretativos, assim classificados: a) interpretação científica; b) interpretação conversacional; c) artística ou criativa; d) interpretação de uma prática social (DWORKIN, 2003, p. 59).

É compreendida como “interpretação científica” aquela explicação de natureza tipicamente causal e meramente técnica, contendo a observação e descrição de dados a partir da leitura de um objeto.

No tocante ao que convencionou chamar de “interpretação conversacional”, trata-se do tipo mais difundido, podendo ser identificado no processo de linguagem fomentado entre os cidadãos, cujo desiderato maior reside na decisão de se saber o que o orador pretendeu expressar com a mensagem por ele proferida e por que razão o fez naquele momento.

Quanto à “interpretação criativa”, corresponde esta à de uma prática acerca da mencionada “cortesia”. Compreende-se nessa espécie de exegese, que a interpretação precisa ser contemplada a partir do ponto de vista e dos reais propósitos do intérprete. E preconiza: “... a interpretação construtiva consiste em

impor um propósito a um objeto ou prática, a fim de torná-lo o melhor exemplo possível da forma ou do gênero aos quais se imagina que pertençam” (DWORKIN, 2003, p. 63-64).

Ao idealizar a interpretação construtiva da prática social, de natureza jurídica ou artística, intentou-se concebê-la em três tempos, a saber: pré-interpretativo, interpretativo e pós-interpretativo (DWORKIN, 2003, p. 81).

A primeira fase destina-se à identificação das regras e padrões que fornecem e orientam as experiências de uma prática específica, assim mencionada pelo autor de “Império do Direito”: “*Na interpretação de obras literárias, a etapa equivalente é aquela em que são totalmente identificados romances, peças etc., isto é, a etapa na qual o texto de Moby Dick é identificado e distinguido do texto de outros romances*” (DWORKIN, 2003, p. 81). Define-se, portanto, nessa oportunidade, o ponto de partida consensual, tomando-se alguns dados como objeto de análise e argumentação. Na fase “interpretativa”, são propostas “justificativas” para os dados coletados na primeira etapa. Na “pós-interpretação”, também conhecida como “fase reformuladora”, realiza-se o ajuste da ideia do intérprete sobre o que a prática de fato exige para atender à “justificativa” admitida na segunda etapa. Consuma-se, assim, um procedimento construtivo que difere da leitura da hermenêutica tradicional, sendo esta a convicção de Dworkin quando assevera:

Quero dizer que uma interpretação é, por natureza, o relato de um propósito; ela propõe uma forma de ver o que é interpretado – uma prática social ou uma tradição, tanto quanto um texto ou uma pintura – como se decisão de perseguir um conjunto de temas, visões ou objetivos, uma direção em vez de outra. Esta estrutura é necessária a uma interpretação mesmo quando o material a ser interpretado é uma prática social, mesmo quando não existe nenhum autor real cuja mente possa ser investigada (DWORKIN, 2003, p. 71).

Na verdade, o princípio da “integridade” de Dworkin, conjugado com sua proposta da “interpretação construtiva”, busca minimizar as inquietações oferecidas pela doutrina, diante do problema da “figura do juiz neófito”

que, embora vocacionado e intelectualmente qualificado, não pode defrontar, na cena judiciária, com situações para as quais o bacharelado ou o concurso não preparam, criando-se a figura do juiz arraigado ao espírito de casta, isolado intencionalmente, digno por omissão, burocrata da verdade formal ou mero estafeta da Justiça (NALINI, 1991, p. 159-172)

Vale, enfim, ressaltar que a “coerência” exigida pela tese da “integridade”, requer muito além do que a inócua aplicação mecânica das leis, que podem ser pensadas como decisões políticas pretéritas. Impõe seu equilíbrio pela justiça e equidade, “construindo” e não somente “encontrando” a solução adequada, inovando sempre o direito vigente. Essa dinâmica exegética tem por finalidade maior evitar que, entre os cidadãos de uma comunidade, alguém seja excluído ou tenha seus direitos sacrificados “... *como os feridos em um campo de batalha, na cruzada pela justiça total*” (DWORKIN, 2003, p. 257). Esse cenário se cristaliza quando, ao prolatarem suas decisões, os julgadores adotam seus próprios convencimentos com pretensões das mais elevadas moralmente, entretanto, desprezando a cartilha política da comunidade onde ocorreram os fatos colocados em pauta.

Partindo dessa premissa hermenêutica, Dworkin idealizou o *chain novel* (romance em cadeia), com ênfase na interpretação literária na qual o leitor busca conferir ao texto um sentido, em vez de empreender esforços para descobrir a intenção de quem o escreveu. Trata-se de uma técnica que habilita o crítico a manter-se em contínua evolução, circunstância esta que se coaduna com a realidade do Direito, que passa sempre por uma nova dinâmica a cada fase histórica experimentada por um povo.

Essa metáfora do romance em cadeia possibilita a integração do sentido dos capítulos precedentes, contribuindo para uma definição e melhor construção do texto, permitindo que o hermeneuta busque a interpretação que lhe aparente melhor e mais segura:

Esta cadeia é um dos pilares do Direito como integridade, e tem a virtude de, a cada nova interpretação, por à prova a decisão dada, a fim de verificar se esta decisão faz parte da estrutura política da comunidade, e se ela coerentemente justifica o sistema como um todo. (DELATORRE, 2008, p. 68)

Nessa dinâmica, o primeiro autor elabora o capítulo inaugural da lei possuindo liberdade ampla para estabelecer seu perfil pessoal, por encontrar-se no preâmbulo do texto. Define os protagonistas de maior expressão, bem como, de forma preliminar e de certa forma privilegiada, direciona a trama. O segundo dá prosseguimento ao trabalho como mentor maior do próximo capítulo. Deste, esperam-se inovações, outros desafios, a apresentação de novos personagens e, com seu estilo próprio, adequações no enredo, desenvolvendo o cenário de forma

autêntica e até mesmo imprevisível. A partir de então, a liberdade para criar existe, mas não de forma tão ampla. Assim se preservará o caráter uníssono da obra, em que pese a pluralidade de autores.

Destarte, dos idealizadores dos demais capítulos sucessivos, conta-se que, antes de elaborarem o teor do texto em construção, interpretem hermeneuticamente toda a produção anteriormente construída, preservando a coerência e a coesão, ainda que os demais não tenham primado por essa lógica no decorrer de suas intervenções.

Importa ao intérprete, para tanto, atentar para dois relevantes limites, a “dimensão de ajuste” e a “justificativa:

Para satisfazer a *“dimensão de ajuste”* ele deve prosseguir a história institucional e não recomeçá-la do zero, deve – de boa fé – articular uma interpretação que seja coerente com o restante das decisões políticas da comunidade e, para tanto, deve apresentar “princípios” capazes de justificar estas decisões, princípios que não necessariamente foram desejados pelos legisladores do passado mas que são capazes, atualmente, de apresentar as várias decisões com alguma coerência e valor. Por exemplo, nenhuma interpretação de nossa Constituição que ignore as competências legislativas explicitamente definidas em vários de seus artigos é uma interpretação adequada. No entanto, é natural supor que várias “construções” justificadas por princípios serão capazes de superar esta fase e então é necessário realizar alguma opção. Esta é a tarefa da *“justificativa”*. *Nos casos difíceis sobra mais de uma interpretação aceitável*. Mas se a escolha não pode ser arbitrária então o intérprete deve escolher, *entre as interpretações viáveis, qual delas mostra o direito da melhor forma do ponto de vista da moralidade política* (ex. não é uma boa interpretação justificar o controle de constitucionalidade por seus efeitos profissionais e de *status* benéficos para os advogados, juízes etc.). E tal escolha precisa ser justificada segundo princípios (OLIVEIRA, 2008, p.19, grifo nosso).

Dessa forma, há liberdade para cada autor desvelar o seu texto. Essa autonomia, entretanto, é cercada parcialmente pelo compromisso de preservar, em sua inspiração, a imprescindível sinergia com as demais ideias previamente existentes, elaboradas por seus antecessores, mantendo-se com estes harmonia e coesão visando especialmente à construção de um resultado que implique, de fato, na concreção da justiça e na emancipação social.

4.3 A “*leitura moral*” da Constituição e o “Juiz Hércules”

O sentido da leitura constitucional torna-se moral na medida em que esses valores são encarados, não como simples arranjos políticos institucionais, mas sim como dimensões morais do cidadão a serem implementadas na sociedade política. (BARRETO, 2006, p.6)

Consoante se extrai dos capítulos anteriores, a teoria dworkiniana tem, como marco, o seu ferrenho combate ao utilitarismo e à filosofia analítica, motivo pelo qual ela estabelece um vínculo imprescindível do direito com a moral, primando por uma função do intérprete que seja de natureza prescritiva e não somente descritiva.

Reiterando, Dworkin idealiza uma *comunidade de princípios* onde as pessoas se integram a um certo segmento social ao admitirem que se encontram entrelaçadas por princípios comuns e não somente por normas impostas por consenso político:

Os membros de uma determinada *sociedade de princípio* admitem que seus direitos e deveres políticos não se esgotam nas decisões particulares tomadas por suas instituições políticas, mas dependem, em termos mais gerais, do sistema de princípios que estas decisões pressupõem e endossam. Assim, cada membro aceita que os outros têm direitos, e que ele tem deveres que decorrem desse sistema, ainda que estes nunca tenham sido formalmente identificados ou declarados (DWORKIN, 2003, p. 254/255, grifo nosso).

Em que pese viverem em sociedade com distintos interesses e convicções pessoais alusivos ao conceito de “bem”, os cidadãos, num liberalismo dworkiniano, aspiram por um tratamento de igual respeito e consideração para todos, que deve ser garantido na instância jurisdicional:

Sem dúvida, é verdade, como descrição bem geral, que numa democracia o poder está nas mãos do povo. Mas é por demais evidente que nenhuma democracia proporciona a igualdade genuína de poder político. Muitos cidadãos, por um motivo ou outro, são inteiramente destituídos de privilégios. O poder econômico dos grandes negócios garante poder político especial a quem os gere. Grupos de interesse, como sindicatos e organizações profissionais, elegem funcionários que também têm poder especial. Membros de minorias organizadas têm, como indivíduos, menos poder que membros individuais de outros grupos que são, enquanto grupos, mais poderosos. Essas imperfeições no caráter igualitário da democracia são bem conhecidas e, talvez, parcialmente irremediáveis. Devemos levar em conta ao julgar, quanto os cidadãos individualmente perdem de poder político sempre que uma questão sobre direitos individuais é tirada do Legislativo e entregue aos tribunais. Alguns perdem mais do que outros apenas porque têm mais a perder. Devemos também lembrar que alguns

indivíduos ganham em poder político com essa transferência de atribuição institucional. Pois os indivíduos têm poderes na concepção de Estado de Direito centrada nos direitos, que não têm na concepção centrada na legislação. Eles têm o direito de exigir, como indivíduos, um julgamento específico acerca de seus direitos. Se seus direitos forem reconhecidos por um tribunal, esses direitos serão exercidos, a despeito de nenhum Parlamento ter tido tempo ou vontade de impô-los (DWORKIN, 2001, p. 31)

A doutrina jurídica que recomenda a “leitura moral” da Constituição guarda estreito vínculo com os conceitos nodais de democracia, a qual deve ser assimilada como

um regime político que se fundamenta em valores morais da pessoa humana. Destarte, permite que se incorpore e leve em consideração no processo de aplicação da lei, ao caso concreto, as finalidades últimas do regime democrático. Trata-se de considerar os valores da liberdade, da igualdade e da fraternidade como princípios fundantes da ordem jurídica (BARRETO, 2006, p. 6).

Ainda no que concerne à “leitura moral” ora em tela, releva salientar que sua efetivação pressupõe um “Compromisso Moral Coletivo”. Em linhas gerais, essa condição implica que os cidadãos se tornem defensores não somente de seus direitos pessoais, mas também dos interesses dos demais indivíduos componentes da comunidade onde se encontram integrados, rompendo, dessa forma, com a visão meramente utilitarista típica do juspositivismo ainda reinante na sociedade hodierna. Essa cultura de solidariedade proporciona a inclusão dos cidadãos na sociedade, sobretudo por meio de sua real participação e defesa de seus interesses nas decisões coletivas frente as quais preservam sua autonomia individual. Trata-se de uma filosofia que traduz o ideal de comunidade democrática incorporado por Dworkin, quando preconiza que *“uma sociedade na qual a maioria despreza as necessidades e pretensões de alguma minoria, é ilegítima e injusta”* (DWORKIN, 1996, p. 25).

Guardando coerência com essa ideologia, Dworkin elabora a teoria consagrada como *“leitura moral da Constituição”*, que deve ser compreendida como o processo ao qual compete dizer como devem ser lidas e interpretadas as cláusulas constitucionais definidoras dos pressupostos do Estado Democrático de Direito que integra, politicamente, os conceitos de liberdade, igualdade e fraternidade. Esses valores, na teoria de Norberto Bobbio, configuram o verdadeiro amálgama da história

universal dos Direitos Humanos, bem como consistem nos pressupostos maiores da “paz perpétua” kantiana e, conseqüentemente, da democracia:

O reconhecimento e a proteção dos direitos do homem estão na base das Constituições democráticas modernas. A paz, por sua vez, é o pressuposto necessário para o reconhecimento e a efetiva proteção dos direitos do homem em cada Estado e no sistema internacional. Ao mesmo tempo, o processo de democratização do sistema internacional, que é o caminho obrigatório para a busca do ideal da “paz perpétua”, no sentido kantiano da expressão, não pode avançar sem uma gradativa ampliação do reconhecimento e da proteção dos direitos do homem, acima de cada Estado. Direitos do homem, democracia e paz são três momentos necessários do mesmo movimento histórico: sem direitos do homem reconhecidos e protegidos, não há democracia; sem democracia, não existem as condições mínimas para a solução pacífica dos conflitos. Em outras palavras, a democracia é a sociedade dos cidadãos, e os súditos se tornam cidadãos quando lhes são reconhecidos alguns direitos fundamentais; haverá paz estável, uma paz que não tenha a guerra como alternativa, somente quando existirem cidadãos não mais apenas deste ou daquele Estado, mas do mundo. (BOBBIO, 1992, p. 1)

Outrossim, importa salientar que a proposição teórica em comento, defendida doutrinariamente por Ronald Dworkin, constitui a representante maior do Perfeccionismo nos Estados Unidos. Tem por objetivo nuclear incluir “a moralidade política no próprio âmago do direito constitucional” (SUNSTEIN, 1999, p. 2).

Na compreensão de Dworkin, os casos constitucionais considerados de natureza difícil exigem um discurso principalista, considerando que buscam, no caso posto para julgamento, aferir quais são os princípios e valores aptos a emprestarem “a melhor luz à demanda” (SILVA, 2008, p. 3325), apontando-lhe a decisão.

A leitura “moralizante” da Constituição, por sua vez, é bandeira adotada também pelo neoconstitucionalismo que, em sua interpretação, a conceitua como uma “ordem normativa” que cristaliza os valores pré-estatais, a saber, “uma ordem material de valores”. Idealiza uma Constituição “onipotente” e “expansionista”, fulcrada em axiomas e princípios. Seu objetivo maior reside na efetividade dos direitos fundamentais, alcançada por meio da interpretação e argumentação jurídica e na ponderação de valores presentes em inúmeros casos tais como da “cláusula de barreira” e da “fidelidade partidária” julgados pelo Supremo Tribunal Federal (ADI’s nºs. 1351-3 e 1354-8).

No tocante a tais decisões, cabe esclarecer que a Lei 9.096/95 (Lei dos Partidos Políticos), por força de seus arts. 13, 41, 48 e 49, instituiu a *Cláusula de Barreira*. Em 1995, tal normativo sofreu as ADI’s supramencionadas de iniciativa dos

partidos políticos PC do B e PSC, ao argumento de terem sido atingidos negativamente com os seus efeitos. Sustentaram, naquele ensejo, a violação dos princípios de igualdade de oportunidade, pluralismo político e isonomia, além de lesão ao pressuposto constitucional de manifestação das minorias políticas de forma livre e igualitária.

O art. 13 da reportada lei, publicada em 19 de setembro de 1995, assim preceitua:

Tem direito a funcionamento parlamentar, em todas as Casas Legislativas para as quais tenha elegido representante, o partido que, em cada eleição para a Câmara dos Deputados obtenha o apoio de, no mínimo, cinco por cento dos votos apurados, não computados os brancos e os nulos, distribuídos em, pelo menos, um terço dos Estados, com um mínimo de dois por cento do total de cada um deles.

Portanto, a *cláusula de barreira ou de desempenho* vislumbrava a limitação do direito ao funcionamento parlamentar, tornando-a proporcional à distribuição e acesso ao horário gratuito de rádio e televisão e aos recursos advindos do fundo partidário (art. 17, § 3º da CF/88).

O Supremo Tribunal Federal, por decisão unânime, votou em 07 de dezembro de 2006 pelo reconhecimento da alegada inconstitucionalidade.

Entendeu aquele Pretório, que a cláusula de barreira proposta pelo Legislativo usurpava diretamente o funcionamento parlamentar por violar, de forma expressa, os inexoráveis princípios da proporcionalidade e da igualdade de oportunidades.

Numa festejada manifestação de caráter tipicamente perfeccionista e maximalista, o Min. Gilmar Ferreira Mendes, inspirado no sistema constitucional alemão, propõe um retrato distinto de cláusula de barreira, coerente com o Estado democrático, quando então pronunciou-se, *ipsis litteris*:

Estou certo de que se o legislador brasileiro tivesse conformado um modelo semelhante ao adotado no direito alemão, por exemplo, (...) talvez não estaríamos aqui a discutir esse tema. É possível, sim, ao legislador pátrio, o estabelecimento de uma cláusula de barreira ou de desempenho que impeça a atribuição de mandatos à agremiação que não obtiver um dado percentual de votos.⁹

⁹ Transcrição parcial do voto do Min. Gilmar Ferreira Mendes na ADI 1.351-DF, p. 17, disponível em <www.stf.jus.br.> Acesso em: 19 de ago. 2010.

No que diz respeito à igualdade de chances, ponderou:

É fundamental, portanto, que a legislação que disciplina o sistema eleitoral, a atividade dos partidos políticos e dos candidatos, o seu financiamento, o acesso aos meios de comunicação, o uso de propaganda governamental, dentre outras, não negligencie a ideia de igualdade de chances sob pena de a concorrência entre agremiações e candidatos se tornar algo ficcional, com grave comprometimento do próprio processo democrático.

(...)

Deixo enfatizado, não obstante, que o legislador pode estabelecer uma cláusula de desempenho que fixe, de forma proporcional, certo percentual de votação como requisito para que o partido político tenha direito não só ao funcionamento parlamentar, mas à própria eleição de representantes, ficando, porém, assegurado a todos os partidos, com observância do princípio da igualdade de chances, o acesso aos meios e recursos necessários para competir no prélio eleitoral seguinte, incluídos, nesse sentido, o acesso ao rádio e à televisão e aos recursos do fundo partidário.¹⁰

Por outro lado, a *Fidelidade Partidária*, objeto da Resolução nº. 22.526, de 27 de março de 2007, do Tribunal Superior Eleitoral pensada à luz do neoconstitucionalismo, busca responder à seguinte indagação provocada pela Consulta nº. 1398: “Os partidos e coligações têm o direito de preservar a vaga obtida pelo sistema eleitoral proporcional, quando houver pedido de cancelamento de filiação ou de transferência do candidato eleito por um partido para outra legenda?”¹¹

Tal matéria encontrou eco no princípio da moralidade pública consagrada no art. 37, *caput* da Constituição, o qual assim preceitua: “A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência...”

Nessa esteira, a filosofia do STE se encontra axiologicamente traduzida no pensamento do Min. César Astor Rocha, que defendeu a prevalente aplicação dos princípios na busca de respostas para situações reais, inclusive concernentes aos partidos políticos. Naquele ensejo, interpretou extensivamente a *moralidade pública*, propondo que fosse abolida a teoria que só reconhece força normativa nas regras positivadas. Digna e oportuna a tese que segue:

Outro ponto relevante que importa frisar é o papel das Cortes de Justiça no desenvolvimento da tarefa de contribuir para o conhecimento dos aspectos

¹⁰ Transcrição parcial do voto do Min. Gilmar Ferreira Mendes na ADI 1.351-DF, p. 17, disponível em <www.stf.jus.br.> Acesso em: 19 de ago. 2010.

¹¹ Resolução nº. 22.526 (TSE), p. 02. Disponível em: <www.tse.jus.br>. Acesso em 14 ago. 2010.

axiológicos do Direito, *abandonando-se a visão positivista tradicional, certamente equivocada, de só considerar dotadas de força normativa as regulações normatizadas*; essa visão, ainda tão arraigada entre nós, deixa de apreender os sentidos finalísticos do Direito e, de certo modo, desterra a legitimidade da reflexão judicial para a formação do pensamento jurídico.

(...)

O princípio da moralidade (...) inserido solenemente no art. 37 da Carta Magna, repudia de forma veemente o uso de qualquer prerrogativa pública, no interesse particular ou privado, não tendo relevo algum afirmar que não se detecta a existência de norma proibitiva de tal prática.

(...) Não tenho dificuldade em perceber que razões de ordem jurídica e, sobretudo, razões de ordem moral, inquinam a higidez dessa movimentação a que a Justiça Eleitoral não pode dar abono, se instada a se manifestar a respeito da legitimidade de absorção do mandato eletivo por outra corrente partidária, que não recebeu sufrágios populares para o preenchimento daquela vaga.¹² (grifo nosso)

Atinentes a esse debate, foram impetrados os Mandados de Segurança 26.602, 26.603 e 26.604 junto ao Supremo Tribunal Federal, quando então as teorias divergiram, e alguns Ministros adotaram uma postura minimalista e formalista, enquanto outros cederam ao perfeccionismo maximalista e progressista.

Nesse contexto, destaque-se que o Min. Eros Roberto Grau bem como o Procurador Geral da República recusaram-se a fomentar o debate alusivo à representação partidária, à proporcionalidade e à reforma política. Mantiveram-se refratários e reticentes sobre tais aspectos e remeteram as aludidas demandas ao Congresso Nacional, invocando para tanto a própria Constituição, em seu Art. 55, ao qual atribuíram natureza *numerus clausus*, na forma do voto adiante descrito:

Não me parece correta a afirmação de que esta Corte irá definir, neste julgamento, se os mandatos de que se cuida pertencem ao partido político ou ao deputado. Nem estaremos a tomar decisão a respeito do que cabe ou excede o conteúdo da fidelidade partidária. Aqui, hoje, definiremos somente se ao impetrante há direito à declaração de vacância dos cargos dos deputados federais eleitos pelo PPS, que o deixaram, e à convocação dos suplentes para que tomem posse. Nada mais decidiremos, apenas isso, sem avançar qualquer passo no sentido de enunciar ou anunciar reforma política alguma, matéria de competência do Poder Constituinte derivado.¹³

Entretanto, os Ministros Celso de Mello e Ricardo Lewandowski primaram pelo neoconstitucionalismo com colocações pontuais em torno de questões pertinentes aos partidos políticos, democracia partidária e fidelidade partidária. A visão perfeccionista emerge de seus votos, onde buscam imprimir uma leitura moral

¹² Resolução nº. 22.526 (TSE), p. 02. Disponível em: <www.tse.jus.br>. Acesso em 20 ago. 2010.

¹³ Parcial do voto do Min. Eros Roberto Grau no NS nº. 26.602-DF, p. 05. Disponível em <www.stf.gov.br>. Acesso em 19 de ago. 2010.

à matéria e identificar a melhor resposta para tais problemas considerados “casos difíceis” numa visão dworkiniana.¹⁴

Essa leitura moral da Constituição deve ser o fundamento da jurisdição “*constitucional*”, guardiã e defensora de um tratamento com igual respeito e consideração para todos. Para tanto, imperativo se torna que os Magistrados se esforcem de forma plena e determinada para que seus julgamentos mantenham coerência com os precedentes anteriores (metáfora do *chain novel*) e coesão com os princípios. Somente assim, postula a doutrina habermasiana, logrará alcançar a melhor decisão possível na aplicação do direito ao caso concreto: “*uma decisão jurídica de um caso particular só é correta, quando se encaixa num sistema jurídico coerente*” (HABERMAS, 2003, p. 289).

Cabe ainda esclarecer nesse estudo que a tese de Dworkin refuta qualquer hipótese do magistrado decidir aplicando a discricionariedade nos casos difíceis a ele submetidos. Tal questão, diga-se de passagem, constitui inclusive o ponto nuclear de seu debate com o principal pensador positivista do *common law*, H. L. A. Hart, cujo positivismo pode ser traduzido especialmente pelas regras jurídicas, consoante compreensão doutrinária *ipsis litteris* transcrita:

(a) O direito de uma comunidade é um conjunto de regras especiais utilizado direta ou indiretamente pela comunidade com o propósito de determinar qual comportamento será punido ou coagido pelo poder público. Essas regras especiais podem ser identificadas e distinguidas com auxílio de critérios específicos, de testes que não tem a ver com seu conteúdo, mas com o seu *pedigree* ou maneira pela qual foram adotadas ou formuladas. Esses testes de *pedigree* podem ser usados para distinguir regras jurídicas válidas de regras jurídicas espúrias (regras que advogados e litigantes erroneamente argumentam ser regras de direito) e também de outros tipos de regras sociais (em geral agrupadas como “regras morais”) que a comunidade segue mas não faz cumprir através do poder público.

(b) O conjunto dessas regras jurídicas é coextensivo com “o direito”, de modo que se o caso de alguma pessoa não estiver claramente coberto por uma regra dessas (porque não existe nenhuma que pareça apropriada ou porque as que parecem apropriadas são vagas ou por alguma outra razão), então esse caso não pode ser decidido mediante “a aplicação do direito”. Ele deve ser decidido por alguma autoridade pública, como um juiz, “exercendo seu discernimento pessoal”, o que significa ir além do direito na busca por algum outro tipo de padrão que o oriente na confecção de nova regra jurídica ou na complementação de uma regra já existente.

(c) Dizer que alguém tem uma “obrigação jurídica” é dizer que seu caso se enquadra em uma regra jurídica válida que exige que ele faça ou se abstenha de fazer alguma coisa. (Dizer que ele tem um direito jurídico, ou um poder jurídico de algum tipo, ou um privilegio ou imunidade jurídicas e asseverar de maneira taquigráfica que outras pessoas tem obrigações

¹⁴ Voto do Min. Celso de Mello nos Mandados de Segurança nº. 26.602, 26.603 e 26.604 (STF), p. 02/03. Disponível em <www.stf.jus.br>. Acesso em 20 ago. 2010

jurídicas reais ou hipotéticas de agir ou não agir de determinadas maneiras que o afetem.) Na ausência de uma tal regra jurídica válida não existe obrigação jurídica; segue-se que quando o juiz decide uma matéria controversa exercendo sua discricção, ele não está fazendo valer um direito jurídico correspondente a essa matéria (DWORKIN, 2010, p. 27/28).

Contra-pondo-se a esses preceitos, Ronald Dworkin desafia o positivismo. Sustenta que, na solução dos casos difíceis, os magistrados se utilizam de padrões distintos das regras, a exemplo dos *princípios e das políticas*. López Calera ressalta que são duas as teses dworkinianas de maior confronto com o positivismo:

- 1) a recuperação dos direitos humanos individuais, no sentido de que tais direitos são preexistentes e mais importantes que aqueles reconhecidos pela legislação. O ataque à concepção do Direito como “modelo de regras” (Hart) e a sugestão de um “*modelo de direitos*” no qual se leva os direitos a sério e se dá mais importância aos direitos que às leis;
- 2) a recuperação da ideia de princípios universais e objetivos de moralidade política. (CALERA, 1992, p. 112, grifo nosso)

O filósofo americano propugna pela teoria segundo a qual as soluções pertinentes às questões fundamentais podem, se necessário, ser prolatadas pelo Poder Judiciário. Dworkin intenta garantir um *ativismo judicial* alicerçado em argumentos racionais e controláveis, posicionando-se, entretanto, contrariamente a uma *juristocracia*.

Na leitura dworkiniana (1999), os membros do Poder Judiciário, ao aplicar o direito, devem observar que a moralidade política constitui o coração da Constituição. Cabe-lhes, outrossim, atentar para limites já existentes, para que não seja necessário adotar decisões discricionárias na efetivação da justiça. Explica Dworkin que a discricionariade enfraquece sobretudo três princípios intransponíveis da democracia liberal: a “*autonomia pública*”, considerando-se que, ao criarem as normas, os julgadores se apropriam da capacidade de auto-legislação dos cidadãos; a “*segurança jurídica*”, uma vez que as regras destinadas ao caso em exame teriam efeito retroativo; e a “*separação de poderes*”, ante a lição de Casalmiglia (1992) no sentido de que o Judiciário estaria atuando na esteira legislativa.

Para o pensador de Oxford (2010), os princípios constituem uma bandeira a ser observada tendo em vista seu abrangente conteúdo deontológico que implica uma determinante exigência da justiça, da equidade e da moralidade política. Porém, se, de um lado, os princípios representam um instrumento de controle da

discricionariedade do Judiciário e dos demais Poderes, por outro lado, requerem singular esforço e um real desafio para identificar quais princípios devem ser aplicados em cada caso concreto e a justa medida de cada um deles. Importante contributo nesse sentido é oferecido por Vieira (1999), ao esclarecer que encontrar esse ponto de equilíbrio e a ponderação necessária é *conditio sine qua non* para que o julgador descubra o direito dos envolvidos no caso difícil, não devendo, no entanto, inventá-lo mediante a adesão de valores eivados de mera subjetividade.

Erika Juliana Dmitruk (2007) reporta-se ao pensamento do jusfilósofo Ronald Dworkin, esclarecendo que, ao investigar e perseguir a solução ideal para uma questão jurídica difícil, o magistrado deve propor-se a cumprir os seguintes passos:

- 1) encontrar, uma teoria coerente sobre os direitos em conflito, tal que um membro do Legislativo ou do Executivo, com a mesma teoria, pudesse chegar à maioria dos resultados que as decisões anteriores dos tribunais relatam;
- 2) Selecionar diversas hipóteses que possam corresponder à melhor interpretação do histórico das decisões anteriores; caso elas se contradigam é necessário encontrar uma correta;
- 3) Encontrar a hipótese correta, a partir do pensamento de que o direito é estruturado por um conjunto coerente de princípios sobre justiça, equidade e o devido processo legal adjetivo, e que esses princípios devem ser aplicados de forma a garantir a aplicação justa e eqüitativa do direito. A partir de uma teoria coerente sobre política e direito, é possível encontrar uma resposta satisfatória quando princípios conflitam (DWORKIN, 2003, p. 253);
- 4) Eliminar toda hipótese que seja incompatível com a prática jurídica de um ponto de vista geral.
- 5) Colocar a interpretação à prova. Perguntar-se-á se essa interpretação é coerente o bastante para justificar as estruturas e decisões políticas anteriores de sua comunidade (DWORKIN, 2003, p. 288-294).

Buscando superar essa questão, o filósofo norte-americano adotou, como solução contrafática, a metáfora do Juiz Hércules. Desse juiz esculpido pelo filósofo, espera-se a concretização do conceito ideal de Justiça. Deve dominar todos os princípios vigentes e torná-los integrados ao direito por meio de elementos argumentativos. Nesse contexto os julgadores, por intermédio do romance em cadeia (*chain novel*), tornam-se concomitantemente *críticos do direito*, ante a interpretação normativa realizada, e seus respectivos *autores*, frente às tantas construções jurídicas por eles elaboradas.

Cabe aqui salientar que compete também a Hércules, no processo interpretativo, o dever de desprezar os precedentes que forem incoerentes e impróprios para compor a solução do caso concreto em pauta. Tem em seu horizonte o firme propósito de alcançar a melhor decisão, alicerçando-se sempre nos

princípios, destacando-se, entre estes, a moralidade e, sobretudo, a integridade a seguir ressaltada:

O direito como integridade, portanto, começa no presente e só se volta para o passado na medida em que seu enfoque contemporâneo assim o determine. Não pretende recuperar, mesmo para o direito atual, os ideais ou objetivos práticos dos políticos que primeiro o criaram. Pretende, sim, justificar o que eles fizeram (às vezes incluindo, como veremos, o que disseram) em uma história geral digna de ser contada aqui, uma história que traz consigo a afirmação complexa: a de que a prática atual pode ser organizada e justificada por princípios suficientemente atraentes para oferecer um futuro honrado. O direito como integridade deplora o mecanismo do antigo ponto de vista de que 'lei é lei', bem como o cinismo do novo 'realismo'. *Considera esses dois pontos de vistas como enraizados na mesma falsa dicotomia entre encontrar e inventar a lei.* Quando um juiz declara que um determinado princípio está imbuído no direito, sua opinião não reflete uma afirmação ingênua sobre os motivos dos estadistas do passado, uma afirmação que um bom cínico poderia refutar facilmente, mas sim uma proposta interpretativa: o princípio se ajusta a alguma parte complexa da prática jurídica e a justifica; oferece uma maneira atraente de ver, na estrutura dessa prática, a coerência de princípio que a integridade requer (DWORKIN, 2003, p. 274, grifo nosso).

Para Habermas, o ponto central da aplicação dos princípios reside na segurança jurídica e na correção racional do direito:

Uma tentativa de evitar as falhas das propostas de solução realistas, positivistas e hermenêuticas, bem como de esclarecer, através da adoção de direitos concebidos deontologicamente, como a prática de decisão judicial pode satisfazer simultaneamente às exigências da segurança do direito e da aceitabilidade racional. Contra o realismo, Dworkin sustenta a possibilidade e a necessidade de decisões consistentes ligadas a regras, as quais garantem uma medida suficiente de garantia do direito. Contra o positivismo, ele afirma a possibilidade e a necessidade de decisões 'corretas', cujo conteúdo é legitimado à luz de princípios (e não apenas formalmente através de procedimentos). No entanto, a referência hermenêutica a uma pré-compreensão determinada por princípios não deve entregar o juiz à história de tradições autoritárias com conteúdo normativo; ao contrário, esse recurso obriga-o a uma apropriação crítica de uma história institucional do direito, na qual a razão prática deixou seus vestígios; Dworkin tem em mente os direitos que gozam de validade positiva e merecem reconhecimento sob o ponto de vistas da justiça (HABERMAS, 2003, p. 252).

Hércules, consoante se denota, é uma figura ideal de magistrado com poder moral e intelectual tão intenso que se equipara, analogicamente, às forças físicas sobrenaturais dos respectivos deuses gregos. É um tutor dos direitos das minorias, garantindo seus interesses contra possíveis injustiças impostas pelas maiorias. Sedimenta sempre suas soluções, conforme dito alhures, nos princípios praticados e compartilhados no grupo social (mundo real) em que ocorrem os fatos concretos que

aguardam ser decifrados. Adota, como principal ponto de partida, o conceito de democracia, o modelo constitucional, as tradições e a filosofia política cultivada pela respectiva comunidade onde deve atuar.

Nesse diapasão, ressalte-se o contra ponto estabelecido por Habermas ao criticar a teoria de Dworkin. Argumenta o filósofo alemão que a decantada tese dworkiniana não comporta inúmeras democracias hoje existentes, sobretudo as comunidades dominadas pelo pluralismo social e com um passado político ditador que não se amoldam a uma visão política substantiva típica da história norte-americana tomada como padrão pelo estudioso de Oxford:

A referência hermenêutica a uma pré-compreensão determinada por princípios não deve entregar o juiz à história de tradições autoritárias com conteúdo normativo; ao contrário, esse recurso obriga-o a uma apropriação crítica de uma história institucional do direito, na qual a razão prática deixou seus vestígios.

(...)

A interpretação reconstrutiva só será bem-sucedida se a história, da qual uma ordem jurídica concreta surgiu, sedimentar, de alguma maneira, algum fragmento de 'razão existente'. Por ser americano, Dworkin pôde apoiar-se num desenvolvimento constitucional contínuo que dura mais de duzentos anos; por ser liberal, ele está obrigado a uma avaliação mais otimista, descobrindo processos de aprendizagem na maior parte do desenvolvimento jurídico americano. (HABERMAS, 2003, p. 252 e 266)

Oportuno salientar que, a *contrario sensu*, a doutrina habermasiana (2003) primou por um processo democrático deliberativo, estruturado também nos preceitos constitucionais, e que soma legitimidade na proporção em que se torna mais dialético conforme inspira a *Teoria Discursiva do Direito e do Agir Comunicativo* que soa paradoxal diante da solitária figura dworkiniana do Juiz Hércules. Assim, Habermas alega que Hércules exerce uma jurisdição monológica por deter um poder cognitivo privilegiado, sobrenatural e único, sentindo-se, inclusive, autorizado por isto a decidir sozinho em nome de todos os cidadãos. Esse fato, por si só, continua o filósofo alemão (2003), fere de morte o cerne maior do espírito democrático: a participação de cada indivíduo nas tomadas de decisões.

Lenio Streck, em sentido diverso de Habermas, exponencia a doutrina dworkiniana, desvelando os avanços de sua filosofia, em especial no que diz respeito “à relação direito-moral” e à “obrigação de os juízes respeitarem a integridade do direito e aplicá-lo coerentemente” (STRECK, 2010, p. 100):

Do mesmo modo, há uma vantagem na discussão da relação “direito-moral” desde o imenso e intenso catálogo principiológico abarcado pela Constituição do Brasil, questão bem caracterizada naquilo que vem sendo denominado de *institucionalização da moral no direito*, circunstância, aliás, que reforça a autonomia do direito, mormente se não for entendido a partir de uma postura jurisprudencialista (mesmo nesta, há uma grande preocupação para não permitir que a jurisdição substitua a legislação).

Fundamentalmente – e nesse sentido não importa qual o sistema jurídico em discussão –, trata-se de superar as teses convencionalistas e pragmáticas a partir da *obrigação de os juízes respeitarem a integridade do direito e aplicá-lo coerentemente*.

Numa palavra: a resposta correta (*adequada à Constituição e não à consciência do intérprete*) tem um grau de abrangência que evita decisões *ad hoc*. Entenda-se, aqui, a importância das decisões em sede de jurisdição constitucional, pelo seu papel de proporcionar a aplicação em casos similares. Haverá coerência se os mesmos princípios que foram aplicados nas decisões forem aplicados para os outros casos idênticos; mas, mais do que isso, estará assegurada a integridade do direito a partir da força normativa da Constituição.

Tudo isso deve ser compreendido a partir daquilo que venho denominando de “uma fundamentação da fundamentação”, traduzida por uma radical aplicação do art. 93, IX, da Constituição. Por isso é que uma decisão mal fundamentada não é sanável por embargos (*sic*); antes disso, há uma inconstitucionalidade *ab ovo*, que a torna nula, írrita, nenhuma! Aliás, é incrível que, em havendo dispositivo constitucional tornando a fundamentação um direito fundamental, ainda convivamos – veja-se o fenômeno da “baixa constitucionalidade” que venho denunciando há duas décadas – com dispositivos infraconstitucionais pelos quais sentenças contraditórias (*sic*), obscuras (*sic*) ou omissas (*sic*) possam ser sanadas por embargos...! (STRECK, 2010, p. 100)

Streck enaltece Dworkin e chama a atenção da comunidade jurídica para o sólido arcabouço interpretativo que sua doutrina disponibiliza para o mundo dos intérpretes, garantindo-lhes “um manancial de possibilidade” e uma “blindagem contra discricionariedades” (2010), tal como o presente trabalho intenta demonstrar.

5. O ATIVISMO JUDICIAL

5.1 O Ativismo Judicial Progressista – a Corte de Warren

Se a pessoa tem dinheiro, provavelmente escapará à punição. É uma vergonha pensar que existe uma lei para os pobres e outra para os ricos, mas os métodos atuais estão conduzindo a este resultado. (...) É impossível enjaular homens como animais e esperar que estes se tornem melhores. (WARREN, Earl).

Com a *Declaração de Independência* ocorrida em 04/07/1776, romperam-se os laços políticos entre as trezes colônias americanas e a Inglaterra, sendo selado aquele épico evento com os seguintes ideais:

Temos estas verdades como evidentes: que todos os homens são iguais; que pelo Criador foram dotados de certos direitos inalienáveis, entre os quais o da vida, o de liberdade e o de procura da felicidade; que para assegurá-la foi que se instituíram os governos, derivando a sua justa autoridade do consenso dos governados; que qualquer que seja a forma de governo que atentar contra tais fins, é um direito do povo mudá-lo ou aboli-la e instituir um novo governo, fundando-o sobre aquelas bases, e organizando-o da forma que mais apta lhes parecer para promover a própria segurança e a própria felicidade. (COOLEY, 2002, p. 22)

Esse sonho americano de tamanho cunho humanista e democrático provocou um *tsunami* social que perpassou pelas artérias do Poder Judiciário, que não conseguiu manter-se imune a seus efeitos contagiantes. Este, então, adotou posturas ora altamente progressistas, ora mais conservadoras, que marcaram emblematicamente sua história. Desse modo, estabeleceu-se, na Suprema Corte um inegável divisor de águas visualizado a partir dos *Chief Justices Warren (judicial activism)* e *Rehnquist (judicial self-restraint)*, cujos *decisuns* deixaram perplexos os olhares da comunidade jurídica e científica, sendo que as situações mais emblemáticas serão exploradas neste estudo.

Ab initio é oportuno esclarecer que, para o sistema norte-americano, direito e política guardam necessariamente entre si a mais profunda interseção. É o que preconizou o então Ministro Robert Jackson, consoante estudo desenvolvido por Roberto Rosas:

Numa sociedade em que transformações rápidas tendem a romper todo o equilíbrio, a Suprema Corte, sem ultrapassar seus próprios poderes limitados, deve empenhar-se por manter o grande sistema de compensações sobre o qual baseia-se nosso governo livre. Se esses contrapesos e controles são essenciais à liberdade em outros lugares no mundo, é fora de questão, são necessários na sociedade que conhecemos. (ROSAS, 1996, p. 34)

Há também que se ressaltar que o formalismo e o legalismo constituíram o fio condutor da cultura norte-americana, com forte inclinação a condutas reacionárias, inclusive no âmbito jurídico. Essa tendência foi questionada em contundente manifestação proferida no corpo do voto vencido de Oliver Wendell Holmes Jr., *Justice* da Suprema Corte, no debate *Lochner vs. New York* (1905). Esse debate inquiria se era legítima ou não a lei que limitara o horário de labor dos padeiros, tendo aquele julgamento sido apoiado, por maioria de votos, na liberdade contratual, dentro de um espírito altamente formal e puramente liberal. O referido voto apontou surpreendentemente para a promoção da saúde do operário como bem maior a ser prioritariamente defendido, com proeminência inclusive sobre o formalismo econômico e legal do contrato, tal como se transcreve *ipsis litteris*:

Eu sinceramente sinto muito que não possa concordar com a maioria nesse caso. Penso que tenho obrigação de expressar minha discordância. Esse caso é decidido com base em teoria econômica em relação à qual boa parte do país não concorda. Se fosse questão de concordar com essa teoria, eu deveria estudá-la mais profundamente, antes de formar convicção. Mas acho que não é minha obrigação, porque acredito que minha concordância ou discordância é independente do direito que a maioria tem de expressar suas opiniões, fazendo leis (...). Proposições gerais não decidem casos concretos (...). Um homem razoável deve pensar que essa lei é medida adequada para a manutenção da saúde (...) (GODOY, 2004, p. 3-4)

Como produto desse formalismo excessivo e do positivismo exacerbado reinante no direito norte-americano, aconteceram outros *decisuns* que também estremeceram ameaçadoramente as bases daquela Corte Suprema.

Dred Scott, por exemplo, é considerado o mais, senão um dos mais constrangedores veredictos da história jurídica daquele país, em que houve a preponderância do formalismo e da mera técnica jurídica em prejuízo do valor axiológico do Direito. Relata Allen (1970) que *Dred Scott* fora escravo de um médico do exército conhecido como John Emerson. Durante certo período, estabeleceu-se em Illinois (Fort Snelling), região que abolia a escravidão por força do Tratado de

Missouri, por meio do qual se estabelecera um consenso entre os Estados, limitando as áreas onde ainda prevalecia a escravidão.

Como viveu em Estado não escravista, Dred Scott adotou a regra “*once free, always free*” – uma vez livre, para sempre livre. John Emerson, que antes fora seu senhor, veio a óbito no ano de 1850, quando então aquele impetrou o devido processo de declaração de seu direito à liberdade, a qual foi então decretada pelo Juiz “*a quo*”, com alicerce no *vested rights* (direito adquirido). Ocorre, entretanto, que tal sentença foi tornada sem efeito pela Corte Suprema do Estado de Missouri.

John Sandford, irmão de John Emerson, recebeu Dred Scott a título de herança, uma vez que a sua viúva contraíra novas núpcias e assim, perdera tal direito. Inteiramente obstinado, Dred Scott impetrou nova ação, com igual pretensão, agora em face de Sandford, em Nova Iorque, onde este último era estabelecido. *A defesa argumentou que Dred Scott, na qualidade de negro, não era dotado da condição de cidadão, não tendo assim legitimidade para ser autor de qualquer ação, tendo endossado, quanto à matéria, o pronunciamento do tribunal de Missouri que sentenciou Dred Scott como escravo.*

Este então recorreu para a Corte Suprema, a qual, em manifesto racismo e discriminação, sobretudo do *Chief Justice* Roger Taney, negou sua pretensão. Para tanto consideraram os seguintes aspectos: *negros, na compreensão daquela Corte, eram coisas, objetos de propriedade, podendo ser mercantilizados em períodos pré e pós Independência e Constituição, pois esta garantia o direito de propriedade.* Sendo assim, declarou-se que o Congresso não tinha competência para tratar da escravidão e, portanto, não poderia limitar os Estados quanto a essa prática, ainda que a mesma pudesse soar para alguns como ignóbil e repugnante.

O ódio incendiário decorrente desse julgamento estremeceu gravemente os alicerces políticos da história norte-americana. Gerou um clima de ameaças e provocou de forma notória e sensível as primeiras e mais determinantes vibrações da Guerra Civil (1860 / 1865). Um divisor de águas foi traçado entre os escravocratas e os antiescravagistas, numa sociedade altamente preconceituosa e racista onde o negro – ser humano em sua essência e plenitude – não era considerado cidadão, sendo relegado à hedionda condição de mera coisa ou vil objeto de negociação e exploração alheia, explica Burt (1955). Posteriormente, a Emenda nº 13, de 1865 decretou o fim da escravidão naquele país. Essa decisão

tornou-se a conquista real do referido movimento bélico que quase consumiu a América, conforme recorda Fehrenbacher (1981).

A cultura da segregação, entretanto, persistiu. É o que protagonizou *Plessy v. Ferguson* (1896), que consolidou o “*separate but equal*” – Iguais, porém separados. A presença dos negros foi impedida em escolas e transportes públicos, cinemas, balneários, teatros, restaurantes, etc. A celebração de núpcias entre pessoas de raças desiguais também foi proibida em alguns Estados. Entendia-se que a “igualdade” entre brancos e negros residia no fato de aqueles serviços serem prestados também aos negros, no mesmo nível de qualidade, mesmo que em ambientes distintos e devidamente separados.

O cidadão *Homer Plessy* sentou-se no setor destinado aos brancos, num trem que trafegava na Lousiana, sendo por isso detido e processado, uma vez que era mulato. Recorreu à Suprema Corte, e esta considerou que a teoria *equal but separate* não desafiava a Constituição. Merece o devido destaque o voto vencido do Juiz John Marshall Halan que declarou: “*A constituição era cega para questões de cor (blind color), desconhecendo e não tolerando classes distintas entre seus cidadãos*”. (GODOY, 2002)

É neste cenário que posteriormente, nas primeiras décadas do século passado, chamou a atenção, nas entranhas da Suprema Corte norte-americana, a doutrina conhecida como *Ativismo Judicial*, com marco mais determinante na “Corte de Warren”, que selou o período de 1953 a 1969 com posturas altamente progressistas e verdadeiramente emblemáticas. Tornou-se, assim, um dos principais vetores daquela democracia, com influências indeléveis sobre as futuras gerações e reflexos indizíveis em diversos outros sistemas jurídicos mundiais.

Aquele novo capítulo do direito norte-americano é inaugurado com Earl Warren, seu protagonista principal, quando este, então governador da Califórnia, recebe o *munus* de *Chief Justice* em 05/10/1953 pelo Presidente Eisenhower, a favor de quem ele renunciara à sua pretensão política no pleito anterior à Presidência da República dos EUA pelo Partido Republicano.

Eram tempos de completa tensão pós-guerra, considerando-se o temor de movimentos reacionários, os limites impostos à liberdade e as múltiplas ações de cunho discriminatório sobretudo contra estrangeiros e negros, sendo certo que os conflitos daí decorrentes eram incessantes no país.

O pensamento de Earl Warren, por sua vez, era altamente progressista, sendo de sua lavra o categórico pronunciamento que se segue:

O coração de qualquer constituição é a sua Declaração de Direitos, aquelas disposições que garantem ao povo a liberdade de consciência, de palavra, de imprensa, de reunião legal, e o direito à aplicação uniforme da lei e do processo legal adequado (...) Nossa forma de governo está hoje em julgamento (...) Nossa única defesa (...) é uma renovação do nosso esforço para tornar o governo democrático ainda mais responsável diante das necessidades públicas – não as necessidades de alguns, mas a de todos (...) A intolerância religiosa e o ódio são ambos uma doença mental e moral (...) Toda vez e em qualquer lugar que a intolerância levantar a sua terrível cabeça, a tarefa dos americanos não de alguns americanos, mas o de todos os americanos, é suprimi-la (...) Precisamos de fé (...) para fazer as coisas que devem ser feitas para a melhoria do nosso povo – não apenas a de alguns, mas de todos. Não devemos nos assustar diante da expressão *liberdades civis*. A Constituição só foi ratificada depois de assumido o compromisso de que ela seria garantida pelo *Bill of Rights* (...) O *progresso social* não é algo de que se deva fugir (...) Podemos e devemos repensar de novo os nossos problemas e agir de acordo com o novo pensamento (...) (RODRIGUES, 1958, p. 37 e 38)

Ante essa novel filosofia, foram memoráveis os julgamentos da Corte de Warren. Merecem assim ser reportados na busca de uma releitura que gere uma possível contribuição jurídica ao veemente debate atualmente estabelecido em torno do ativismo judicial, que, entre seus ferrenhos adeptos, conta com a Desembargadora do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, Maria Berenice Dias, hoje aposentada. Segundo lição dessa jurista, todos os magistrados, de uma forma ou de outra, praticam o ativismo judicial: “(...) *porque novos fatos estão sempre batendo à porta do juiz, que tem de decidir o que é justo (...). A sociedade muda rapidamente e é preciso ter coragem para decidir as questões sem repetir o modelo imposto (...)*” (ROCHA, 2002, p. 11)

Nesse diapasão, digno de nota é o caso *Brown v. Board of Education of Topeka (1954)*, que rompeu terminantemente com a filosofia que imperou desde o julgamento *Plessy v. Ferguson: o equal but separate*.

Esse julgamento, que rotulou de inconstitucional a cultura débil da segregação social, sobretudo no ensino público americano, constituiu um marco na história daquele país. Oportuno ressaltar que o *Chief Justice* Fred Vilson, antecessor de Warren, era um decidido defensor da segregação racial e contava com a maioria de aliados na Corte. No entanto, por unanimidade, posicionou-se posteriormente pela extirpação desta ultrajante chaga social.

Célebre foi o parecer do então Presidente da Suprema Corte – Earl Warren naquele julgado, tal como abaixo se transcreve parcialmente:

Hoje é a educação, talvez, a função mais importante dos governos estaduais e locais. Leis de comparecimento escolar obrigatório e os grandes gastos feitos com a educação demonstram o valor que lhe atribui a nossa sociedade democrática. Ela é exigida para a execução de nossas responsabilidades públicas mais fundamentais, inclusive para a prestação de serviço nas forças armadas. É a base da boa cidadania. É, hoje, o principal instrumento para despertar o interesse da criança pelos valores culturais, de preparação para o treino profissional posterior e de adaptação normal ao seu ambiente. Atualmente, se for negada a uma criança a oportunidade de educar-se, dificilmente ela poderá vencer na vida. Quando o Estado se encarrega de prover tal oportunidade, a mesma constitui direito que deve ser acessível a todos, em igualdade de condições (...) Apesar de poderem ser iguais os fatores tangíveis, a segregação das crianças nas escolas públicas apenas por motivo racial priva as dos grupos minoritários de iguais oportunidades educacionais (...) Separar algumas crianças de outras, de idade e qualificações semelhantes, devido apenas à sua raça, gera sentimento de inferioridade quanto ao seu *status* na comunidade, capaz de contaminar, de modo irreparável, seu coração e espírito (...) A liberdade protegida pela cláusula *due process* é mais que a simples ausência de restrição corporal: estende-se a toda esfera de procedimento livremente escolhida pelo indivíduo e não pode ser restringida salvo em vista de objetivos governamentais (...). (RODRIGUES, 1911, p. 170 e 171)

Após pareceres de eminentes psicólogos inquiridos à época, concluiu-se que o sistema *Equal but separate* minava o desempenho daqueles alunos que eram vítimas de preconceito, eis que era irreparável o dano interior, espiritual e, não raras vezes físico por eles experimentados, tal como Warren, invocando a doutrina de Moro, a seguir descreve:

Separá-los (as crianças negras) de outros de idade e qualificações similares só em virtude da raça negra gera um sentimento de inferioridade de seus *status* na comunidade que deve afetar seus corações e mentes de um modo que provavelmente não possa ser desfeito (...). Qualquer que fosse a extensão dos conhecimentos psicológicos na época de Plessy, essa observação é amplamente amparada pelas autoridades modernas. (MORO, 2001, p. 361)

Registros noticiam, tal como recorda Souza (2008), que a reação contra a decisão da Suprema Corte em *Plessy v. Ferguson* foi de implacável resistência e grande fúria, motivo pelo qual o seu acatamento se converteu, literalmente, em verdadeiro caso de polícia. Investia-se, portanto, engenhosamente, na busca de meios que disfarçassem a inobservância daquela norma, tal como a transformação, pelos Estados, das escolas públicas em particulares, de tal sorte que os negros

continuassem excluídos (uma vez que aquele julgamento proibira a aplicação do *Equal but separate* somente em educandários públicos).

Em *Griffin vs. School Board of Prince Edward Country*, 377 U.S. 218 (1964), julgou-se inconstitucional a manobra mencionada – travestir de particulares as escolas públicas então existentes. *Ada Lois Sipuel*, negra, acadêmica de Direito, teve sua matrícula recusada pela Faculdade de Oklahoma. Após recorrer de tal medida, o Tribunal ordenou que a Universidade nomeasse três advogados que então lhe ministrariam as lições.

Posteriormente, a mesma academia acabou aprovando a matrícula de *C. W. McLaurin*, numa Pós-Graduação na área de educação, tendo ele sido constrangido a assistir às aulas em local anexo, a ocupar espaço distinto na biblioteca, a fazer suas refeições em outro momento. Em recurso por ele impetrado, determinou-se que tais limitações fossem abolidas.

Por ser negro, o norte-americano *Sweatt* teve sua matrícula negada na Faculdade de Direito do Texas. Em decisão da Corte, determinou-se que ele fosse admitido no Curso ou então que se criasse uma Faculdade de Direito para negros, tendo então esta sido inaugurada, porém, com pífia qualidade. Novamente, *Sweatt* protestou contra essa medida, pois estava sendo tratado como se fosse um cidadão de segunda classe, tal como apregoavam, principalmente, os estados do Sul por meio da lei racista cognominada *Jim Crow*.

Seu pleito foi julgado pela Corte em conjunto com outros casos similares advindos da Carolina do Sul, Delaware, Virgínia e Kansas. Por fim, decretou-se que, em educação pública, tornava-se doravante terminantemente proibida a aplicação do *equal but separate*. Tal princípio pôde ser melhor aplicado porque, a partir de 1964, as questões de igualdade racial foram remetidas à competência federal.

Ao assumir a Suprema Corte, em 1953, Warren levou os cidadãos a refletirem sobre questões por todos relegada, mas que, na realidade, possuíam indiscutível relevância social. “*Passou a atribuir-se o poder de dizer, não apenas o que não podia ser feito, mas o que devia ser feito, dando solução não apenas ao caso concreto, mas determinando uma nova norma aplicada a todos*”. (SOUZA, 2008, p. 29).

Em pronunciamento público, Warren desafiou veementemente as injustiças difundidas pela desigualdade germinada nas entranhas da sociedade liberal americana, e, segundo Rodrigues, assim protestou: “*Se a pessoa tem dinheiro, provavelmente escapará à punição. É uma vergonha pensar que existe uma lei para os pobres e outra para os ricos, mas os métodos atuais estão conduzindo a esse resultado*” (RODRIGUES, 1991, p. 35).

Em 1963, o caso *Gideon vs. Wainwright* consolidou o direito de nomeação de advogado defensor a favor das pessoas pobres que fossem acusadas criminalmente, fato este que acabou modificando o precedente daquela Corte que antes fora proferido em *Betts vs. Brady* 316 vs. 455. Naquele evento, o justice Black notabilizou-se com o seguinte voto:

(...) Nenhuma pessoa arrastada a um tribunal, no nosso sistema contraditório de justiça criminal, poderá ter um julgamento justo se for tão pobre que não possa contratar advogado, salvo se lhe for dado defensor. Esta parece ser uma verdade óbvia. Os governos, tanto dos Estados como o federal, gastam, como é sabido, vastas somas para julgar os acusados criminalmente. Promotores são considerados, em toda parte, essenciais para proteger o interesse público numa sociedade ordenada. Do mesmo modo, poucos são os réus, realmente poucos, que deixam de contratar os melhores advogados que podem conseguir para preparar sua defesa e defendê-los. O fato de tanto o governo, como os réus que têm dinheiro contratarem advogados, é um forte indício da crença generalizada de que estes são, nos tribunais criminais, uma necessidade, e não um luxo (SUPREMA CORTE DOS ESTADOS UNIDOS, 1942).

É possível, assim, perceber que a Corte de Warren, ressalta Moro (2001), adotava o ativismo judicial, intentando compensar as deficiências do processo político democrático, ainda não consolidado integralmente. Outrossim, cabe salientar, nesse sentido, a decisão daquela Suprema Corte ao sentenciar no famoso *Jencks vs. United States*, autorizando o acusado a ter acesso aos depoimentos nos quais sua acusação fora fundamentada.

Souza (2008), em síntese, conclui que, pelo veredicto final de *Yates vs. United States*, a Lei Smith destinada ao combate aos comunistas somente se aplicaria se houvesse ataques agressivos ao governo, não contra possíveis e eventuais manifestações de ideias.

Registre-se, outrossim, que a inconstitucionalidade de ato administrativo foi decretada por aquela Corte em *Kents vs. Dulles* (1958), quando se posicionou no sentido de que os passaportes para comunistas e seus adeptos deveriam ser

expedidos normalmente, tendo em vista seu livre direito de ir e vir, inclusive de viajar.

Some-se a tais casos, o revolucionário julgamento de “*Griswold vs. Connecticut*” que, consubstanciado na 9ª Emenda, proferiu a inconstitucionalidade de lei estadual que proibia e inclusive punia criminalmente o uso de anticoncepcional.

No que alude ao respeito à liberdade religiosa, ressalte-se que, em *Torcaso vs. Watkins, 1961*, a Corte proibiu que se exigisse de qualquer cidadão confirmação de sua fé em Deus como condição para ocupar cargo público.

A 5ª Emenda que se posicionava contrária à autoincriminação, por sua vez foi corroborada em *Watkins vs. United States* e *Sweezy vs. New Hampshire*.

Ainda no que alude à Corte de Warren, ressalte-se a paradigmática decisão proferida em 1966, *in Miranda vs. Arizona*. Segundo essa decisão, a polícia tinha o dever de notificar o acusado, *em custodial interrogation*, acerca de seu direito ao silêncio, seu direito constitucional de permanecer calado, esclarecendo-lhe, expressamente, que tal conduta não deporia jamais contra ele. Deveria, igualmente, ser informado de que, caso decidisse pronunciar-se, tudo que viesse a dizer poderia ser usado contra ele. As *Miranda rules*, reafirma Dias Neto (1997), foram então instituídas, cabendo à polícia sua rigorosa observância. Saliente-se, assim, o pronunciamento do *Chief Justice Warren* no supracitado caso:

(...) a pessoa tem o direito de ser advertida de que pode permanecer silenciosa, de que qualquer afirmativa que fizer poderá ser usada como prova contra ela, e de que tem direito a advogado, contratado por ela ou nomeado pelo juiz. O réu poderá desistir desses direitos contando que a desistência (Wainer) seja declarada voluntária, ciente e inteligentemente. Se, porém, ele indicar em qualquer momento do processo que deseja consultar advogado antes de falar, não poderá ser interrogado. Do mesmo modo, se o indivíduo estiver sozinho e indicar, de qualquer modo, que não deseja ser interrogado, a polícia não pode fazer-lhe perguntas (SUPREMA CORTE DOS ESTADOS UNIDOS, 1966).

Warren novamente surpreendeu, em 1964, com o julgado *New York Times vs. Sullivan*, no qual consagrou a liberdade de expressão, mesmo em caso de incitação ao ilícito. Absolveu o *Chief da Klu Klux Klan* que sofreu ação judicial por ter propagado a defesa da ordem, ainda que para tanto se tornasse imperativo o uso da violência.

Em 1969, no derradeiro ano da vanguarda de Warren na *Supreme Court of the United States*, deu-se o julgado *Powell v. Mc Cormack*. Processado por difamação e suspeito de malversação de verba pública, *Adam Clayton Powell*, negro, membro da Câmara dos Deputados, foi impedido de cumprir seu mandato. Earl Warren entendeu que a Câmara não tinha elementos e muito menos fundamento legal para afastar o congressista. Assim, tornou sem efeito a decisão de 1ª Instância.

Warren, idealista em potencial, tornou-se uma lenda na história da justiça norte-americana. Influenciou muito além de seus muros, deixando sua marca em diversos países que, atentos, seguiram sua prática ativista. Criticado e julgado por alguns como “*comunista radical*” ou “*um tirano judicial*” (RODRIGUES, 2001, p. 92), Warren foi também aplaudido por outros como ético, justo, sensível e humano, numa sociedade marcada por ultrajes, racismo, intolerância e abuso de autoridade. Thomas Henriques, Senador do Missouri, tributou-lhe honroso reconhecimento, lembrado por Souza:

As críticas à Suprema Corte deviam ser viradas e dirigidas aos processos inconstitucionais e ilegais cujo florescimento fora permitido neste país nos últimos anos, em vez de ser denunciada por desempenhar sua função como guarda Supremo dos direitos e liberdades do homem na nossa sociedade. (SOUZA, 2008, p. 32)

O panorama evidenciado por Souza reafirma o perfil de uma Corte centrada notadamente nos interesses dos grupos vulneráveis, com o propósito de agudizar o sentimento de pertença também das minorias, visando legitimar e consolidar o processo democrático sacralizado historicamente nos Estados Unidos da América.

Sob esse aspecto, Rebecca Zietlow (2007, p. 2 e 3) assim preconiza em seu texto “*The Judicial Restraint of the Warren Court (and Why it Matters)*”:

A era da Corte de Warren presenciou uma marcante expansão dos “direitos de pertença”. Direitos esses que promovem uma visão abrangente de quem pertence à comunidade nacional e facilitam a adesão igualitária naquela comunidade. Baseados em igualdade, os direitos de pertença ajudam a definir e a expandir o acesso à comunidade em que vivemos, removendo barreiras para a participação social. Tanto os críticos como os partidários da Corte de Warren freqüentemente atribuem a expansão desses direitos àquela Corte, condenando-a por impor ilegitimamente sua própria vontade ao processo democrático ou louvando os seus juízes como “heróis contra-majoritários” que protegem os direitos das minorias. Ao mesmo tempo que a Corte de Warren era com certeza a protetora dos direitos de pertença, incentivava o Congresso a, da mesma forma, também proteger esses direitos. Na verdade, a partir do Ato de Direitos Civis de 1964 até o Ato

referente à violência contra a mulher de 1994, o Congresso protegeu mais esses Atos do que as Cortes Federais. (ZIETLOW, 2007, p. 2-3, tradução nossa)¹⁵

A mesma autora, ainda na publicação suso destacada, insiste em enfatizar a postura “ativista” da Corte de Warren, a saber:

Os críticos da Corte de Warren não são os únicos que veem a Corte como um paradigma do tribunal ativista. Muitos partidários da Corte exaltam justamente o seu ativismo, mostrando o que Laura Kalman chama de visão “religiosa e mística” da Corte de Warren. Por exemplo, um dos mais fervorosos partidários da Corte, Owen Fiss, argumenta que, embora a Corte tenha se voltado para os movimentos sociais e tenha respondido às circunstâncias históricas, “A verdade da questão é que foi a Corte de Warren que impulsionou as grandes mudanças do futuro, inspirou e protegeu aqueles que procuravam implementá-las”. Para Fiss e outros partidários da Corte de Warren, esta foi heroicamente contramajoritária, defendendo os direitos das minorias, em oposição aos órgãos políticos. Outros estudiosos têm argumentado que este ponto de vista da Corte de Warren é histórico, pois suas leis, em grande parte, seguiram a política da época. No entanto, o parecer da Corte de Warren como “ativista por excelência” persiste dentro e fora da arena acadêmica.

A opinião geral da Corte de Warren como grande ativista defensora dos direitos das minorias contra a tirania majoritária é compreensível, dado o fato de que a maioria dos estudiosos constitucionais ou cresceram durante a era da Corte de Warren ou foram ensinados por professores de Direito Constitucional que cresceram nessa época. (ZIETLOW, 2007, p. 2-3, tradução nossa)¹⁶

¹⁵ The Warren Court era saw a marked expansion of “rights of belonging,” those rights that promote an inclusive vision of who belongs to the national community and facilitate equal membership in that community. Based in equality, rights of belonging help to define and expand access to the community in which we live by removing barriers to participation in that community. Both critics and supporters of the Warren Court often attribute the expansion of these rights to that Court, whether condemning the Court for illegitimately imposing its own will on the democratic process or praising the Justices of the Warren Court as “countermajoritarian heroes” protecting rights of minorities. Yet while the Warren Court certainly was protective of rights of belonging, the Warren Court’s deference towards Congress enabled that body to be equally protective of those rights. Indeed, from the 1964 Civil Rights Act to the 1994 Violence Against Women Act, Congress gave those rights more protections than did federal courts.

¹⁶ Critics of the Warren Court are not the only ones who view the Court as a paradigm of the activist Court. Many supporters of the Court extol precisely its activism, exhibiting what Laura Kalman calls a “religious and mystical” view of the Warren Court. For example, one of the Court’s most ardent supporters, Owen Fiss, claims that although the Court drew on social movements and responded to historical circumstances, “The truth of the matter is that it was the Warren Court that spurred the great changes to follow, and inspired and protected those who sought to implement them.” To Fiss and other supporters of the Warren Court, the Court was heroically anti-majoritarian, championing the rights of minorities in opposition to the political bodies. Other scholars have argued that this view of the Warren Court is a-historical because the Warren Court’s rulings largely tracked the politics of the era. Yet the view of the Warren Court as the “quintessentially activist” Court persists both in and outside the academic arena.

The widespread view of the Warren Court as an activist champion of minority rights against majoritarian tyranny is understandable given the fact that most constitutional scholars either grew up during the Warren Court Era, or were taught by constitutional law professors who grew up during that era.

Por sua vez, analisando o trabalho da Corte de Warren, William Simon ressalta os avanços que sua atuação proporcionou na efetivação da democracia, mas, curiosamente, ousou revelar também sua não imunidade à tentação ao legalismo (individualismo, procedimentalismo, formalismo), que imperou no período que sucedeu à sua gestão. Para tanto, descreve exemplos relacionados sobretudo ao racismo, às leis criminais, à discriminação contra a mulher e à orientação sexual:

Seguramente, o tema mais consistente no trabalho de Morton Horwitz é o retrato crítico da evasão de justiça substantiva no discurso jurídico. Vez por outra, Horwitz explicou a argumentação jurídica como uma série de desvios elaboradamente planejados longe das questões de justiça distributiva, da igualdade e da solidariedade que, para a mente profissionalmente livre, clamava por atenção.

O livro de Horwitz sobre a Corte de Warren é uma exceção. Ele é uma celebração em grande parte às realizações da Corte, especialmente de Justice Brennan e uma apreciação das promessas não cumpridas de seus pronunciamentos mais ambiciosos. No entanto, Horwitz, em outro momento, reconheceu que a Corte de Warren não estava imune às tentações de evasão que ele analisou no restante de sua obra ou em particular a três vícios intelectuais que ele frequentemente associou à Corte - o formalismo, o individualismo, e o procedimentalismo. Refiro-me a esses vícios coletivamente como "legalismo".

Sem discordar da descrição de Horwitz sobre a dimensão positiva da Corte de Warren, quero discutir alguns elementos de uma crítica de Horwitz com referência à Corte. Tais críticas sugerem que os recuos da doutrina e as falhas práticas da Suprema Corte pós-Warren foram obscurecidos e incapacitados pela presença, na própria Corte, dos vícios de formalismo, individualismo, e procedimentalismo. (SIMON, 2009, p. 1-2, tradução nossa)¹⁷

No demonstrativo que segue, é possível identificar quais foram os membros liberais e os conservadores na composição da *Warren Court*, cuja participação foi certamente de singular relevância histórica para o direito norte americano:

¹⁷ Surely the most consistent theme in Morton Horwitz's work is the critical portrayal of the evasion of substantive justice in legal discourse. Time and again, Horwitz has explicated legal argument as a series of elaborately contrived detours away from questions of distributive fairness, equality, and solidarity that, to the professionally unencumbered mind, shriek for attention.

Horwitz's book on the Warren Court is an exception. The book is largely a celebration of the Court's, and especially Justice Brennan's, achievements and an appreciation of the unfulfilled promise of their more ambitious pronouncements. Yet, Horwitz has elsewhere acknowledged that the Warren Court was not immune to the temptations of evasion he analyzed in the rest of his work or in particular to three intellectual vices he often associated with it - formalism, individualism, and proceduralism. I refer to these vices collectively as "legalism".

Without disagreeing with Horwitz's portrayal of the positive dimension of the Warren Court, I want to discuss some elements of a Horwitzian critique of the Court. Such a critique would suggest that the doctrinal retreats and practical failings of the post-Warren Supreme Court were foreshadowed and enabled by the presence in the Warren Court's own cases of the vices of formalism, individualism, and proceduralism.

TABELA 3
Composição da Corte de Warren – 1953/1969

| <i>Composition of the Warren Court 1953-69</i> | |
|--|--------------------------------|
| 1953 | |
| <i>Liberals</i> | <i>Conservatives</i> |
| Earl Warren (1953-69) | Stanley F. Reed (1938-57) |
| Hugo L. Black (1937-71) | Felix Frankfurter (1939-62) |
| William O. Douglas (1939-75) | Robert H. Jackson (1941-54) |
| | Harold H. Burton (1945-58) |
| | Tom C. Clark (1949-67) |
| | Sherman Minton (1949-56) |
| 1956 | |
| <i>Liberals</i> | <i>Conservatives</i> |
| Earl Warren (1953-69) | Stanley F. Reed (1938-57) |
| Hugo L. Black (1937-71) | Felix Frankfurter (1939-62) |
| William O. Douglas (1939-75) | Harold H. Burton (1945-58) |
| William J. Brennan, Jr. (1956-90) | Tom C. Clark (1949-67) |
| | John Marshall Harlan (1955-71) |
| 1962 | |
| <i>Liberals</i> | <i>Conservatives</i> |
| Earl Warren (1953-69) | Tom C. Clark (1949-67) |
| Hugo L. Black (1937-71) | John Marshall Harlan (1955-71) |
| William O. Douglas (1939-75) | Potter Stewart (1958-81) |
| William J. Brennan, Jr. (1956-90) | Byron R. White (1962-93) |
| Arthur J. Goldberg (1962-65) | |
| 1969 | |
| <i>Liberals</i> | <i>Conservatives</i> |
| Earl Warren (1953-69) | John Marshall Harlan (1955-71) |
| Hugo L. Black (1937-71) | Potter Stewart (1958-81) |
| William O. Douglas (1939-75) | Byron R. White (1962-93) |
| William J. Brennan, Jr. (1956-90) | |
| Abe Fortas (1965-69) | |
| Thurgood Marshall (1967-91) | |

Fonte: HORWITZ, *The Warren Court and the Pursuit of Justice*. New York, 1999.

5.2 O Ativismo Judicial Conservador – a Corte de *Rehnquist*

*“Se os homens fossem anjos, não seria necessário haver governos. Se os homens fossem governados por anjos, dispensar-se-iam os controles internos e externos. Ao constituir-se um governo – constituído por homens que terão autoridade sobre os outros homens – a grande dificuldade está em que se deve primeiro habilitar o governante a controlar o governado e, depois, obrigá-lo a controlar-se a si mesmo.” (James Madison, *The Federalist Papers*, n.º 50)*

Assim como é pertinente o estudo do Ativismo Judicial sob o aspecto progressista, igualmente se torna relevante a leitura dessa doutrina na linha do conservadorismo, tão presente também na história do Poder Judiciário, inclusive hodiernamente.

Herman Schwartz, in *“Right Wing Justice” (A Direita Judiciária)*, empresta sua contribuição a essa abordagem, demonstrando as ferrenhas campanhas travadas

nos Estados Unidos pela ala conservadora, vislumbrando lograr maioria de assentos na *Supreme Court* e sua presidência, naturalmente buscando consolidar a filosofia direitista:

A campanha para o controle dos tribunais não começou com a presidência de George W Bush. Começou vinte e quatro anos atrás com a plataforma republicana de 1980, que pedia a derrubada de *Roe contra Wade* (a decisão de abortar de 1973) e muito do trabalho do Supremo Tribunal durante as décadas anteriores. Isto implicou a redução do acesso aos tribunais federais para a reparação de injustiças, permitindo um maior envolvimento do Estado nos assuntos religiosos, enfraquecendo as regras que exigem justiça na redistribuição em distrito eleitoral, derrubando o voluntariado e outros tipos de ação afirmativa, diluindo as leis contra a discriminação de raça e sexo, praticamente eliminando a maioria das proteções legais para os acusados, e dispersando os desafios às autoridades públicas ou privadas por violação dos direitos legais ou constitucionais por parte dos pacientes do Medicare, cujo financiamento é encerrado sem uma audiência, os requerentes de assistência pública, pessoas portadoras de deficiência, requerentes antitrust e qualquer pessoa oscila sob as cláusulas do Ato dos Direitos Civis.

Para cumprir esta agenda, logo após sua eleição, em 1980, Reagan, orientado por seu conselheiro-chefe, Edwin Meese, nomeou novos ideólogos de direita como Robert Bork, Antonin Scalia e Richard Posner para o banco federal de apelação onde grande parte da nossa lei é feita. George H. W Bush continuou o que Reagan e Meese haviam começado, nomeando ideólogos de extrema-direita como Clarence Thomas e Michael Luttig. Houve um breve hiato de oito anos durante o governo Clinton, mas George W Bush nomeou conservadores ainda mais à direita do que Reagan e Bush pai, como Janice Rogers Brown e William Pryor.

Se essa campanha de direita for bem-sucedida, terá importantes conseqüências para a maneira como os norte-americanos vivem agora e para aquilo que eles consideram como garantido. (SCHWARTZ, 2004, p. 5-6, tradução nossa)¹⁸

¹⁸ The campaign to control the courts did not begin with the George W Bush presidency. It began twenty-four years ago with the Republican platform of 1980, which called for the overturning of *Roe v Wade* (the 1973 abortion decision) and much of the work of the Supreme Court during the preceding decades. This involved reducing access to the federal courts for the redress of grievances, allowing greater state involvement in religious matters, weakening the rules requiring fairness in election district reapportionment, striking down voluntary and other kinds of affirmative action, diluting the laws against race and sex discrimination, virtually eliminating most legal protections for the accused, and dismissing challenges to public or private authority for violation of statutory or constitutional rights by Medicare patients whose funding is terminated without a hearing, public assistance claimants, handicapped people, antitrust plaintiffs, and anyone suing under a Civil Rights Act provision. To fulfill this agenda, soon after his election in 1980 Reagan, guided by his chief counselor, Edwin Meese, nominated young right-wing ideologues like Robert Bork, Antonin Scalia, and Richard Posner to the federal appellate bench where much of our law is made. George H. W Bush continued what Reagan and Meese had started, appointing such hard-right ideologues as Clarence Thomas and Michael Luttig. There was a brief eight-year hiatus during the Clinton administration, but George W Bush has nominated conservatives even farther to the right than Reagan and Bush Sr., like Janice Rogers Brown and William Pryor. If this right-wing campaign succeeds, it will have momentous consequences for the way Americans live now and for what they take for granted.

De 1976 até 1978, houve intensa e inquietante oscilação em veredictos de notório peso constitucional. Tratavam dos limites dos poderes de polícia; igualdade dos cidadãos, inclusive no que se refere à matéria sexual; interseção entre política, religião; formação em curso superior para as minorias; tratamento preferencial; liberdade pessoal e de pensamento; *privacy due process*; legitimidade da pena capital etc.

Rehnquist, ultraconservador e altamente positivista, foi nomeado como *Chief Justice da Supreme Court* em 1986, mantendo este *status* até 2005. Assumiu, entretanto, um estilo inteiramente contrário ao de Warren, dado que adotava uma interpretação ortodoxa da Constituição, levando a Corte a uma militância menos ativista e mais coadunante com o *judicial restraint*.

Diante desse excessivo conservadorismo, Rehnquist, normalmente divergia dos demais *Justices*, sobretudo no que alude à proteção dos direitos civis, bem como em matérias criminais e no tocante a julgados que envolviam a Primeira Emenda. Ele endossou até mesmo posturas excludentes e antidemocráticas, tais como: prevalência da segregação racial nas escolas privadas; recusa de licença maternidade para professoras, mesmo que demonstrassem incapacidade para o trabalho; estipulação de padrões mais exigentes para a admissão de mulheres nas forças armadas; permissão para o município de Maricopa, no Arizona, negar cuidados médicos vitais a novos residentes; recusa do governo federal conceder vale refeição para famílias cujos membros não fossem parentes consanguíneos; admitir que, em Arkansas, fossem mantidas, à época, as mais deploráveis condições carcerárias; recusa do Texas em negar a um prisioneiro budista o direito de preservar sua religião; recusa em Indiana de seguro desemprego a pessoas Testemunhas de Jeová que se negassem a laborar utilizando armas em decorrência de sua filosofia religiosa; permissão às escolas do Norte de sustentarem a segregação racial nas escolas, entre outras posturas arbitrárias destacadas por Schwartz (2004).

Nessa esteira, torna-se crível ressaltar que o jurista John Lansing, invocado por Kramnick durante o processo de ratificação do Estado de Nova Iorque, condenou a Constituição comparando-a a “um monstro de três cabeças, uma conspiração tão profunda e iníqua contra as liberdades de um povo livre como jamais foi inventada nas épocas mais obscuras” (KRAMNICK, 1987, p. 5).

Na mesma linha, Amos Singletary, indignado por ocasião da ratificação em Massachusetts, denunciou a Constituição e repudiou-a, caracterizando-a como aquela que tripudiava os direitos do povo para privilegiar os próprios juristas “homens eruditos e ricos”, consoante pondera Kramnick:

Esta Constituição não nos retira tudo que temos, toda a nossa propriedade? Não estipula todo tipo de tributos, tarifas, impostos e taxas? E que mais teremos de dar? Esses juristas e homens eruditos, homens ricos que falam com tanta elegância e escamoteiam os problemas com tanta agilidade, para poder fazer com que nós, gente ignorante, engulamos a pílula, o que esperam é ingressar eles próprios no Congresso. Têm a esperança de ser os administradores dessa Constituição e agarrar todo o dinheiro em suas próprias mãos. E então engolirão a nós, pobres companheiros, como o Grande Leviatã. Sim, Sr. Presidente, do mesmo modo que a baleia engoliu Jonas. (KRAMNICK, 1987, p. 5)

Em 1987, *Lyng v. Northwest Cemetery Protective Association* ratificou tais assertivas. Na Floresta Nacional dos Seis Rios, os indígenas da Califórnia Yurok, Karok, Hoopa e Tolowa celebravam culto de purificação ao ritmo dos passos dos Woges, por eles considerados como deuses que ocupavam o planeta antes da chegada dos homens. A indústria madeireira e o departamento florestal pretenderam construir uma estrada para o fluxo da madeira, projeto este que atingiria aquela reserva. Foi proposta então uma ação judicial para a qual a Associação Indígena invocou a *Amendment I*:

O Congresso não fará nenhuma lei a respeito do estabelecimento de religião ou proibindo o seu livre exercício; ou cerceando a liberdade de expressão ou de imprensa, ou o direito do povo de se reunir pacificamente e de dirigir petições ao Governo para a reparação de injustiças (THE CONSTITUTION OF THE UNITED STATES OF AMERICA, tradução nossa).¹⁹

O pleito foi acolhido pela Corte de São Francisco em 1983, mas houve apelação do poder público. Nesse ínterim, uma lei federal reconheceu aquela área como reserva florestal, autorizando, todavia, que nela fosse cortada a pretendida estrada, atendendo à negociação política firmada para aprovação de tal certame.

Ocorre, entretanto, que, em 1987, a Suprema Corte tornou nulas as decisões anteriormente citadas. Refutou a pretensão da aludida associação indígena

¹⁹ Congress shall make no law respecting an establishment of religion, or prohibiting the free exercise thereof; or abridging the freedom of speech, or of the press; or the right of the people peaceably to assemble, and to petition the Government for a redress of grievances.

argumentando que, caso o Estado tivesse que se curvar aos interesses de todos os cidadãos, ele não conseguiria cumprir os seus fins. Declarou que a 1ª Emenda não estava sendo tripudiada porque não havia naquele caso coação para descumprimento ou cumprimento de crença. Por fim, consoante explicam Alderman e Kennedy (1992), sob o manto da tutela ao direito ambiental, sem invocar a proteção à liberdade de culto, uma nova lei federal proibiu que o restante da estrada fosse construído.

Acrescente-se a tal questão o inusitado precedente acerca da liberdade de imprensa, conhecido como *Hustler Magazine v. Falwell, de 1988*. Em publicidade de Campari, a Revista Hustler foi acusada de ter violado direitos fundamentais de um pastor protestante conhecido como Jerry Falwell. Tratava-se de entrevistas com celebridades e de depoimentos imaginários que narravam ao público como havia sido a sua “primeira vez”. Traduziam, assim, como teriam reagido inicialmente ao experimentar Campari... tudo fictício. Em tom de pilhéria, publicou a imagem do Reverendo Falwell descrevendo que, em sua primeira vez, após excessiva bebedeira, havia consumado incesto com sua própria mãe num prostíbulo. Em baixo daquela página, havia uma anotação em letras imperceptíveis explicando que se tratava de uma simples paródia.

Em que pese ter logrado êxito em primeiro grau no processo em que postulou o *emotional distress*, Falwell teve a sentença cassada pela Suprema Corte, a qual decidiu que as personalidades públicas não podem restringir na imprensa o uso de sua imagem.

Nixon v. United States culminou, em 1993, no *impeachment* de um Juiz Federal, processo este de competência exclusiva do Senado (art. I, §§, cláusula 6), tendo Willian Rehnquist adotado a literalidade do texto constitucional.

Em *Dickerson vs. United States*, Rehnquist, ferrenho oponente da teoria *Miranda vs. Arizona*, resigna-se e adota a postura da maioria e assim, pronuncia-se:

Alertado pela decisão proferida em *Miranda v. Arizona*, na qual a Corte estabeleceu que certos alertas precisam ser feitos ao suspeito antes dele dar declarações, enquanto preso, no âmbito de um interrogatório policial, para que essas declarações possam ser admitidas como evidência, o Congresso editou o 18 U.S.C. § 3.501, o qual, essencialmente, estabeleceu que essas declarações são admissíveis como evidência, desde que fique claro que elas foram dadas voluntariamente. O requerente do *writ of certiorari*, indiciado pela prática de roubos a bancos e outros crime federais conexos, pretendeu a supressão de declarações que deu ao Birô Federal de

investigações, baseado no argumento de que não recebeu os *alertas do Miranda*. A Corte Distrital aceitou a moção de supressão. O Governo recorreu. A Corte Federal do 4º Distrito deu provimento ao recurso para, reconhecendo que o ora requerente não recebera os *alertas de Miranda*, decidir que o § 3.501 havia sido satisfeito, pois as declarações foram, de fato, voluntárias; que *Miranda v. Arizona* não veicula puro preceito constitucional e que, portanto, o Congresso pode legislar a respeito da admissibilidade das declarações feitas durante interrogatório do suspeito preso, tanto nas cortes federais, quanto nas estaduais. *Miranda*, sendo uma decisão constitucional tomada por esta Corte, não pode ser cancelada pelo Congresso. Dado que o § 3. 501 estabelece que a voluntariedade é a pedra de toque de sua admissibilidade, que não faz referência a qualquer alerta, e que instrui os tribunais para que considerem a totalidade das circunstâncias que cercam a confissão, esta Corte concorda com a Corte de Apelações do 4º Distrito que o Congresso tentou, com o § 3.501, cancelar *Miranda* (...). Esta Corte tem autoridade para supervisionar as cortes federais, prescrevendo normas sobre prova e procedimento. O Congresso tem poder (apenas) para legislar sobre aquilo que não seja requerido pela Constituição (...). Esta Corte declina de cancelar *Miranda*. Concorde ou não a Corte com os argumentos expressos em *Miranda*, o *stare decisis* pesa fortemente contra a decisão de cancelá-la agora (...). (SOUZA, 2008, p. 37-38)

Em *Bowers vs. Hardwick* (478 vs. 186), julgado em 1986, assim como em outros casos que visavam à tutela da privacidade, Rehnquist posicionou-se contrariamente (ESTADOS UNIDOS. SUPREMA CORTE, 1986). *Michael Hardwick*, garçom, homoafetivo, foi detido em Atlanta, no estado da Geórgia, incriminado pela prática de sexo oral com outro homem no quarto de sua própria residência. Como não pagou uma multa por haver ingerido publicamente bebida alcoólica, um policial foi à sua casa para prendê-lo, tendo-o surpreendido naquele ato. Um amigo que havia dormido em sua casa e que não sabia que *Hardwick* estava no quarto, autorizou o policial a entrar.

A sodomia, no Estado da Geórgia, era punida com prisão por até vinte anos. Em que pese não ter sido processado, ele questionou a constitucionalidade da aludida norma. Sua pretensão foi rejeitada pela Corte Distrital. Todavia, a Corte Federal de Apelações da Sétima Região, em caloroso debate, declarou que a indigitada lei violava o direito fundamental à privacidade, reformando a decisão anterior. Remetida à Suprema Corte norte-americana, essa sentença foi cassada, haja vista que a tutela da sodomia não foi admitida como pressuposto da proteção da privacidade.

A Corte anotou que entendimentos pretéritos não poderiam ser aplicados ao caso como precedentes. Nesse sentido destacou como exemplos, *Griswold vs. Connecticut* (1965) – que declarou inconstitucional uma norma que punia o uso de qualquer meio contraceptivo por casais que tivessem contraído o matrimônio – e

Roe vs. Wade 410 vs. 113 (1973), no Texas – que autorizou o aborto em todo o país.

Algum tempo depois, após 17 anos, a decisão que a Suprema Corte proferiu em *Bowers vs. Hardwick* foi anulada no caso *Lawrence vs. Texas*, 539 vs. 558 (2003), mas Hardwick não assistiu a esse feito, uma vez que já havia falecido (ESTADOS UNIDOS. SUPREMA CORTE, 2003).

Sampaio (2002) realça a postura do *Justice Douglas* que, em *Griswold vs. Connecticut*, visualizou o *right to privacy*, pronunciando-se pela impunibilidade de casais que usassem contraceptivos, haja vista encontrarem-se em sua zona de privacidade. Essa concessão conferida a casais contemplou algum tempo depois pessoas solteiras e menores de idade, desafiando a interpretação pró-aborto tributada à XIV Emenda:

Específicas garantias do *Bill of Rights* têm penumbras formadas pela emanção dessas garantias que lhes dão vida e substância. (...). Essas várias garantias criam zonas de privacidade. O direito de associação, contido na penumbra delas, como vimos. A Terceira Emenda, com sua proibição contra o aquartelamento de soldados em tempo de paz em uma casa, sem o consentimento do proprietário, é outra faceta dessa privacidade. A Quarta Emenda explicitamente afirma o ‘direito das pessoas a ser protegidas em suas pessoas, casas, papéis e efeitos, contra buscas e apreensões desarrazoadas’. A Quinta Emenda com sua cláusula contra a auto-incriminação permite que o cidadão crie uma zona de privacidade que os governantes não podem forçá-lo a enunciar em seu prejuízo. A Nona Emenda prevê que ‘A enumeração na Constituição de certos direitos não pode ser usada para negar ou desprezar outros pertencentes ao povo’. A Quarta e Quinta Emendas foram descritas em *Boyd v. United States* (...) como uma proteção a todas as invasões ‘da santidade da casa de um homem e da privacidade da vida’. Nós nos referimos em *Mapp V. Ohio* (...) à Quarta Emenda como criando um ‘direito a privacidade, não menos importante do que outro direito cuidadosa e particularmente reservado ao povo. (ESTADOS UNIDOS. Suprema Corte. 381 U.S. 479, 484/485 (1965).

A eleição de *George Bush* à Presidência da República, vencendo o candidato *Albert Gore*, também fez parte da história da Corte de Rehnquist. O fato de a Suprema Corte ter impedido a contagem manual dos votos na Flórida, onde *Albert Gore* se destacava e mais de 600 mil boletins de voto não foram computados pelas máquinas utilizadas nas eleições, foi sem dúvida determinante para a eleição de Bush, chegando a ser considerado um perfeito golpe de estado judicial, uma infâmia, merecedor de protesto de John Paul Stevenz, destacado por Souza em sua doutrina: “*Quiçá nunca saberemos com certeza a identidade do ganhador das*

eleições presidenciais deste ano, porém, a identidade do perdedor está perfeitamente clara”. (SOUZA, 2008, p. 37).

Este é considerado, por exceção, na Corte de Rehnquist, um ativismo judicial em favor do partidarismo político. Dershawitz (2000) comenta que houve à época censuras no sentido de ter a Suprema Corte violado as eleições presidenciais de 2000 para promover a eleição do candidato republicano em detrimento do democrata que contava com a real preferência do eleitorado. (DERSHOWITZ, 2000, p. 120-140)

Conforme retratam os fatos *susos* narrados, sob o manto de um Judiciário conservador, as minorias tendem a ser relegadas ao acaso, mantendo-se atrofiadas nos guetos da desigualdade, da discriminação e do preconceito, sobretudo quanto ao gênero e raça. Ocorre normalmente um trágico impacto histórico, tal como narrado no relatório a seguir descrito alusivo ao governo do republicano Clinton que adotou um perfil extremamente direitista:

Embora as mulheres fossem confirmadas, basicamente, nos mesmos índices que os homens, elas esperaram muito mais tempo pela confirmação. Em média, o Senado levou quase 100 dias a mais – tempo superior a três meses –, para decidir sobre as candidaturas de mulheres e minorias do que levou nas nomeações de homens brancos.

A lista dos candidatos que não foram confirmados em 2000, também sugere um viés com referência a homens brancos. As 42 vagas e duas remoções incluem nove afro-americanos, dois asiáticos, três hispânicos, e catorze mulheres, e as estatísticas mostram que os homens brancos foram confirmados em taxas significativamente mais elevadas do que as mulheres e as minorias. Dos 2000 candidatos, quatorze, ou 17%, eram afro-americanos. Daqueles confirmados, apenas cinco eram afro-americanos, tornando-os menos de 13% dos candidatos confirmados em 2000. Em contraste, 59 dos candidatos, ou 73% eram brancos, e dos 39 confirmados, 30 eram brancos, 77%. Em outras palavras, enquanto os candidatos brancos foram confirmados em um índice mais elevado do que o índice no qual foram nomeados, os candidatos Afro-Americanos foram confirmados em um índice mais baixo. Além disso, no ano de 2000, o índice de 12,8% de confirmação dos afro-americanos foi inferior ao índice global de 16,8% entre 1993 e 1999. (SCHWARTZ, 2004, p. 177-178, tradução nossa)²⁰

²⁰ Although women were confirmed at basically the Same rate as men, they waited significantly longer for confirmation. On average, the Senate took nearly 100 days-over three months-longer to act on the nominations of women and minorities, than it took on the nominations of white males.

The list of those candidates who were not confirmed in 2000 also suggests a bias toward white males. The 42 lapses and two withdrawals include nine African-Americans, two Asians, three Hispanics, and fourteen women, and the statistics show that white males were confirmed at significantly higher rates than women and minorities. Of the year 2000 nominees, fourteen, or 17%, were African-Americans. Of those confirmed, only five were African-Americans, making them less than 13% of the candidates confirmed in 2000. In contrast, 59 of the candidates, or 73%, were white, and of the 39 confirmed, 30 were white 77%. In other words, while white nominees were confirmed at a higher rate than the rate at which they were nominated, African-American nominees were confirmed at a lower rate. Moreover, the 12.8% year 2000 confirmation rate of African-Americans is lower than the overall rate of 16.8% from 1993 through 1999.

Soa oportuna, neste contexto, a lição de Dworkin *in* “Levando os Direitos a Sério”, quando declara que “a Constituição é cega com respeito a diferenças de cores” e continua:

Esse *slogan* significa, por certo, exatamente o contrário do que afirma: significa que a Constituição é tão sensível a cores que torna qualquer classificação racial institucional inválida enquanto matéria de direito.

(...)

Contudo, poderíamos agora dizer que a discriminação contra os negros, mesmo quando a serviço de alguma política plausível, é injustificada por ser odiosa e insultante... (DWORKIN, 2010, p. 353)

O mesmo filósofo, ainda nessa esteira, fomenta tal questão com sua doutrina progressista sustentada sob as bases do bem-estar social, do desenvolvimento econômico e da promoção dos *derechos individuales*, quando então assevera que:

se queremos que nossas leis e nossas instituições jurídicas forneçam as regras básicas a partir das quais essas questões venham a ser discutidas, essas regras não devem ser as leis do mais forte que a classe dominante impõe aos mais fracos...

Portanto, a instituição dos direitos é crucial pois representa a promessa da maioria às minorias de que sua dignidade e igualdade serão respeitadas...

...

A instituição requer um ato de fé por parte das minorias porque o alcance de seus direitos será controverso...

O governo não irá restabelecer o respeito pelo direito se não conferir à lei alguma possibilidade de ser respeitada. Não será capaz de fazê-lo se negligenciar a única característica que distingue o direito da brutalidade organizada.

Se o governo não levar os direitos a sério, é evidente que também não levará a Lei a sério. (DWORKIN, 2010, p. 314)

Assim, é possível concluir que existe um real convencimento no sentido de que um Judiciário humanístico e revolucionário é imprescindível ante a ideologia propulsora da liberdade, da justiça e da dignidade da pessoa humana. Sob a bandeira da democracia, há que se atentar em cada Corte para o seguinte dilema: “Fortalecer as lutas travadas diuturnamente pelos excluídos, consolidando assim a democracia, ou promover o jogo mais favorável aos detentores da riqueza e do poder, nas mãos dos quais encontra-se concentrado historicamente todo o monopólio social?” (SCHWARTZ, 2004, p. 311).

5.3 O Ativismo Judicial no Brasil – STF

O Supremo Tribunal Federal não pode permitir que se instaurem círculos de imunidade em torno do poder estatal, sob pena de se fragmentarem os direitos dos cidadãos, de se degradarem as instituições e de se aniquilarem as liberdades públicas. Ministro Celso de Mello²¹

Hodiernamente, tem-se assistido a constantes tentativas de se importar para o Brasil ideologias jurídicas, tal como ocorreu no passado, quando foi notória e de certa forma inegável a adoção de uma cultura jurídica europeia em território brasileiro à época ainda colonizado: “Trazendo de países distantes nossas formas de convívio, nossas instituições, nossas idéias, e teimando em manter tudo isso em ambiente muitas vezes desfavorável e hostil, somos ainda hoje uns desterrados em nossa terra”. (HOLANDA, 1995, p. 31)

Positivo, no entanto, foi o legado referente ao controle de constitucionalidade e sua implantação no Supremo Tribunal Federal visando à consolidação de uma política integralmente tendente à defesa da República, tal como explica Cruz (2004). A concepção de uma Corte que limitasse os excessos do Legislativo, esclarece Baleeiro, encontra-se categoricamente analisada pelo memorável jurista Campos Sales no Decreto n. 848, de 11.10.1890 que instituiu esse Tribunal, quando em sua Exposição de Motivos assim declarou:

Não é instrumento cego, ou mero intérprete, na execução dos atos do Poder Legislativo. (...) Aí está a profunda diversidade de índole, que existe entre o Poder Judiciário, tal como se achava instituído no regime decaído, e aquele que agora se inaugura, calcado sobre os moldes democráticos do sistema federal. De poder subordinado, qual era, transforma-se em poder soberano, (...) Ao influxo da sua real soberania se desfazem os erros Legislativos, e são entregues à severidade da lei os crimes dos depositários do Poder Executivo. (BALEIRO, 1968, p. 20)

Em artigo veiculado no jornal “O Estado de São Paulo”, Dworkin faz alusão ao controle judicial sobre os atos do Legislativo não apenas como um padrão de poder democrático, mas também como um veículo adequado que tem revelado eficiência no contexto norte-americano:

²¹ Revista Eletrônica “Consultor Jurídico”, edição de 15 de março de 2000.

Deste modo, não é antidemocrático, mas parte de um arranjo estrategicamente inteligente para garantir a democracia, estabelecer um controle judicial sobre o que o Legislativo majoritariamente decide, garantindo que os direitos individuais, que são pré-requisitos da própria legitimidade deste, não serão violados. Naturalmente os juizes, como os legisladores, podem cometer erros em relação aos direitos individuais. Mas a combinação de legisladores majoritários, revisão judicial e nomeação dos juizes pelo Executivo provou ser um dispositivo valioso e plenamente democrático para reduzir a injustiça política a longo prazo. (DWORKIN, 1997)

Como é cediço, foram também implicativos no Brasil os reflexos políticos da Revolução Francesa. Sua Constituição de 1824 foi inclusive reproduzida, em grande parte, tendo como inspiração os termos da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão – 1789, de natureza eminentemente liberal.

Como seria natural, portanto, acompanhando a tendência da doutrina francesa, aquele diploma Constitucional assumiu uma filosofia baseada nessa soberania, não se cogitando de controle jurisdicional de Constitucionalidade. Este, entretanto, acabou sendo admitido na Constituição de 1891, por força da exacerbada influência da cultura norte-americana no país:

O regime republicano inaugura uma nova concepção. A influência do direito norte-americano sobre personalidades marcantes, como a de Rui Barbosa, parece ter sido decisiva para a consolidação do modelo difuso, consagrado já na chamada Constituição provisória de 1890 (art. 58, §1º, “a” e “b”). (MENDES, COELHO e BRANCO, 2007, p. 983).

No que alude à Constituição de 1934, ressalte-se o ensinamento de Schettino (2008), ao revelar que esse diploma legal preservou o controle jurisdicional difuso de constitucionalidade, no modelo americano, credenciando qualquer juízo à inaplicabilidade de lei eventualmente imputada como inconstitucional. Reconheceu também, primacialmente, que tal julgamento apenas deveria se consumir pelo sistema de maioria absoluta de seus Ministros.

De igual modo, é relevante ressaltar que, nesse período, o processo de controle de constitucionalidade possuía inegável tendência governamental, chancelando prioritariamente os interesses do Poder Público. A história registra um sem número de julgados em que pairaram a violência e o abuso de poder violadores das liberdades públicas, tal como descreve o emblemático caso da prisão de *Arthur Ernest do Partido Comunista*. A condição animalésca, por ele experimentada no

presídio, levou-o ao mais completo e irrecuperável estado demencial, tal como encontra-se abaixo relatada:

Em determinado instante, o Berger estava jogado num socavão embaixo de uma escada na Polícia Especial, no morro de Santo Antônio, *em condições absolutamente insuportáveis, dramáticas, desumanas*. Não havia sequer altura para ele ficar de pé. Virou um bicho. E, Sobral Pinto teve a ideia – e isso marcou a época – *de requerer, em favor do seu cliente, a aplicação da lei de proteção de animais*, que exigia que se tratasse sem violência, sem tortura mental, psicológica, os próprios bichos. Os animais eram mais bem tratados do que estava sendo o seu cliente. (LINS E SILVA, 1997, p. 122 – grifo nosso).

Os recursos perpetrados contra sua condenação a 16 anos de detenção foram todos refutados pelo Supremo, tendo ele conseguido a anistia em 1945, vindo a óbito após algum tempo, em total estado de demência.

No paradigmático caso *Olga Benário*, estudado por Moraes (1994), outro trágico fato igualmente ocorreu confrontando os direitos fundamentais à liberdade, à dignidade e à vida. As autoridades judiciárias e policiais contaram com o endosso do Supremo nas manobras terroristas da *Era Vargas*, ao negar-lhe o *habeas corpus* pleiteado. Grávida, judia e comunista, foi presa e mais tarde conduzida à Alemanha, onde sua vida foi sacrificada em campo de concentração.

De semelhante forma, também a *Constituinte de 1937* manteve a *political questions*. Porém, estabeleceu que a decisão judicial de declaração de inconstitucionalidade poderia ser tornada sem efeito por manifestação nesse sentido de dois terços do Parlamento, como disposto no Art. 96, Parágrafo Único, ou via decreto-lei, caso o Chefe do Executivo dela discordasse, fato este que minou constrangedoramente seu espírito idealista e democrático.

A *Era Vargas*, por sua vez, foi selada pela sujeição do Supremo ao sistema governamental e marcante ditadura que sacrificou veementemente os direitos fundamentais. A Constituição de 1946, entretanto, restabeleceu o controle de constitucionalidade, tendo como pré-requisito o voto de maioria absoluta dos componentes dos tribunais.

A docilidade do Supremo frente ao Executivo se converteu em notória indiferença e insensibilidade diante dos dramas dos cidadãos, tendo sido em decorrência disso ignorado, inclusive, o direito à greve, entre outros de extrema relevância social.

Juscelino Kubitschek, por sua vez, proporcionou um razoável cenário político ao país, que passou, então, por um considerável estágio de equilíbrio social.

Em 13 de dezembro de 1968, Costa e Silva impôs o AI 5, por meio do qual poderia inclusive suspender as atividades do Congresso Nacional. O *habeas corpus* foi suspenso para crimes políticos, de Segurança Nacional e de economia popular. A tais incidentes somem-se a extinção sumária das atividades de vários Deputados que à época foram cassados e a redução calculada da quantidade dos membros do Tribunal de forma a melhor atender as expectativas do Executivo e de suas lideranças.

Nessa era de dura repressão militar, relembra Vieira (1994), a imprensa e o cidadão foram duramente silenciados e a liberdade de expressão foi sepultada. O Supremo tornou-se mera massa de manobra dos interesses ditatoriais. Exceções à parte, narra-se que “o *Ministro Adauto Lúcio Costa renunciou seu cargo e jogou fora a toga ao abandonar as dependências do Supremo*” (CRUZ, 2004, p. 298), demonstrando revolta e indignação com a postura de subserviência daquele Tribunal.

Após os idos de 1988, com a redemocratização do país, o Supremo despertou de sua morbidez letárgica. Monitorou o uso inadequado de medidas provisórias e envidou esforços para julgar matéria tributária e planos econômicos. Entretanto, sua prova de fogo se deu por ocasião do *impeachment* do Presidente Collor, quando resistiu às pressões políticas e contemplou a democracia dos “*caras pintadas*”, atuando como real guardião da Constituição.

O Supremo Tribunal Federal tem se deparado atualmente com um débil cenário socioeconômico, que tem gerado uma justiça movida pela jurisprudencialização, na busca da concretização da Constituição de 1988. Trata-se da consolidação do *Ativismo Judicial* retratado no preenchimento de critérios instituídos pela democracia social, convergentes, segundo Bolzan de Moraes, com os princípios constitucionais a seguir elencados:

- a) constitucionalidade
- b) democracia
- c) sistema de direitos fundamentais
- d) justiça social
- e) igualdade
- f) divisão de poderes
- g) legalidade
- h) segurança e certeza jurídica (BOLZAN DE MORAES, 1996, p. 67)

Esses princípios, naturalmente, constituem os pilares do Estado Democrático de Direito, a respeito do qual vale lembrar o que ensina Copetti:

O grande momento vivido pela experiência constitucional brasileira atual na instauração do Estado Democrático de Direito está, assim, no modo como as exigências do Estado Social se jurisfaçam nos contornos do Estado de Direito.

O princípio legitimador deste modelo de Estado, ainda que muito abstrato e genérico, tendo pela frente a compatibilização das funções de bloqueio e de legitimação das aspirações sociais, deve ser baseado na possibilidade de impedimento de que as funções sociais do Estado se transformem em funções de dominação.

Por outro lado, também não podemos esquecer que não mais se admite levar à interpretação da Constituição todos aqueles formalismos típicos da interpretação liberal-individualista. *A Constituição tem que ser entendida como a instauração do Estado e da comunidade. Ela não deve se submeter àquele puro formalismo sob pena de fazermos o inverso, impedindo a realização do Estado Social.*

Somente a positivação constitucional de um novo projeto social e estatal, como ocorrida em 1988, seria suficiente para que fosse exigida uma rediscussão dos papéis destinados a todos os poderes públicos, visando uma otimização das técnicas políticas e jurídicas destinadas à concretização do novo paradigma estabelecido. (COPETTI; MORAIS, 2006, p. 157, grifo nosso)

Nessa linha de raciocínio, merece especial destaque a decisão adotada pelo STF quanto à *“infidelidade partidária”*. Consiste a matéria num dos grandes pronunciamentos do Supremo, fundado no princípio da representação proporcional que orienta os pleitos para Deputados Federais, Estaduais e Vereadores (art. 17, § 1º, CF c/c art. 14 §3º, V da CF).

A Constituição portuguesa, com semelhante conduta, adota o princípio da representação proporcional (art. 113, n. 5) e adverte: *“Perdem o mandato os deputados que se inscrevam em partido diverso daquele pelo qual foram apresentados a sufrágio”* (art. 160, n. I, c).

O Ministro Gilmar Mendes, em voto prolatado no julgamento das ADIN 1.351-3/DF e 1354-8/DF (cláusula de desempenho), em 2006, assim se pronunciou acerca da infidelidade e desfiliação partidária:

A crise tornou, porém, evidente para todos, a necessidade de que sejam revistas as atuais regras quanto à fidelidade partidária. Em outros termos, estamos desafiados a repensar o atual modelo a partir da própria jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. Devemos refletir, inclusive, sobre a consequência da mudança de legenda por aqueles que obtiveram o mandato no sistema proporcional, o que constitui, sem sombra de dúvidas, uma clara violação à vontade do eleitor e um falseamento grotesco do modelo de representação popular pela via da democracia de partidos. (BRASÍLIA, STF, ADI. 1.351-3, Rel. Min. Marco Aurélio, 2006)

Num segundo momento, o Supremo se utilizou das normas-princípios para combater também o *nepotismo*, prática de privilégio de parentes no preenchimento de cargos em comissão ou para funções de confiança. O art. 10 da Lei Federal n. 9.421, de 24 de dezembro de 1996, que inspirou o art. 22 da Lei Federal n. 9953, de 04 de janeiro de 2000, já possuía disposição contendo esse veto:

No âmbito da jurisdição de cada Tribunal ou Juízo é vedada a nomeação ou designação, para os cargos em Comissão e para as Funções Comissionadas de que trata o art. 9º, de cônjuge, companheiro ou parente até o terceiro grau, inclusive, dos respectivos membros ou juízos vinculados, salvo os de servidor ocupante de cargo de provimento efetivo das Carreiras Judiciárias, caso em que a vedação é restrita à nomeação ou designação para servir junto ao Magistrado determinante da incompatibilidade. (BRASIL, 1996)

Quanto à matéria, o Min. Joaquim Barbosa se pronunciou no Mandado de Segurança nº. 23780-5./MA interposto por funcionária que buscou tornar sem efeito a exoneração do cargo em comissão na Secretaria do Tribunal Regional do Trabalho da 16ª Região, onde o Vice-Presidente era seu parente:

A proibição do preenchimento de cargos em comissão por cônjuges e parentes de servidores públicos é medida que homenageia e concretiza o princípio da moralidade administrativa, o qual deve nortear toda a Administração Pública, em qualquer esfera do Poder. (MARANHÃO, STF, MS. 23780-5, Rel. Min. Joaquim Barbosa, 2005)

A Súmula Vinculante nº. 13, que dispõe acerca do nepotismo, deve também ser aplicada em casos de “*nomeações cruzadas*”, em que autoridades nomeantes de Poderes distintos, reciprocamente, acolhem parentes uns dos outros, numa clara violação do princípio da *impeccabilidade* e, secundariamente, da *eficiência* no serviço público.

Guardando coerência com essa proposta de construção de um direito que efetivamente coadune com os anseios traçados pelo Estado democrático, têm sido recorrentes nos anais do STF julgados que estão consolidando um manifesto ativismo judicial, sobretudo no âmbito da saúde, da educação e dos direitos sociais em geral.

À guisa de exemplo, cite-se acórdão prolatado pela 2ª Turma do STF, em Agravo Regimental no Recurso Extraordinário nº. 410.715-5/SP (J. 22.11-2005; DJ 3-2-2006) que indagava acerca da *implantação e garantia de educação infantil em*

creches e pré-escolas a infantes até 5 anos de idade. O Min. Celso de Melo assim posicionou em relação a esse acórdão:

Embora resida, primariamente, nos Poderes Legislativo e Executivo, a prerrogativa de formular e executar políticas públicas, revela-se possível, no entanto, ao Poder Judiciário, determinar, ainda que em bases excepcionais, especialmente nas hipóteses de políticas públicas definidas pela própria Constituição, sejam estas implementadas pelos órgãos estatais inadimplentes, cuja omissão – por importar em descumprimento dos encargos político-jurídicos que sobre eles incidem em caráter mandatário – mostra-se apta a comprometer a eficácia e integridade de direitos sociais e culturas impregnados de estatura constitucional.

(...)

Esse caráter de fundamentalidade, de que se acha impregnado o direito à educação, autoriza a adoção, pelo Judiciário, de provimentos jurisdicionais que viabilizem a concreção dessa prerrogativa constitucional, mediante utilização, até mesmo, quando for o caso de medidas extraordinárias que se destinam (...) a tornar efetivo (...) o atendimento dos direitos prestacionais que congregam os valores inerentes à dignidade da pessoa humana, como é o caso do direito a educação. (SÃO PAULO, STF, RE. 410.715-5, Rel. Min. Celso de Melo, 2005)

Merecido destaque se confere também ao julgamento pelo Supremo da ADIn 3510, que suscitou a inconstitucionalidade do *art. 5º da Lei 11.105 de 2005*, denominada “*Lei da Biossegurança*”, sob o argumento de que tal norma tripudia a vida e a dignidade da pessoa humana:

Art. 5º É permitida, para fins de pesquisa e terapia, a utilização de células-tronco embrionárias obtidas de embriões humanos produzidos por fertilização *in vitro* e não utilizados no respectivo procedimento, atendidas as seguintes condições:

I – sejam embriões inviáveis; ou

II – sejam embriões congelados há 3 (três) anos ou mais, na data da publicação desta Lei, ou que, já congelados na data da publicação desta Lei, depois de completarem 3 (três) anos, contados a partir da data de congelamento.

§ 1º Em qualquer caso, é necessário o consentimento dos genitores.

§ 2º Instituições de pesquisa e serviços de saúde que realizem pesquisa ou terapia com células-tronco embrionárias humanas deverão submeter seus projetos à apreciação e aprovação dos respectivos comitês de ética em pesquisa.

§ 3º É vedada a comercialização do material biológico a que se refere este artigo e sua prática implica o crime tipificado no art. 15 da Lei nº 9.434, de 4 de fevereiro de 1997. (BRASIL, 2005)

Após exaustivos e calorosos debates, que contaram com a participação de diversos “*amici curiae*”, concluiu-se que, sob os aspectos “*científico-filosófico-jurídicos*”, o dogma em epígrafe era inteiramente constitucional, em que pese oferecer controvérsias e celeumas subjetivas de forte impacto social.

Nessa mesma esteira, tem-se o julgado alusivo à “*Demarcação de terras indígenas na área Raposa Serra do Sol*” (Pet. 3388/RR, Rel. Min. Carlos Britto). Tal demanda tinha por objeto 1,7 milhões de hectares onde se encontram estabelecidos 18 mil indígenas dos povos Ingarikó, Makuxi, Taurepang, Patamona e Wopiehana. O pedido inicial vislumbrava a declaração de nulidade da Portaria 534/2005, do então Ministro da Justiça, que demarcara a mencionada área. Os argumentos oferecidos, em síntese, reduziam-se a pseudo vício de procedimento, riscos para a segurança nacional, confronto com o princípio federativo, ausência de proporcionalidade e violentos desdobramentos econômicos para o Estado de Roraima. Concluiu aquela Corte, por 10 votos a 1, que a norma em epígrafe não desafiava os princípios Constitucionais da propriedade, da isonomia e da livre iniciativa.

Semelhantemente, merece ser evidenciada a ADIn. 2.649/DF da qual foi relatora a Min. Carmen Lúcia Antunes Rocha. Essa ação *foi julgada improcedente*, considerando, assim, constitucional a Lei 8899/94 que concedeu “*passage livre ao sistema de transporte coletivo interestadual a quem apresente deficiência e seja inequivocamente carente*”.

No que concerne ao direito à saúde, constata-se que, há alguns anos, o Judiciário se transformou num *porto seguro* daqueles que carecem de tratamento ou remédios não contemplados pelo SUS. O STF, in “*Tribunal da Cidadania*”, publicou em 04/04/2010 matéria intitulada “*Judicialização da saúde coloca ao STJ o desafio de ponderar demandas individuais e coletivas*” (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2010). A problematização nesse caso encontra-se focada na seguinte equação: “*No território do direito à saúde, deve ser privilegiado o individual ou o coletivo?*”

Tal dilema desencadeou o fenômeno consagrado como “*a judicialização da saúde*”. Nesse contexto, o Ministro Fux, no julgado cuja ementa segue abaixo, concluiu, no Resp. nº. 684.646–RS (2004/0118791-4): “*Comprovado o acometimento do indivíduo por determinada moléstia, necessitando de certo medicamento para debelá-la, este deve ser fornecido, de modo a atender ao princípio maior, que é a garantia à vida digna – e que tem como direito-meio o direito à saúde. (Processos: RMS. 28962; Resp. 1028835; Resp. 944100; Resp. 684646)*”.

RECURSO ESPECIAL. SUS. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTO. PACIENTE PORTADOR DO VÍRUS HIV. DIREITO À VIDA E À SAÚDE. DEVER DO ESTADO.

1. Ação ordinária objetivando a condenação do Estado do Rio Grande do Sul e do Município de Porto Alegre ao fornecimento gratuito de medicamento não registrado no Brasil, mas que consta de receituário médico, necessário ao tratamento de paciente portador do vírus HIV.

2. O Sistema Único de Saúde - SUS visa à integralidade da assistência à saúde, seja individual ou coletiva, devendo atender aos que dela necessitem em qualquer grau de complexidade, de modo que, restando comprovado o acometimento do indivíduo ou de um grupo por determinada moléstia, necessitando de determinado medicamento para debelá-la, este deve ser fornecido, de modo a atender ao princípio maior, que é a garantia à vida digna.

3. Configurada a necessidade do recorrente de ver atendida a sua pretensão, posto legítima e constitucionalmente garantida, uma vez assegurado o direito à saúde e, em última instância, à vida. A saúde, como de sabença, é direito de todos e dever do Estado.

4. Precedentes desta Corte, entre eles, *mutadis mutandis*, o Agravo Regimental na Suspensão de Tutela Antecipada nº 83/MG, Relator Ministro EDSON VIDIGAL, Corte Especial, DJ de 06.12.2004: "1. *Consoante expressa determinação constitucional, é dever do Estado garantir, mediante a implantação de políticas sociais e econômicas, o acesso universal e igualitário à saúde, bem como os serviços e medidas necessários à sua promoção, proteção e recuperação (CF/88, art. 196). 2. O não preenchimento de mera formalidade – no caso, inclusão de medicamento em lista prévia – não pode, por si só, obstaculizar o fornecimento gratuito de medicação a portador de moléstia gravíssima, se comprovada a respectiva necessidade e receitada, aquela, por médico para tanto capacitado. Precedentes desta Corte. 3. Concedida tutela antecipada no sentido de, considerando a gravidade da doença enfocada, impor, ao Estado, apenas o cumprimento de obrigação que a própria Constituição Federal lhe reserva, não se evidencia plausível a alegação de que o cumprimento da decisão poderia inviabilizar a execução dos serviços públicos.*"

5. Ademais, o STF sedimentou entendimento no sentido de que "PACIENTE COM HIV/AIDS - PESSOA DESTITUÍDA DE RECURSOS FINANCEIROS - DIREITO À VIDA E À SAÚDE - FORNECIMENTO GRATUITO DE MEDICAMENTOS - DEVER CONSTITUCIONAL DO PODER PÚBLICO (CF, ARTS. 5º, CAPUT, E 196) - PRECEDENTES (STF) - RECURSO DE AGRAVO IMPROVIDO. O DIREITO À SAÚDE REPRESENTA CONSEQÜÊNCIA CONSTITUCIONAL INDISSOCIÁVEL DO DIREITO À VIDA.

(...)

DISTRIBUIÇÃO GRATUITA DE MEDICAMENTOS A PESSOAS CARENTES. - O reconhecimento judicial da validade jurídica de programas de distribuição gratuita de medicamentos a pessoas carentes, inclusive àquelas portadoras do vírus HIV/AIDS, dá efetividade a preceitos fundamentais da Constituição da República (arts. 5º, caput, e 196) e representa, na concreção do seu alcance, um gesto reverente e solidário de apreço à vida e à saúde das pessoas, especialmente daquelas que nada têm e nada possuem, a não ser a consciência de sua própria humanidade e de sua essencial dignidade. Precedentes do STF." (RIO GRANDE DO SUL, STF, RE. 271.286-8, Rel. Min. Celso de Mello, 2000)

Destarte, ainda no que se relaciona ao decantado Direito à saúde, vê-se, no Judiciário, uma efervescência dos famosos recursos denominados "Suspensão de

Segurança” em face de concessões dos aludidos medicamentos e tratamentos essenciais.

Nessa arena, observa-se que *foi improvido o agravo nº 2002.04.01.057.140-9/SC impetrado com a finalidade de se obter a suspensão da decisão que concedeu liminar em Ação Civil Pública determinando que a administração sanitária do Estado de Santa Catarina forneça “Todo e Qualquer medicamento aos portadores de HIV e doentes de AIDS, mesmo não constantes de lista oficial”* (TESSLER, 2004, p. 8).

Além disso, indubitável é o fato de que o direito à saúde tem sido concretizado por intervenções efetivadas pelo Supremo Tribunal Federal (STF), sendo crível evidenciar, além das decisões antes negritadas, outras que, a seguir, também merecem compor este estudo.

Assim, digno de nota o RE 271286-AgR/RS, no qual, conforme antes reprisado, foi ressaltado que o direito à saúde é “consequência constitucional indissociável à vida”. Esse recurso acrescentou, outrossim, que o “direito público subjetivo à saúde representa prerrogativa jurídica indisponível”. Compete inteiramente ao Estado a idealização e implementação das respectivas políticas públicas que assegurem a todos os cidadãos, até mesmo àqueles que portam o vírus HIV, o acesso constitucionalmente garantido, de natureza universal e igualitária, à assistência farmacêutica e médico-hospitalar.

No referido *decisum* aquela Corte registrou ainda que

o sentido de fundamentalidade do direito à saúde – que representa, no contexto da evolução histórica dos direitos básicos da pessoa humana, uma das expressões mais relevantes das liberdades reais ou concretas – impõe ao Poder Público um dever de prestação positiva, que somente se terá por cumprido pelas instâncias governamentais, quando estas adotarem providências destinadas a promover, em plenitude, a satisfação efetiva da determinação ordenada pelo texto. (RIO GRANDE DO SUL, STF, RE. 271.286-8 Rel. Min. Celso de Melo, 2000)

Ao atentar-se para a indeclinável tutela da vida implícita no direito à saúde, o Superior Tribunal de Justiça (STJ) reafirma que, independentemente de Portaria do Ministério da Saúde, o Estado “*deverá propiciar aos necessitados não qualquer tratamento, mas o tratamento mais adequado e eficaz, capaz de ofertar ao enfermo maior dignidade e menor sofrimento*”. (MINAS GERAIS, STJ, MS. 17.903, Rel. Min. Castro Meira, 2004)

Nessa órbita, Piovesan (2006) reporta-se a outros julgados de similar enfoque, cuja decisão se deu no sentido de determinar o fornecimento de medicamentos, a saber: REsp. 684646, REsp. 658323, AgRg na STA (suspensão de tutela antecipada) 59, AGSS 1408, AgRg na STA 83, RMS 17.425, REsp. 625329, REsp. 507205, REsp. 430526, RMS 13452, RMS 11129, REsp. 212346, REsp. 325337, RSM 5986, RSM 11183 e REsp. 57608.

Ultrapassando uma perspectiva dogmática, o STJ destrancou Recurso Especial sob a alegação de que a ausência de medicamentos poderia gerar a morte prematura de infante com enfermidade grave, além de atrofia muscular espinhal (RIO DE JANEIRO, STJ, MC. 7.240, Rel. Min. Luiz Fux, 2004).

Com a mesma proposta de proteção do direito à saúde, foi igualmente deferida pelo STJ a utilização do Fundo de Garantia por Tempo de Serviço (FGTS), para assegurar cuidados especiais exigidos por quadro clínico deplorável decorrente de moléstia grave, independentemente de previsão normativa a respeito (RIO GRANDE DO SUL, STJ, RE. 644557, Rel. Min. Luiz Fux, 2004; RIO GRANDE DO SUL, STJ, RE. 686500, Rel. Min. Castro Meira, 2004).

Novamente Piovesan (2006) destaca o fato de que o STF e o STJ estão prestando a mais soberana prioridade ao direito à saúde da criança e do adolescente, garantindo, inclusive, a internação em situação diferenciada, sem onerar de forma extra os cofres do poder público (SANTA CATARINA, STJ, RE. 577836, Rel. Min. Luiz Fux, 2004; RIO GRANDE DO SUL, STJ, RE. 95168, Rel. Min. Francisco Peçanha Martins, 2004; RIO GRANDE DO SUL, STJ, RE. 128909, Rel. Min. Milton Luiz Pereira, 2001 e RIO GRANDE DO SUL, RE. 89612, Rel. Min. Milton Luiz Pereira, 1997).

De igual modo, o direito à saúde dos detentos tem merecido um olhar especial pelo STJ, que tem permitido o sistema de prisão domiciliar em circunstâncias que denotem estado crítico, tais como doença grave e pós-operatório com quimioterapia, bem como ausência de estrutura elementar do sistema carcerário (SÃO PAULO, STJ, HC. 19913, Rel. Min. Laurita Vaz, 2006).

Excepcionalmente, têm ocorrido decisões de conotação liberal, repudiando a judicialização da saúde, podendo-se citar, *verbis gratia*, o RE259508 AgR/Rs, que cuidou da aplicação de lei do Estado do Rio Grande do Sul, dispondo acerca de distribuição gratuita de medicamentos a cidadãos hipossuficientes financeiramente e às pessoas com HIV/AIDS, por meio de convênio com o Município de Porto Alegre.

Ali o STF se posicionou pela preservação da separação dos poderes, recusando-se a avaliar os termos do referido acordo celebrado e sustentou não lhe competir o controle da conveniência e oportunidade da Administração Pública quanto à exigência da população no contexto da saúde. Noutra feita, alegou insuficiência de recursos, asseverando:

No sistema jurídico-constitucional brasileiro, a nenhum órgão ou autoridade é dado realizar despesas sem a devida previsão orçamentária. A dotação consignada no orçamento, para o fim da efetivação da despesa, seja de qual natureza for, obriga aos órgãos da Administração, sob pena de incorrer no desvio de verbas. (RIO GRANDE DO SUL, STJ, MS. 6.564, Rel. Min. Demócrito Reinaldo, 1996)

Luís Roberto Barroso (2009), por sua vez, aborda a matéria com categórica ênfase em seu texto intitulado *“Da falta de efetividade à judicialização excessiva. Direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial”*. Esse autor destaca o art. 196 da Constituição Federal e aponta para uma imensa quantidade de processos cuja demanda perpassa pela pretensão de conseguir medicamentos e tratamentos junto ao Judiciário, quando estes não são assegurados pelo Legislativo e nem pelo Executivo.

Refere-se à SS 3073/RN, de 14 de fevereiro de 2007, em que, utilizando-se do *“Princípio da Reserva do Possível”*, negou-se o fornecimento de medicamento que não constava na lista do Programa de Dispensação em Caráter Excepcional do Ministério da Saúde. Por oportuno, segue, em parte, o voto da Rel. Ministra Ellen Gracie, determinando aquela suspensão:

Verifico estar devidamente configurada a lesão à ordem pública, considerada em termos de ordem administrativa, porquanto a execução de decisões como a ora impugnada afeta o já abalado sistema público de saúde. Com efeito, a gestão da política nacional de saúde, que é feita de forma regionalizada, busca uma maior racionalização entre o custo e o benefício dos tratamentos que devem ser fornecidos gratuitamente, a fim de atingir o maior número possível de beneficiários. Entendo que a norma do art. 196 da Constituição da República, que assegura o direito à saúde, refere-se, em *princípio*, à *efetivação de políticas públicas que alcancem a população como um todo, assegurando-lhe acesso universal e igualitário, e não a situações individualizadas. A responsabilidade do Estado em fornecer os recursos necessários à reabilitação da saúde de seus cidadãos não pode vir a inviabilizar o sistema público de saúde.* No presente caso, ao se deferir o custeio do medicamento em questão em prol do impetrante, está-se diminuindo a possibilidade de serem oferecidos serviços de saúde básicos ao restante da coletividade. *Ademais, o medicamento solicitado pelo impetrante, além de ser de custo elevado, não consta da lista do Programa de Dispensação de Medicamentos em Caráter Excepcional do Ministério da*

Saúde, certo, ainda, que o mesmo se encontra em fase de estudos e pesquisas. Constato, também, que o Estado do Rio Grande do Norte não está se recusando a fornecer tratamento ao impetrante. É que, conforme asseverou em suas razões, 'o medicamento requerido é um plus ao tratamento que a parte impetrante já está recebendo' (fl. 14). Finalmente, no presente caso, poderá haver o denominado "efeito multiplicador" (SS 1.836-AgR/RJ, rel. Min. Carlos Velloso, Plenário, unânime, DJ 11.10.2001), diante da existência de milhares de pessoas em situação potencialmente idêntica àquela do impetrante. 6. Ante o exposto, defiro o pedido para suspender a execução da liminar concedida nos autos do Mandado de Segurança nº 2006.006795-0 (fls. 31-35), em trâmite no Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Norte. Comunique-se, com urgência. (RIO GRANDE DO NORTE, STF, SS. 3073, Rel. Min. Ellen Gracie, 2007, grifo nosso)

Quanto à lição de Luis Roberto Barroso, alusiva à “*judicialização do direito à saúde*”, releva observar que, após intenso debate, concluiu-se que

A) As pessoas necessitadas podem postular judicialmente, em ações individuais, os medicamentos constantes das listas elaboradas pelo Poder Público e, nesse caso, o réu na demanda haverá de ser o ente federativo – União, Estado ou Município – que haja incluído em sua lista o medicamento solicitado. Trata-se aqui de efetivar uma decisão política específica do Estado, a rigor já tornada jurídica.

B) No âmbito de ações coletivas e/ou de ações abstratas de controle de constitucionalidade, será possível discutir a inclusão de novos medicamentos nas listas referidas. Tal inclusão, contudo, deve ser excepcional, uma vez que as complexas avaliações técnicas – de ordem médica, administrativa e orçamentária – competem primariamente aos Poderes Legislativo e Executivo.

C) Nas discussões travadas em ações coletivas ou abstratas – para a modificação das listas – o *Judiciário só deve determinar que a Administração forneça medicamentos de eficácia comprovada, excluindo-se os experimentais e os alternativos*. Ademais, o Judiciário deve, como regra, optar por substâncias disponíveis no Brasil e por fornecedores situados no território nacional. Por fim, dentre os medicamentos de eficácia comprovada, deve privilegiar aqueles de menor custo, como os genéricos. (BARROSO, 2007, p. 35-36, grifo nosso)

Vale ainda salientar que, em maio de 2009, após exaustiva audiência pública, o STF corroborou o entendimento acima citado, declarando que “*é juridicamente permitido aos cidadãos pleitearem junto ao Judiciário medicamentos constantes OU NÃO de listas e protocolos do SUS, devendo o julgador observar sempre as particularidades inerentes a cada caso concreto*”.

STF: Judiciário pode autorizar financiamento público de prestação de saúde. As listas de medicamentos fornecidos pelo Sistema Único de Saúde (SUS) e os protocolos de usos dos remédios podem ser discutidos judicialmente. Os juízes podem determinar o fornecimento de drogas que não constem das listas ou mesmo impor o financiamento público de tratamentos médicos não

previstos nos protocolos. A intervenção judicial, no entanto, deve-se basear nas peculiaridades dos casos concretos e na demonstrada necessidade da medida, para não subverter o planejamento orçamentário e epidemiológico realizado pelo poder público. Após a longa audiência pública, realizada em maio de 2009, por determinação do presidente do Supremo Tribunal Federal, Gilmar Mendes, foi essa a decisão que tomou no curso das Suspensões de Tutela Antecipada (STAs) 175, 178 e 244, requeridas pela União, alguns Estados e o município de Fortaleza. A excepcionalidade da ordem judicial foi destacada em trechos como: “deverá ser privilegiado o tratamento fornecido pelo SUS em detrimento de opção diversa escolhida pelo paciente sempre que não for comprovada a ineficácia ou a impropriedade da política de saúde existente”. No exame do caso, deve ser considerada a existência de política estatal que abranja a prestação de saúde pleiteada pela parte e sua efetividade em relação à moléstia e as condições específicas do paciente, sempre cuidadosa e devidamente amparada em laudos médicos plurais e confiáveis. Igualmente, devem ser sopesadas as razões que levaram o SUS a não fornecer a prestação requerida. Se a prestação de saúde solicitada não estiver entre as políticas do SUS, é imperioso distinguir a natureza da omissão: se normativa (legislativa ou administrativa) ou executiva (decorrente de uma decisão administrativa). Deve-se atentar ainda para a possibilidade de ela ser resultado de uma vedação legal expressa. A integridade orçamentário-financeira e a gestão sustentável da saúde pública devem ser bem avaliadas, principalmente como instrumento de garantia do atendimento dos demais pacientes da rede pública, notadamente dos mais pobres. Além do mais, o medicamento pleiteado, quando for o caso, deve ter o registro do medicamento na Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA). Os secretários estaduais e o próprio Ministro da Saúde, José Gomes Temporão, defendiam, se não o impedimento das interferências do Judiciário nos programas do Executivo, pelo menos o estabelecimento de regras e limites para acolhimento dos pedidos judiciais. De acordo com Mendes, ao deferir uma prestação de saúde não incluída entre as medidas adotadas pelo SUS, o Judiciário não estaria invadindo seara alheia ou criando política pública, estaria tão-somente fazendo cumprir o conteúdo de um direito subjetivo público a determinada política pública de saúde. (SAMPAIO, 2009, grifo nosso)

As decisões ora evidenciadas reacendem o discurso acerca do ativismo judicial, apontando para a imprescindível necessidade de se identificar o fiel da balança nesse sonho inadiável buscando “*equilíbrio entre a ousadia e a criatividade*” nos Tribunais. (BARROS, 2007, p. 233). Cuida-se de um exercício de extrema sensibilidade e elevado senso ético, considerando-se que o texto constitucional estabelece limites aos Poderes estatais, preconizando que estes “são intersubjetivamente compartilhados, e a maior garantia de qualquer constituição chama-se cidadania, uma cidadania viva e atuante, zelosa de seus direitos”. (CARVALHO NETTO, 2003, p. 163)

Sob esse aspecto, ressalte-se que, em sua tese apresentada como pré-requisito para concurso público, visando ao provimento de cargo de Professor Titular no Departamento de Direito do Estado, na área de Direito Constitucional da Universidade de São Paulo, o jurista Edival da Silva Ramos, ao posicionar-se

adverso ao ativismo judicial, questionou criticamente “*se o Pretório Excelso estenderá essa jurisprudência ativista a outros direitos sociais prestacionais associados a normas programáticas, como é o caso dos direitos à moradia e de assistência aos desamparados*”. (RAMOS, 2007, p. 289, grifo nosso)

Ao que tudo indica, a resposta a tal questão soa afirmativa. Afinal, conforme esse próprio Professor preconiza em sua tese, “*há um paradoxo entre o Estado socioeconômico presenciado na realidade pelos brasileiros e aquele propalado pela Carta Constitucional, sendo certo que tal aspecto caracteriza relevante fator de impulsão do ativismo judicial junto ao STF*” (RAMOS, 2007, p. 232).

Assevera, outrossim, o mesmo tratadista:

Cabe à crítica doutrinária auxiliar o Poder Judiciário a *encontrar o equilíbrio entre a ousadia e a criatividade*, imprescindíveis à tarefa de concretização de uma Constituição social-democrática, e a observância dos limites decorrentes da adequada interpretação do próprio texto que se pretende ver transformado em realidade. (RAMOS, 2007, p. 233, grifo nosso)

Tem crescido em grau de importância esse desafio alusivo à “observância dos limites decorrentes da adequada interpretação do próprio texto que se pretende ver transformado em realidade”. (RAMOS, 2007, p. 233)

É que, no período pós-88, passou a vigorar no Brasil a nova Constituição que consagrou de forma pontual os direitos fundamentais. A partir desse marco histórico, houve um gigantesco crescimento da movimentação processual junto ao STF. Entre 1997 a 2002, por exemplo, mencionado aumento chegou a representar 470%, o que implica 41,6% ao ano, consoante refletem a estatística e os gráficos que figuram ao final deste estudo nos Anexos A e B, extraídos do *site*: www.stf.jus.br. Tal aspecto se tornou, naturalmente, um enorme vetor do ativismo judicial naquela Corte, movimento este não percebido com igual intensidade em períodos e décadas antecedentes conforme retratam os anexos supramencionados.

Esse levantamento estatístico, traduzido no Anexo B do presente estudo, foi realizado pela própria Casa do Supremo Tribunal Federal – STF e abrange o período de 1940 até 2010. Denuncia a diferença radical entre a quantidade de processos que ali chegaram “a título recursal e em nível de competência originária” e a quantidade de “julgamentos” prolatados, os quais, normalmente, ficaram abaixo de 50%(cinquenta por cento). (BRASIL, 2010).

Tais dados revelam, *verbis gratia*, que, na década de 40 chegaram até o STF, a título de “distribuição” e em caráter “recursal”, soma equivalente a menos de 6.000 processos, ao passo que, em 1960, tal número dobrou. Em 1980, aumentou para 18.000, sendo certo que, em 1990, saltou para 38.000, alcançando, em 2002, a casa dos 240.000! Em 2009, recuou para 126.000. Todo esse conjunto de dados traduz um inequívoco paradoxo com a cadeia numérica de processos “julgados” em cada um desses mesmos períodos, cujos percentuais, tal como declarado, foram significativamente menores.

A partir de fevereiro de 2009, “Metas de Nivelamento” foram estabelecidas pelo Poder Judiciário em seu planejamento estratégico. Intentou-se com tal medida combater a aviltante chaga da morosidade processual que interfere de forma grave na consolidação do Estado democrático, por impedir a efetivação dos direitos fundamentais. A “Meta 2” buscou julgar todos os processos judiciais iniciados até dezembro de 2005. Os sensíveis resultados alcançados e o inegável avanço conquistado, saltam aos olhos nos epígrafados anexos alusivos aos anos 2009 e 2010.

Indubitavelmente esse panorama pode estar sugerindo a seguinte indagação: *“Os impressionantes números e os resultados ora apresentados pelo Supremo Tribunal Federal refletem uma expressiva aplicação do ativismo judicial progressista nos tribunais inferiores, ou, muito ao reverso, denotam que nestes prevalece um ativismo conservador endossado por um dogmatismo Kelseniano totalmente ultrapassado?”*

Nessa esteira, torna-se oportuna a contribuição de Ronald Dworkin que se posiciona radicalmente contra o positivismo. O professor de Oxford compreende o Direito não apenas como um conjunto de tênues regras limitadas às parcas fronteiras do “tudo ou nada”, mas como uma concepção de princípios que propiciam ao julgador a oportunidade de promover uma aplicação da norma por meio de uma interpretação hermenêutica inteiramente construtiva, capaz de encontrar a resposta mais adequada para cada caso ao lançar sobre eles a sua melhor luz.

Dworkin refuta o *convencionalismo* que legitima o Direito sustentando-o em meras decisões políticas do passado, capazes de garantir o consenso entre os juristas, ainda que estes possuam ideologias estanques. De igual sorte, repudia o *pragmatismo*, que se espelha na doutrina do *Justice Holmes da Court Supreme* para traduzir o Direito como desvinculado do passado, podendo o julgador “decidir os

casos concretos aplicando um direito novo que ele mesmo criou” (FERNANDES, 2008, p. 202).

O filósofo norte-americano propõe, como via alternativa entre o convencionalismo e o pragmatismo, a *Teoria da Integridade*, lembrada no capítulo “7”, item “7.1” deste texto, e explica:

Se as pessoas aceitam que são governadas não por regras explícitas, estabelecidas por decisões políticas tomadas no passado, mas por quaisquer outras regras que decorrem dos princípios que essas decisões pressupõem, então o conjunto de normas públicas reconhecidas pode expandir-se e contrair-se organicamente, à medida que as pessoas se tornem mais sofisticadas em perceber e explorar aquilo que esses princípios exigem sob novas circunstâncias, sem a necessidade de um detalhamento da legislação ou da jurisprudência de cada um dos possíveis pontos de conflito. (DWORKIN, 2003, p. 229)

Para melhor convencimento de seus leitores, Dworkin busca demonstrar que na prática sua teoria procede, e, para tanto, cria o personagem Hércules que

sabe que os outros juízes decidiram casos que, apesar de não guardarem as mesmas características, tratam de situações afins. Devem, então, considerar as decisões históricas como parte de uma longa história que ele deve interpretar e continuar, de acordo com suas opiniões sobre o melhor andamento a ser dado à história em questão. Hércules adota o direito como integridade, uma vez que está convencido de que ele oferece tanto uma melhor adequação quanto uma melhor justificativa da prática jurídica como um todo. (LAGES, 2001, p. 47)

O juiz Hércules, protagonista principal do capítulo “7”, item “7.2” desta tese, associará também ao Princípio da Integridade a metáfora do “romance em cadeia” e a “comunidade de princípios” que transformarão as tradicionais decisões enriquecendo-as por meio de elementos que dialoguem com a realidade e com os principais desafios demandados por cada caso concreto:

Cada juiz, então, é como um romancista na corrente. Ele deve ler tudo o que outros juízes escreveram no passado, não apenas para descobrir o que disseram, ou seu estado de espírito quando o disseram, mas para chegar a uma opinião sobre o que esses juízes fizeram coletivamente, da maneira como cada um de nossos romancistas formou uma opinião sobre o romance escrito até então. Qualquer juiz obrigado a decidir uma demanda descobrirá, se olhar nos livros adequados, registro de muitos casos plausivelmente similares, decididos há décadas ou mesmo séculos por muitos outros juízes, de estilos e filosofias judiciais e políticas diferentes, em períodos nos quais o processo e as convenções judiciais eram diferentes. Ao decidir o novo caso, cada juiz deve considerar-se como parceiro de um complexo empreendimento em cadeia, do qual essas inúmeras decisões, estruturas, convenções e práticas são a história; é seu trabalho continuar essa história no futuro por meio do que ele faz agora. Ele deve interpretar o que

aconteceu antes porque tem a responsabilidade de levar adiante a incumbência que tem em mãos e não partir em alguma nova direção. (DWORKIN, 2001. p. 283)

Portanto, em Dworkin, não haveria espaço para os tribunais adotarem uma postura kelseniana, combatida pelas atuais estruturas sociais e completamente dissonante da construção hermenêutica interpretativa. Esta é *conditio sine qua non* para a composição dos dilemas ressonantes no Poder Judiciário atual, a exemplo da morosidade emblemática retratada nos gráficos anteriormente mencionados.

5.4 Os riscos do ativismo judicial

O observador que apenas descreve as coisas sem qualquer juízo de valor é incapaz de se conectar cognitivamente a algo como a história. (APEL, 2000, p. 37-38)

O giro interpretativo da filosofia jurídica revelou, conforme dito alhures, uma nova vocação da magistratura, presente na profunda busca do real sentido das leis, passíveis de múltiplos sentidos, aos quais ainda outros tantos podem ser constantemente adicionados.

A atividade judicial, assim, evolui de uma simples descoberta dos direitos dos envolvidos no caso concreto, passando pela criação do direito pelo Poder Judiciário que então elegerá a melhor resposta a ser aplicada ao litígio em questão.

É aí, como um ourives da lei, que o julgador é desafiado a lapidar a justiça em sua real plenitude e, dessa maneira, cumprir satisfatoriamente o desiderato maior do direito. Nesse diapasão, oportuna é a lição de Rogério Delatorre em sua dissertação de Mestrado em Direito apresentada perante a PUC-RS, quando assevera:

O exegeta, portanto, tenciona ajustar a situação concreta que tem diante de si, situando-a historicamente no presente, tomando por fundamento suas pré-compreensões, em uma dialética relação circular (círculo hermenêutico), em conformação com seus hábitos mentais (valores), e almeja encontrar a resposta que melhor se perfectibilize à situação vivenciada. *Somente assim, na busca da melhor resposta, poderemos dizer que o ato de compreensão, aplicação e interpretação do direito, a par de ser uno, é adequado ao contemporâneo desenvolvimento do Direito sempre que estiver em consonância com a hermenêutica filosófica, que nos apresenta um sistema não totalmente fechado, mas aberto às ponderações de uma sociedade plural, como única forma de mantê-lo sempre atualizado e atualizável.* (DELATORRE, 2008, p. 128, grifo nosso)

Por outro lado, Montesquieu declarou, em sua obra “Do Espírito das Leis”, que “O Juiz é apenas a boca que pronuncia as sentenças da lei, sem moderar sua força ou rigor”. (MONTESQUIEU, 1993, p. 89). É, no entanto, Winfried Hassemer quem sustenta que, muito ao reverso, “o juiz não deve somente reproduzir o eco da lei, mas aplicá-la fazendo uso de sua criatividade”. (HASSEMER, 2002, p. 294).

Dworkin (2003) também ensina que a prática jurídica deve ser assimilada como um “exercício de interpretação construtiva” – *constructive model* – que não prescinde de princípios e gera a imprescindível comunhão entre o Direito e a moral. Argumenta que para alguns casos inexitem normas que lhe sejam aplicáveis, ou as que vigoram são obsoletas, nebulosas e injustas. Então, conseqüentemente, não há como lhes aplicar simplesmente o que está posto, salvo, invocando-se, no caso concreto, o poder dos princípios.

Segundo Dworkin, quando isso acontece, o juiz deve buscar revelar qual é o Direito que assiste às partes naquele contexto, e não elaborar uma nova lei *nex post facto*, tal como os positivistas preconizam:

Nos casos onde a aplicabilidade da norma jurídica não é clara, o positivismo vê a decisão judicial como uma questão de discricionariedade judicial. Para o positivismo, o juiz cria o direito quando este não fala por si mesmo. (...) Para Dworkin, esta posição não consegue apreender o caráter principiológico do Direito. (KÖZICKI, 2000, p. 180)

Por sua vez, com igual rigor, Ricardo Libel Waldman, inspirado no *Império do Direito*, esclarece:

Dworkin tem como objetivo central demonstrar que as questões de direito são questões de princípio e que as explicações positivas e realistas a respeito da prática jurídica, especialmente na Inglaterra e nos Estados Unidos, não são satisfatórias porque não percebem que o direito é uma construção interpretativa.” (WALDMAN, 2002, p. 120)

Na lição dworkiniana(2002), os magistrados não são detentores de discricionariedade por não serem legitimados a gerar leis de valor geral – poder este inerente apenas ao Legislativo – e porque, ainda que pudessem fazê-lo, tais normas seriam *post facto* (posteriores ao fato), não sendo crível por isso – moral e politicamente – que se exigisse que os cidadãos devessem cumpri-las e observá-las.

Ademais, a aplicação dessas possíveis novas normas a atos jurídicos pretéritos não soaria justo.

Nesse diapasão, explicita Barzotto (1999), o positivismo se furta à observância de qualquer outro pressuposto além da regra moral, política, econômica etc. Torna-se, então, oportuna a *dicotomia de natureza qualitativa* manifesta entre *regras e princípios* descrita por Rogério Delatorre:

Regras são aplicadas à maneira tudo-ou-nada. Estipulado um caso por uma regra, ou ela é válida, e sua resposta deve ser aceita, ou não é válida. As exceções devem ser previstas pela própria regra, pois do contrário será incompleta. No conflito entre duas regras uma delas não será válida, uma irá sobrepor-se à outra em função de sua maior importância. Por sua vez, os princípios não são aplicados desta forma. Estes não condicionam conseqüências que se devam seguir automaticamente, mas apresentam-se como razões que encaminham a decisão para um lado ou para outro. Possuem dimensão de peso ou importância, e o conflito entre princípios é resolvido pelo seu balanceamento (ponderação), levando em consideração a força de cada um no caso concreto. A solução não é estipulada, mas os princípios apresentam razões em favor de uma determinada decisão. Não se procura o princípio que seja “válido”, pois este não pode ser reconduzido a uma “regra superior” à moda de Hart, mas devem-se avaliar os antagonismos e chegar a um veredicto. Dworkin não nega a possibilidade de haver conflitos entre regras, da forma como ocorre com os princípios, mas afirma que o sistema jurídico americano apenas permite esta situação em ocasiões emergenciais, ou seja, quando se exige uma decisão que irá alterar o conjunto de padrões de uma “maneira dramática” (...) No que respeita ao conflito entre princípios e regras, Dworkin sustenta que as regras antes refletem os princípios do que conflitam com estes, e a interpretação correta das leis somente se mostra possível quando signifique afirmar os princípios a elas subjacentes, ou seja, confirmar a força dos princípios ao caso em análise. Por esta circunstância, da existência de regras e princípios, o sistema jurídico não possui lacunas, e, portanto não há espaço para discricionariedades, havendo sempre uma resposta a ser encontrada no arcabouço jurídico. (DELATORRE, 2008, p. 54-56, grifo nosso)

Nessa busca da construção hermenêutica do Direito, tem-se que, na mencionada metáfora *chain novel* (romance em cadeia), Dworkin propõe a simplificação de sua teoria por meio da interpretação artística e literária, onde se imputa criticamente um sentido ao texto, não se limitando apenas a desnudar a intenção de um terceiro agente que eventualmente o tenha elaborado: *“Proponho que possamos melhorar nossa compreensão do Direito comparando a interpretação jurídica com a interpretação em outros campos do conhecimento, especialmente a literatura”* (DWORKIN, 2003, p. 271).

Cada julgador deve posicionar-se como protagonista principal desse romance composto pelo Direito. Seu pronunciamento vai direcionar essa novela, que requer

uma interpretação que se renovará e será submetida a outro crivo a cada nova situação. É, nesse crucial capítulo da *chain novel*, ou seja, em seu mais determinante e decisivo momento, que o julgador deverá atentar ainda mais para a preservação e suprema proteção da Constituição, *ainda que necessário se torne a prática cautelosa do ativismo judicial*. No entanto, a ingerência do Judiciário no *núcleo essencial* das atribuições conferidas aos demais Poderes, deve ser firmemente monitorada para não gerar o desequilíbrio e a vulnerabilidade destes, tal como proclama Canotilho:

Do facto de a CRF consagrar uma estrutura orgânica funcionalmente adequada é legítimo deduzir que os órgãos especialmente qualificados para o exercício de certas funções não podem praticar actos que materialmente se aproximam ou são mesmo característicos de outras funções e da competência de outros órgão (...). Embora se defenda a inexistência de uma separação absoluta de funções, dizendo-se simplesmente que a *uma função correspondente um titular principal*, sempre se coloca o problema de se saber se haverá um *núcleo essencial* caracterizador do princípio da separação e absolutamente protegido pela Constituição. Em geral, afirma-se que a nenhum órgão podem ser atribuídas funções das quais resulte o esvaziamento das funções materiais especialmente atribuídas a outro. (CANOTILHO, 2003, p. 559)

Contribuindo com este debate, Astenfelder busca responder à seguinte indagação: “No sistema brasileiro, encontra-se preservada ou não a *Harmonia dos Poderes?*” *Julga o Autor que a “Independência e harmonia dos Poderes são indispensáveis para o fortalecimento da democracia e, conseqüentemente, para o País”* (SILVA, 2010, p. 27). Esse autor resgata a crítica de José Joaquim Gomes Canotilho, o qual diz

acreditar que o Supremo Tribunal Federal esteja avançando em assuntos do Legislativo e do Executivo. Reconhece que, ao entrar nessas questões, o Supremo faz alertas aos outros Poderes, com mensagens positivas e busca de soluções para os problemas brasileiros. O Professor Canotilho é um dos principais constitucionalistas de Portugal (catedrático da Universidade de Coimbra) e defende que a Constituição deve ser um programa para o país. O problema é que a Constituição brasileira de 1988 está sendo conduzida pelo Supremo Tribunal Federal, e ele pergunta se é função do Judiciário resolver questões como demarcações de reservas indígenas, infidelidade de políticos aos seus partidos e uso das algemas pela polícia. O Mestre português faz referência às súmulas vinculantes, compreendendo a tentativa de dar alguma ordem, mas o problema é que elas se transformam em direitos constitucionais enquanto não são revogadas pelo próprio STF. O Professor Canotilho vê também um aspecto positivo no fato de o Supremo transformar julgamentos em alertas. Por exemplo, se o Congresso não aprova a lei de greve dos servidores públicos, o Supremo decide por analogia que os funcionários públicos terão de cumprir as regras da greve para o setor privado. O Legislativo, igualmente, em determinadas decisões,

teria invalidado a competência do Judiciário, ao julgar parlamentares acusados de desvios éticos, ao instalar comissões parlamentares de inquérito e agir como se Poder Judiciário fosse (SILVA, 2010, p. 27).

Torna-se, então, imprescindível que o Judiciário se situe com prudência e equilíbrio na dilemática equação: *de um lado*, a letargia comatosa que fere cronicamente toda a estrutura moral e material do Executivo e do Legislativo, cujos resultados aviltam gritantemente o paradigma do Estado democrático. *De outro*, a contundente exigência dos cidadãos e segmentos sociais em geral, no sentido de que o órgão jurisdicional supra e até mesmo repare os inúmeros danos e inadiáveis lacunas geradas pela referida inércia dos Poderes pares.

A busca insana de respostas à presente questão já se tornou histórica, datando de longa data. Rememore-se, *verbis gratia*, o fato de que até à Constituição de 1934 (art. 113, nº. 33), *inexistia no Brasil a figura do Mandado de Segurança*. Assim, era adotado como remédio o *habeas corpus*, via interpretação extensiva, em inúmeras situações jurídicas que, na realidade, nele não se enquadravam. Incontestemente, portanto, a real evidência do ativismo judicial manifesto na “*doutrina brasileira do habeas corpus*”.

Pimenta Bueno reporta-se à lendária prática ativista do tribunal, ao comentar acerca da proibição de prisões arbitrárias, norma constante da Constituição de 1824 (art. 179, VII a X), para cuja garantia processual nenhum remédio existia. Apenas oito anos após, foi instituído o *habeas corpus* (art. 340 do Código de Processo Penal de 1832):

É também por isso, e para ministrar uma garantia pronta e eficaz, que ela adotou a bem medida instituição do *habeas corpus*, capítulo precioso da legislação inglesa e digno de todos os povos livres; (...). É o grande recurso que faz cessar todo o constrangimento ilegal, restaurar a liberdade do homem e punir a autoridade arbitrária. (BUENO, 1958, p. 405)

Nunes (1937) relembra que Rui Barbosa, acompanhando a tendência jurisprudencial, observava que não seria exigível o constrangimento físico para concessão do *habeas corpus*, bastando ter ocorrido a violência moral. Sobre tal matéria, ressalte-se também, que, além do Min. Aliomar Baleeiro, de postura criativa e reacionária, alcançou também relevante evidência o então Ministro Enéas Galvão (HC nº. 3697, de 1914), cujo ativismo é confesso em seu emblemático pronunciamento, no qual argumentou que “pouco importava que no Direito

estrangeiro o *habeas corpus* tivesse essa ou aquela destinação, já que o STF era o intérprete soberano da Constituição brasileira, dando-lhe maior ou menor extensão”. (HORBACH, 2007, p. 107).

Porém, divergindo desse raciocínio, ressoa a doutrina de Pedro Lessa que protesta contra a interpretação elástica do *habeas corpus* e confronta aquela Corte:

(...) Outro engano é acreditar que a evolução do direito possa religar-se contrariando as disposições de direito público, do próprio direito constitucional, e sem nenhuma necessidade, por estar disposto na lei e assentado pela doutrina o que convém em determinada hipótese. Não se compreende uma *evolução* do direito por meio da violação de normas do direito público. Seria uma evolução a trancos e barrancos, dando por paus e por pedras, o que é a negação da ideia de evolução (HORBACH, 2007, p. 107).

Destarte, o ativismo judicial suscita profundos debates, haja vista que é inescandível o firme receio de que seu exercício regular faça prevalecer na sociedade um “*governo de juízes*”, ou seja, uma “*juristocracy*”, fenômeno este que viola a Constituição:

A alegação de que as sentenças de inconstitucionalidade da Corte são determinadas pela Constituição, e não implicam preferências da maioria dos juízes, é falsa. Norma criada por juízes é uma violação, e não execução da Constituição. Acabar com isso não requer nada mais complexo do que a insistência de que as decisões sobre inconstitucionalidade devem ser baseadas na Constituição - que atribui "Todo o poder Legislativo" ao Congresso, na verdade, assim como o nome - (GRAGLIA, 2005, p. 1, tradução nossa).²²

Importa ainda ressaltar que em “*What’s Wrong With Judicial Supremacy? What’s Right About Judicial Review?*” (*O que há de equívoco com a supremacia judicial? O que é o direito de revisão judicial?*) - o dilema ora em comento encontra-se cientificamente elaborado pelo catedrático da Widener University School of Law, Robert Justin Lipkin (2008). Ensina esse autor que o *judicial review* pode provocar uma supremacia judicial e, até mesmo, nela converter-se com subjugação.

Entretanto, no conhecido texto, Lipkin registra que os juízes, ao assumirem tal conduta, normalmente argumentam que se encontram amparados pelo

²² The claim that the Court’s rulings of unconstitutionality are mandates of the Constitution, or anything more than policy preferences of a majority of the justices, is false. Rule by judges is in violation, not enforcement, of the Constitution. Ending it requires nothing more complex than insistence that the Court’s rulings of unconstitutionality should be based on the Constitution — which assigns “All legislative Power” to Congress—in fact as well as name.

constitucionalismo americano, cujos princípios foram elevados a um plano sagrado pelos *founding fathers*. Contudo, “*A relação do judicial review com a democracia, é complexa e multifacetária.*” (ALEXANDER, 2005, p. 1-2)

Julgamentos paradigmáticos fomentam a matéria, tais como os de Dred Scott, Lochner e diversos outros da Corte de Warren e da Corte de Rehnquist, já lembrados neste trabalho, que estabeleceram um tenso debate acerca da supremacia judicial.

Esse conflito, vale dizer, foi investigado por Dorado Porrás, que conclui sua reflexão propondo que se promova “*um activismo controlado*”, ao publicar o propalado artigo “*El debate sobre el control constitucional en los Estados Unidos*”:

Penso que do encontro dessas duas vertentes críticas podem-se extrair algumas conclusões do que seria um *ativismo controlado*, vinculado à lei e à Constituição e com claro sentido garantista. Como observou Zagrebelsky, o Estado constitucional de hoje supõe documentos tendencialmente contraditórios entre os que não se deve estabelecer uma rigorosa hierarquia, devendo ser preservada em seu conjunto. (...) Não vejo, como afirma tão contundentemente Dorado, que o vínculo jurídico permaneça ainda nas áreas de indeterminação. Se há discricionariedade, há valores, não vínculos jurídicos. Nesse sentido, a tarefa dos juristas deve consistir em proporcionar aos juízes teorias morais ou políticas para orientar seu trabalho nesse espaço de subjetivismo.

Possivelmente, apenas um *ativismo moderado*, que reconheça essa indissolúvel tensão entre democracia, direitos e preservação, em certos casos, da prática constitucional, possa superar as provas que descartaram as versões mais conservadoras, tanto do ativismo como da autorrestrição. Trata-se de um modelo exigente e comprometido, que mantém os juízes nessa “calma em meio à tempestade”, da qual falava Holmes.

Seu propósito é um genuíno Estado constitucional, não podendo converter-se quanto às “questões não justiciáveis”, devendo assim opor-se aos abusos cometidos pelos poderes, nem tampouco ignorar os sinais que chegam daqueles espaços revestidos de uma maior legitimidade democrática – (PORRAS, 1997, p. 283-284, tradução nossa, grifo nosso).²³

²³ Ahora bien, me parece que del encuentro de estas dos vertientes críticas pueden extraerse algunas pautas de lo que sería un activismo controlado, vinculado a la ley y a la Constitución y con claro sentido garantista. Como ha observado Zagrebelsky, el Estado constitucional de nuestros días supone documentos plurales y dúctiles, integradores de contenidos materiales tendencialmente contradictorios entre los que no cabe trazar una rigurosa jerarquía, sino que han de ser preservados en su conjunto. (...) No veo, como afirma tan contundentemente Dorado, que la vinculatoriedad jurídica permanezca aún en las zonas de indeterminación. Si hay discrecionalidad, hay valores, no vínculos jurídicos. En ese sentido, la tarea de los juristas debe consistir en proporcionales a los jueces teorías morales o políticas para orientar su trabajo en ese espacio de subjetivismo.

Posiblemente, sólo un activismo moderado, que reconozca esta indisoluble tensión entre democracia, derechos y preservación, en ciertos casos, de la práctica constitucional, pueda superar las pruebas que han descartado a las versiones más conservadoras, tanto del activismo como de la autorrestricción. Se trata de un modelo exigente y comprometido, que mantiene a los jueces en esa “calma del centro de la tormenta”, de la que hablaba Holmes. Sus funciones, era un genuino Estado constitucional, les demandara no atrincherarse tras los muros de las “cuestiones no justiciables” para desentenderse de los abusos cometidos desde el poder, ni tampoco desconocer las señales que les llegan desde aquellos espacios revestidos de una mayor legitimidad democrática.

Luís Roberto Barroso, em sua publicação intitulada: “*Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática*” aborda os “*Riscos para a legitimidade democrática*”, bem como os “*Riscos da politização da justiça*” (BARROSO, 2008, p. 10-15).

Ressalta esse autor que os membros do Poder Judiciário não são eleitos e não possuem, portanto, o “*batismo da vontade popular*”, em que pese agirem politicamente, até mesmo tornando inválidas práticas dos demais Poderes, do Presidente da República e do Congresso Nacional. A esse fenômeno rotula de “*dificuldade contramajoritária*”. Seus alicerces estão na própria Constituição Federal que confere aos magistrados esta credencial, o *judicial review*, somada esta aos fundamentos filosóficos da jurisdição constitucional.

A seguir, sugere que “*entre democracia e constitucionalismo (...), direitos fundamentais e governo da maioria, podem surgir situações de tensão e de conflitos aparentes*” (2008, p. 11). Advertindo que é preciso garantir os direitos fundamentais, mesmo contra grupos que tiveram ou possuem mais votos, conclui Barroso:

Portanto, a jurisdição constitucional bem exercida é antes uma garantia para a democracia do que um risco. Impõe-se, todavia, uma observação final. A importância da Constituição – e do Judiciário como seu intérprete maior – não pode suprimir, por evidente, a política, o governo da maioria, nem o papel do Legislativo. A Constituição não pode ser oblíqua. Observados os valores e fins constitucionais, cabe à *lei*, votada pelo parlamento e sancionada pelo Presidente, fazer as escolhas entre as diferentes visões alternativas que caracterizam as sociedades pluralistas. Por essa razão, o STF deve ser deferente para com as deliberações do Congresso. *Com exceção do que seja essencial para preservar a democracia e os direitos fundamentais, em relação a tudo mais os protagonistas da vida política devem ser os que têm votos.* Juízes e tribunais não podem presumir demais de si próprios – como ninguém deve, aliás, nessa vida – impondo suas escolhas, suas preferências, sua vontade. *Só atuam, legitimamente, quando sejam capazes de fundamentar racionalmente suas decisões, com base na Constituição.* (BARROSO, 2008, p. 12)

Esse estudioso inspira-se na doutrina de Binbenbojm (2004), para quem o constitucionalismo só pode ser fecundado por meio da preservação e efetivação dos direitos fundamentais, ainda que contramajoritariamente, entendendo inclusive que o suprimento da omissão legislativa e a invalidação de preceitos inconstitucionais ocorrem para favorecer e não para prejudicar as práticas democráticas.

No mesmo texto, esse Autor considera que a inobservância de critérios poderá fazer surgir um “*modelo juriscêntrico e elitista conduzido por juízes filósofos*”,

o que deve ser evitado a partir de regras a serem consagradas pelos magistrados no desempenho de suas atividades. O magistrado

- (I) só deve agir em nome da Constituição e das leis, e não por vontade política própria;
- (II) deve ser deferente para com as decisões razoáveis tomadas pelo legislador, respeitando a presunção de validade das leis;
- (III) não deve perder de vista que, embora não eleito, o poder que exerce é representativo (i.e, emana do povo e em seu nome deve ser exercido), razão pela qual sua atuação deve estar em sintonia com o sentimento social, na medida do possível. Aqui, porém, há uma sutileza: juízes não podem ser populistas e, em certos casos, terão de atuar de modo contramajoritário. (BARROSO, 2008, p. 12)

Concluiu Luis Barroso esse profícuo debate, declarando que im procedem as oposições dirigidas ao ativismo judicial, em especial as críticas traduzidas nas pseudas *“ameaças para a legitimidade democrática decorrentes da politização da justiça e da expansão da competência do Poder Judiciário”* (BARROSO, 2008, p. 15).

Diante do que tem sido possível apurar nessa esfera, essa conclusão tende a ser de fato a mais adequada. O fato de o ativismo judicial progressista guardar coerência com os princípios inerentes à jurisdição constitucional, por si só, consagra-o como uma imprescindível ferramenta na árdua batalha pela efetivação de uma Constituição habilitada a vencer suas próprias barreiras, superando, assim, frente a cada cidadão, a débil ideia de que seu texto não passa de um mero simbolismo.

Anuindo nesse entendimento, Copetti proclama que o “ativismo judicial” consiste no caminho mais provável para efetivação das garantias constitucionais reclamadas pela geração de cidadãos pós-88, que busca superar o modelo liberal-individualista:

O acontecimento histórico do constitucionalismo ocidental colocou a possibilidade de que os tribunais com atribuições jurisdicionais constitucionais venham a escrever e reescrever os textos dos Estatutos Fundamentais, cumprindo uma função que originariamente constitui-se em tarefa do Poder Constituinte. *Por um lado, esta situação surge como altamente positiva, na medida em que o Poder Judiciário pode permanentemente adequar, histórica e contextualmente, os textos constitucionais que, em sua grande maioria, tendem a ser procedimentalmente rígidos. Este aspecto positivo realça-se ainda mais se tivermos em mente que essa possibilidade da jurisprudencialização da Constituição constitui-se em necessidade quando voltada à efetivação de direitos fundamentais.*

Entretanto, esta mesma atividade jurisdicional constitucional pode, paradoxalmente, por outro lado, significar uma invasão pelo Judiciário das

esferas de atribuições classicamente atreladas às funções executiva e legislativa, atingindo o princípio democrático de separação dos poderes, além de, pela alteração interpretativa de dispositivos constitucionais, macular o princípio de garantia. Estas posições evidenciam um ponto de vista forjado dentro de uma perspectiva eminentemente liberal que, desde já adiantamos, não estão em consonância com os paradigmas de Estado, sociedade e indivíduo recortados de forma inédita pelo modelo normativo constitucionalizado sob a forma de Estado Democrático de Direito.

Em nosso entendimento, e é o que pretendemos demonstrar, a atuação judicial jurisprudencializadora da Constituição não só não afeta tais pilares fundamentais do Estado Democrático de Direito, mas, pelo contrário, os alicerça ainda mais.

Para tanto, temos que considerar, como pontos teóricos basilares dessa afirmação, a alteração, dentro do paradigma contemporâneo de Estado Constitucional, não só da própria noção de democracia - trasladada para um *locus* legitimador não mais meramente formal, senão, principalmente, substancial - mas especialmente, como decorrência da alteração da noção e extensão do conceito de democracia, de duas outras situações:

- primeiro, da noção de garantia, não mais restrita aos padrões liberais de limitação negativa da ação estatal, mas acrescida de um *plus* transformador, em que a concretização de obrigações/prestações que importam na transfiguração do *status quo* assumem efetivamente uma posição de primazia no espaço de legitimação constituído pela função de garantia;
- segundo, da distribuição clássica das funções dos poderes públicos, não mais sujeita a uma separação rigorosa, com o objetivo de reforçar uma estrutura de fiscalização, mas, noutro sentido, *mais flexível, voltada a uma finalidade de cooperação, baseada na perspectiva de que há uma unidade inexorável no Estado entre os poderes para a realização de valores éticos substanciais positivados constitucionalmente e intensamente reclamados pela população, a qual está, de alguma maneira, expressa na função executiva peculiar ao espaço público, sem que se limite às tarefas próprias do Poder Executivo.* (COPETTI; MORAIS 2006, p. 139-140, grifo nosso)

Para Copetti (2006), no mesmo texto em análise, a saber, “A Jurisprudencialização da Constituição no Estado Democrático de Direito”, o STF pode intervir na esfera dos demais Poderes para realizar medidas concretizadoras dos direitos fundamentais por intermédio do *ativismo judicial*, não devendo limitar-se a exercer um mister de reles contralegislador.

Recomenda o autor que, para tanto, sejam adotados critérios epistemológicos capazes de atentar para as exigências da sociedade moderna, e adverte:

A necessidade e urgência de concretização da parcela social do nosso modelo constitucionalizado de Estado Democrático de Direito impõem repensar as nossas necessidades democráticas, o que nos conduz a um compromisso de reconstruirmos, a partir de tipos ideais a serem contextualizados, uma nova concepção de democracia: a social, que ultrapassa o mero formalismo da democracia representativa, e reclama que todo ordenamento jurídico e todos os poderes públicos devem estar voltados à sua realização. Algumas parcelas do ordenamento devem contribuir mais do que outras, bem como, no plano institucional, conforme nossas colocações iniciais, o Poder Judiciário, como guardião e realizador da Constituição, passa a ter suas atribuições significativamente ampliadas.

A tradicional teoria acerca da democracia, considera-a, sem dúvida alguma, em função dos efeitos substanciais que potencialmente podem surgir a partir do estabelecimento e cumprimento das regras formais do jogo, como o melhor e mais seguro caminho para a justiça concreta, sendo ela a forma exata de organização do estado de justiça, *não sendo possíveis tensões entre democracia e justiça*.

Partindo-se dessa nota conceitual sobre democracia formal, e jamais desprezando o processo histórico por ela caracterizado, não é possível crer-se que o simples respeito aos procedimentos formais democráticos possa garantir que uma decisão política venha a satisfazer a realização de uma pretensão de justiça voltada para a concretização dos direitos humanos. Neste aspecto, razão parece ter Höffe quando diz que os procedimentos democráticos de decisão são determinados por regras de maioria, mas decisões de maioria são, quando muito, vantajosas para a maioria e, de modo algum, para todos. Mas a maioria pode impor seus interesses à minoria, de modo que a democracia pode se tornar uma variante do “direito do mais forte”. (COPETTI; MORAIS, 2006, p. 150-151, grifo nosso)

Releva, enfim, atentar-se para o irrefutável fato de que cabe ao Poder Judiciário o inadiável dever de incorporar uma nova roupagem. Nesse contexto, deve dialogar mais frequentemente com a política, dado que lhe compete, aliado ao Legislativo e ao Executivo, proporcionar um caráter de efetividade aos preceitos constitucionais, conferindo-lhes, realmente, um efeito imediato e não meramente programático.

6. ATIVISMO JUDICIAL NO DIREITO COMPARADO

La vertu même a besoin de limites.
 Montesquieu - *L'Esprit des Lois*
 (Seconde Partie. Livre XI, Chapitre IV)

Numa sociedade complexa, mundializada e praticamente sem fronteiras, torna-se imperativo desenvolver-se uma visão holística no tocante aos múltiplos sistemas jurídicos, sobretudo quando a abordagem possui tão polêmica dimensão quanto o objeto primordial deste estudo: o *ativismo judicial*.

Naturalmente que cada sistema jurídico confere ao seu Judiciário atribuições distintas de acordo com sua realidade. Assim sendo, tornam-se factuais as múltiplas facetas desveladas em cada universo no tocante ao ativismo ora em debate. É o que reafirma René David ao lançar um instigante olhar sobre as divergências e convergências entre o *commom Law* e o *civil Law*, contribuindo, de forma expressiva, com o presente estudo:

Países de direito romano-germânico e países de *common law* tiveram uns com os outros, no decorrer dos séculos, numerosos contatos. Em ambos os casos, o direito sofreu a influência da moral cristã e as doutrinas filosóficas em voga puseram em primeiro plano, desde a época da Renascença, o individualismo, o liberalismo e a noção de direitos subjetivos. *A common law conserva hoje a sua estrutura muito diferente da romano-germânica, mas o papel desempenhado pela lei foi aí aumentado e os métodos usados nos dois sistemas tendem a aproximar-se;* sobretudo a regra de direito tende, cada vez mais, a ser concebida nos países de *common law* como o é nos países da família romano-germânica. Quanto à substância, soluções muito próximas, inspiradas por uma mesma ideia de justiça, são muitas vezes dadas às questões de direito nas duas famílias de direito. (DAVID, 1993, p. 556, grifo nosso)

É inegável, assim, a peculiar expoência do Direito Comparado, cujo objeto central, “não é tanto o conhecimento de cada um dos ordenamentos examinados detalhadamente, mas sim a confrontação entre eles e conseqüente análise das diferenças e das analogias de estrutura e disciplinas reconhecidas” (PIZZORUSSO, 1987, p. 80 – tradução nossa)²⁴.

²⁴ No tanto el conocimiento de cada uno de los ordenamientos examinados detalladamente, sino la confrontación entre ellos y el consiguiente análisis de las diferencias y de las analogías de estructura y de disciplinas reconocibles.

Primando pelo aprofundamento do tema no direito alienígena, a seguir se tratará do ativismo judicial em alguns territórios em que esse fenômeno ganhou especial relevância, a exemplo dos Estados Unidos, Canadá, Índia, Israel e Europa.

6.1 Estados Unidos da América

O protagonismo judiciário, esclarece Gisele Cittadino (2001), é altamente perceptível nos Estados Unidos, por ser ele mais fértil onde impera o *common law*, preponderando ali a cultura jurisprudencial. Assim sendo, a principal zona de atuação de caráter político do Judiciário norte-americano é o “*judicial review*” (TRIBE e DORF, 1991, p. 65), que tem sido fonte de inquietantes revoluções naquele país.

Conforme já demonstrado neste estudo, por mais fundamental e consagrado que o direito seja nos Estados Unidos, poderá ser atingido pela discricionariedade da *Court Supreme*, ante a política do *laissez-faire*, notadamente em matérias como racismo, aborto e liberdades públicas.

Emprestou contribuição ímpar ao ativismo a *teoria do realismo jurídico norte-americano* que se consubstancia na interpretação segundo a qual “o direito é o que o Judiciário diz que é” (GODOY, 2001, p. 1-28) e deve estar sempre associado à realidade. O realismo fomentou duas correntes antagônicas: *law and economics*, preconizada por Richard Posner, apregoando que o interesse de toda sentença é a maximização da economia. A outra doutrina é a *critical legal studies*, caracterizada pela análise crítica da ciência jurídica difundida por Duncan Kennedy e Roberto Mangabeira Unger, este último, um doutrinador brasileiro de expoência internacional, catedrático da Harvard.

Na estrutura federalista do Estado americano, buscou-se a unificação física e política do país por meio de uma ponderação da ordem, da liberdade e da democracia, sendo válido citar o que preceitua a sua Constituição, na Seção 1, art. III:

O Poder Judiciário dos Estados Unidos será investido em uma Suprema Corte e nos tribunais inferiores que o Congresso oportunamente decretar e estabelecer. Os juizes, tanto da Suprema Corte como dos tribunais inferiores, conservarão seus cargos enquanto bem servirem, e perceberão por seus serviços, nas ocasiões indicadas, uma remuneração que não poderá ser diminuída durante a permanência no cargo – (tradução nossa, grifo nosso).²⁵

Considerando-se essa proposta constitucional, o capítulo 4 deste trabalho mostrou que, por intermédio do *construtivismo*, adotou-se o ativismo ora conservador, ora progressista. Destacou-se a Corte de Warren (1953 – 1969) que, no entendimento de Mitau (1967), desafiou o convencionalismo e o pragmatismo, buscando promover conquistas e avanços sociais democráticos.

Nesse contexto, foram evidenciados naquele capítulo inusitados *landmarks*, tais como: *Marbury v. Madison, 1803; Dred Scott, 1857; Plessy v. Ferguson, 1896; Lochner v. Nova Iorque, de 1905; Brown v. Board of Education of Topeka, de 1954; Griswold v. Connecticut, 1965, Miranda v. Arizona, 1966; Roe v. Wade, de 1973, Bowers vs. Hardwick, 1986; Lyng v. Northwest Cemetery Protectional Association, 1987; Bush v. Gore, 2000; Hustler Magazine v. Falwell, de 1988, etc.* Julgados existem, entretanto, ali não elencados, que igualmente selaram a história dos E.U.A, agudizando ainda mais o tom do ativismo judicial.

Verbis gratia, merece realce, à luz do magistério de José Adércio Leite Sampaio, o julgado *Olmstead v. United States (1928)*. Por meio dos debates nele suscitados, consolidou-se o entendimento segundo o qual ficariam adstritas ao preceito da *XIV Emenda* tão somente “*buscas*” que resultassem em “*invasões físicas*” do domicílio e “*apreensões*” de bens materiais, não mais sendo capitulada como ilícita a interceptação telefônica. Em sua obra “*Direito à Intimidade e à Vida Privada – uma visão jurídica da sexualidade, da família, da comunicação e informações pessoais, da vida e da morte*” (1.998, p. 68), Sampaio salientou o relevante voto do *Justice Brandes*. Analisando sua exponencial fala, observa-se que, já àquela época, eram incontáveis e praticamente sem fronteiras as formas de invasão de privacidade existentes, ante a pioneira incrementação tecnológica daquele país, fato por si só colidente com o *right to be let alone*:

²⁵ The judicial power of the United States, shall be vested in one Supreme Court, and in such inferior courts as the Congress may from time to time ordain and establish. The judges, both of the supreme and inferior courts, shall hold their offices during good behaviour, and shall, at stated times, receive for their services, a compensation, which shall not be diminished during their continuance in office.

A proteção garantida pelas (Quarta e Quinta) Emendas tem alcance muito mais amplo. Os autores da nossa Constituição comprometeram-se a assegurar condições favoráveis à busca da felicidade. Eles reconhecem o significado da natureza espiritual do homem, dos seus sentimentos e de seu intelecto. Sabiam que apenas parte da dor, prazer e satisfações da vida são encontrados em bens materiais. Buscaram proteger os americanos em suas crenças, seus pensamentos, suas emoções e suas sensações. Eles conferiram, até mesmo contra o Governo, o direito de ser deixado em paz – o mais abrangente dos direitos e o mais valorizado pelo homem civilizado. *Para proteger esse direito, toda interferência injustificável do Governo sobre a privacidade individual, independente do meio empregado, deve ser considerada uma violação da Quarta Emenda. E o uso, como prova em procedimento criminal, de fatos verificados através dessa intrusão deve ser considerado uma violação da Quinta* – (SAMPAIO, 1998, p. 68, tradução nossa, grifo nosso).²⁶

Há que se ressaltar, ainda, o comentado caso intitulado *In re Quinlan* (1976). Nele, reconheceu-se que, apesar de enferma terminal, comatosa e inconsciente, Quinlan detinha o direito de pronunciar-se sobre a retirada dos equipamentos que preservavam sua vida, podendo seu pai, como curador e guardião, desligar os aparelhos. (ESTADOS UNIDOS. Suprema Corte de Nova Jersey, 355, A. 2d 647, 1976). Tal pressuposto foi corroborado *In re Farry*, 529 A 2d. 404, em 1987 – Nova Jersey. Referidas decisões inspiraram o Estado da Califórnia a admitir, sob o manto do *right to privacy*, igual proteção não somente a pacientes terminais, como também a adultos, em pleno uso e gozo de sua saúde física, mental e psicológica.

A Suprema Corte dos Estados Unidos, entretanto, ao enfrentar *Cruzan v. Missouri Dep't of Health*, recusou esse direito ao incapacitado, ainda que representado, invocando, por sua vez, a 14ª Emenda. Merece realce o duro pronunciamento, em sentido totalmente divergente da conceituada *Justice O' Connor*:

²⁶ The protection guaranteed by [4th and 5th] Amendments is much broader in scope. The makers of our Constitution undertook to secure conditions favorable to the pursuit of happiness. They recognize the significance of man's spiritual nature, of his feelings and of his intellect. They knew that only part of the pain, pleasure and satisfactions of life are to be found in material things. They sought to protect Americans in their beliefs, their thoughts, their emotions and their sensations. They conferred, as against the Government, the right to be let alone – the most comprehensive of rights and the right most valued by civilized men. To protect that right, every unjustifiable intrusion by the Government upon the privacy of the individual, whatever the means employed, must be deemed a violation of the Fourth Amendment. And use, as evidence in criminal proceeding, of facts ascertained by such intrusion must be deemed a violation of the Fifth.

Hoje, nós decidimos apenas que a prática de um único Estado não viola a Constituição; a tarefa mais desafiadora que é criar procedimentos adequados para resguardar os interesses de liberdade, é *indevidamente confiada ao “laboratório” dos Estados...* (ESTADOS UNIDOS. Suprema Corte, 497 E.S. 161, 110 S. Ct 2.859 – 1990, tradução nossa, grifo nosso).²⁷

De igual sorte, ganha também proporção o julgado *Boy Scouts of America v. Dale, de 2000*, que contempla relevantes questões acerca da discriminação por orientação sexual. Reporta-se ao ano de 1978, quando, com somente oito anos de idade, James Dale ingressou no grupo de escoteiros, figurando como “lobinho” até os 18, revelando sempre caráter e conduta intocáveis. Recebeu o título de *Eagle Scout* em 1988 e, um ano depois, pleiteou seu direito como escoteiro adulto, assumindo o comando de uma das tropas. Em 1989, tornou-se vice-presidente da organização dos gays e lésbicas da Faculdade onde ingressara, promovendo movimentos, entrevistas e pronunciamentos públicos em defesa da classe. Naquele mesmo ano, foi sumariamente desligado do grupo de escoteiros, cujo regulamento não concebia o ingresso de homoafetivos.

Dale propôs ação sustentando que o grupo de escoteiros transgredia norma relativa à utilização das instalações públicas de Nova Jersey, que inadmite preconceitos e tratamento desigual em locais de uso público tal como aqueles em que eles, os escoteiros, se agrupavam. Esse fato também violava o Common Law. Divergindo de posicionamento pretérito da Suprema Corte de Nova Jersey, a Suprema Corte, tendo como relator, *William Rehnquist*, decidiu que “*não se tratava de discriminar a homossexualidade de Dale, tratava-se de se defender princípios do grupo de escoteiros*”. (GODOY, 2001)

Releva salientar que *Stevens* e *Souter* foram votos vencidos. Este último argumentou que *uma organização não pode punir escolhas e opções de seus membros sem que antes tenha esclarecido e devidamente regulamentado que tipo de ideologia lhe é proibido divulgar* (GODOY, 2001).

²⁷ Today, we decide only that one State’s practice does not violate the Constitution; the more challenging task of crafting appropriate procedures for safeguarding incompetents’ liberty intrests is entrusted to the “laboratory” of the states...

6.2 Canadá

Tal como reiterado ao longo deste estudo, a coletânea jurisprudencial é proeminente nos países da *common law*, favorecendo o processo de interpretação construtiva e, conseqüentemente, a proliferação do ativismo judicial. Esse fenômeno eclodiu sobretudo no período pós-guerra, quando o Poder Judiciário passou a processar os grandes anseios da humanidade:

À prevalência do tema do Executivo, instância da qual dependia a reconstrução de um mundo arrasado pela guerra, (...) seguiu-se a do Legislativo, quando uma sociedade civil transformada pelas novas condições de democracia política impôs a agenda de questões que diziam respeito à sua representação, para se inclinar, agora, para o chamado *Terceiro Poder* e a questão substantiva nele contida – *Justiça*. (VIANNA, 1996, p. 263, grifo nosso)

O alargamento das fronteiras da atuação desse “*Terceiro Poder*” recebe uma frenética intervenção da sociedade, contribuindo, de forma direta e poderosa, na consolidação da democracia, num contexto que acabou por fecundar a judicialização da política e a politização da justiça retratadas no Capítulo 3, “item 3.3.1” do presente trabalho.

No Canadá, o Juiz Marshall chegou até mesmo a recriminar o Supremo Tribunal, censurando-o por “*incursão excessiva nos assuntos públicos de competência do governo...*” (CHOUDHRY & CLAIRE, 2003, p. 1-2)

A orientação desse líder foi no sentido de que ao Judiciário não é permitida a criação de políticas públicas, realçando que estas constituem prerrogativas de competência do Poder Legislativo, tal como preconiza a doutrina da Separação dos Poderes. Sob esse aspecto, merece ser enfatizado o caso que ficou conhecido como *RJR – MacDonald Inc. v. Canada (Attorney General)*, [1995], 3SCR 199.

Trata-se de um julgado polêmico em torno da constitucionalidade da *Lei Tobacco Control Products Act*, que proibia amplamente, com exceções específicas, qualquer ato que implicasse publicidade, promoção e venda de fumo, salvo com advertências incisivas e efetivas acerca dos irreversíveis e fatais danos que tal produto pode causar à saúde do consumidor.

Confrontada pela *Imperial Tobacco Ltda.* e pela *RJR – MacDonald Inc.*, as recorrentes sustentavam, em síntese, que a lei era *ultra vires*, caracterizava abuso

de poder, e violava, de forma injusta, o direito à liberdade de expressão garantida pela *Carta Canadense dos Direitos e Liberdades*.

O Supremo Tribunal do Canadá considerou inconstitucional a lei, derrubando a proibição da publicidade de fumo. Referido *decisum* acendeu caloroso debate e suscitou enorme preocupação com a pseudo usurpação do Poder Legislativo pela conduta invasiva do Poder Judiciário.

Em *V. R. Butler [1992] 1SCR 452*, a *Supreme Court of Canadá* se pronunciou acerca da pornografia e do limite de censura aí aplicável, tendo então que balizar o direito à liberdade de expressão da *Carta Canadense dos Direitos e Liberdades*, com os direitos das mulheres. Julgou contra a pornografia e contemplou os interesses da *Women's Legal Education and Action Fund*.

Protagonista principal desse caso, *Donald Victor Butler* era proprietário da *Avenue Boutique Vídeo on Main Street*. Em 1987, começou a comercializar vídeos, revistas e objetos pornográficos. Foi preso no dia 21 de agosto daquele mesmo ano pela prática de “crime de posse e distribuição de obscenidade” imputável pelo Código Penal do Canadá (Seções 159 – 163). Após o pagamento de pena pecuniária, foi solto e reabriu o negócio naquele mesmo ano. Detido sucessivas outras vezes, sempre era liberado após novo julgamento e pagamento de pena pecuniária. Foi quando então houve recurso interposto pela Coroa do GAP (Grupo contra Pornografia) e pela LEAF (Associação de proteção legal de mulheres). Por ter sido outra vez condenado, Butler recorreu para o Supremo Tribunal do Canadá em 27/02/1992, sendo então considerado culpado, fato que, no entanto, provocou a alteração daquela lei. Esta, a partir desse julgamento, passou a ser interpretada e aplicada levando em consideração os seguintes critérios analíticos idealizados em uma tríade pelo *Justice John Sopinka* quanto à classificação de objetos obscenos:

1. Sexo explícito com violência (física real e ameaças);
 2. Sexo explícito sem violência, mas que submete os personagens a tratamento desumano e degradante;
 3. Sexo explícito, sem violência, que não é degradante e nem desumano.
- Naquele novo *decisum*, entendeu-se que somente este último era admitido e suportado pela sociedade, salvo se utilizando-se de crianças e incapazes, havendo também, vale salientar, uma razoável tolerância com a matéria no tocante ao universo artístico. (*Supreme Court of Canadá. R. V. Butler [1992] 1SCR 452*)

Choudhry & Hunter (2003), conforme já se disse, publicaram o celebrado estudo “*Measuring Judicial Activism on the Supreme Court of Canadá: A Comment*

on Newsfoundtand (Treasury Board) v. NAPE” – A dimensão do ativismo judicial na Suprema Corte do Canadá: Um comentário sobre Terra Nova (Conselho do Tesouro) v. Associação de Empregados de Terra Nova. Intentou-se, nessa pesquisa, aferir o real limite da prática do ativismo naquele tribunal, buscando balizar o verdadeiro grau da força desse movimento, para saber se suas vibrações ali seriam inexpressivas, regulares, tolerantes ou mesmo abusivas.

Tal estudo quantitativo foi fomentado por um emaranhado de motivações, mas teve uma, em especial: as constantes censuras e acusações de prática de ativismo judicial exacerbado apresentadas pelo Juiz Marshall contra o Supremo Tribunal do Canadá, o qual chegou até mesmo a adverti-lo a proceder a uma releitura da seção nº. 1 da Carta de Direitos e Liberdades do Canadá (*Canadian Charter of Rights and Freedoms or Charte Cannadienne des Droits et Libertés*) que assim preconiza:

A Carta Canadense de Direitos e Liberdades garante os direitos e liberdades que nela se encontram enunciados. Só a Lei pode restringir estes direitos e liberdades, dentro de limites que sejam razoáveis e cuja justificação possa ser demonstrada no contexto de uma sociedade livre e democrática.

Para produzirem a aludida “releitura”, adotaram, entre outras, quatro hipóteses apontadas pelo próprio Marshall, descritas pormenorizadamente no aludido artigo de autoria de Choudhry & Hunter (2003):

- 1) O Supremo Tribunal estaria eliminando a legislação majoritária diversas vezes;
- 2) O ativismo judicial estaria passando por um aumento descomunal;
- 3) O ativismo se consumava geralmente em razão de interpretação da Seção nº. 1 da Carta;
- 4) A legislação era ignorada em razão da possibilidade de deslegitimação ou derrogação prevista na seção 33 da Carta.

Entretanto, o resultado encontrado naquele estudo foi surpreendente e inusitado, uma vez que todas as quatro hipóteses mencionadas foram refutadas diante da seguinte conclusão:

1) A esmagadora maioria dos julgamentos da Suprema Corte era a favor do governo, mantendo-se as decisões majoritárias;

2) O Ativismo Judicial não havia aumentado durante o período sugerido por Marshall, objeto da pesquisa;

3) A margem de êxito do governo na Corte dependia da restrição interna ou não de direito protegido pela Seção nº. 1 da *Carta*;

4) A possibilidade de deslegitimação ou derrogação da lei, tal como previsto pela Seção 33 da Carta de Direitos e Liberdades do Canadá, não havia estimulado o ativismo judicial da Suprema Corte.

Finalmente, constatou-se que a Suprema Corte do Canadá não era exatamente tão ativista quanto declarara Marshall, mas admitiu-se que os inúmeros dados de que os pesquisadores dispunham ainda não lhes permitiam alcançar resultados tão conclusivos e exatos tal como esperavam, concluem Choudhry & Hunter (2003).

6.3 Índia

A primeira tarefa desta Assembléia é libertar a Índia por meio de uma nova Constituição, é alimentar o povo faminto e vestir as multidões despidas e dar a cada indiano todas as oportunidades para que possa desenvolver-se de acordo com sua capacidade. (BALAKRISHNAN, 2008, p. 9-10)

Hodiernamente, a Índia tem sido reconhecida como um gigante celeiro do ativismo judicial, com a maior democracia do planeta, contando com aproximadamente 1,1 bilhões de habitantes, superada, sob esse aspecto, tão somente pela China (1,3 bilhões).

No centro gravitacional de sua estrutura, localiza-se o Poder Judiciário, independente e reacionário. A Corte Suprema mantém seu olhar no Executivo e no Legislativo, sobre os quais desenvolveu o mais severo e irrepreensível controle de constitucionalidade, não se permitindo uma postura passiva e nem castradora em decorrência da *“Separação de Poderes”* que ali também é adotada.

O desiderato maior dessa Corte é contemplar as reais e mais profundas expectativas do povo indiano, não se limitando a mero guardião da Constituição, tal como sói acontecer em outras soberanias também ditas democráticas.

A Constituição Indiana, vigente desde 26 de janeiro de 1950, foi erigida sob o tripé: “*unidade*”, “*democracia*” e “*revolução social*”, sinalizando notoriamente para o seu compromisso não apenas com a elite, mas sobretudo com os mais fracos e desvalidos da sociedade, marcados pela segregação de castas, classe, língua e religião, entre outras causas decorrentes do domínio colonial.

Esse idealismo se encontra bem retratado pelo Dr. B. R. Ambedkar, um dos redatores daquela Constituição, Primeiro Ministro da Justiça, em pronunciamento de 25 de novembro de 1949:

No dia 26 de janeiro de 1950, vamos ingressar numa vida de contradições. Teremos igualdade na política e desigualdade na vida econômica e social. Na política, reconheceremos o princípio de “*um homem, um voto e um voto, um valor*”. Em nossa vida social e econômica, em função de nossa estrutura social e econômica, continuaremos a negar o princípio de “*um homem um valor*”. *Por quanto tempo ainda continuaremos a negar igualdade em nossa vida social e econômica? Se continuarmos a negá-la por muito tempo, ao fazê-lo estaremos pondo em risco a nossa democracia política.* Precisamos acabar com essa contradição o quanto antes ou aqueles que sofrem com a desigualdade irão destruir a estrutura democrática que esta Constituição construiu com tanto esforço. (BALAKRISHNAN, 2008, p. 9-10, grifo nosso)

Tamanho desafio que busca romper com a contradição entre a Constituição e a realidade sóciopolítica da Índia é corroborado por Pandit Jawaharlal Nehru, que foi a primeira autoridade a ocupar naquele país o cargo de Primeiro-Ministro, ao dirigir-se à Assembléia Constituinte: “A primeira tarefa desta Assembléia é libertar a Índia por meio de uma nova Constituição, é alimentar o povo faminto e vestir as multidões despidas e dar a cada indiano todas as oportunidades para que possa desenvolver-se de acordo com sua capacidade”. (BALAKRISHNAN, 2008, p. 10)

Saliente-se, nesse contexto, que o art. 14 da Constituição garante a “*igual proteção perante a lei*” e o art. 15 constitui um *mandamus* “*contra a discriminação por religião, raça, classe, casta e gênero*”. Esse preceito inclusive estimula os Estados a proporcionarem jurídica, social e politicamente a promoção das mulheres e demais segmentos desprivilegiados, por meio de Ações Afirmativas.

Daí decorre que o Alto Judiciário da Índia (Corte Suprema e Tribunais Superiores) busca proteger, defender, difundir e efetivar os “*direitos fundamentais*” sob a sua jurisdição, transcritos na Parte III da Constituição.

Por outro lado, na Parte IV daquela Constituição se encontram os “*Princípios Diretivos da Política do Estado*”, mais inerentes a direitos sócioeconômicos, a exemplo do modelo constitucional adotado pela Irlanda. Esses princípios vislumbram

a implementação de uma sociedade justa, livre e igualitária, sobretudo para “*proteção das mulheres e crianças, bem como para assegurar o direito a trabalho, a um salário justo e a um padrão de vida decente*” (*Constitution of India, 1950*).

O Dr. B. R. Ambedkar, em “*Debates da Assembléia Constitucional*” (19/11/1948), com categoria ímpar e elevada sensibilidade, explica o sentido do termo “*lutar*” constante do “*art. 38*” que declara a pretensão do Executivo de partilhar equitativamente os recursos materiais:

Nós a usamos porque é nossa intenção que, mesmo quando existam circunstâncias que obstruam o governo, ou que impeçam que o governo implemente esses princípios diretivos, *ele sempre lutará, mesmo em circunstâncias difíceis e desfavoráveis, para cumprir essas diretivas...* Caso contrário, qualquer governo poderia afirmar que as circunstâncias são tão desfavoráveis, que as finanças são tão inadequadas, que nós não podemos nem fazer um esforço na direção em que a Constituição nos diz para seguir. (BALAKRISHNAN, 2008, p. 10)

Naquele país, a lei que violar os direitos naturais dos cidadãos é imediatamente tornada sem efeito por força do rigoroso processo de controle de constitucionalidade. As injustiças e abusos praticados na aquisição das propriedades, inclusive rurais, foram objeto de diversas impugnações, geralmente acatadas pela Corte Suprema.

Nos julgados conhecidos como “*O Caso Coelho*” e “*Raja Ram Pal*”, decidiu-se no primeiro, que a Corte pode analisar leis advindas do Parlamento, incluídas na *Nona Emenda (I. R.0 v. Estado de Tamil nado & Outros – 2007 3SCC1)*. O segundo decidiu que os procedimentos internos do Parlamento se encontram sujeitos ao controle constitucional para conter os excessos do Estado. Esse caso específico cuidava da expulsão de Membros do Parlamento pela prática de corrupção, medida esta corroborada pela Corte Suprema (*Raja Ram Pal v. Presidente da Câmara, Lok Sabha Câmara Baixa & Outras (2007) 3SCC 184*).

O acentuado Ativismo Judicial assumido expressamente pela Suprema Corte da Índia proliferou vertiginosamente a partir do final da década de 70. De forma estratégica, ampliou significativamente suas competências, assumindo o compromisso não somente como agente de soluções de litígios positivistas, mas sobretudo de “*catalisador de mudanças sociais*”.

Nesse propósito, os juízes P. N. Bhagwati, V. R. Krishanalyzer e Chinnapa Reddy adotaram uma interpretação altamente extensiva da proteção da “*vida*” e da

“liberdade pessoal” preconizada no art. 21 da Constituição. Somada a tais iniciativas, expandiram a aplicação do “*Litígio de Interesse Público*” (*Public Interest Litigation – PIL*), instrumento que garante o *due process of law* principalmente aos menos favorecidos, tal como consumado no histórico caso conhecido como “*Maneka Gandhi*”. Sob o insólito argumento de “*garantia do interesse público*”, ela teve seu passaporte confiscado arbitrariamente, para impedi-la de realizar viagem ao exterior, em total detrimento de seu direito constitucional de locomoção e de liberdade pessoal de ir e vir. Configurou-se crassa violação dos arts. 14, 19 e 21 da Constituição, bem como dos consagrados princípios do Direito Natural. Finalmente, a decisão da Suprema Corte reverteu aquele cenário de abuso e subjugação (*Maneka Gandhi v. União da Índia. AIR 1978 SC 597*).

De notória relevância também, o ativismo judicial emanante do caso “*Sua Santidade Keshavananda Bharáti v. o Estado de Kerala e Outros (1973) 4 SCC 225*”, que cuidou de determinar que os princípios constitucionais são sagrados, não cabendo qualquer pronunciamento divergente pelo Parlamento, nem por intermédio de emendas e nem por qualquer outra forma.

Nesse julgamento (24/04/1973), teve-se, como centro de vibração, o “*direito de propriedade v. reforma agrária*”, posicionando-se a Suprema Corte (por 7 votos a 6), pela restrição, sob medida, do direito de propriedade para atender o seu fim social.

Adicione-se a este, o “*Unni Krishnan, J. P. v. Estado de Andhra Pradesh (1993) 1 SCC 645*”, cujo ponto nodal esteve vinculado aos Direitos das Crianças e seu processo educacional, buscando esclarecer-se até que grau deveriam tais interesses ser atendidos.

Em *Brown v. Board of Education 98 L Ecl 873: 347 E. V. 483 (1954)*, entendeu-se que a educação é o instrumento primordial de adequação da criança ao seu contexto social. Decidiu-se que, até os 14 anos de idade, o ensino deveria ser gracioso, sendo certo que tal direito se encontra relacionado à *garantia de melhor qualidade*.

Na esfera dos *Public Interest Litigation – PIL*, ressoam, dentre outros casos, “*Olga Tellis v. Corporação Municipal de Bombaim, AIP 1985 SC 180*”.

Cuida-se de uma petição impetrada por uma jornalista a favor de inúmeros moradores de rua, centenas e centenas de pessoas que passavam por uma relocação decorrente da construção da empresa acusada. Fundamentando-se no

direito à subsistência e à moradia, a Corte concedeu um Mandado de Segurança impedindo que continuassem o despejo.

Em outro fato ocorrido em 1989, a Corte decidiu que não poderia haver omissão de nenhuma autoridade sanitária no sentido de prestar assistência médica a paciente que manifestasse real necessidade de atendimento, independentemente de sua situação econômica, raça, sexo, credo ou qualquer outra condição (*Parmanand Katara V. União da Índia, AIR 1989 SC 2039*).

Em “*Hussainara Khatoon (I) v. o Estado de Bihar (1980) 1 SCC 81*”, o jornal *Indian Express* publicou diversos artigos revelando a ignóbil situação dos detentos nos presídios do Estado de Bihar. A responsabilidade da Suprema Corte foi apontada em um *mandamus* indicando que grande parte dos presidiários já havia excedido no cumprimento da pena máxima admissível para o ilícito praticado. Novamente a Corte acatou aquele pleito e efetuou os julgamentos com a celeridade e urgência que os casos exigiam, em homenagem ao “*direito à vida e à liberdade*” dispostos na Constituição Indiana, no Art. 21. (SUPREMA CORTE INDIANA, 2010)

Merece igualmente realce o caso “*Conselho Municipal, Ratlam v. Vardichand (1980) 4 SCC 162*”. Por meio dele, conferiu-se legitimidade ativa a um grupo de cidadãos que insistiram num pronunciamento da Corte em face do Conselho Municipal, visando à eliminação de esgotos abertos que geravam mau odor, bem como enfermidades de toda ordem na população. Em sua decisão, a Corte deliberou favoravelmente e advertiu:

Se o centro de gravidade da justiça vai ser, como de fato determina o Preâmbulo da Constituição, transferido do individualismo tradicional da legitimidade ativa para a orientação comunitária de litígio de interesse público, a corte deve considerar as questões *visto que é necessário concentrar-se nos homens comuns*. (BALAKRISHNAN, 2008, p. 34-35, grifo nosso)

De semelhante relevância, o caso relatado em “*Vishaka v. Estado de Rajasthan*” (1997) 6 SCC 247. Nesse, foram emitidas orientações pela Suprema Corte, propondo-se a instituição de instrumentos indenizatórios e punitivos de combate ao assédio sexual a mulheres no ambiente laboral, ante a ausência de norma nesse sentido. (SUPREMA CORTE INDIANA, 2010).

O ativismo judicial na Índia trouxe benefícios sem precedentes (SAHA, 2008, p. 1). Trata-se de uma fronteira que se expande para contemplar também os dilemas

ambientais relacionados, notadamente, com o desenvolvimento sustentável e a preservação da água, do ar e do comprometimento das reservas florestais.

No julgamento *Ran Taj Singh v. Badula AIR 1982 All 285*, o Supremo Tribunal Allahabad foi acionado, eis que ocorreu uma das maiores calamidades em Bhopal: o vazamento de um gás ultravenenoso, sacrificando mais de 2000 vidas. Providências radicais e impactantes foram determinadas pela Corte para prevenção e proteção do meio ambiente. (SUPREMA CORTE INDIANA, 2010)

Também em *Ramakrishnan v. Estado de Kerala 1999 (2) KLT 725*, foram debatidos calorosamente os danos decorrentes da “folha letal”, “a folha de ouro”, bem como seu inevitável resultado: morte, ao qual a indústria do fumo conduz os cidadãos, fato que, por si só, viola gravemente os arts. 21 e 47 da Constituição Indiana. (SUPREMA CORTE INDIANA, 2010)

Finalmente, seja lembrada a lição constante do seguinte pronunciamento de *Sunil Batra v. Delhi Administration, AIR 1978 SCC 1975*, no qual se reconheceu que o *habeas corpus* poderia ser adotado para revogar prisões ilegais, bem como para impedir tratamento desumano e degradante:

Embora a legislação fosse a melhor solução, vê-se que os legisladores demoram muito para solucionar os dramas sociais. Por isso os tribunais precisam se confrontar com a interpretação do caso, esculpindo ele próprio a solução na madeira ao invés de esperar pelo mármore. (*In Sunil Batra v. Delhi Administration, 1978 SCC 1675*)

O requerente, um condenado à pena de morte, informou a um dos membros do tribunal a tortura praticada contra outro detento, para extorquir dinheiro dos parentes que o visitavam. A Constituição foi convertida em *processo de habeas corpus*, com nomeação de *amicus curiae* e de autoridades que deveriam comparecer ao local e conferir os fatos. Após diligências, concluíram pela veracidade da denúncia, confirmando que a vítima tivera graves ferimentos anais provocados por uma haste. Diante de intenso sangramento hemorrágico, foi levada ao hospital onde se alegou, para ocultar o crime, que as lesões teriam sido provocadas por uma queda. A Corte julgou a causa e decretou que “dentro ou fora da prisão, uma pessoa não pode ser privada de sua liberdade garantida pelo Direito, pela Justiça e pela equidade. A armadura da liberdade fundamental também o contempla, apesar de fisicamente encontrar-se preso.” (SAHA, 2008)

6.4 Israel

Num Estado assim, a democracia teria de se submeter aos rabis. O Knesset (Parlamento), o Governo, o Supremo Tribunal só seriam autorizados a existir se os rabis aprovassem as suas decisões. (Amoz Oz, Escrito Israelita, 2005)

O ativismo judicial em Israel é, indubitavelmente, reconhecido como um dos mais intensos e férteis, a exemplo do Direito Indiano e dos demais abordados neste texto. Sua efervescência ocorre tanto na esfera pública quanto no âmbito privado, sendo entretanto, notadamente mais agudo no contexto do Direito Público.

Releva salientar que a excelência e proeminente qualidade do Poder Judiciário daquele país tem sido determinante para o avanço desse fenômeno que vem construindo um distinto selo na história de sua Democracia. Fato é que o Supremo Tribunal de Israel se eleva de forma ímpar perante os demais Poderes, sendo certo que sua postura tem constituído uma verdadeira “*Revolução Constitucional*” (PEREIRA, 2007, p. 275-305).

Seu sistema está centralizado na tomada de decisões coletivas, fato que, por si só, estimula, de forma ainda mais determinante o ativismo que emana, em especial, de duas implicativas fontes: *a jurisprudência e a ciência política*. Ali o Poder Judiciário acompanhou tendências filosóficas de Ahrom Barak, nomeado para o STI em 1979, do qual chegou a ser Presidente, aposentando-se em 2006. Este adotava um conceito dworkiniano da lei, não restrito a fontes tradicionais, mas elaboradas fundamentalmente em princípios e doutrinas (*A Matter of Principle*, 1985). Dworkin, porém, ensina que cada problema tem uma solução jurídica mais adequada, enquanto Barak afirma que os magistrados têm discricionariedade. São limitados, no entanto, pelas fronteiras da lei para selecionar a melhor resposta dentre as que lhe parecem possíveis, devendo se esforçar para não surpreenderem negativamente e para não frustrarem a expectativa da comunidade.

Em rica produção científica em que a matéria em comento é explorada, o Emérito Professor Salzberger lança luzes sobre o “*Caso Bergman*” (1995), o qual, na sua recomendada leitura, é bastante similar ao *landmark* norte-americano “*Marbury v. Madison*” (SALZBERGER, 2007)

Salzberger explica que, inicialmente, na 1ª Assembléia Legislativa de Israel, foram instituídas duas “*Leis Fundamentais*” intituladas “*Dignidade Humana e Liberdade*” e “*Liberdade de Ocupações*”, conferindo-se a elas supremacia hierárquica e força constitucional. Não se adotou, no entanto, no sentido tradicional, uma Constituição. As razões filosóficas dessa escolha, encontram-se traduzidas pelo líder Ben-Gurion: “(...) num Estado livre, como o Estado de Israel, não é necessária uma “Carta de Direitos”, o que necessitamos é antes, uma “Carta de Deveres”: deveres para com a terra-mãe, para com o povo, para com a *aliya*²⁸, na construção da nação (...)” (JONES & MURPHY, 2002, p. 19/22)

A Seção nº. 4 daquele primeiro Estatuto assim preceitua: “O Knesset será eleito por eleições gerais, nacionais, diretas, iguais, secretas e proporcionais, conforme a Lei de Eleições do Knesset. Essa seção não deve ser alterada, salvo pela maioria dos membros do Knesset”. (SALZBERGER, 2007)

Ocorre que *uma lei foi criada em 1969 por ocasião das eleições gerais, destinando fundos estatais para custear a campanha dos partidos, exceto dos que não tinham representação no Knesset (Parlamento).*

Sob o argumento de que aquela norma violava os princípios da igualdade e da justiça, privilegiando alguns partidos em detrimento dos demais, foi arguida sua invalidade perante o Supremo Tribunal, sendo a petição assinada por Aharon Bergman, advogado. Aludido pleito consubstanciava-se, ainda, no consagrado preceito da Declaração de Independência de 1948:

O Estado de Israel estará aberto à imigração judaica e aos judeus vindos de todos os países da sua Diáspora; procurará o desenvolvimento do país em benefício de *todos os seus habitantes*; fundar-se-á *na liberdade, na justiça e na paz* segundo o diálogo dos Profetas de Israel; *assegurar a mais completa igualdade social e política a todos os habitantes sem distinção de religião, de raça ou de sexo*; garantirá a liberdade de culto, de consciência, de expressão, de educação e de cultura; assegurará a proteção dos lugares santos de todas as religiões e será fiel aos princípios da Carta as Nações Unidas (PEREIRA, 2007, p. 276).

No processo Bergman, foram apresentadas diversas defesas, entre elas, a tese de que a “*igualdade*” mencionada na aludida seção 4 da lei deveria ser interpretada como o direito de voto conferido igualmente a cada cidadão. Finalmente, após calorosos embates, o Supremo Tribunal concluiu que a

²⁸ Judeus de origem centro-européia, fundadores no séc. XIX do Movimento Sionista, que constituem a principal base populacional de Israel.

hermenêutica deveria ser extensiva e que aquela “*Lei de Finanças*”, que reservava fundos somente para Partidos com representação no 1º Knesset, discriminava os novos Partidos, sendo declarada então sua inconstitucionalidade.

Adicione-se igualmente a tais julgados o “*Caso Rubinstein*”. No décimo Knesset (1982), um Estatuto aprovado por dois expressivos partidos políticos foi tornado sem efeito pelo Supremo Tribunal de Israel, uma vez que dilatara relativamente o limite legal permitido para custeio de despesas de campanha, limite este observado e atendido religiosamente por partidos de menor expressão.

Em 1995, no “*Bank Mizrahi*”, o banco de igual nome apelou com base no direito fundamental de propriedade contra a vigência de lei que tornou extintas dívidas pendentes das aldeias Kibutzin e Moshavim, diante da decadência econômica que atingira seus cidadãos.

O Supremo Tribunal de Israel considerou, ao término daquele processo, que realmente o direito à propriedade, previsto na seção nº. 8 da *Lei Básica de Liberdade de Ocupação* encontrava-se violado, porém, de forma proporcional e justa, ante a imperiosa defesa da dignidade da pessoa humana que deveria sempre prevalecer sobre os demais interesses (*CA 6821/93 The United Mizrahi Bank v. Migdal – Communal Village [1955] IsrSC 49 (4) 221*).

Naquela oportunidade, consagrou-se o *judicial review* no documento produzido e entregue pelos juízes, no sentido de que o Supremo e os demais Tribunais poderiam efetuar a revisão de disposições que contrariassem as Leis Fundamentais. Esse princípio foi doravante aplicado intensamente na busca da justiça, da igualdade, da liberdade e da democracia, valores com os quais Israel havia se comprometido.

Politicamente, no entanto, a decisão tomada em 1967 de rever a aplicação dos territórios ocupados foi de indescritível poder não apenas na arena nacional, mas também, naturalmente, de caráter internacional. Tal fato, por si só, demonstrou um ativismo que interfere até mesmo em assuntos de natureza militar, primando pela chancela dos direitos humanos nas áreas referentes aos territórios ocupados.

No que alude a interesses privados, tem-se o “*Kindorem v. Karnit (1999) Isr SC55*”, no qual se revogou antigo precedente para reconhecer o direito à indenização devida à pessoa não casada, mas que tenha vivido em união estável sob a dependência econômica de outro que falecera.

Finalmente, em “*Etinger Estate v. The Company for the Development of the Jewish Quarter*” (2004 Isr SC), convencionou-se que o cálculo da compensação deveria ter por base os potenciais lucros que previsivelmente advieram ao *de cujus* ano a ano, por rendimentos efetivamente comprovados.

Ficou demonstrado que o Ativismo Judicial se tornou um notório paradigma do direito israelense desde a emancipação e independência de seu território. Porém, o país tem travado historicamente intensas batalhas políticas e sociais. Agora, não mais contra colonizadores e outras soberanias, mas sim em face de grupos ortodoxos internos que insistem em confrontar aquele sistema que tem passado por mudanças significativas, mas promete manter sua essência em nome de uma democracia liberal.

6.5 Europa

Estou contente que os tribunais constitucionais pratiquem o ativismo judicial e que obriguem os demais Poderes a atuar. (Peter Häberle – Constitucionalista alemão)

Nacif (2009) relata que José Joaquim Gomes Canotilho emprestou ao Brasil valiosa contribuição para a elaboração do emblemático texto de sua Constituição Federal de 1988 e assim se pronunciou a respeito do ativismo judicial hoje latente no Supremo Tribunal Federal:

Neste aspecto, o Tribunal está adotando uma posição de alerta, chamando a atenção dos outros poderes para que tomem posição. Mas, a minha posição é a de que não são os juízes que fazem a revolução. Nunca o fizeram. *Só que eles podem pressionar os outros poderes políticos dessa forma. E eu creio que é essa a posição do STF.* (NASSIF, 2009, grifo nosso)

Salienta aquele renomado professor, na mesma matéria acima citada, que na Europa o Judiciário comumente não decide acerca de “*reservas indígenas, infidelidade partidária e nem sobre o uso das algemas pela polícia*”, ressaltando: “*A partir da visão de que as algemas podem ser humilhantes para a pessoa humana, se buscou a igualdade para todo o cidadão e essa mensagem em termos da dignidade das pessoas está correta.*” (CANOTILHO, 2009)

Conforme é possível verificar com inequívoca cristalinidade, Canotilho lançou luzes sobre o ativismo brasileiro e seu controle de constitucionalidade. O Brasil, vale dizer, recebeu inegáveis reflexos desse mesmo movimento ocorrido na Europa, sobretudo a partir do Séc. XX.

Entretanto, é oportuno ressaltar que a concepção fundamental do direito na maioria dos países europeus conta com a inspiração de *Hans Kelsen*, professor da Universidade de Viena que participou intensamente e de forma direta da elaboração do texto da Constituição da Áustria de 1920.

A doutrina kelseniana questionou a “*Jurisdição Constitucional*”, buscando entender “*se esta desafiava ou não a doutrina da Separação dos Poderes, se violava a soberania parlamentar, perquirindo ainda se o judicial review fragilizava o princípio da segurança jurídica*”. (KELSEN, 2003, p. 150-151)

Após exaustivos debates, Kelsen concluiu que “*a jurisdição constitucional é uma forma de garantia da eficácia jurídica da Constituição, pois o direito positivo zela para que possa ser anulado todo ato – excetuada a Constituição – que esteja em contradição com uma norma superior*”. (KELSEN, 2003, p. 150-151)

Ele propôs, para tanto, a instituição de um órgão distinto e inteiramente independente do Legislativo e de qualquer outro. Seria, nesse caso, um “*Tribunal Constitucional*”, que desempenharia a atividade legislativa negativa, funcionando como uma “*instância central suprema*”. (KELSEN, 2003. p. 145)

Nessa esteira, inúmeros casos foram julgados. Entre estes, a paradigmática questão alemã conhecida como “*Honegwell*”. Ali, questionou-se a constitucionalidade de uma legislação segundo a qual, se o empregado tivesse mais de 52 anos de idade, o contrato de trabalho teria necessariamente que ser celebrado por tempo limitado. Houve o entendimento de que tal lei difundia a discriminação e a desigualdade social, tendo sido esse pleito acolhido e inteiramente reconhecido pelo Tribunal.

Ressalte-se, igualmente, que, na Europa, as inquietações em torno da violação dos direitos do consumidor e da discriminação, sobretudo no trabalho, sobrepujam às demais questões suscitadas na Corte, revelando um ativismo judicial de natureza eminentemente social, tal como sumariza o seguinte diagrama:

TABELA 4
Europa: predominância do Direito do Consumidor e do Trabalho

| | Consumer PCL | Consumer SCL | Labour PCL | Labour SCL |
|---|---|---|--|---|
| 1957 Rome (57) Economic constitution | Art. 100 (Art. 94) | Dir. 85/577 Dir. 85/374 Dir. 87/107 | Art. 119 (Art. 141) | Dir. 75/117 Dir. 75/129 (92/50 + 98/59) Dir. 77/187 (98/50 + 01/23) Dir. 76/207 (02/73) Dir. 79/07 Dir. 80/987 (08/94) |
| 1986-1999 SEA (86) Maastricht (91) Amsterdam (99) Emergence of 'The Social' | Art. 95 (SEA) Art. 129 a (Maastricht) Art. 153 (Amsterdam) Art. 36 EU Charter (2000) | Dir. 90/314 Dir. 93/13 Dir. 94/47 Dir. 97/7 Dir. 98/27 Dir. 99/44 | Art. 95 (SEA) Art. 118 a) SEA (86) Social Charter (89) Protocol on Social Policy Maastricht (91) Art. 13, 137, 141 (3) Amsterdam (99) EU Charter (2000) | Dir. 89/301 Dir. 91/533 Dir. 92/50 (98/59) Dir. 92/85 Dir. 93/104 (03/88) Dir. 94/33 Dir. 94/45 (97/74) Dir. 96/34 (97/75) Dir. 96/71 Dir. 97/81 (98/23) Dir. 98/59 |
| 2000 Lisbon Conclusions Globalisation – 'the most competitive and dynamic knowledge-based economy' | | Shift from minimum to full harmonisation Together with Consumer Strategy 2002 | Establishment of OMC | |
| Treaty of Nice (04) Lisbon Treaty 'Social Economic Constitution' + 'EU Charter' | Leitnormen Art. 3 (3) 'social economic constitution' Art. 2 'justice' | Dir. 2002/65 Dir. 2005/29 Dir. 2008/48 Dir. 2008/122 Proposal CR.COM (2008) 614 | Art. 13 (2), Art. 137 (2) Nice (04) Leitnormen Art. 3 (3) 'social economic constitution' Art. 2 'solidarity' Art. I – 14 (4) OMC repealed | Dir. 2000/43 Dir. 2000/78 Dir. 2001/23 Dir. 2002/73 Dir. 2003/88 Dir. 2004/113 Dir. 2006/54 Dir. 2008/94 Dir. 2009/38 |

Fonte: MICKLITZ, 2009, p. 24-25

Percebe-se, assim, que o fenômeno global da Judicialização tem visitado os tribunais europeus com força avassaladora e vem se destacando naquele território de forma singular:

As cenas dos juízes italianos debilitando o sistema musical de gabinetes pós-guerra na Itália, ou de juízes franceses cheios de nova energia perseguindo fortemente primeiros-ministros e presidentes, são apenas os aspectos mais visíveis desses desenvolvimentos. Seria possível também mencionar o papel e recente sucesso dos juízes em buscar, prender e processar ditadores e líderes militares. Adicionalmente, a intervenção na

política eleitoral em *Bush v. Gore* da nossa própria Suprema Corte dos Estados Unidos foi também outra manifestação dessa tendência. (FEREJOHN, 2003, p. 41, tradução nossa).²⁹

Nesse diapasão, torna-se digno de nota o emblemático julgado por meio do qual a *Court de Cassation* da França, instância maior do Poder Judiciário, considerou sem efeito uma legislação federal de 1975, alegando que esta desafiava direito comunitário (*Administration des Douanes v. Société Cafes Jacques Vabre*).

Importa esclarecer, previamente, que àquela Corte não era conferida competência para exercer o controle de constitucionalidade, sendo tal atributo de exclusivo domínio do *Conseil Constitutionnel*, enquanto ao *Conseil d'État* reservava-se a segurança dos feitos da administração pública.

O aludido debate oscilou em torno do art. 55 da Constituição da França que conferiu aos tratados e acordos internacionais, que tinham sido devidamente ratificados, *status* jurídico de valor superior às leis ordinárias daquele país. Em decorrência dessa interpretação, adotou-se, por reiteradas vezes, uma postura de rejeição às leis franceses por qualquer juiz, ao argumento de que aquelas estariam colidindo com o direito comunitário.

Ao invalidar a mencionada norma, a Corte de Cassação anotou que não se tratava de se promover um controle de constitucionalidade, mas, sim, de aplicar àquele caso a interpretação hermenêutica à luz do *princípio da derrogação da lei inferior pela superior*. Ela elucidou que as regras de direito comunitário não possuíam *status* constitucional, pelo que a espécie apenas exigia uma *resolução de antinomias* entre disposição de tratado internacional e de interesses privados.

Apenas a título de conhecimento, o “*Administration des Douanes v Société Cafès Jacques*” girava em torno de uma cobrança de impostos considerada exacerbada e injusta, tarifada no período de 05/01/1967 a 05/07/1971, em prejuízo da Empresa Vabre, a qual importava certa quantidade de café solúvel da Holanda para comercializá-lo na França. Aquele tributo recolhido teria sido maior que o que era aplicado a cafés solúveis fabricados na França, fato proibido pelo art. 369 do Código Aduaneiro, conjugado com o art. 95 do Tratado de 25.3.1957, por ser caracterizado como *discriminatório*. A decisão final foi pela restituição integral dos

²⁹ The spectacles of Italian judges undermining Italy's postwar system of musical cabinets, or of newly energized French judges hounding prime ministers and presidents, are only the most visible aspects of these developments. One could also point to the role, and recent success, of judges in seeking to arrest and prosecute dictators and military leaders. Additionally, our own United States Supreme Court's intervention into electoral politics in *Bush v. Gore* was yet another manifestation of this trend.

valores recolhidos indevidamente, negando-se provimento aos recursos impetrados. (VERÍSSIMO, 2006, p. 57).

Fato notório nesse contexto é a rica contribuição que o Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias emprestou para a consolidação da Europa Comunitária, ante o exercício do *judicial review*, instituto este que compõe sua essência. Ele detém competência para julgar causas postuladas pelos tribunais nacionais desde que pertinentes à interpretação do direito comunitário. Tal aspecto, naturalmente, reforça de forma expressiva sua relevância como instrumento agenciador da democracia naquele continente. (VERÍSSIMO, 2006, p. 58).

Quanto ao Conselho Constitucional Francês, houve um acentuado desempenho ativista a partir de 1974, quando passou a acolher reclamação de todos e quaisquer parlamentares, tendo constituído essa reforma um avanço altamente significativo para a consolidação de seus fins, encontrando-se sua atuação, alusiva ao período de 1958-1993, refletida no quadro demonstrativo que segue:

TABELA 5
Atuação do Conselho Constitucional Francês – 1958/1993

| | 1959-1973 | 1974-1980 | 1981-1987 | 1988-1993 |
|---|-----------|-----------|-----------|-----------|
| Solicitações de manifestação (total) | 9 | 66 | 136 | 98 |
| De iniciativa do Presidente | 0 | 0 | 0 | 0 |
| De iniciativa do Primeiro Ministro | 6 | 2 | 0 | 4 |
| De iniciativa do Presidente da Assembléia | 0 | 2 | 0 | 1 |
| De iniciativa do Presidente do Senado | 3 | 0 | 2 | 3 |
| De iniciativa de 60 parlamentares | ---- | 62 | 134 | 90 |
| Decisões | 9 | 46 | 92 | 70 |
| Decisões contrárias ao texto legal | 7 | 14 | 49 | 38 |
| Decisões favoráveis ao texto legal | 2 | 32 | 43 | 32 |

(Fonte: Alec Stone Sweet, *Judicialization and the construction of governance*, in *Comparative Political Studies*, vol.32, n. 2, p. 147-184 (1999).)

Observando os dados constantes do quadro acima, é possível constatar que incitado, sobretudo pelos congressistas da oposição, o Conselho passou a promover negociações e acomodações para adequar as leis aos anseios oposicionistas, atitude que consolidou fortes elementos da doutrina contramajoritária e, conseqüentemente, a propalada judicialização. (SWEET, 1999, p. 175)

Entretanto, muito ao reverso, tal como preleciona Paiva (2010), o Constituinte de 1958, que criou o *Conseil Constitutionnel*, jamais teve o ideal de estabelecer uma

jurisdição constitucional imbuída de poderes capazes de exigir do Estado a efetivação dos aludidos direitos fundamentais e o não controle da constitucionalidade dos atos do Executivo e do Legislativo. Esse conselho caracterizou um determinante protesto em face do *régime d'assemblée* e teve como principal função “contrapor-se à concentração de poder e assinalar ao parlamento atribuições mais limitadas” (BON, 2001, p. 177). A partir desse *Conseil*, a Constituição detalhou meticulosamente o processo legislativo,

fixou o regime das sessões, limitou as comissões permanentes e submeteu-lhe as leis orgânicas do parlamento, (...), criou ainda um mecanismo com o qual o Governo poderia opor-se, preventivamente, a qualquer tentativa do Parlamento de usurpar uma das competências a ele cometidas. (PAIVA, 2010, p. 14)

Porém, algum tempo depois, esse conselho reagiu contra os referidos limites que lhe foram estabelecidos, passando em 1971 a ampliar expressivamente os critérios de controle tanto da Constituição de 1958, quanto da Declaração de Direitos do Homem (1789), tendo Bon relatado, com especial particularidade, esse inusitado evento cujo ponto nuclear passou a ser “um controle de constitucionalidade exercido no interesse dos cidadãos”:

O controle, que aparentemente não possuía como função essencial a proteção dos direitos fundamentais proclamados no Preâmbulo, mas sim a constrição do parlamento, depois de 1971, abandonando a jurisprudência que havia produzido, a proteção dos direitos fundamentais é elevada ao primeiro plano das funções do controle de constitucionalidade (...). Se passa, assim, de um controle de constitucionalidade exercido no interesse dos poderes públicos, particularmente no do Executivo, a um controle de constitucionalidade exercido no interesse dos cidadãos. (BON, 2001, p. 177)

Foi assim que o *Conseil Constitutionnel* perdeu uma grande parte de seu papel de controlar a repartição de competências entre os órgãos para se tornar um defensor dos direitos da oposição contra a ação excessiva da maioria e, sobretudo, um guardião vigilante dos direitos e liberdades dos cidadãos. (LAVROFF, 2001, p. 31)

Diante da reforma constitucional implementada na França em 2008, esse país assumiu, ao que tem deduzido a doutrina dominante, um perfil notadamente contramajoritário, se comparado aos sistemas antes adotados desde a Revolução de 1789. Manteve-se atento à limitação da discricionariedade governamental, bem

como sensível à garantia dos direitos fundamentais, confrontando, por consequência, o majoritarismo parlamentar.

Dworkin oferece expressiva contribuição no que se relaciona à repartição de competências e à revisão pelo Judiciário dos atos políticos anteriormente mencionados. Essa sua participação se notabiliza especialmente quando considera o *judicial review* como pressuposto da democracia e instrumento de mitigação da interferência de grupos de interesse nas políticas estatais.

Soa oportuno esclarecer que o Prof. Arnaud censura Dworkin, alegando que tal teórico, em sua compreensão, possui uma leitura limitada e sua doutrina teria caráter unicamente regional, a qual atenderia assim somente à realidade norte-americana:

Ronald Dworkin procurou definir critérios para a comunidade: uma cidadania comum, obrigações partilhadas em relação a princípios determinados de justiça, a lealdade, a recusa de todo poder discricionário da parte de uma instituição estatal. Além disto, esses mesmos critérios de 'uma audiência ideal' se baseiam demais em valores comuns que, na realidade, têm suas raízes em uma cultura jurídica específica que não tem nada de universal e da qual poder-se-ia dizer que é por demais 'regional', para que possa se constituir em um fundamento universal para os direitos humanos. (ARNAUD, 1999, p. 101)

No entanto, com a *devida venia* de entendimentos contrários, numa análise da crítica descrita, necessário se faz o reconhecimento de que a doutrina dworkiniana pode, sim, atender a outras sociedades jurídicas, inclusive a brasileira, sendo justamente nesse sentido a lição de Appio:

1º - a construção teórica de Dworkin se presta, segundo o próprio autor, a descrever a prática jurídica norte-americana (e inglesa);
2º - a existência de princípios jurídicos, conectados com a Moral, pode ser uma descrição no contexto norte-americano, segundo o autor, *mas pode muito bem servir de elemento prescritivo numa sociedade jurídica como a brasileira, como instrumento de resistência à globalização.* (APPIO, 2003, p. 93, grifo nosso)

No que concerne ao Canadá, Índia, Israel e Europa visitados neste capítulo, verifica-se com real clarividência que, também em seus respectivos sistemas, é possível consagrar o ativismo judicial na concepção dworkiniana, atentando-se, naturalmente, para as nuances e especificidades históricas, jurídicas, antropológicas, religiosas e socioeconômicas inatas a cada um desses ordenamentos.

De uma apurada comparação entre as descrições atinentes aos países ora em tela, deduz-se que, somente pelo princípio da integridade, pela interpretação moral da Constituição e da disposição hercúlea dirigida para a promoção de uma hermenêutica construtiva, torna-se possível elevar gradativamente os direitos fundamentais e o constitucionalismo à condição de vetores supremos da dignidade da pessoa humana, ideal maior de um Estado democrático a ser garantido efetivamente às presentes e futuras gerações.

Por fim, é Paulo Silva quem critica os “constantemente exorcismos doutrinários contra o denominado ativismo judicial, principalmente quando fundados em uma concepção da separação de poderes e da discricionariedade do governo que é, na melhor das hipóteses, nostálgica”. (SILVA, 2010, p. 16)

7 ATIVISMO JUDICIAL COMO RESULTADO DA DEMOCRACIA

7.1 Relações entre o Judiciário e os poderes políticos – O caso do *New Deal*

No que diz respeito à presente abordagem, parece oportuno salientar que coube ao “item 3.2” deste trabalho tratar introdutoriamente da “Vinculação dos Três Poderes”, quando então, naquele ensejo, restou evidenciada e devidamente destacada *a profunda interseção entre o ativismo judicial e o clássico sistema de checks and balances, cujo desiderato maior se encontra fulcrado no equilíbrio das competências entre os poderes fundamentais do Estado: Executivo, Legislativo e o Judiciário.*

Nessa assentada, propõe-se a análise das “Relações entre o Judiciário e os Poderes Políticos”, concentrando-se *a priori* tal análise no histórico “Caso do *New Deal*”.

A princípio, soa razoável ressaltar que o *New Deal* constitui um implicative capítulo vivenciado pelo capitalismo norte-americano, cujo advento remonta à Primeira Guerra Mundial. Ao término desse crucial evento, os americanos, vitoriosos e elevados à primeira potência econômica, se tornaram envaidecidos com os avanços tecnológicos e industriais alcançados. Movidos por um sentimento de superioridade, isolaram-se política e economicamente do mundo, criando, inclusive, uma “muralha” contra importação de qualquer natureza, uma verdadeira camisa-de-força.

Os Estados Unidos sobreviviam com um frenético crescimento nos anos 20, assistindo, insensíveis em seu império, à falência da Europa e dos demais países do mundo que se debatiam em meio a incertezas e misérias decorrentes da Primeira Guerra, tentando avidamente encontrar uma solução para as crises enfrentadas.

No entanto, os Estados Unidos passaram a produzir muito além do que conseguia consumir. A Europa, por sua vez, à medida que superava a crise, reduzia significativamente a importação de alimentos, restrição que também era motivada pelo sentimento de represália nutrido contra o isolamento adotado pelo sistema norte-americano. Esses fenômenos, somados a tantos outros, desaguaram numa assombrosa crise que gerou, em 29 de outubro de 1929, a quebra da Bolsa de

Valores de New York. Uma de suas principais causas foi a diferença existente dia a dia maior entre os valores dos produtos que circulavam no mercado e aqueles das ações das empresas produtoras.

Recorda Arbex (1993) que a produção agrícola decaiu de 5 bilhões para 0,5 bilhão de dólares entre 1920 e 1932. Entretanto, os preços dos maquinários não foram reduzidos em igual medida, dificultando sua aquisição e manutenção. Esse fato provocou a venda de 10%(dez por cento) das terras dos agricultores em hasta pública, tendo inclusive à época as hipotecas alcançado o nº. de 9 bilhões de dólares.

Consoante José Arbex Jr.,

naquele dia fatídico, as ações das maiores empresas – American Telephone and Telegraph, General Electric e General Motors – completaram uma semana em que despencaram até duzentos pontos, isto é, seu preço foi reduzido a nada. No final de outubro, seus acionistas haviam sofrido uma perda calculada em 15 bilhões de dólares (o que equivaleria a cerca de 45 bilhões de dólares atuais, quase a metade da dívida externa brasileira). No final de 1929, as perdas somavam cerca de 40 bilhões de dólares. Calcula-se que 5 mil estabelecimentos bancários e 32 mil casas comerciais fecharam suas portas em todo o país. Milhares de famílias perderam as economias de toda uma vida, o que incluía as casas em que viviam. Indústrias faliram aos milhares. A construção civil foi praticamente paralisada. A arrecadação de impostos pelo governo chegou a um nível tão baixo que todos os serviços públicos beiraram o colapso. O desemprego, finalmente, jogou 12 milhões de pessoas nas ruas.

O então presidente Herbert Hoover, republicano e liberal convicto, não admitia a hipótese de o Estado intervir na economia. Hoover fora eleito no final de 1928, quando a América ainda saboreava os frutos da prosperidade. Seus compromissos políticos e partidários eram com os setores mais abastados e conservadores da sociedade americana. Qualquer ação reguladora por parte do Estado soava como heresia, como restrição à capacidade de auto-regeneração do mercado, mediante a ação de regeneração de indivíduos ousados e empreendedores. (ARBEX, 1993, p. 3)

Tratava-se de uma crise torrencial descrita pelo Presidente Roosevelt em seu discurso de posse, com tom de sincera inquietação: “Uma multidão de cidadãos desempregados enfrenta o grave problema da subsistência e um número igualmente grande recebe pequeno salário pelo seu trabalho. Somente um otimista pode negar as realidades sombrias do momento”. (MORRIS, 1964, p. 203)

Franklin Delano Roosevelt, democrata, era pela pro-intervenção do Estado na economia. Opositor ferrenho de Hurbert Hoover, então Presidente, republicano e liberal, ganhou as eleições e instituiu o *New Deal* (Novo Acordo), principal programa

que compunha sua plataforma de trabalho com fins ao enfrentamento cabal da Grande Depressão. Em síntese,

comprometia-se com a redução das despesas improdutivas (fúteis) do governo federal, a dar ajuda aos agricultores e aos mais prejudicados pela crise e prometeu realizar obras públicas para gerar empregos. Mas, principalmente Roosevelt declarou que o governo federal tinha uma responsabilidade permanente com o bem-estar social. (ARBEX JR. 1993, p. 4)

Roosevelt foi consagrado de forma messiânica pela população, sobretudo pelos excluídos, que nele encontraram alento e esperança, podendo essa veneração política ser bem traduzida pela carta que o cidadão John Lewis (Geórgia, 1933) lhe enviou conceituando-o como “... um homem nobre, que tem um coração para seus patriotas e que vive para os outros. Perfeito em pensamento, puro no coração, sincero no propósito – Um homem perfeito”:

Louisville, Georgia, 27 de novembro de 1933.

Prezado Senhor,

Perdi minha casa em um incêndio no domingo. Eu prezava duas cartas que o senhor havia me enviado mais do que o senhor poderá jamais compreender. Uma quando o senhor era governador de Nova York. A outra depois que o senhor foi eleito Presidente. Eu era membro da Roosevelt for President Business and Professional League. Sempre fui um democrata. O senhor é o maior presidente que jamais estive na Casa Branca. Eu me sentei no palco do Fox Theater de Atlanta, Georgia, quando o senhor se dirigiu aos estudantes da Aglethorpe University. O momento mais feliz da minha vida foi quando o vi fazer o juramento presidencial. Diariamente agradeço a Deus por tê-lo como presidente. O senhor tem sido bom para mim. Eu prezava as duas cartas. O senhor por favor me enviaria sua assinatura? Quero guardá-la a vida inteira e dá-la aos meus filhos como inspiração e uma lembrança constante para eles de um homem nobre. Um homem que tem um coração para seus compatriotas e que vive para os outros. Perfeito em pensamento, puro no coração, sincero no propósito. Um homem perfeito. Sinceramente, John Lewis. (LEWIS, 1993)

O *New Deal*, tal como José Arbex Jr. (1993) explica, previa dois momentos sucessivos que se constituíam primeiramente na recuperação da economia e, posteriormente, em reformas na estrutura nacional a longo prazo, atendendo sempre ao critério de urgência, observando-se, sobretudo, a agricultura, indústria, previdência social e governo.

O sucesso e os efeitos impactantes de tais medidas se encontram descritos com peculiaridade na seguinte narrativa que retrata a euforia socioeconômica a partir de então estabelecida:

No setor da agricultura, Roosevelt desenvolveu uma política de dotação de créditos às milhares de famílias de produtores em dificuldades. Para reduzir a oferta de produtos no mercado, e dessa forma aumentar seu preço, o governo oferecia subsídios aos agricultores que voluntariamente diminuíssem sua produção, ou apenas se dedicassem a cultivos que enriquecessem o solo, sem potencial de mercado. Em 1940, cerca de 6 milhões de agricultores faziam parte desse programa.

Roosevelt também dedicou atenção à busca de novos mercados para os quais os Estados Unidos poderiam exportar sua produção agrícola. Em 1939, como resultado desse conjunto de providências, a renda agrícola havia dobrado em relação à de 1932.

Na indústria, o New Deal criou uma série de decretos e programas cujo objetivo era diminuir a jornada de trabalho, proibir a exploração de mão-de-obra infantil, assegurar o direito de negociação coletiva dos trabalhadores e seu direito de se filiarem aos sindicatos de sua escolha. Tornou, também, ilegal uma prática que era muito comum: as empresas tinham o direito de não contratar um trabalhador associado a algum sindicato ou associação trabalhista. Em 1940, havia 9 milhões de trabalhadores sindicalizados nos estados; esse número subiu para 15 milhões em 1945, logo após a Segunda Guerra.

No setor da previdência social, o New Deal deu, pela primeira vez na História dos Estados Unidos, garantias aos velhos, desempregados e inválidos. Até aquela época, os Estados da federação é que tinham a incumbência de legislar sobre o assunto. Mas, além de gerar injustiças sociais (muitos Estados simplesmente vetavam qualquer tentativa no sentido da instituição da proteção social), cada Estado, individualmente, não poderia dar conta de problemas de dimensões grandiosas e nacionais. Roosevelt teve de desenvolver uma árdua batalha para aprovar, no Congresso, programas prevendo benefícios para cegos, aleijados e crianças excepcionais, seguro-desemprego e serviços de saúde pública.

Roosevelt também criou mega-projetos públicos que, além de captar preciosos recursos para o Estado, também ofereciam dezenas de milhares de empregos. O mais importante dentre esses projetos foi o Tennessee Valley Authority (Administração do Vale do Tennessee), que incluía a construção de barragens hidrelétricas, reaproveitamento de solo para cultivo e fomento a inúmeras atividades econômicas naquela região.

No âmbito da administração pública, Roosevelt desenvolveu uma forte campanha contra a corrupção em cargos do governo e contra o abuso de poder por parte dos partidos (ARBEX JR., 1993, p. 4).

Entretanto, em que pese o momento marcado pelo *New Deal*, surgiu, em meio àquele revolucionário programa, uma visível recalcitrância do Poder Judiciário que declarava como inconstitucionais vários decretos presidenciais ao argumento de que desafiavam suas convicções filosóficas. Franklin Delano Roosevelt reagiu impondo uma reforma judiciária e alegando que a independência conferida aos Poderes não poderia implicar o direito abusivo e ilimitado de oferecer objeções desmedidas e infundadas a iniciativas legítimas e constitucionalmente permitidas.

Em geral, a face conservadora do Congresso confrontava as reformas econômicas e sociais do *New Deal*, chegando a oferecer resistência implacável à integração dos negros, após a Segunda Guerra Mundial.

Várias leis, cujos projetos Roosevelt encaminhava ao Congresso para resgatar o país da Depressão, foram censuradas e derrubadas:

- a) Lei de Recuperação Nacional, de 1935: considerada inconstitucional no caso “*Schechter Poultry v. United States*”.
- b) Lei de Reajuste da Agricultura: censurada no caso “*Buther v. United States*”.
- c) Lei de Conservação do Carvão: contestada pelo caso “*Carter v. Carter Coal Co*”.
- d) Lei do Salário Mínimo: confrontada pelo caso “*More-head v. Tipaldo*”.

Como medida extrema, Roosevelt radicalizou e ameaçou alterar o contexto do alto Judiciário, visando, assim, alcançar e enfrentar os cinco *Justices* da Suprema Corte que posicionavam sempre resistentes ao *New Deal*.

A esse conservadorismo e seus efeitos torrenciais na história do Direito norte-americano, o Professor Álvaro Ricardo de Souza Cruz empresta rica contribuição:

O caso *Miller vs Oregon* [208 U.S. 412 (1908)] representa precedente de suma importância para esta fase da Corte americana. Ali definiu-se que o princípio do devido processo legal haveria de compatibilizar-se com a realidade social, abrindo espaço para uma nova hermenêutica denominada *construction*. O construtivismo sobrepôs-se aos métodos clássicos de interpretação silogística, tão do agrado do positivismo, elastecendo muito os poderes dos *Justices*.

E seria nesse contexto que Roosevelt, certamente inspirado nas lições do economista inglês Keynes, lançaria o *New Deal*, política econômica agressivamente intervencionista, como remédio para os males da grande Depressão.

Fiel à doutrina estabelecida no precedente *Lochner vs New York* (1905), a Corte passou a invalidar sistematicamente leis fundamentais ao adimplemento do intervencionismo estatal. Firme no conceito do *substantive due process*, a Corte viria em 1935 a declarar inconstitucional a Lei Nacional de Recuperação Industrial, lançada dois anos antes. Foi este o caso *Schechter Poultry Corp. vs United States* [295 U.S. 495 (1935)].

A reação foi imediata. Roosevelt foi à imprensa lançando enorme campanha política contra o que considerava "conservadorismo republicano" dos juízes. Enormes índices de desemprego e a crise econômica passaram a ser debitados na conta da Corte americana, que, todavia, permanecia incólume em seus entendimentos.

Em contrapartida, Roosevelt propôs o seu *court-packing plan*, projeto de lei que autorizava o Presidente da República a nomear tantos *Justices* quantos houvessem na Corte, com idade superior a 70 (setenta) anos e com exercício na magistratura superior há dez anos. Este número, contudo, não poderia ser superior a 15 (quinze) *Justices*.

Abriu-se com isso um conflito entre o Executivo e a Corte americana, colocando o Congresso como árbitro final do problema. Certamente os prognósticos para a Corte não eram os melhores. Assim, resolveu recuar e

abrir os olhos para a realidade social que vivia o país, dando início ao judicial *self-restraint*, ou seja, uma política judiciária de autolimitação dos poderes de revisão pelo Judiciário de atos dos outros poderes, numa adoção, na prática, daquilo que Canotilho (1991) denomina "lealdade constitucional entre os poderes". (CRUZ, 2004, p. 330/331)

Por fim, intentando combater a resistência do Judiciário, Roosevelt noticiou o envio ao Congresso da proposta por ele intitulada de "*Court – Packing Plan*" segundo a qual sempre que um Juiz completasse 70 anos e continuasse suas atividades, o Presidente estaria autorizado a indicar mais um membro para compor a Corte. Entre seus críticos, Van Devanter que contava com 78 anos de idade, Mc Reynolds e Sutherland que já haviam ultrapassado os 75 e Butler que já completara 71 anos. O projeto não se consumou, mas Roosevelt alcançou seus fins, haja vista que alguns opositores requereram sua aposentadoria e novos nomes assumiram seus espaços com ideologia progressista. Dessa forma, não foi necessário interferir na formação do Poder Judiciário. Ainda assim, a nação venceu aquela crise histórica com a preservação dos objetivos traçados pelo New Deal.

Dworkin, em sua obra "Levando os Direitos a Sério", trata do "ativismo judicial" no contexto do *New Deal* e termina por afirmar que o avanço do Direito Constitucional impõe fusão com a teoria moral:

Todo jurista acha que, em algum momento de sua história, a Suprema Corte errou, às vezes profundamente. Se ele não abomina as decisões conservadoras do início da década de 30, que ameaçaram bloquear o *New Deal*, é provável que abomine as decisões liberais da última década.

Não precisamos exagerar o perigo. As decisões realmente impopulares serão corroídas porque a adesão pública será relutante, como ocorreu no caso das orações nas escolas públicas, e porque os juizes mais velhos irão morrer ou se aposentar, e serão substituídos por novos juizes, indicados por estarem de acordo com um presidente que foi eleito pelo povo. As decisões contra o *New Deal* não se sustentaram, e as decisões mais ousadas dos anos mais recentes estão agora à mercê da Corte Nixon.

(...)

O direito constitucional não poderá fazer um verdadeiro progresso enquanto não isolar o problema de sua própria agenda. Isso conta como um argumento em favor de uma fusão do direito constitucional e da teoria moral, uma relação que, inacreditavelmente, ainda está por ser estabelecida. (DWORKIN, 2010, p. 232-233)

Nem mesmo a proeminência política do Poder Judiciário norte-americano, símbolo de grande expressão para o debate democrático daquele país como destacado no texto abaixo por Alexis de Tocqueville, poderia justificar uma postura radical e extremista, indiferente à realidade deplorável na qual à época se encontravam os Estados Unidos:

O que um estrangeiro com maior dificuldade compreende nos Estados Unidos é a sua organização judiciária. Por assim dizer, não há ocorrência política para a qual não ouça ele ser chamada a autoridade do juiz; e conclui, à vista disso, naturalmente que o juiz é, nos Estados Unidos, uma das primeiras forças políticas. Depois, quando passa a examinar a constituição dos tribunais, só descobre nela, a princípio, atribuições e hábitos Judiciários. Aos seus olhos, o magistrado nunca parece introduzir-se nos negócios públicos a não ser por acaso; mas esse mesmo acaso repete-se todos os dias.

(...)

O juiz americano assemelha-se, pois, perfeitamente aos magistrados das demais nações. É, entretanto, revestido de um imenso poder político. (TOCQUEVILLE, 1977, p. 82)

O mesmo autor, in *“De la Démocratie en Amérique”*, reafirma:

A extensão do Poder Judiciário no mundo político deve pois ser correspondente à extensão do poder eletivo. Se estas duas coisas não funcionam em conjunto, o Estado acaba por cair na anarquia ou na servidão.

Desde sempre, notou-se que os hábitos judiciais preparavam mal os homens para o exercício do poder administrativo.

Os americanos herdaram de seus «pais», os ingleses, a ideia de uma instituição que não tem nenhuma analogia com o que nós conhecemos no continente europeu, ou seja, a dos juizes de paz.

(...)

Os americanos confiaram a seus tribunais um imenso poder político, mas obrigando-os a atacar as leis apenas por meios judiciários, diminuindo muito os perigos desse poder.

Se o juiz tivesse podido atacar as leis de maneira teórica e geral, se ele tivesse podido tomar a iniciativa e censurar o legislador, ele teria entrado com brilho e força na cena política; tornando-se o campeão ou o adversário de um partido, ele teria convocado todas as paixões que dividem o país a tomar parte na luta. Mas, quando o juiz ataca uma lei num debate obscuro e numa aplicação específica, ele rouba em parte a importância do ataque, aos olhos do público. Sua atitude tem por objetivo apenas defender um interesse individual, a lei dificilmente será atingida. (TOCQUEVILLE, 1981, p. 139 e 171, tradução nossa)³⁰.

³⁰ L'extension du pouvoir judiciaire dans le monde politique doit donc être corrélative à l'extension du pouvoir électif. Si ces deux choses ne vont point ensemble, l'Etat finit par tomber en anarchie ou en servitude.

On a remarqué de tout temps que les habitudes judiciaires préparaient assez mal les hommes à l'exercice du pouvoir administratif.

Les Américains ont pris à leurs pères, les Anglais, l'idée d'une institution qui n'a aucune analogie avec ce que nous connaissons sur le continent de l'Europe, c'est celle des juges de paix.

(...)

Les Américains ont donc confié à leurs tribunaux un immense pouvoir politique; mais en les obligeant à n'attaquer les lois que par des moyens judiciaires, ils ont beaucoup diminué les dangers de ce pouvoir.

Si le juge avait pu attaquer les lois d'une façon théorique et générale; s'il avait pu prendre l'initiative et censurer le législateur, il fût entré avec éclat sur la scène politique; devenu le champion ou l'adversaire d'un parti, il eût appelé toutes les passions qui divisent le pays à prendre part à la lutte. Mais quand le juge attaque une loi dans un débat obscur et sur une application particulière, il dérobe en partie l'importance de l'attaque aux regards du public. Son arrêt n'a pour but que de frapper un intérêt individuel; la loi ne se trouve blessée que par hasard.

Ainda nessa esteira, demonstrando a vertente altamente política e dicotômica reinante na *Court Supreme*, Samuel R. Olken escreve um “*Historical Revisionism and Constitutional Change: understanding the new deal court*” – Revisionismo Histórico e as Mudanças Constitucionais: compreendendo a nova corte –, digno de ser comentado:

Como resultado, os rótulos políticos foram usados para descrever o processo de jurisdição constitucional na década de 1930 e nas décadas anteriores. Termos políticos, como "liberal" e "conservador", "progressista" e "reacionário", eram o assunto dominante sobre o Tribunal e as suas justiça. Na medida em que esta terminologia aparentemente tornava o processo de jurisdição constitucional mais acessível ao público e parecia retirar o véu da mística do Tribunal no início do século XX, também tornaram excessivamente simples as doutrinas constitucionais e distorceram o comportamento judicial. Juristas, como Oliver Wendell Holmes e Brandeis Louis, observa Branco, eram vistos como "progressistas" e "liberais" na base de um punhado de pareceres da Suprema Corte, ao passo que aos dissidentes de decisões de regulação econômica relativamente deferentes do Tribunal de Justiça dos meados para o fim da década de 1930, foram atribuídos os rótulos pejorativos de "reacionários" e "conservadores", embora alguns anos antes mantivessem uma visão objetivamente constitucional e alguns, como o então senador George Sutherland, tivessem apoiado reformas "progressistas", como indenização para os homens e direito de voto para as mulheres. (OLKEN, 2000, p. 15, tradução nossa)³¹.

As aludidas medidas adotadas por Roosevelt, independentemente de rótulos progressistas ou conservadores, focavam a imperiosa urgência de se reconstruir um país, atentando-se, em especial, para o resgate da pessoa humana em sua essência espiritual, cultural, social e política, acima dos apelos econômicos e mercantis que insistem em prevalecer desde o advento do Estado Liberal, tal como propugnou Arthur Diniz:

Necessitamos, com urgência, de um pacto mundial para uma nova humanidade, de um 'contrato mundial'. Mudança nos paradigmas caducos da Ciência Econômica, buscando no lucro sua razão suficiente. Esta Economia será lembrada, nos séculos vindouros, pela barbárie com que tratou seu componente mais precioso: o ser humano. Extermínio de populações inteiras ditado por interesses econômicos escusos, confusos.

³¹ As a result, political labels were used to describe the process of constitutional adjudication during the 1930s and previous decades. Political terms such as “liberal” and “conservative,” “progressive” and “reactionary” dominated commentary about the Court and its Justices. Insofar as this terminology seemingly made the process of constitutional adjudication more accessible to the public and appeared to remove the veil of mystique from the early twentieth-century Court, it also oversimplified constitutional doctrines and distorted judicial behavior. Jurists such as Oliver Wendell Holmes and Louis Brandeis, White notes, were viewed as “progressive” and “liberal” on the basis of a handful of Supreme Court opinions, whereas dissenters from the Court’s relatively deferential economic regulation decisions of the mid- to late-1930s were assigned the pejorative labels of “reactionary” and “conservative,” even though a few years before they held mainstream constitutional views and some, like then-Senator George Sutherland, had previously endorsed “progressive” reforms such as workmen’s compensation and women’s suffrage.

Tudo nos leva a crer que o atual 'evangelho da competitividade', justificando um neoliberalismo discutível, sejam os últimos estertores de uma visão distorcida da realidade humana. Ponto de partida para a busca sincera de novos paradigmas nas Ciências Sociais, tendo, como ponto cardeal a restauração da dignidade humana. (DINIZ, 1985, p. 181-182)

Na nova perspectiva de uma “leitura moral” da Constituição, proposta por Dworkin e objeto do capítulo 4, item “4.3” deste trabalho, é possível idealizar um outro perfil de cidadãos que advogam não apenas seus interesses pessoais, mas também as demandas da comunidade onde se encontram inseridos e o fazem com um real sentimento de pertença e verdadeiramente integrados. Essa visão cosmopolita foi imprescindível para apontar o horizonte em meio às turbulências emanadas da Grande Depressão, que ditaram a imperiosa adoção do *New Deal*, cuja grandeza e ousadia garantiram com vantagem a restauração política e sócioeconômica almejada.

7.2 A influência da mobilização social – o caso do aborto nos EUA

É possível notar, pela abordagem anterior concernente ao New Deal, que intensos são os desafios enfrentados pela democracia diante das múltiplas transformações sofridas pela sociedade, que acabam impondo ao Estado, por meio de seus Poderes, a tomada de posturas efetivamente justas, que a todos garantiam um futuro coerente com as proposições constitucionais.

É exatamente o que José Bernardo Toro, educador colombiano esclarece:

Os gregos se tornaram capazes de criar a democracia a partir do momento que descobriram que a ordem social não era ditada pelos deuses, mas construída pelos homens, quando vislumbraram a possibilidade de construir uma sociedade cujo destino não estivesse fora dela, mas nas mãos de todos os que dela participavam. (TORO, 2010)

No referido pronunciamento, o mesmo autor apresenta a Democracia como um pressuposto ético que faz fecundar um estilo de vida cuja real identidade é a dignidade para todos, sem distinção, selada pela liberdade, diversidade e respeito às diferenças, valores esses que, em geral, se consolidam historicamente por meio da participação e da mobilização social (TORO, 2010).

Alba Virgínia Pestana Lopes, *in* “Mobilização social e a construção da democracia”, proclama que “A vocação de uma Nação, o processo de conquista de sua identidade, é o reflexo dos processos individuais que contribuíram para a construção dessa identidade” (LOPES, 2004, p. 1). Portanto, não sem motivo, a Constituição brasileira, em seu artigo inaugural, afirma não só que a República Federativa do Brasil “constitui-se em Estado Democrático de Direito”, mas afirma também, no parágrafo único desse artigo, que “*Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição*”.

O inexorável ideal de uma sociedade livre, justa e solidária pode revogar das páginas da história de um povo a discriminação, o preconceito e as desigualdades sociais por meio de um processo de lutas de grupos e de classes organizadas. Caso não haja uma efetiva mobilização social, os objetivos da República, traçados no art. 3º da Constituição, não passarão de códigos frios e inóspitos, uma mera “moldura legal” (KELSEN, 1979, p. 466/467), analisada pelo filósofo do Positivismo Jurídico em sua decantada obra Teoria Pura do Direito, ao tratar acerca da interpretação da lei.

Na sociedade plural e democrática proclamada pela CR/88, reside o horizonte ético sobre o qual se alicerça o futuro da nação brasileira:

O horizonte ético é aquilo que dá sentido a um processo de mobilização. Uma das formas como um país explicita seu horizonte ético, seu projeto de nação, é através da sua Constituição. Nela ele define seu projeto de futuro, suas escolhas. Quanto mais participativo tiver sido o processo de sua elaboração, mais estas escolhas refletirão a vontade de todos e serão por todos compartilhadas.

(...)

Quando as pessoas assumem que têm nas mãos o seu destino e descobrem que a construção da sociedade depende de sua vontade e de suas escolhas, aí a democracia pode tornar-se uma realidade. (TORO; WERNECK, 1996, p. 6-7)

O Brasil tem se espelhado nas lutas históricas de outros países, tal como os Estados Unidos, país em que, por força da Primeira Emenda, a liberdade de expressão sempre estimulou a mobilização social. Questões políticas, econômicas, religiosas, de conotação privada ou de natureza pública, visitam e revisitam a arena prodigamente explorada pelos cidadãos no direito norte-americano por meio desses movimentos coletivos, que culminaram na conquista de uma significativa cesta de direitos e garantias fundamentais.

Dentre tantas matérias que envolvem celeumas inesgotáveis sobre eutanásia, suicídio, clonagem, pesquisas em células tronco embrionárias e outras, uma se evidencia de forma bastante peculiar. Trata-se do apelativo debate atinente ao aborto, que há décadas tem desafiado o Poder Judiciário nos Estados Unidos e no mundo com calorosas batalhas marcadas por avanços e recuos de direitos à luz de pelo menos duas bandeiras alçadas nos tribunais: a *primeira*, com as cores da filosofia dos grupos *pro-life*, os quais contestam essa prática, apregoando a proteção da vida do feto. Vislumbram nesse ente, ainda que disforme, um ser humano em potencial, com todas as suas prerrogativas legais, sociais e espirituais, merecedor de respeito e dignidade. A *segunda*, referente ao discurso *pro-choice*, centrado na defesa do livre arbítrio feminino frente à autonomia sexual e ao direito de procriação. As defensoras desse discurso reclamam o direito de decidirem em seu foro, unicamente pessoal, acerca da prorrogação ou interrupção da gravidez nas tantas situações em que essa hipótese tem sido juridicamente cogitada. Consideram tratar-se de interesse particular e de inteira privacidade da mulher, não comportando ali a intervenção do Estado.

O aborto, como é cediço, consiste numa das abordagens mais sombrias e controversas da história da humanidade. Donald P. Judges o compara ao sangrento conflito racial que eclodiu na Guerra Civil nos Estados Unidos no período de 1861 e 1865, ante a dissidência entre Estados escravistas e antiescravagistas, gerando a morte de cerca de 970 mil norte-americanos,³² sendo 618 mil soldados, mais 3% (três por cento) da população:

O aborto é um dos assuntos mais controversos de nosso tempo. Ele foi comparado ao conflito decorrente da escravidão que eclodiu na Guerra Civil. Ainda que tal comparação possa ser considerada exagerada, não se pode negar a profundidade do sentimento que o assunto produz. Para alguns não é nada menos que a matança de milhões e milhões das mais inocentes e vulneráveis de todas as vítimas e deste modo representa a afronta moral mais monstruosa da história da humanidade. Para outros, testa o compromisso da nossa sociedade com referência aos princípios fundamentais de liberdade individual, autonomia pessoal e bem-estar das mulheres.

Em sua essência, o conflito parece inconciliável. A gravidez só pode ter um entre dois possíveis resultados. A questão é quem decide entre eles. As poderosas reivindicações asseveradas pelo Estado, oferecidas em nome da criança que está por nascer, parecem colidir frontalmente com as declaradas pelas mulheres grávidas que pleiteiam o compreensível direito de escolher o resultado de sua gravidez. Em uma disputa tão amarga, onde ambos os oponentes apresentam reivindicações adversas: uma vitória

³² http://pt.wikipedia.org/wiki/Guerra_de_Secess%C3%A3o, acesso em 10 julho 2010.

parcial ou total de um lado ou de outro pode ser mais uma questão de “poder” do que de definição do “certo”. (JUDES, 1993, p. 4, tradução nossa).³³.

Nessa arena, suscitam-se profundos argumentos filosóficos, religiosos, econômicos, científicos, jurídicos, culturais e de toda ordem, desafiando a interpretação de um direito que insiste em manter-se justo e, para tanto, atento e sensível às particularidades e demandas de ambos os segmentos.

No que se refere à religião, persiste uma zona cinzenta quanto ao aborto. Cada dogma professa uma convicção distinta que depende da filosofia de fé adotada, aprovando ou repudiando sua prática sob fundamentos e em circunstâncias variadas. Sampaio oferece sua contribuição a essa matéria *in “Direito à Intimidade e à vida Privada – uma visão jurídica da sexualidade, da família, da comunicação e informações pessoais, da vida e da morte”*, ao ensinar, na nota nº. 193 da pág. 327 o que segue:

Na comunidade religiosa, o tema, embora situado em outro nível, é controvertido: entre os primeiros pensadores católicos, nenhum defendia que o feto tivesse alma tão logo fosse concebido. *São Gerônimo* só considerava o aborto um homicídio, após ter o feto desenvolvido aparência humana: “recebido sua aparência e membros”; *São Tomás de Aquino* afirmava que, ao ser concebido, o feto não possuía uma alma racional e intelectual, só a adquirindo algum tempo depois: 40 dias passados, no caso do homem, e um pouco mais tarde, nas mulheres. Considerando-o, todavia, um desígnio de Deus, reputava-se um grave pecado seu “homicídio antecipado”, como ficou assentado, afinal, nos vários decretos do Papa Gregório IX, virando doutrina oficial da igreja. De acordo com a *Instrução sobre o Respeito da Vida Humana e sobre a Dignidade da Procriação*, publicada pelo Vaticano em 1987, toda pessoa humana teria um direito à vida e à integridade física do momento da concepção até a morte. Consoante a lei judaica, por outro lado, o feto não seria uma pessoa, logo, não seria crime o aborto, mas um pecado. (SAMPAIO, 1998, p. 327)

³³ Abortion. It is one of the most divisive issues of our time. It has been compared with the regional conflict over slavery that erupted into the Civil War. While that comparison may be exaggerated, there is no denying the depth of feeling the issue elicits. To some it is nothing less than the slaughter of millions upon millions of the most innocent and vulnerable of all victims, and thus stands as the most monstrous moral outrage in human history. To others it tests our society's commitment to fundamental principles of individual liberty, personal autonomy, and women's welfare. Stripped to its essentials, the conflict seems intractable: pregnancy can have only one of two possible outcomes. The issue is who gets to decide between them. The powerful claims asserted by the state on behalf of the unborn child appear to collide head-on with the pregnant woman's understandable assertion of a right to choose the outcome of her pregnancy. In such a bitter contest, where both sides champion compelling but opposing claims, partial or total victory for one side or the other may be more a function of "might" than "right."

Sob esse diapasão, Dworkin compreende que a paradigmática questão do aborto se refere a uma matéria de interpretação constitucional, de princípio jurídico e reafirma em sua publicação *“Justice in Robes”*:

Uma constituição pode prever, por exemplo, que qualquer lei putativa decretada por legislatura que negue "a proteção igualitária das leis" a qualquer grupo é inconstitucional e nula. Nesse caso, se a lei diz que somente os homens e não as mulheres estão sujeitos ao serviço militar obrigatório, poderia ser discutido se essa distinção é injusta.

O que a lei é poderia depender do que ela deveria ser em outras formas também. Muitas das leis em nações maduras são estabelecidas por estatutos, regulamentos e outras formas de decretos sendo que o texto de tais decretos podem ser abstratos, vagos ou ambíguos. *O texto pode prever, por exemplo, que os abortos sejam legalmente permissíveis apenas quando "necessário para proteger a saúde da mãe." Nesse caso, se a lei permite um aborto para proteger a estabilidade emocional de uma mulher em vez da sua saúde física, depende se a lei deve distinguir entre a saúde mental e física em tais questões.* O texto de um regulamento pode parecer claro o suficiente, mas capaz de um resultado surpreendente se interpretado literalmente (DWORKIN, 2006, p. 6, tradução nossa, grifo nosso).³⁴

Para melhor compreensão da matéria, releva observar que seu ponto de tensão se localiza entre o *“direito das mulheres de determinar o uso de seus corpos e o direito de viver dos nascituros”* (HECK, 2007, p. 223). Do ponto de vista de Dworkin, prevalece a sacralidade da vida, razão pela qual esta deve ser mantida a salvo de posturas violentas ou inconsequentes. Ele destaca que *“o maior insulto à santidade da vida é a indiferença ou indolência perante sua complexidade”* (DWORKIN, 1994, p. 240, tradução nossa)³⁵. Ainda nesse debate, o mesmo jusfilósofo norte-americano desnuda o feto de personalidade ao consignar que:

Cada criatura humana, incluindo o embrião mais tenro, é um triunfo da criação divina ou evolutiva que produz do nada um ser dotado de razão, complexo e, ao mesmo tempo, o que comumente chamamos de “milagre” do ser humano, diferente dos demais e, mesmo assim, uma continuação

³⁴ A constitution may provide, for example, that any putative law enacted by the legislature that denies "equal protection of the laws" to any group is unconstitutional and void. In that case, whether it is the law that men but not women are subject to compulsory military service might be thought to depend on whether that distinction is unfair.

What the law is might be thought to depend on what it should be in other ways as well. Much of the law in mature nations is set out in statutes, regulations, and other forms of written enactment, and the text of these enactments may be abstract, vague, or ambiguous. The text may provide, for example, that abortions are legally permissible only when "necessary to protect the health of the mother." In that case, it might be that whether the law permits an abortion to protect the emotional stability of a woman rather than her physical health depends on whether the law ought to distinguish between mental and physical health in such matters. The text of a regulation might seem clear enough but capable of a surprising result if interpreted literally.

³⁵ The greatest insult to the sanctity of life is indifference or laziness in the face of its complexity.

dos seres humanos que lhe deram origem - (DWORKIN, 1994, p. 8, tradução nossa).³⁶.

Nesse palco, travam-se verdadeiras guerras religiosas que disputam acirradamente “a privatização de verdades sacrossantas” (HESSE, 2007, p. 255). É o que ressalta José N. Heck, ao publicar “*Princípioalismo Bioético: a posição de Ronald Dworkin sobre Aborto e Eutanásia*”. Este estudioso desvela também que os dissensos éticos ideológicos concernentes ao aborto passam pelo pêndulo ora do “*primado jurídico*”, ora do “*princípio do respeito à vida*” ou mesmo do “*descompasso das pesquisas de opinião*” (HESSE, 2007, p. 255). Na primeira hipótese, há a prevalência dos interesses do movimento pró-liberdade. Nas duas últimas, sobressai a bandeira pró-vida, com a proteção irredutível do feto, erigido à condição de um ser humano em potencial.

Em sua publicação *Life's Dominion*, Dworkin (1994) reporta-se à Convenção Bienal das Sinagogas Unidas da América (1975). Sustenta que o aborto pressupõe dramas de natureza psicológica, moral e religiosa, não havendo como negar que envolve delicada condição sobre a saúde e a dignidade da mulher gestante, fato este que, necessariamente, requer prioridade máxima nas tomadas de decisão.

Heck pontua que a *tolerância e a seriedade morais* são invocadas por Dworkin como caminhos para a pacificação de dissensos tão agudos como estes cujas deliberações, devem ser tomadas “*à revelia das penalidades disponíveis no Estado de Direito*” (HECK, 2007, p. 226). Conclui, assim, que ao poder público não deve ser permitido castigar quem quer que seja pela prática de aborto, haja vista que esse ato reside na esfera dos valores individuais e privados de cada pessoa. Arremata sua teoria, declarando que seu posicionamento se deve ao fato de o dilema do aborto desafiar não exatamente a questão que perquire se o embrião tem vida e se, portanto, possui personalidade ou não, mas, consiste sim, em se elucidar se sua prática encontra-se amparada ou não pela Constituição.

Beverly Baunes (2004), in “*Abortion Judicial Activism and constitutional Crossroads*” propõe uma leitura do assunto na concepção da Supreme Court of Canada's. O *scholar canadense* promoveu apurada análise acerca de controvérsias jurisprudenciais na história daquele tribunal. Conclui no seu texto, que a

³⁶ Any human creature, including the most immature embryo, is a triumph of divine or evolutionary creation, which produces a complex, reasoning being from, as it were, nothing, and also of what we often call the “miracle” of human being both different from and yet a continuation of the human beings who created it.

“Constituição canadense é muda sobre o direito de aborto” (BAUNES, 2004, p. 171), circunstância esta que favorece a reação dos críticos, sobretudo da ala conservadora. Afirma que a gênese das divergências suscitadas não só pelos cientistas do direito, bem como pelo movimento feminista daquele país traduz-se na tensão entre os princípios de liberdade e de igualdade, tornando-se premente, na sua acepção, “a defesa da igualdade de acesso das mulheres ao aborto”:

Sob a perspectiva da separação de poderes, a controvérsia entre soberania popular e substantiva, indiscutivelmente, representa o principal conflito constitucional que inquieta os canadenses contemporâneos. Talvez isso tenha causado a divergência entre soberania parlamentar e popular que Ackerman e Charney identificaram há duas décadas. Como alternativa, talvez suas preferências de inspiração americana simplesmente não se transferirão ou criarão raízes em solo constitucional canadense. *De qualquer modo, as feministas que desafiam a jurisprudência do aborto da Suprema Corte Canadense evocaram, com precisão, a controvérsia constitucional. Mais cedo ou mais tarde, a Corte terá que explicar a diferença entre a liberdade e princípios de igualdade.* O componente constitucional dessa explicação evocará o que resta da controvérsia da separação de poderes, a saber, qual grupo alvo - Nós, povo ou legisladores - os juízes se propõem mobilizar. *Dessa forma, seguindo os passos das advogadas feministas que analisam a jurisprudência de aborto da Corte, concluo que os juízes deviam aspirar mobilizar as legislaturas que defendam a igualdade de acesso ao aborto para as mulheres* ((BAUNES, 2004, p. 183, tradução nossa, grifo nosso).³⁷.

Nos Estados Unidos, tal dilema inaugurou-se junto à *Supreme Court* de forma mais determinante em 1812, pelo emblemático “*Commonwealth v. Bangs*”, quando o aborto não foi reconhecido como crime, ante a ausência de tipicidade e de previsibilidade legal, embora reconhecidos à época “ser de elevado grau de ofensa à moral e à sociedade” (JUDGES, 1993, p. 98).

Inaugurou-se, assim, um permanente portal de profundas discussões em torno de tão reacionária matéria. Em 1849, in “*State v. Cooper*”, a New Jersey Supreme Court assim deliberou:

³⁷ From the separation of powers perspective the controversy between popular and substantive sovereignty arguably represents the only constitutional crossroads that confront contemporary Canadians. Perhaps it displaced the controversy between parliamentary and popular sovereignty that Ackerman and Charney identified two decades ago. Alternatively perhaps their American-inspired preference for *Vie the People* simply will not transfer to and take root in Canadian constitutional soil. Either way, the feminists who challenged the Canadian Supreme Court's abortion jurisprudence more accurately evoked our current constitutional controversy. Sooner or later the Court will have to explain the difference between the liberty and equality principles, and the constitutionally component of this explanation will evoke what remains of the separation of powers controversy, namely which target group - We the People or legislators - the judges propose to mobilize. Following in the footsteps of the feminist legal scholars who analyzed the Court's abortion jurisprudence, therefore, I conclude that the judges should aspire to mobilize legislatures in support of equality of access to abortion for women.

Não há, em nenhum deles, uma referência sobre a prática do aborto por destruição do feto como crime contra a pessoa ou contra Deus e a religião. O aborto, como um crime, é encontrado apenas em tratados e em estatutos modernos (JUDGES, 1993, p. 99, tradução nossa)³⁸.

Esse julgamento alude a fatos ocorridos em New Jersey os quais suscitaram sérias indagações acerca do aborto, concluindo-se que, se a mãe não foi raptada e o aborto se deu com o seu consentimento, então não deve ser considerado ato criminoso, podendo ser absolvido aquele que o praticou.

Em 1850, o assunto visitou a *Supreme Court of Pennsylvania* com *Mills v. Commonwealth*, quando aborto foi recriminado sob os seguintes argumentos:

É um crime flagrante no direito comum tentar praticar o aborto em mulheres, pois interfere e viola os mistérios da natureza naquele processo pelo qual a raça humana é propagada e difundida. É um crime contra a natureza que obstrui o manancial da vida e, dessa forma, deve ser punido (JUDGES, 1993, p. 99, tradução nossa)³⁹.

Em seu decantado compêndio, Judges (1993) anota que nos anos 1860 a 1880 a Associação Americana de Médicos e a liderança antiaborto fortaleceram-se, e muitos Estados proibiram essa prática. Em 1966, houve legalização do aborto em diversos Estados. Em 1970, foi aprovado em 13 Estados para evitar danos à vida da mãe; em 12(doze), quando o feto apresentasse enfermidades congênitas físicas ou mentais e em outros por razões de estupro e incesto.

No entanto foi em 1973 que o incendiário *Roe v. Wade* tomou indizíveis proporções ante a busca de respostas absolutas exigidas pelos dois grupos opostos. Jane Roe, tal como ficticiamente era conhecida, arguiu a constitucionalidade de uma Lei do Estado do Texas a qual proibia a prática abortiva, considerando-a crime, salvo para proteger a vida da genitora.

Moça pobre de pouco mais de 21 anos de idade, ao andar por uma estrada rural foi atacada e estuprada por uma quadrilha formada por três homens e duas

³⁸ There is in none of them a reference to the mere procuring of an abortion by the destruction of the foetus unquickened, as a crime against the person or against God and religion. *Abortion*, as a crime, is to be found only in modern treatises and in modern statutes.

³⁹ It is a flagrant crime, at common law, to attempt to procure the miscarriage or abortion of the woman; because it interferes with and violates the mysteries of nature, in that process by which and violates the mysteries of nature, in that process by which the human race is propagated and continued. It is a crime against nature, which obstructs the fountain of life, and therefore it is to be punished.

mulheres. Ficou grávida. Quis submeter-se a um aborto médico, que não era permitido pelas leis de seu Estado (Texas) (CORREIO BRAZILIENSE, 1990).

Em síntese, a história registra que a Suprema Corte julgou como inconstitucional o fato de alguns Estados somente admitirem o aborto em caso de risco para a vida da mãe. Em sua concepção, tal postura restritiva confrontava a Emenda nº. 14 da Constituição, haja vista que consistia em crassa violação ao direito de privacidade das mulheres.

Foi adotado um sistema trimestral, de sorte que a deliberação acerca do aborto seria de exclusiva liberalidade da mãe e de seu médico até o fim do 1º trimestre de gestação. Num segundo momento, a saber, depois desse período da gravidez, os Estados teriam autonomia para normatizar tal conduta, sopesando, para tanto, como critério principal, a saúde da gestante.

Como última condição, esta “*hard choice*” pertenceria ao Estado após a determinação da viabilidade do feto, com poder de criminalizar o aborto, exceto havendo ameaça à saúde da mulher, realça Judges (1993). É indubitável que o posicionamento da Suprema Corte interferiu praticamente em todas as Leis estaduais que cuidavam da matéria repaginando-a em todo o país, fundamentando-se nos danos que poderiam gerar:

O dano específico e direto medicamente diagnosticável mesmo na primeira gravidez pode ser incluído. A maternidade ou descendentes adicionais podem forçar a mulher a uma vida e futuro estressantes. O dano psicológico pode ser iminente. A saúde mental e física da criança pode exigir cuidados. Existe também a angústia, de todos os envolvidos, associada à criança não desejada, além do problema relacionado ao fato de nascer um infante em uma família já psicologicamente ou de outra forma despreparada para cuidar dele. Em outros casos, como nesse, o preconceito contra a mãe solteira também pode estar envolvido. (JUDGES, 1993, p. 143, tradução nossa)⁴⁰

Para alcançar tal veredicto, a *Supreme Court*, pela via da interpretação, concluiu que a Décima Quarta Emenda não incluiu a proteção ao nascituro *porque este não seria portador de personalidade jurídica*. Durante o mesmo ano de 1973, a questão foi colocada igualmente em evidência em “*Doe v. Bolton*”, em cujo veredicto restou entendido que o direito ao aborto era relativo. Aquela lei autorizava o aborto

⁴⁰ Specific and direct harm medically diagnosable even in early pregnancy may be involved. Maternity, or additional offspring, may force upon the woman a distressful life and future. Psychological harm may be imminent. Mental and physical health may be taxed by child care. There is also the distress, for all concerned, associated with the unwanted child, and there is the problem of bringing a child into a family already unable, psychologically and otherwise, to care for it. In other cases, as in this one, the additional stigma of unwed motherhood may be involved.

em três circunstâncias: quando a gravidez colocasse em risco a saúde ou a vida da gestante, nos casos de má formação congênita do feto e em situações de estupro. A aludida norma exigia comprovante de residência no Estado da Geórgia, além de estabelecer que o ato fosse consumado em hospital credenciado e endossado por comitê apropriado. Posteriormente, em novo julgamento, concluiu-se serem inconstitucionais tanto essa exigência do atestado de residência, quanto a aquiescência dos dois médicos, por restringirem o direito de exercer livremente a profissão, além do que instituía discriminação entre cidadãos residentes e não residentes.

Em 1975, o Estado da Virgínia foi estremecido pelo julgamento “*Bigelow v. Virgínia*”, no qual se discutiu a inconstitucionalidade de norma:

Determinou que nenhum meio de comunicação deveria fazer publicidades atinentes à prática de aborto. Um cidadão chamado Bigelow, Editor do Jornal Virgínia Weekly foi condenado por ter colocado uma publicidade no jornal em nome de uma organização que indicava clínicas e hospitais que realizavam procedimentos de abortos no Estado de New York (CABRAL, 2009).

Na decisão desse impasse pela inconstitucionalidade, a Corte suscitou o precedente “*York Times v. Sullivan*” (1964), cujo teor entendia que o controle de matérias publicitárias violava a Primeira Emenda.

Digno também de nota é “*Planned Parenthood of Central Missouri v. Danforth*” (1976), quando foi levantada a inconstitucionalidade da exigência de se provar a viabilidade do feto para fins de se conseguir a autorização do aborto no Estado do Missouri. Viabilidade esta, conceituada como “*o estágio de desenvolvimento fetal, em que a vida do feto pudesse continuar de forma indefinida fora do útero materno, seja por meio natural, seja por meio artificial*” (CABRAL, 2009).

Nesse mesmo processo, perquiria-se acerca da exigência da lei também sob outros aspectos: necessidade de que a gestante entregasse, por escrito, um consentimento, confirmando sua livre disposição de realizar o aborto, independentemente de qualquer coação; anuência expressa e por escrito dos pais e/ou representantes legais da mulher, quando menor de idade; e, permissão do cônjuge para mulheres já emancipadas. *In casu*, somente quanto à exigência de autorização e anuência dos pais e/ou marido foi a lei considerada inconstitucional,

considerando-se que não caberia nem mesmo ao Estado interpor-se entre a mulher e essa dura escolha.

No Estado da Pennsylvania, em 1977, surgiu “*Beal v. Doe*”, cuja controvérsia residia no fato de que a assistência médica prestada se limitaria à prática de abortos terapêuticos, em que houvesse ameaça à saúde da mulher, tendo, ao final, sido julgada constitucional essa medida.

Naquele mesmo ano, *in* “*Maher v. Roe*” o debate se estabeleceu em torno do fato de que, em Connecticut, a Seguridade Social destinava-se exclusivamente às grávidas reconhecidamente pobres, limitando-se aos abortos terapêuticos praticados no 1º trimestre gestacional. “*Suzan Roe*” interpôs ação contra o ato de Edward Maher, responsável pelo Serviço de Assistência Social daquele Estado, com o argumento de que tal realidade jurídica desafiava a Emenda Constitucional nº. 14, consagrada como a cláusula da “*equal protection*”. A matéria, entretanto, foi considerada constitucional, legitimando, assim, a postura questionada. (*Maher v. Roe*, 1977)

Em Saint Louis, *in* “*Poelker v. Doe*” (1977), arguiu-se o fato de terem sido impedidos abortos não terapêuticos em dois nosocômios públicos, mas a argumentação de que aquela conduta confrontava a Emenda nº. 14 foi recusada, considerando-se que o Estado não tem o dever de promover o financiamento público daquela prática (*Poelker v. Doe* 1977).

“*Cora Mc Era*”, em 1980, acionou Patrícia R. Harris, responsável pela Secretaria de Saúde e de Serviços Humanos, em decorrência de o Congresso Nacional dos Estados Unidos ter, à época, restringido o uso de recursos federais destinados ao custeio de aborto realizado por um programa de assistência médica e, portanto, em seu entendimento, violar as Emendas Constitucionais nºs. 1 e 5. A Excelsa Corte decidiu que a mulher tinha de fato a liberdade de escolha, mas não a garantia de submeter-se a aborto não terapêutico à custa dos cofres públicos. (*HARRIS v. MCRAE*, 1980)

Igualmente digno de nota é o “*Akron v. Akron Center for Reproductive Health*” (1983). É que o município de Akron definiu as seguintes condições para a efetivação de abortos: a) aqueles realizados após o 1º trimestre de gravidez só deveriam ser consumados em hospitais; b) o consentimento obrigatório dos pais quando as gestantes fossem menores de idade; c) a obrigatória anuência dos maridos, para a realização de abortos em mulheres maiores de idade; d) o acompanhamento médico

preliminar às pacientes; e) a necessidade de se aguardar 24 horas para a realização em conformidade com a legislação sanitária. Após calorosos debates, a Corte Suprema julgou inconstitucionais esses critérios, por obstaculizarem excessivamente os abortos sem caráter terapêutico.

Acrescente-se, outrossim, que em 1986, no Estado da Pennsylvania, uma celeuma deu-se em torno de *“Thornburgh v. American College of Obstetricians & Gynecologists”*. Este, de igual sorte, opôs-se a leis que reduziam significativamente as hipóteses para autorização do procedimento abortivo, em total afronta à privacidade da gestante, sendo, então, decretada a inconstitucionalidade de tais normas.

Em sequência, houve, em 1989, um emblemático questionamento *in “Webster v. Reproductive Health Services”*, ante a imposição de leis no Estado do Missouri, as quais mitigavam as hipóteses de interrupção da gravidez, sem natureza terapêutica. Ao término do recurso, concluiu-se que: a) inexistia ação afirmativa para imposição aos estados de financiamento de abortos sem caráter terapêutico; b) o só aconselhamento das parturientes não transgride o direito das mulheres interromperem a gestação; c) a imposição de avaliação acerca da viabilidade fetal tem caráter constitucional, ante a proteção da vida pelo Estado.

Some-se a essas causas, outrossim, a demanda *“Hodgson v. Minnesota”*, que se instalou na Suprema Corte em 1990 em face de preceito legal que determinava que ambos os pais da gestante menor de idade teriam que ser notificados acerca de aborto por esta praticado, fazendo-o em pelo menos 48h após este ter sido realmente consumado, salvo em circunstância de emergência médica e de exploração sexual efetuada pelos pais. Após intensos debates, a Corte decidiu ser constitucional a anuência de somente um dos pais.

Outro, no entanto, foi o núcleo de discussão de *“Rust v. Sullivan”*, relativo a um Fundo do Governo dos Estados Unidos o qual, em que pese ter como foco o planejamento familiar, restringia os recursos para a prática de aborto. Por fim, aquele julgado declarou que a aludida decisão não confrontava a Constituição. Para tanto, em 1991 a Corte considerou que ao governo dos Estados Unidos não cabia o dever de fornecimento de contraceptivos análogos, a exemplo do aborto.

Em *“Planned Parenthood of Southeastern Pennsylvania v. Casey”*, determinada norma instituiu alguns pressupostos para a realização do aborto, principalmente o consentimento informado e a espera de 24 horas para efetivação

do procedimento. A gestante menor deveria ser autorizada por um dos pais e a mulher casada teria que notificar o marido. Em apertada decisão reafirmou-se, em 1992, o precedente “*Roe v. Wade*” (1973), definindo novas bases para a análise das leis estaduais que versavam sobre o tema. As condições mencionadas foram acatadas, à exceção da notificação prévia dos maridos.

Em 2003, foi sancionada pelo Congresso Nacional o “*Partial-Birth Abortion Ban Act*”, impedindo que se fizesse aborto em casos de nascimento parcial do feto. Essa lei foi julgada inconstitucional, uma vez que havia práticas desumanas de aborto, destruindo-se crianças parcialmente nascidas. Assim, prevaleceu *in casu*, a filosofia *Pro-Vida*. Porém, continuou em vigência o *Roe v. Wade*, e a *Supreme Court* posicionou-se, em 1973, pela *Pro-escolha*, decisão esta que representa um símbolo histórico de indizível conquista dos direitos individuais para a sociedade norte-americana.

Em que pese o ponto nodal desse capítulo consistir na compreensão do aborto nos Estados Unidos, releva visitar a matéria em outros territórios à guisa de maior enriquecimento e elucidação acerca do tema, considerando-se seu incontestado caráter de natureza universal.

Há que se ressaltar, portanto, que, ao término dos anos 80, houve séria inquietação na Europa provocada por uma ação impetrada por um inglês em face de sua mulher, por ter esta, unilateralmente, efetuado aborto, respaldada pela *Abortion Act of 1967*. Sustentava o postulante que a aludida conduta se contrapunha à proteção da vida e do respeito à família, destacados nos arts. 2º e 8º da Convenção Européia dos Direitos Humanos, respectivamente. Aquele pleito foi recusado sob o auspício de que o feto não é “pessoa” e não tem “vida” na concepção adotada por vários estados europeus quanto ao seu “termo inicial”. Como aquela gravidez foi interrompida nas 10 semanas iniciais, respeitando inclusive os outros requisitos exigidos, concluiu-se que o respeito pela vida familiar do pai potencial deveria ser superado pelo respeito da vida privada e da saúde da mãe (Europa, 1978, p. 639).

Demanda de igual natureza, inclusive reivindicando perdas e danos, foi rejeitada pelo Conselho de Estado Francês em 30/10/80, haja vista que a pretensão do legislador era de conferir à mulher a avaliação de suas dores físicas e emocionais. Destarte, concedeu-lhe o inteiro e inequívoco poder de proceder ao aborto nas 10 semanas iniciais da gravidez, independentemente de autorização do marido, mas precedido de aconselhamento e de um prazo para a melhor reflexão,

podendo contar até mesmo com 70%(setenta por cento) dos custos financiados pelo governo.

À luz do conhecimento de Sampaio (1998), admitiu-se, no direito germânico em 1976, o aborto nas 12 semanas preliminares se a gestação implicasse sério dano à saúde da mãe. Esse prazo era majorado para as 22 semanas iniciais se houvesse a deformidade do feto, períodos estes que foram bem mais flexibilizados com a unificação das Alemanhas.

Quanto ao direito brasileiro são admitidos os abortos de caráter terapêutico necessário (para salvar a vida da mãe), e sentimental, ético ou humanístico se a gravidez resulta de estupro ou incesto. Entretanto, constituem crime todas as demais modalidades (arts. 124 ao 126 do diploma penal pátrio). Encontra-se, porém, em ferrenho debate a possibilidade de descriminalizar também o aborto de fetos anencefálicos – compreendidos como os que não possuem encéfalo nem medula espinhal.

É nesse cenário que se manifesta Oliveira (2005), noticiando que em 1991, no Estado do Mato Grosso do Sul, de forma emblemática, foi deferido pioneiramente um aborto anencefálico, oportunidade em que se lembra também que, hodiernamente, mais de 2.000(dois mil) alvarás nesse sentido foram concedidos pelo Poder Judiciário e pelo Ministério Público.

Em 17 de junho de 2004 foi proposta pela Confederação Nacional dos Trabalhadores na Saúde – CNTS, em litisconsórcio com o Instituto de Bioética, Direitos Humanos e Gêneros – ANIS, uma “Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF Nº. 54). Insistem no sentido de que os casos previstos no Código Penal Brasileiro, como o crime de aborto com o consentimento da mulher, violam preceitos fundamentais da Constituição da República, a saber: dignidade da pessoa humana, princípio da legalidade, da liberdade e autonomia da vontade, e o direito à saúde. Como resposta a esse procedimento, em 1º de julho de 2004 foi reconhecido liminarmente o direito ao aborto terapêutico em casos de fetos anencefálicos, tendo sido em sentido contrário o parecer do Procurador Geral da República. Atualmente, aguarda-se decisão concernente ao mérito dessa demanda de interesse nacional.

Em sua fundamentação, a CNTS argumentou que a anencefalia é “um quadro incompatível com a vida, sendo fatal em 100% dos casos” (BECKER, 2004, p. 32-33). Por outro lado, em 26/11/03, na Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, a

Ministra Laurita Vaz, deferiu liminarmente o *habeas corpus* (HC) 32159, revogando sentença do TJRJ que concedera alvará permitindo aborto anencefálico pleiteado por Gabriela Oliveira Cordeiro:

HABEAS CORPUS Nº 32159-RJ (2003/0219840-5)
 Habeas corpus. Penal. Pedido de autorização para a prática de aborto. Nascituro acometido de anencefalia. Indeferimento. Apelação. Decisão liminar da relatora ratificada pelo colegiado deferindo o pedido. Inexistência de previsão legal. Idoneidade do *writ* para a defesa do nascituro. (www.stf.jus.br)

Inconformada, a ativista *pro-choice* Fabiana Paranhos impetrou o HC 84025 em 26/02/04 junto ao Supremo Tribunal Federal buscando cassar a decisão do STJ. O Procurador Geral da República, Cláudio Lemos Fonteles, pronunciou-se em 03/03/04 contrariamente ao acatamento do processo, por entendê-lo como via inadequada, e quanto ao mérito, recusou sua pretensão.

Assim, em 28 de fevereiro de 2004, nasceu “MARIA VIDA”, tal como resolveu chamá-la emblematicamente sua mãe Gabriela. Porém, faleceu 7 minutos depois, sendo antes batizada por um sacerdote. Sobre esse evento, o então Ministro do STF Joaquim Barbosa, Relator, lamentou que o STJ tenha postergado a tomada de decisão em decorrência de burocracias e excesso de formalismos jurisdicionais próprios do sistema brasileiro, impedindo, assim, a possibilidade do STF posicionar-se sobre esse dilema que constituiu um profundo drama nacional, uma vez que o HC 84025 perdera o objeto ante o nascimento e sucessivo falecimento da referida infante (www.stf.jus.br). Digna de nota, a manifestação do Ministro Celso Mello (STF), endossando o entendimento do Ministro Joaquim Barbosa no referido caso:

O dogmatismo religioso, e digo isso porque a decisão que motivou esse Habeas Corpus foi provocada - e não questiono as razões do impetrante - mas foi provocada por um sacerdote católico, que postulou a adoção de medida diametralmente oposta àquela perseguida por essa jovem gestante. O dogmatismo religioso revela-se tão opressivo à liberdade das pessoas quanto a intolerância do Estado, pois ambos constituem meio de autoritária restrição à esfera de livre arbítrio e de auto-determinação das pessoas, que não de ser essencialmente livres na avaliação de questões pertinentes ao âmbito de seu foro íntimo, notadamente em temas do direito que assiste à mulher, seja ao controle da sua própria sexualidade, e aí surge o tema dos direitos reprodutivos, seja sobre a matéria que confere o controle sobre a sua própria fecundidade. (HC 84025 – www.stf.jus.br)

Tal como demonstrado, o aborto é como uma navalha moral que divide corações e mentes em todos os países em meio a tempestades filosóficas que geralmente culminam em debates centrados na religião, na ética e nos direitos

humanos. O mapa constante do anexo C ao final deste estudo revela a posição hodierna dos países quanto à permissão ou proibição do aborto e o anexo D demonstra quantitativamente a prática desse ato em vários territórios.

O referido mapa e o gráfico mencionado comprovam que a dilacerante questão sobre o aborto permeia todos os grupos sociais, constituindo um marcante divisor de águas que assume uma nova roupagem em cada país, dependendo de história, cultura, economia, política e filosofia religiosa adotadas. Em regra, quanto maior e mais avançada a política socioeconômica, menos resistência ao aborto apresentará, sendo, nesse caso, mais tendente a uma interpretação *pro-choice*, a exemplo da Áustria, Bélgica, China, Dinamarca, França, Estados Unidos, dentre outros referidos nos anexos supramencionados.

Afinal, nessa esteira pairam mistérios e incógnitas que, para serem desvendados, ainda exigirão profundo empenho por parte dos estudiosos da ciência e da fé, razão pela qual impossível será a unidade prática e dogmática da presente matéria:

Eis um dos temas mais polêmicos do Direito. Há razões para negá-lo, há razões para defendê-lo; todas muito plausíveis, todas com suas incompletudes. Em uma rápida mirada, podemos identificar o direito à vida do nascituro a contrapor-se ao direito à vida privada da mulher, bem como ao seu direito ao corpo. (SAMPAIO, 1998, p. 326 a 327)

De forma enfática e respeitosa, com particular convicção, Judith Thompson apresenta nesta tribuna seus fundamentos *pro-choice* para serem eticamente julgados:

Ainda que fosse o feto uma pessoa e, conseqüentemente, tivesse um direito a viver, esse direito não poderia ser exercido às custas de outro. Você acorda certa manhã ao lado de um violonista inconsciente. Um famoso violonista inconsciente, que sofre de uma doença renal que o levará à morte, a menos que obtenha um rim e um sistema circulatório emprestados por algum tempo para purificação de seu sangue: mas só há uma pessoa que apresenta características compatíveis com as do violonista: você. Desesperada, a Sociedade dos Aficionados pela Música – AM dopa e rapta você. Ao acordar naquela manhã, percebe ao seu lado o violonista e algo mais: o sistema circulatório do violonista foi ligado ao seu, para permitir a filtragem do sangue impuro. O diretor do hospital chega então junto à cama e diz: “Sinto muito pelo que a Sociedade dos Aficionados pela Música fez com você. Nós nunca teríamos permitido se soubéssemos. Mas não se preocupe, será apenas por nove meses, após o que ele estará recuperado e poderá ser separado de seu corpo, sem problemas”. E então, o que fazer? (THOMPSON, 1971, p. 509)

A *contrario sensu*, *Teresa Stanton Collett* realiza um profundo estudo sobre a polêmica questão do aborto, no qual adverte que nem a Constituição norte-americana e tampouco suas emendas respondem aos dilemas desafiados por essa matéria. Então, esclarece ter sido este o principal fundamento do veredicto da *Court Supreme* no emblemático “*Roe v. Wade*”, decisão esta por ela criticada veementemente. Em sua conclusão, posiciona-se a favor do *pro-life*, afirmando:

Finalmente, há alguma razão para esperar que o Tribunal considerará mais ceticamente as alegações dos provedores de aborto de que representam o interesse das mulheres, em vez de seus próprios interesses comerciais e políticos. Enquanto não houver uma reviravolta em *Singleton v. Wulff*, em um futuro imediato, o reconhecimento da Justiça de Kennedy de que o aborto não é uniformemente benéfico para as mulheres é promissor. Não obstante a indignação do Juiz Ginsburg na sugestão de que algumas mulheres sofrem danos psicológicos do aborto, a pesquisa médica e psicológica cada vez mais confirma que este seja o caso.

As mulheres que passaram por experiência de abortos em "diferentes graus de sofrimento emocional" são mais propensas a apresentar comportamentos autodestrutivos. Vários estudos têm demonstrado aumento surpreendente das taxas de suicídio após o aborto. Tal fenômeno não é percebido após parto. (COLLETT, 2008, p. 39-40, tradução nossa)⁴¹.

Fato é que os inesgotáveis desafios éticos, morais, econômicos, culturais e sociais que circundam esse tema, sempre ecoaram no túnel do tempo e prometem jamais calar na consciência da humanidade, com indagações que atravessam milênios sem conquistar o consenso social, traduzidas com peculiar acerto por Sampaio:

Todo debate jurídico, no entanto, até para chegar a colocar a questão nos termos anteriores, tem passado pela definição da condição jurídica do feto ou, em sentido mais genérico, do concebido e pela determinação do início da vida humana. Sem embaraço, o que vem a significar propriamente a expressão “vida”? resume-se, a parâmetros biológicos ou estes devem-se unir a outros componentes conceituais? E por “vida humana” o que entender? Os gametas, suas células primordiais, o zigoto antes da nidação, após a nidação, o feto após as três primeiras semanas, após três, seis meses, a termo, nascido, vivo, inviável, viável; afinal é ou não o nascituro uma “pessoa”? Não queiram uma resposta pronta.

⁴¹ Finally there is some reason to hope that the Court will more skeptically regard abortion providers' claims that they represent the interest of women, rather than their own commercial and political interests. While the overturning of *Singleton v. Wulff* does not appear in the immediate offing, Justice Kennedy's recognition that abortion is not uniformly beneficial for women is promising. Notwithstanding Justice Ginsburg's outrage at the suggestion that some women suffer psychological harm from abortions, medical and psychological research is increasingly confirming this to be the case.

Women who have had abortions experience “varying degrees of emotional distress” and are more likely to exhibit self-destructive behaviors. Several studies have shown surprising increased rates of suicide following abortion. This phenomena is not seen after miscarriage.

Admitamos que seja uma “pessoa”, ainda que virtual, *spes personae* ou *spes hominis*, como justificar, a exemplo de diversas legislações, inclusive a nossa, a legalização do aborto em casos de estupro ou de sério risco à saúde da mãe? Tem essa, na linha desse pensamento, um direito, *a priori*, prevalecente? Os transtornos para a mãe e para o futuro filho, por exemplo, de uma gravidez não desejada, decorrente de estupro, não surgiriam em outras tantas igualmente não desejadas, pelos mais diversos motivos? Não haveria de ser reconhecido o impedimento a todos, inclusive ao feto, de usar o corpo da mãe, sem o seu consentimento? Não seria hipocrisia negar que não obstante ilegal, a comum prática de aborto, além de grande fonte de renda para certos profissionais, leva a uma séria discriminação social, haja vista que mulheres mais pobres, tantas vezes para garantia do próprio emprego, vêm-se contingenciadas a procurar soluções mais baratas, correndo muito maior risco de morrerem ou de ficarem estéreis? Toda a questão, do ponto de vista moral, não estaria centrada no especial valor que se atribui à vida humana, antes de qualquer outra consideração? Sob que linguagem e em que contornos o Direito promove ou subjuga esse valor? (SAMPAIO, 1998, p. 326-328)

Ante tantos contrapontos ora expostos, parece encontrar-se estabelecido *in casu*, o fenômeno cognominado na filosofia habermasiana de “*tensão entre facticidade e validade*” (HABERMAS, 2003, p. 35-55), a saber, entre realidade e norma, entre positividade e legitimidade, que considera urgente a superação do dissenso (notadamente do aborto) no mundo da vida.

Vislumbrando alternativas para compor tamanha equação com imprescindível segurança e justiça, a doutrina dworkiniana propõe a aplicação de processos de interpretação construtiva fulcrados na integridade, na moral e na democracia:

Na ideia de integridade como virtude há uma característica que permite explicar de modo satisfatório a conexão necessária e ao mesmo tempo a diferenciação entre o direito e moral. Há uma relação interna entre estes dois âmbitos, pois a justificação da prática jurídica não se satisfaz apenas com o apelo a meras convenções, mas também a princípios que entram no processo de justificação como princípios morais. Os juízes não podem julgar com base em seus próprios princípios e, por isto, recorrem aos princípios do sistema que atuam como princípios morais genuínos (PÉREZ, 2003, p. 356). Dworkin, para sustentar a sua teoria dos direitos, recorre a uma razão prática que está incorporada na história e que, de certa forma, a atravessa. Assim, afirma que há pontos de vista morais relevantes na jurisprudência devido ao fato de que o direito positivo já assimilou conteúdos morais (HABERMAS, 2003, p. 252-253). Estes conteúdos morais também estão inseridos numa conceituação interpretativa, não semântica. As discussões sobre o conteúdo dos conceitos morais, ou políticos, não podem realizar-se mediante critérios lingüísticos, mas tem de ser substanciadas em processos de interpretação construtiva impregnadas também de juízos de valor. Estas diversas concepções interpretativas morais e políticas com relação à igualdade, à liberdade, à democracia etc., são interpretações destes conceitos, atualizações e contextualizações do que há de “bom”, de valioso nos ideais representados por estes conceitos (PÉREZ, 2003, p. 366).

Portanto, a interpretação e a hermenêutica constitucional se impõem, exigindo uma acuidade incomparavelmente superior àquela constante da *“Parábola dos Cegos e o Elefante”*, cuja essência revela que, quando é meramente individualista e fracionada, limitando-se a partes isoladas do objeto, a leitura pode conduzir o intérprete a sérios equívocos de ordem prática e de natureza conceitual, comprometendo, assim, negativamente, no caso concreto a ser decidido pelo Poder Judiciário, os elevados fins perquiridos em matérias de imenso valor axiológico, jurídico, político e social, tal como ocorre com a questão do aborto ora suscitada.

7.3 O ativismo como decorrência da democracia

A Democracia é como o Amor: não se pode comprar, não se pode decretar, não se pode propor. A Democracia só se pode viver e construir. Por isso ninguém pode nos dar a Democracia... é uma ordem social onde os Direitos Humanos e a vida digna sejam possíveis para todos. (José Bernardo Toro A. Fundacion Social – Bogotá)

Consoante se constata no “item 3.3” deste trabalho, o Poder Judiciário é um poderoso instrumento de efetividade constitucional. Naquele ensejo, restou patente a imperiosa interseção existente entre o princípio democrático e o real alcance dos fins a que se destina a estrutura jurisdicional de uma nação. Consideraram-se ali, para tanto, os desafios multifacetários impostos pela Constituição sob os aspectos políticos, econômicos, culturais e sociais, entre outros, em torno dos quais vibram os direitos individuais e fundamentais inatos a todos os cidadãos.

Diante dessa inexorável realidade, Cittadino (2004) expõe que é possível observar, por meio do estudo do Ativismo Judicial, que um dos signos das sociedades contemporâneas é a inusitada ampliação do território em que atua o Poder Judiciário. Tal fenômeno se consumou nos Estados Unidos, na Europa e alcançou posteriormente o Brasil, em especial a partir da Constituição de 1988.

Assistiu-se inicialmente à normatização de direitos coletivos e difusos e, num segundo momento, à sucessão dos governos autoritários por outras lideranças de natureza democrática. Tal fato replicou na construção de novas Constituições inspiradas notadamente na participação e mobilização política dos cidadãos. A referida transição foi igualmente marcada pela criminalização da responsabilidade

política, pelo fortalecimento das instituições do Estado de Direito, pela criação de Cortes transnacionais, tais como o Tribunal Penal Internacional, bem como pelo fortalecimento do vínculo entre o Judiciário e a soberania popular, dentre outros processos que declaravam ser aquele um tempo de valiosas mudanças de natureza histórica e estrutural, consoante preconiza Cittadino (2004).

Via de consequência, referidos fatores terminaram por revelar uma cristalina interseção entre democracia e o fenômeno em torno do qual se delineia o eixo central do presente trabalho: *o ativismo judicial*. Deste, adveio o movimento que foi consagrado pela doutrina como “Judicialização da política” enfatizado no item “3.3.1” desta pesquisa, o qual resulta da prevalência do *Judicial Review*. Por sua vez, esse instituto desencadeia uma inquietante questão: *Será que o Poder Judiciário, privilegiando a soberania popular retratada nos normativos legais, deve desconsiderar direitos garantidos constitucionalmente, ou melhor seria posicionar-se como maestro da cidadania, adotando para tanto, até mesmo uma visão contramajoritária?* Gisele Cittadino, suprainvocada, em seu artigo sobre o “Poder Judiciário, Ativismo Judiciário e democracia”, enfrenta a matéria e de forma crítica responde negativamente essa candente questão:

Dar uma resposta positiva a essa pergunta significa, na verdade, autorizar os tribunais especialmente as Cortes supremas, a atuar como “profetas ou deuses do direito”, consolidando aquilo que já é designado como “teologia constitucional” (CITTADINO, 2004, p. 108, grifo nosso)

Receia-se, é fato, que um Judiciário com o estilo e a extremada autonomia supracitada,

*possa imunizar a atividade jurisprudencial perante a crítica à qual originalmente deveria estar sujeita (...), pois quando a justiça ascende ela própria à condição de *mais alta instância moral da sociedade*, passa a escapar de qualquer mecanismo de controle social. (MAUS, 2000, p. 186-187)*

Das entranhas dessa discussão, exsurge a proposta de uma interpretação constitucional construtiva, como instrumento hermenêutico destinado sobretudo à chancela e à integral garantia dos procedimentos democráticos, tal como Jürgen Habermas preconiza em sua obra *“Más Allá Del Estado Nacional”*.

(...) a corte constitucional deve entender a si mesmo como protetora de um processo Legislativo democrático, isto é, como protetora de um processo de criação democrática do direito, e não como guardiã de uma suposta ordem supra positiva de valores substanciais. A função da Corte é velar para que se respeitem os procedimentos democráticos para uma formação da opinião e da vontade política de tipo inclusivo, ou seja, em que todos possam intervir, sem assumir ela mesma o papel de legislador político. (HABERMAS, 1997, p. 99)

Assim, continua a professora Gisele Cittadino, os cidadãos sentir-se-ão concomitantemente destinatários e autores de seus direitos e, portanto, “*membros livres e iguais de uma comunidade jurídica*” (CITTADINO, 2004, p. 109). Investidos dessa igualdade, os cidadãos mobilizam-se democraticamente na luta pela efetivação de uma cidadania autêntica e ativa, provocando o Judiciário com torrenciais demandas que desafiam de forma sempre mais instigante a tradição e o conservadorismo que tanto engessam os tribunais.

Reagindo a esse *tsunami* de demandas, alguns magistrados têm tomado decisões que interferem expressivamente em processos de singular relevância social, consolidando-se, assim, o ativismo judicial já explorado na abordagem nodal ora em pauta.

Admirado por uns, rejeitado por outros, o ativismo vem se tornando o marco de um Judiciário democrático, que ao mesmo tempo mantém seus sentinelas atentos à preservação do respeito e equilíbrio entre os Poderes do Estado.

Nesse mesmo sentido, Lenio Streck se manifesta adverso ao ativismo judicial por compreendê-lo danoso à democracia, tal como expressa no texto a seguir:

Os juízes (e a doutrina também é culpada), que agora deveriam aplicar a Constituição e fazer filtragem das leis ruins, quer dizer, aquelas inconstitucionais, passaram a achar que sabiam mais do que o constituinte. Saímos, assim, de uma estagnação para um ativismo, entendido como a substituição do Direito por juízos subjetivos do julgador. Além disso, caímos em uma espécie de pan-principiologismo, isto é, quando não concordamos com a lei ou com a Constituição, construímos um princípio. Pergunto: se estamos de acordo que princípio é norma (e tem mais de 200 teses de doutorado dizendo isso), o que fazer com um princípio como o da cooperação processual, da monogamia, da situação excepcional consolidada ou da confiança no juiz da causa?

(...)

Por outro lado, decisionismos e/ou ativismos não são bons para a democracia. Se cada um decide como quer, os tribunais — mormente o STJ e o STF — acabam entulhados de processos. (STRECK, 2009)

Destarte, Streck se ressentido de que o ativismo possa gerar o alucinante crescimento dos processos, sobretudo nos tribunais superiores, ante a excessiva

autonomia conferida aos magistrados que acabam, no seu entendimento, por tripudiar as leis e a Constituição.

Fato é que os dilemas atinentes a essa legitimidade democrática da jurisdição constitucional, roupagem real do ativismo, reporta-se ao vetusto contexto platônico que indaga a quem cabe a competência de declarar o que é a Constituição: aos “Reis-juizes (filósofos), ou aos reis – legisladores”? (PLATÃO, 2000, p. 28).

Reitere-se, ainda, que a influência da filosofia platônica pode ser encontrada igualmente nos discursos de Alexander Hamilton, quando se posiciona acerca de quais atribuições o Poder Legislativo deveria incorporar. Nos *Federalist Paper*, revida com veemência as teses dos que negavam ao Poder Judiciário a concessão para interpretar as normas à luz da Constituição, receosos de que ao Legislativo restasse, em decorrência disso, uma autoridade menor que a da *Court Supreme*:

Talvez se pense que a força da objeção consiste na organização particular da Corte Suprema proposta: no fato de ser composta de um corpo distinto de magistrados, e não de uma das câmaras do Legislativo, como no governo da Grã-Bretanha e deste Estado. (...)

Difícilmente poderíamos esperar de um corpo que tivesse um papel, mesmo que parcial, na aprovação de leis más uma disposição a mitigá-las e moderá-las na aplicação. O mesmo espírito que atuou na sua feitura tenderia a atuar na sua interpretação. Seria menos ainda de esperar que homens que tivessem infringido a Constituição na condição de legisladores se dispusessem a sanar a falha no papel de juizes. E isto ainda não é tudo. Todas as razões que recomendam a condição do bom comportamento para a conservação dos cargos judiciais militam contra a entrega do poder Judiciário, em última instância, a um corpo de homens escolhidos para um período limitado. Seria uma incongruência referir o julgamento de causas em primeira instância a juizes vitalícios e em última a juizes de condição temporária e mutável. Maior absurdo ainda é sujeitar as decisões de homens escolhidos por seu conhecimento das leis, adquirido por meio de longo e laborioso estudo, à revisão e controle de homens que, carecendo da mesma vantagem, não podem senão ser deficientes nesse conhecimento. Os membros do Legislativo raramente serão escolhidos com base naquelas qualificações que tornam um homem apto para a posição de juiz; e, assim, como isto dará maior motivo para temer as consequências nefastas da informação deficiente, haverá também, dada a propensão natural desses corpos a divisões partidárias, igual motivo para temer que o hálito pestilento do facciosismo envenene as fontes da justiça. (HAMILTON, 1993, p. 494-495)

Some-se a essa doutrina a inclinação de Dworkin no sentido de que a Constituição deve ser, sim, protegida pelos magistrados aos quais ele se refere como sendo um reduzido número de “homens escolhidos por seu conhecimento das leis, adquirido por meio de longo e laborioso estudo” (DWORKIN, 2003, p. 448). Corroborar sua tendência pela defesa de uma doutrina contramajoritária para a tutela

dos direitos constitucionais, refutando o controle de constitucionalidade que se origine do próprio Poder Legislativo:

Os legisladores que foram eleitos, e precisam ser reeleitos, por uma maioria política tendem a tomar o partido de tal maioria em qualquer discussão séria sobre os direitos de uma minoria contrária; se se opuserem com excessiva firmeza aos desejos da maioria, esta irá substituí-los por aqueles que não se opõem. Por esse motivo, os legisladores parecem menos inclinados a tomar decisões bem fundadas sobre os direitos das minorias do que as autoridades que são menos vulneráveis nesse sentido.

(...)

Os juízes têm seus próprios interesses ideológicos e pessoais no resultado dos casos, e também podem ser tirânicos. *A priori*, porém, não há motivo para considerá-los teóricos políticos menos competentes do que os legisladores estaduais ou o público em geral.

(...)

Os Estados Unidos são uma sociedade mais justa do que teriam sido se seus direitos constitucionais tivessem sido confiados à consciência de instituições majoritárias. (DWORKIN, 2003, p. 448)

No que concerne a este debate, merece referência a leitura de André Rufino do Vale, quando preconiza que, na arena dos valores e princípios aplicados no equilíbrio dos atos do poder público e, às vezes, também de particulares, toda norma jurídica ou política deve se adequar à Constituição. Naquele ensejo, expressa seu entendimento no sentido de que *“uma instituição que funcione segundo princípios contra-majoritários parece ser a mais adequada para a descoberta dessa ordem de valores”* (VALE, 2004, p. 13-14)

Hans Kelsen (2002), por meio de sua clássica obra *“Quen debe ser el defensor de la Constitución?”*, confrontou Schmitt que escreveu *“La defensa de La Constitución”* (1998), durante a consolidação do sistema que deliberou acerca do controle de constitucionalidade no qual se discutiu agudamente acerca da invasão das competências do Parlamento pelo Tribunal Constitucional. Naquele ensejo, inspirou-se nas ideias de Platão para vencer o opositor, notadamente quando esse filósofo propõe o lendário dilema já ressaltado neste trabalho, a saber, *“reis-juízes ou reis-legisladores”* (PLATÃO, 2001, p. 35).

Guardando sintonia com a presente questão, Luís Roberto Barroso tem sido incisivo em apregoar a prevalência dos direitos das minorias sobre o constitucionalismo e o princípio majoritário. Em epígrafe, sua valiosa manifestação:

O debate, na sua essência, é universal e *gravita em torno das tensões e superposições entre constitucionalismo e democracia*. É bem de ver, no entanto, que a ideia de democracia não se resume ao princípio majoritário,

ao governo da maioria. Há outros princípios a serem preservados e há direitos da minoria a serem respeitados. Cidadão é diferente de eleitor; governo do povo não é governo do eleitorado. No geral, o processo político majoritário se move por interesses, ao passo que a lógica democrática se inspira em valores. E, muitas vezes, só restará o Judiciário para preservá-los. (BARROSO, 2009, p. 389-390, grifo nosso)

Esse mesmo autor trata da existência de uma possível tensão entre o constitucionalismo e a democracia, advertindo que tal fato deve ser considerado seriamente pelo Judiciário sempre que pretender salvaguardar os valores supremos garantidores da dignidade humana e da cidadania, quando então se deve preservar o fiel da balança no equilíbrio dos interesses políticos e os direitos dos jurisdicionados.

Reprisa Barroso (2009) que, na atual conjuntura política, o ativismo judicial não afronta o Estado Democrático de Direito, desde que, em suas múltiplas ingerências na arena dos demais Poderes, o Judiciário se mantenha atento à legalidade e garanta de forma principal os sacrossantos preceitos constitucionais. O mencionado autor admoesta o mundo jurídico sobre o fato de que a imensa maioria das iniciativas dos governos são fundamentadas em paixões políticas que apresentam inclinações tão somente eleitoreiras. Ensina, enfim, que inobstante o déficit democrático do Judiciário, a ele compete, sim, o augusto papel de desvelar e, conseqüentemente validar a real vontade da lei. Cumprindo tal missão, minimizará os riscos dos administrados serem vitimados pelo império e monopólio dos incontáveis grupos políticos, cujas aspirações soam muitas vezes duvidosas e até mesmo antidemocráticas.

Nesse mesmo diapasão, requer merecido destaque também a oportuna consideração de Miguel Seabra Fagundes ao ensinar acerca da inadiável e imperiosa necessidade de que sobre o Executivo pairam as luzes candentes do Judiciário, a fim de esclarecer-lhe cotidianamente suas reais fronteiras demarcadas pela norma constitucional:

Nos países de regime presidencial, como o nosso, ficando o Executivo, praticamente, acima das intervenções do Parlamento, que só de modo indireto e remoto influi na sua ação e a fiscaliza, cresce de importância a interferência jurisdicional, no exame da atividade administrativa. Torna-se indispensável dar-lhe estrutura e desenvolvimento correspondentes ao seu relevante papel no vinculamento da função administrativa à ordem jurídica. Na realidade, é só por ele que se confina, dentro da Constituição e das leis, o exercício do Poder Executivo, que, colocado acima do controle eficiente

do Parlamento, só na atuação do Poder Judiciário pode encontrar limitação eficaz do ponto de vista jurídico. (FAGUNDES, 2005, p. 50)

Tocqueville anuncia que essa tem sido, inclusive, a tendência universal adotada por todos os sistemas políticos, inclusive o europeu:

Em todas as nações civilizadas da Europa, o governo sempre mostrou grande repugnância em deixar a justiça ordinária resolver questões que interessassem a ele próprio. Essa repugnância é naturalmente maior, quando o governo é mais absoluto. Ao contrário, à medida que a liberdade aumenta, o círculo das atribuições dos tribunais vai-se alargando sempre; mas nenhuma das nações européias jamais pensou que toda questão judiciária, fosse qual fosse a sua origem, pudesse ser abandonada aos juizes do direito comum. (TOCQUEVILLE, 1998, p. 117-118)

Aristóteles, em sua obra “Política”, manifesta sua real inquietação no sentido de que o Judiciário deverá adotar redobrado zelo na aplicação da lei, evitando tributar-lhe uma “obediência cega”, preferindo uma leitura coletiva e mais democrática, que uma compreensão unilateral da norma:

É evidente, portanto, que a obediência cega à letra e ao texto da lei não constitui o melhor governo. Entretanto é necessário que esta maneira geral de proceder se ache também naqueles que detêm o poder, e, de forma, que o que é inteiramente inacessível às paixões e às enfermidades deve-se preferir ao que lhe é sujeito por natureza. A lei é irretorquível; a alma humana, em vez disso, está obrigatoriamente subordinada às paixões (...) Por essa razão é que, na maioria dos casos, a multidão é melhor juiz do que um indivíduo só, qualquer que ele seja (...) A multidão tem, além disso, a vantagem de ser incorruptível. *A água menos facilmente se corrompe quanto maior for sua quantidade; assim também a multidão é mais difícil de corromper do que o pequeno número.* Quando um homem se deixa apossar pela ira ou outra paixão idêntica, de igual modo forçoso seu julgamento será modificado; porém é bastante difícil que todos, a um só tempo, se deixem dominar pela ira e seduzir pelo erro. (ARISTÓTELES, 2001, p. 108-109, grifo nosso)

Semelhantemente, Platão manifesta sua inquietação nesse sentido e ensina que *“há, portanto, ainda duas virtudes a examinar na cidade, a temperança e a que é causa de toda esta investigação, a justiça”* (PLATÃO, 2000, p. 124-125). Entende o filósofo que os poderes devem preservar a temperança e a justiça, sem cujos atributos ocorre a subversão da vontade do povo, verdadeiro titular do poder político.

Essa preservação da separação dos poderes vai se tornando, a cada dia, mais desafiadora diante da expansão do controle da atividade política pelo Judiciário em decorrência da crise de representatividade instalada entre os Poderes estatais. Esse intrigante fenômeno é analisado por Adão Clóvis Martins dos Santos em seu

pensamento sobre “Democracia para novos dias: reflexão sobre a crise da democracia representativa”:

Os parlamentos por sua vez, encontram-se vazios de poderes autônomos, sendo as questões cruciais que envolvem o destino das sociedades decididas cada vez mais por organizações e instituições de caráter econômico (...) paradoxalmente, esta realidade pode ser constatada através da composição sócio-econômica dos parlamentos em relação ao percentual representado por operários, desempregados ou minorias étnicas. E por último, mas não necessariamente nesta ordem, podemos nos remeter à representação das mulheres nos parlamentos, uma vez que elas constituem maioria da população nos países ocidentais (...) Desta forma não é fácil chegarmos à conclusão de que os parlamentos não refletem a composição real das classes e grupos concretamente existentes na sociedade. Por certo, estamos frente à um processo de não correspondência entre a composição social de representação parlamentar; o que se traduz, utilizando-se o léxico econômico neoliberal ironizado por Pierre Bourdieu (...) Frente a todas essas contradições, embora insistam muitos políticos e teóricos empenhados na defesa da democracia representativa, formas de participação direta como o referendo e Plebiscito não parecem constituir-se em mecanismos adequados para dirimir as contradições existentes, uma vez que estes não modificam a essência do sistema representativo que radica em um sistema eleitoral e de partidos totalmente incapazes de modificar a situação por eles mesmos gerada. (SANTOS, 2003, p. 571-572)

O Ministro Ricardo Lewandowski explica que a mencionada intervenção do Judiciário na zona de arbitragem dos demais Poderes esbarra na dificuldade contramajoritária (*contermajoritarian difficulty*) que replica no contexto americano ao pressupor o controle de constitucionalidade. Ele esclarece:

Essa discussão ganhou força nos Estados Unidos, num passado recente, a partir de um movimento de setores mais conservadores da sociedade, que se insurgiram contra os avanços dos tribunais sobre espaços que entendiam reservados ao processo político, notadamente aos Poderes Legislativo e Executivo. (STF, Adin 3685-8/DF)

Coerente com sua linha filosófica externada nos pareceres antes destacados, Lewandowski votou pela procedência do pedido na ADI n. 3685-8/DF, confirmando que o § 1º do art. 17 da Constituição, com a nova redação dada pela Emenda Constitucional nº. 52, de 08 de março de 2006, a qual disciplinou as coligações eleitorais, não se aplicaria às eleições de 2006. Naquela oportunidade, *declarou que o Judiciário é o Poder mais hábil para tratar com questões de princípio e com os valores permanentes da sociedade. Por conseguinte, sua ingerência em outras arenas, visando à consolidação de políticas públicas, não sacrifica a segurança*

jurídica nacional. Porém, é em sentido contrário o argumento que a ala conservadora, notadamente do Poder Legislativo, insistiu em sustentar.

Nessa esteira, o professor Ricardo de Souza Cruz, *in* Jurisdição Constitucional Democrática, com especial particularidade, ressalta que o “espaço Legislativo dos Tribunais tem se ampliado significativamente (CRUZ, 2004, p. 124). Naquele ensejo, assinalou também que a proposta apresentada por Hans Kelsen, sobre a instituição de Cortes Constitucionais em substituição ao modelo de Tribunais Superiores, continua em franca expansão:

Assim, não apenas as Cortes Constitucionais austríacas, alemã, espanhola e portuguesa, mas também a Corte de Arbitragem belga, difundiram um modelo que vem sendo implantado em todos os continentes.

A ideia de uma Suprema Corte, que tratasse, entre outras matérias, de questões constitucionais, como a brasileira, tem paulatinamente cedido espaço para as Cortes Constitucionais.

Kelsen (1979, por influência da Corte Americana, já admitira que os precedentes judiciais seriam uma forma de legislação política dos tribunais. Contudo, não previu o enorme crescimento desse “espaço Legislativo” das Cortes Constitucionais. (CRUZ, 2004, p. 124-125).

Garcia (1994), na Espanha, observa que a inexistência de uma Corte Constitucional naquele país gerou, via de consequência, a inexistência de regulamentação de normas constitucionais. Esse fato, por sua vez, ocasionou a esterilidade de direitos econômicos, sociais e coletivos, provocando um grave estrangulamento político daquele país, debilitando irreparavelmente seus espaços democráticos.

Por fim, o professor Sampaio bem sintetizou a abordagem central deste capítulo ao explicar que a efetividade do Estatuto das Minorias Políticas se encontra condicionada aos princípios de um Estado de Direito Democrático, não devendo a Democracia

se limitar a simples escolhas de governantes, nem à identidade necessária entre vontade da maioria ou da opinião pública com a vontade de todos. A vitória eleitoral não importa a escravidão silenciosa dos derrotados, nem se pode confundir com a apuração momentânea e circunstancial de uma opinião pública, sem apoio em reflexões e debates suficientemente informados. Essas notas registram que as tentativas de se reduzir a democracia a meros procedimentos, culminados com a regra da maioria, padecem de males congêntos. *Tem-se de recorrer ao princípio de inclusão do outro* que mereceu diferentes versões ao longo da história. Em matéria política, reforça-se a necessidade de criação de um estatuto de garantias da oposição, de forma a possibilitar sua atuação efetiva nos controles e críticas aos programas de governo, viabilizando-lhe sempre o espaço para o sucesso de suas teses e a vitória eleitoral por fim. Isso vai além da simples

manutenção das regras formais do jogo eleitoral, impondo-se sobre o próprio conteúdo dessas mesmas regras, de forma a serem asseguradas a existência, a voz e a participação da minoria parlamentar na vida política do País. (SAMPAIO, 2002, p. 550, grifo nosso)

Dworkin é quem arremata a questão ora em pauta sobre o ativismo judicial como produto da democracia. Busca traduzi-la sob o manto imprescindível da jurisdição constitucional, porque, ante a força dos princípios, o ativismo opera de forma reconstitutiva e contribui decisivamente para a consolidação do espírito democrático, por intermédio de sua teoria apresentada mais especificamente no capítulo 4 da presente tese, ancorado fundamentalmente no “Princípio da Integridade” e na “Leitura Moral da Constituição”.

8 CONCLUSÃO

Este trabalho buscou responder ao seguinte dilema: *“o ativismo judicial promove a democracia consagrando de forma mais efetiva os direitos fundamentais, ou favorece uma juristocracia violadora das tutelas e garantias constitucionais?”*

Ele espousa a doutrina dworkiniana que preconiza um novo modelo de teoria do direito capaz de habilitar o Judiciário a superar o inquietante passivismo mórbido instalado no Legislativo e no Executivo e que abala irreparavelmente as tênues estruturas sociais.

Conclui, neste ponto, que o ativismo é um inegável vetor da democracia e de consolidação dos direitos fundamentais gestados, nesta hipótese, pelos próprios julgadores, atentos ao “Princípio da Integridade” e à “Leitura Moral da Constituição”.

Para tanto os magistrados, numa permanente interpretação construtiva da lei ou de qualquer outro padrão de norma, devem criar o Direito a ser aplicado em um certo caso concreto, notadamente quando se tratar dos reconhecidos *hard cases*, que não são previstos por uma determinada regra específica da esteira jurídica nacional.

Nessa dinâmica, buscando a reengenharia da lei, imprescindível se torna que o julgador rompa com a teoria positivista do direito e passe a utilizar, em sua interpretação, os valores e princípios explícitos e implícitos na Constituição, e em todo o sistema normativo pátrio.

O atual retrato social brasileiro tem exigido mudanças urgentes e pontuais. Entretanto, tais mudanças não vem sendo contempladas pelo Legislativo, que ora peca por omissão, ora por ineficiência na elaboração de leis inócuas e inoperantes, que podem inspirar decisões teratológicas se não forem hermeneuticamente interpretadas.

O referido processo argumentativo configura um imperativo do Estado Democrático de Direito no sentido material e fático, e não somente no contexto legal ou teórico-formal.

Nesse diapasão, é preciso observar que as regras e normas admitem sentidos multifacetários, devendo por isto as respostas para os casos difíceis serem lapidadas por meio do critério consagrado como *“chain novel”*. Nesse modelo idealizado pelo jusfilósofo Ronald Dworkin, cada intérprete escreve um capítulo

distinto da novela jurídica em questão, equacionando os dramas e desafios por ela propostos. No desempenho dessa tarefa, todos procuram, antes, conhecer o que foi produzido por seus antecessores, a fim de primarem, em sua arte, pela coerência e indispensável coesão que conferirão legitimidade ao seu trabalho. Na busca da melhor resposta para as questões suscitadas nos casos judiciais concretos, deve-se adotar igual sistema, que também é conhecido pela filosofia jurídica como *“romance em cadeia”*.

Para cumprir a contento esse notório desafio, exige-se que o magistrado detenha atributos bastante especiais e que esteja disposto a fazer a diferença imprimindo, na solução de cada processo, uma *“leitura moral da Constituição”*. Para tanto, deverá adotar, em seus vereditos, uma fonte principal: *“os princípios”*. Dentre estes, priorizará a *“integridade”* que é pautada na justiça, na equidade e no devido processo legal.

Para coadunar a situação concreta com a realidade sociojurídica muitas vezes dissonante e, apesar disso, encontrar a melhor resposta por meio do giro hermenêutico anteriormente mencionado, Dworkin admitiu que os atributos desse julgador seriam ao máximo exigentes e de dimensão sobre-humana. Diante disso, deliberou batizar esse magistrado heróico com um nome que homenageasse um dos deuses da mitologia grega e criou, a partir de então, a metáfora do Juiz Hércules.

Assim, compete a Hércules apresentar sempre a resposta mais correta para o caso em julgamento. No entanto, deverá selecioná-la dentre outras que igualmente podem também ser adequadas, em menor dimensão. É que, numa sociedade democrática, e portanto de valores plurais, torna-se natural a existência de mais de uma solução no sistema jurídico contemporâneo.

Os direitos garantidos por essa *“melhor solução jurídica”* adotada, seja em casos difíceis ou não, sempre serão identificados por intermédio de uma interpretação construtiva pautada nos *“princípios”*, em particular, na *“integridade”* e na *“interpretação moral da Constituição”*.

Seja como for, em qualquer hipótese, a resposta, imprescindivelmente, há que ser justificada e exhaustivamente motivada em tais princípios jurídicos que se coadunam com a democracia e com o direito de igual proteção para todos. Portanto, não são produto de discricionariedade do julgador nem de suas convicções meramente pessoais.

Uma vez motivadas as decisões, sobretudo nos mencionados princípios ou em outros padrões jurídicos que escapem ao casulo da lei, não há que se falar de “*juristocracia*” ou de “*governo dos juízes*”, nem mesmo de usurpação dos poderes do Legislativo pelo Judiciário mediante a aplicação do “*Judicial Review*” que fomentou um outro modelo de atuação do Poder Judiciário. Este poder tentou compor o silêncio ou mesmo o desencontro da norma com a realidade fática, encontrando soluções muitas vezes de caráter contramajoritário, numa total reengenharia do controle de constitucionalidade das leis.

Esse novo paradigma de aplicação do direito, de natureza eminentemente interpretativa e construtiva, desaguou num oceano que passou a ser doutrinariamente consagrado como “*ativismo judicial*”, cujos adeptos e críticos sustentam permanentemente um caloroso e inesgotável debate em torno de sua legitimidade.

O principal argumento contrário ao ativismo consiste no fato de que somente o Legislativo e o Executivo são eleitos pelo povo. Assim, apenas os membros do Legislativo estariam autorizados pelos cidadãos a elaborarem leis que atendam seus apelos e reclamos. Por sua vez, como o Poder Judiciário não passa pelo sufrágio, estaria descredenciado, numa visão juspositivista, para criar o direito, via decisões judiciais, tendo em vista que tal conduta desafia o sistema de freios e contrapesos inspirado por Montesquieu, que equilibra a gravitação entre os três Poderes.

Nessa esfera, o Poder Judiciário se defende sob o argumento de que outra alternativa não lhe resta a não ser a prática desse ativismo para “criar o direito” ante a letargia comatosa do Executivo e do Legislativo, que se têm mantido arredios e indiferentes diante de gritantes questões de ordem jurídica, política e social que exigem respostas inadiáveis da esfera governamental.

Emerge desse “*judicial activism*” as neófitas figuras doutrinárias da “*judicialização da política*” e da “*politização da justiça*”. Trata-se de fenômenos a partir dos quais se têm consolidado, no cenário jurídico nacional, verdadeiras metamorfoses. Estas, porém, são típicas de um sistema governamental que, inobstante ser vacilante, ainda insiste virtuosamente, enquanto Estado de Direito democrático, em honrar seus compromissos constitucionais de garantia da dignidade e da cidadania por meio da concreção dos direitos fundamentais.

A doutrina apresenta, entretanto, um retrato de ativismo judicial “conservador”, a exemplo da prática da “Corte de Rehnquist” e um outro de natureza “progressista” adotado pela “Corte de Warren”.

O grande feito de Hércules pode estar em identificar o ponto de intercessão entre “Warren e Rehnquist”. Assim estaria habilitado a editar um “ativismo judicial moderado”, buscando equilibrar a órbita política e a jurídica no que diz respeito especialmente à efetivação dos direitos humanos e fundamentais. Esse esforço, consoante demonstrado no presente trabalho, tem sido envidado por todos os sistemas políticos democráticos e, marcantemente, na pulverizada arena do Supremo Tribunal Federal, onde se multiplicam a cada dia os famosos “landmarks”.

EM SÍNTESE:

Esta tese afirma que o Ativismo Judicial “Progressista” é um relevante instrumento de concreção dos Direitos Fundamentais no Estado Democrático de Direito e que o Judiciário detém plena legitimidade para adotar esta prática, na teoria de Ronald Dworkin.

Conclui ser autêntica esta construção e que tal práxis do Judiciário não caracteriza usurpação de poderes das esferas do Legislativo e/ou Executivo, não se cogitando de “juristocracia” ou “governo de juízes”.

Tais assertivas devem-se ao fato de que o Poder Judiciário, representado pelo STF, tornou-se guardião da Constituição por força de seu art. 102, *caput*, pressuposto este, vale observar, concedido apenas a esta instância estatal.

Por consequência, o Judiciário foi erigido também ao *status* de guardião de todos os direitos fundamentais garantidos pela norma constitucional.

Em decorrência desse *munus*, o STF não pode manter-se impassível diante das omissões e equívocos violadores dos direitos fundamentais, frequentes no âmbito dos demais Poderes.

No exercício desse ativismo, a observância da “Teoria Moral da Constituição” e da “Integridade”, possibilitam a aplicação dos “Princípios” na “Interpretação Construtiva histórica e argumentativa da norma”, via “Chain novel”, conduzindo os Julgadores ao encontro do “melhor argumento”.

Este elemento, o “melhor argumento”, orienta a solução dos “landmarks” que tem proliferado no STF, fomentando profundos debates sobre o “judicial review”, assim como ocorreu no passado nas “Cortes de Warren e de Rehnquist” além de outras exploradas neste trabalho.

REFERÊNCIAS

ALDERMAN, Ellen; KENNEDY, Caroline. **In our defense**: the bill of rights in action. New York: Avon Books, 1990.

ALEXANDER, Lawrence. **What is the problem of judicial review?** University of San Diego – USD. School of Law. Legal Studies Research paper Series. Research paper nº. 07-03. September 2005. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstractID=802807>>. Acesso em: 30 de abr. 2010.

ALCHOURRÓN, Carlos; BULYGIN, Eugênio. **Sobre la existencia de las normas jurídicas**. México: Distribuciones Fontamara, 1997.

ALEXY, Robert. **Derecho y razón práctica**. México: Distribuciones Fontamara, 1993.

ALLEN, H. C. **A concise history of the U.S.A.** London: Ernest Benn, 1970.

ANDRIGHI, Fátima Nancy. Humanização da justiça, via de mão única. **Revista Jurídica Consulex**, Brasília, ano XIV, n. 324, p. 7-9, jul. 2010.

APEL, Karl Otto. **Transformação da filosofia I**: filosofia analítica, semiótica, hermenêutica. Tradução Paulo Astor Soethe. São Paulo: Loyola, 2000.

APPIO, Eduardo. A judicialização da política em Dworkin. **Revista Seqüência**, Florianópolis, n. 47, p. 81-87, dez. 2003

ARBEX JR., José. **Outra América**: apogeu, crise e decadência dos Estados Unidos. São Paulo: Moderna, 1993

ARENDT, Hannah. **As origens do totalitarismo**: totalitarismo, o paroxismo do poder; uma análise dialética. Tradução Roberto Raposo. Rio de Janeiro: Documentário, 1979.

ARISTÓTELES. **Política**. Tradução Pedro Constantin Tolens. São Paulo: Editora Martin Claret, 2001.

ARNAUD, André Jean. **O direito entre modernidade e globalização**: lições de filosofia do direito e do Estado. Tradução Patrice Charles Wullaume. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

BAINES, Beverley. **Abortion, judicial activism and constitutional crossroads**. Available at SSRN: <http://ssrn.com/abstract=1028946>

BALAKRISHNAN, K. G. (Presidente da Suprema Corte da Índia). **Prática do controle de constitucionalidade nos dias de hoje**. Palestra em 15 de agosto de 2008 no Supremo Tribunal Federal do Brasil. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/bicentenarioPalestra/anexo/IndiaPortugues.pdf>>. Acesso em: 11 maio de 2010.

BALEEIRO, Aliomar. **O Supremo Tribunal Federal, esse outro desconhecido**. Rio de Janeiro: Forense, 1968.

BARRETO, Vicente de Paula. **A leitura ética da constituição**. Disponível em: <<http://www.buscalegis.ufsc.br/arquivos/VIVE.pdf>>. Acesso em 20 de jun. 2010.

BARROSO, Luís Roberto. **Ano do STF: judicialização, ativismo e legitimidade democrática**. Disponível em: <www.conjur.com.br/2008-dez-22/judicializacao_ativismo_legitimidade_democratica#autores>. Acesso em: 27 jan. 2010

BARROSO, Luís Roberto. **Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial**. Disponível em: <<http://www.lrbarroso.com.br/pt/noticias/medicamentos.pdf>>. Acesso em: 05 de maio 2010.

BARROSO, Luís Roberto. **Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática**. Disponível em: <<http://www.oab.org.br/oabeditora/users/revista/1235066670174218181901.pdf>>. Acesso em: 25 de jan. 2010.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. São Paulo: Saraiva, 2009.

BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da constituição**. São Paulo: Saraiva, 1999.

BARZOTTO, Luís Fernando. **O positivismo jurídico contemporâneo: uma introdução a Kelsen, Ross e Hart**. São Leopoldo: Editora Unisinos, 1999.

BEAL V. DOE (**United States Supreme Court, 1977**). Disponível em: <<http://www.oyez.org>>. Acesso em 30.07.10

BECKER, Alfredo Augusto. **Teoria geral do direito tributário**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 1972.

BECKER MA. **Anencéfalo**: um natimorto cerebral. In: Anis: Instituto de Bioética, Direitos Humanos e Gênero. Anencefalia: o pensamento brasileiro em sua pluralidade. Brasília: Anis: Instituto de Bioética, Direitos Humanos e Gênero. 2004: 32-33.

BELLAMY, Richard. **Republicanism, democracy, and constitutionalism**. RAP.2007.p.159-189. Disponível em <<http://ssrp.com/abstract>> Acesso em 20.03.2010

BELLAMY, Richard. **The political form of the constitution**: the separation of Powers, Rights and Representative Democracy. Political Studies Association. Cambridge. MA 02142. USA, 1996.

BINENBOJM, Gustavo. **Uma teoria do direito administrativo**: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

BINENBOJM, Gustavo. **A nova jurisdição constitucional brasileira**. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

BOBBIO, Norberto. **O futuro da democracia**. Tradução Marco Aurélio Nogueira. 7. ed. São Paulo: Paz e Terra, 2000.

BOBBIO, Norberto. **Teoria do ordenamento jurídico**. 9. ed. Tradução Maria Celeste C. J. Santos. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1997.

BOBBIO, Norberto. **A Era dos direitos**. Tradução Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

BOBBIO, Norberto. **Teoria della norma giurídica**. Torino: Giappichelli Editore, 1958.

BON, Pierre. **Le conseil constitutionnel français**. In: LAVROFF, Dimitri, et. al. La Pratique Constitutionnelle en France et en Espagne de 1958 et 1978 à 1999. Bordeaux: Presses Universitaires de Bordeaux, 2001.

BONAVIDES, Paulo; ANDRADE, Paes de. **História Constitucional do Brasil**. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1991.

BRASIL, Lei 11.105, de 24 de março de 2005. Regulamenta os incisos II, IV e V do § 1º do art. 225 da Constituição Federal, estabelece normas de segurança e mecanismos de fiscalização de atividades que envolvam organismos geneticamente modificados – OGM e seus derivados, cria o Conselho Nacional de Biossegurança – CNBS, reestrutura a Comissão Técnica Nacional de Biossegurança – CTNBIO, dispõe sobre a Política Nacional de Biossegurança – PNB, revoga a Lei nº 8.974, de 5 de janeiro de 1995, e a Medida Provisória nº 2.191-9, de 23 de agosto de 2001, e os arts. 5º, 6º, 7º, 8º, 9º, 10 e 16 da Lei nº 10.814, de 15 de dezembro de 2003, e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, 24 de mar. de 2005.

BRASIL, Lei 9421, de 24 de dezembro de 1996. Criou as carreiras dos servidores do Poder Judiciário, fixou os valores de sua remuneração e deu outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, 24 de dez. de 1996.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado, 1988: atualizada até a emenda constitucional nº. 62, de 9-12-2009. São Paulo: Saraiva, 2010.

BRASÍLIA. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. AOE. 13, Rel. Min. Celso de Mello, 2007. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginador/paginador.jsp?docTP=AC&docID=1100>>. Acesso em 19 de jan. 2010.

BRASÍLIA. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. AD. 1.351-3, Rel. Min. Marco Aurélio, 2006. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginador/paginador.jsp?docTP=AC&docID=414316>>. Acesso em 19 de jan. 2010.

BUENO, José Antônio Pimenta. **Do direito eleitoral, das eleições diretas, indiretas e da elegibilidade**. In: Direito público brasileiro e análise da Constituição do Império. Rio de Janeiro: Ministério da Justiça e Negócios Interiores, 1958.

BURT, Robert. **The constitution in conflict**. Cambridge: Harvard University Press, 1995.

CABRAL, Bruno Fontenele. **Precedentes sobre a prática de aborto no direito norte-americano de 1973 a 2007**. Jus Navigandi, Teresina, ano 13, n. 2224, 3 ago. 2009. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=13256>>. Acesso em: 30 jul. 2010.

CAMPANHOLE, Adriano; CAMPANHOLE, Hilton Lobo. **Constituições do Brasil**. 13. ed. São Paulo: Atlas, 1999.

CAMPILONGO, Celso Fernandes. **Política, sistema jurídico e decisão judicial**. São Paulo: Max Limonad, 2002.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7 ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Constituição dirigente e vinculação do legislador**: contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas. Coimbra: Coimbra Editora, 1994.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MOREIRA, Vidal. **Fundamentos da Constituição**. Coimbra: Coimbra Editora, 1991.

CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes legisladores**. Tradução Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Série Antônio Fabris, 1999.

CAPPELLETTI, Mauro. **The "mighty problem" of judicial review and the contribution of comparative analysis**. Journal Legal issues of European intergration, 1979.

CAPPELLETTI, Mauro. **Formações sociais e interesses coletivos diante da justiça civil**. Revista de Processo, São Paulo, n. 5, 1977.

CARVALHO, Carlos Eduardo Araújo de. **Ativismo judicial em crise**. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=12781>> Acesso em 11 de março de 2010.

CARVALHO NETTO, Menelick de. **A hermenêutica constitucional e os desafios postos aos direitos fundamentais**. In: Jurisdição Constitucional e Direitos Fundamentais. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

CASALMIGLIA, Albert. **¿Por que es importante Dworkin?** Disponível em: <http://www.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/01474174522381695209079/cuacuade2/numero2_11.pdf> Acesso em: 19/07/2010.

CASALMIGLIA, Albert. **El concepto de integridad em Dworkin**. In *Doxa: Cuadernos de Filosofia Del derecho*, num. 12 (1992). Edición Digital.

CASALMIGLIA, Albert. **Prólogo a “Los Derechos en Sério”**. Barcelona: Ariel, 1989.

CHOUDHRY, Sujit and HUNTER, CLAIRE. **Measuring Judicial Activism on the Supreme Court of Canada: A Comment on Newfoundland (Treasury Board) v. NAPE**. In: *McGill Law Journal / Revue de Droit de McGill*. vol. 48, 2003 – p. 527-558.

CITTADINO, Gisele. **Poder Judiciário, Ativismo Judicial e Democracia**. Revista da Faculdade de Direito de Campos, Campos dos Goytacazes, ano II, n. 2 e ano III, n. 3, 2001 e 2002.

COELHO, Inocência Mártires. **Interpretação constitucional**. Porto Alegre: Sérgio Fabris Editor, 1997.

COLLETT, Teresa Stanton, **Judicial Modesty and Abortion**. *South Carolina Law Review*, 2008; U of St. Thomas Legal Studies Research Paper No. 08-18. Available at SSRN: <http://ssrn.com/abstract=1131773>.

COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

COMPARATO, Fábio Konder. **Ensaio sobre o juízo de constitucionalidade de políticas públicas**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

COOLEY, Thomas M. **Princípios gerais de direito constitucional nos Estados Unidos da América**. Tradução Ricardo Rodrigues Gama. Campinas: Russell, 2002.

COPETTI, André; MORAIS, José Luis Bolzan de. **A (Re)construção jurisdicional da Constituição de 1988**. *Revista do Instituto de Pesquisas e Estudos*, Bauru, v. 40, n. 46, p. 135-167, jul./ dez. 2006. Disponível em: <http://www.ite.edu.br/ripe/ripe_arquivos/ripe46.pdf>. Acesso em: 22 ago. 2008.

CORREIO BRAZILIENSE, 7 de julho de 1990, com o título **“A Corte Suprema quase derrubou o New Deal”**. *Revista AJUFE*, n. 39.

CROSS, Frank B. and Lindquist, Stefanie A., **The Scientific Study of Judicial Activism**. Minnesota Law Review, Forthcoming; Vanderbilt Law and Economics Research Paper No. 06-23; University of Texas Law, Law and Economics Research Paper No. 93. Available at SSRN: <http://ssrn.com/abstract=939768>

CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. **Jurisdição constitucional democrática**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

DAHL, Robert A. **Sobre a democracia**. Tradução Beatriz Sidou. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2001.

DAL COL, Helder Martinez. **Classificação das normas jurídicas e sua análise, nos planos da validade, existência e eficácia**. Jus Navigandi, Teresina, ano 6, n. 54, fev. 2002. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=2696>>. Acesso em: 09 set. 2010.

DAVID, René. **Os grandes sistemas do direito contemporâneo**. 2. ed. Tradução Hermínio A. Carvalho. São Paulo: Martins Fontes, 1993, p. 556.

DELATORRE, Rogério. **A interpretação/aplicação judicial do direito e a discricionariedade judicial: um diálogo com o pensamento de Ronald Dworkin e Hebert Hart**. 2008. 138f. Dissertação de Mestrado - Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul-RS, Porto Alegre

DERSHOWITZ, Alan M. **Supreme injustice: How the High Court Hijacked Election 2000**. New York: Oxford University Press, 2001.

DIAS NETO, Theodomiro. **O direito ao silêncio: tratamento nos direitos alemão e norte-americano**. Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo, ano 5, n. 19, p. 180 – 204, jul. – set. 1997.

DIMENSTEIN, Gilberto. **O cidadão de papel: A infância, a adolescência e os direitos humanos no Brasil**. 21 ed. São Paulo: Ática. 2007

DINIZ, Artur. J. Almeida. **Novos paradigmas em direito internacional público**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1985.

DMITRUK, Erika Juliana. **Princípio da integridade como modelo de interpretação construtiva do direito em Ronald Dworkin**. Revista Jurídica da UniFil, Londrina, ano IV – n. 4, 2007.

DOBROWOLSKI, Sílvio. **A necessidade de ativismo judicial no estado contemporâneo**. Revistas CCJ. n. 31, pág. 92-101, ano 16, dezembro de 1995. Disponível em: <<http://www.buscalegis.ufsc.br/arquivos/Seq31Dobrowolski-NecessidadeAJEC.pdf>>. Acesso em 22 de ago. 2000.

DORADO PORRAS, Javier, **El debate sobre el control constitucional en los Estados Unidos**, Madrid, Dykinson, Cuadernos "Bartolomé de Las Casas", núm. 3, 1997, 148 pp.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Tradução Nelson Boeira. 3. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010.

DWORKIN, Ronald. **Justice in robes**. Massachusetts: Harvard University, 2006.

DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. Tradução Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípios**. Tradução Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

DWORKIN, Ronald. **Freedom's Law: the moral reading of the American Constitution**. Cambridge. Massachusetts: Harvard University Press, 1999.

DWORKIN, Ronald. **Juízes políticos e democracia**. O Estado de São Paulo. Espaço Aberto, abr. 1997.

DWORKIN, Ronald. **Life's dominion: an argument about abortion, euthanasia, and individual freedom**. New York: Vintage Books, 1994.

DWORKIN, Ronald. **Natural law revisited**, V. Florida. Law Review, 1982, v. XXXIV, p. 165

ESTADOS UNIDOS. Suprema Corte, 497 E.S. 161, 110 S. Ct 2.859 – 1990

ESTEVEZ, João Luiz M. **Direitos sociais no Supremo Tribunal Federal**. São Paulo: Método, 2007.

EUROPA, Comitê de Ministros. Resolução do Comitê de Ministros. 17/03/78. **Annuaire de La Convention Européene des Droits de L'Homme**, 1978, p. 639.

FACHIN, Zulmar. **Funções do Poder Judiciário na sociedade contemporânea e a concretização dos direitos fundamentais.** Disponível em: http://www.opet.com.br/revista/direito/primeira_edicao/artigo_Zulmar_Fachin_funcoes.pdf. Acesso em 10 de mar. 2010

FAGUNDES, Miguel Seabra. **O Controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário.** 7 ed. Atualizada por Gustavo Binenbojm. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

FALLON JR, Richard H. **Reflections on Dworkin and the two faces of law.** Notre Dame Law Review. n. 553, 1992.

FAZZALARI, Elio. **Conoscenza e Valori.** Saggi. 2 ed. G. Giappichelli Editor: Torino, 2004.

FEHRENBACHER, Don E. **Slavery, law & politics: the Dread Scott case in Historical Perspective.** New York: Oxford University Press, 1981.

FEREJOHN, John. **Judicializing politics, politicizing law.** Publisher: The Hoover Institute, 2003.

FERNANDES, Bernardo Gonçalves; PEDRON, Flávio Quinaud. **O Poder Judiciário e(m) crise.** Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2008.

FERREYRA, Raúl Gustavo. **Cultura e direito constitucional: entrevista com Peter Häberle.** (Faculdade de Direito da Universidade de Buenos Aires) Disponível em: <<http://s.conjur.com.br/dl/entrevista-haberle-portugues.pdf>>. Acesso em: 05 de maio de 2010.

FRANÇA. Conselho de Estado, 31/10/80, conclusões de M. GENEVOIS, Comissário do Governo. Rev. Dalloz – Sirey, 1981, p. 38 et seq.

FRANCO, Alberto Silva. **O perfil do juiz na sociedade em processo de globalização.** In MESSUTI, Ana e ARRUBLA, Sampedro [Org.]. La Administración de Justicia en los albores del tercer milenio. Buenos Aires: Editorial Universidade, 2001.

FREITAS, Juarez. **A interpretação sistêmica do direito**. 4 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2004.

GARAPON, Antoine. **O Juiz e a Democracia**: o guardião das promessas. Tradução Maria Luíza de Carvalho. 2 ed. Rio de Janeiro: Revan, 2001.

GARCIA DE ENTERRIA, E. **La Constitución como norma e el tribunal constitucional**. 3 ed. Madrid: Civitas, 1994.

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

GODOY, Arnaldo Sampaio de Moraes. **Notas sobre o direito constitucional norte-americano**. 2001 – p. 1-28 Disponível em: <http://www.arnaldogodoy.adv.br/publica/notas_sobre_o_direito_constitucional_norte_americano.html>. Acesso em 23 de abr. 2010

GOMES, Luiz Flávio. **A dimensão da magistratura no Estado constitucional e democrático de direito**: independência judicial, controle Judiciário e responsabilidade do juiz. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

GRAGLIA, Lino A. Opinion, **Rule of Law: Our Constitution Faces Death by ‘Due Process’**, WALL ST. J., may 24, 2005, at A12.

GREY, Thomas C. **Do we have an unwritten Constitution?** Stanford Law Review, Stanford: School of Law, Stanford University, v. 27, p. 703-718, 1975

GUSTIN, Miracy Barbosa de S; DIAS, Maria Tereza Fonseca. **(Re)pensando a pesquisa jurídica**: teoria e prática. 2 ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia**: entre facticidade e validade. v. I, 2. ed. Tradução Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.

HABERMAS, Jürgen. **A inclusão do outro**: estudos de teoria política. Tradução George Sperber e Paulo Astor Sthe (UFPR). São Paulo: Edições Loyola, 2002.

HABERMAS, Jürgen. **Más allá del Estado nacional**. Madrid: Editorial Trotta, 1997.

HAMILTON, Alexander. **Os artigos federalistas**. Rio de Janeiro: Editora Nova Fronteira, 1993.

HARRIS V. MCRAE (1980) **United States Supreme Court**. Disponível em: <<http://www.supremecourt.gov/>>. Acesso em: 30 de jul. 2010.

HASSEMER, Wilfried. **Sistema jurídico e codificado**: a vinculação do juiz à lei. In: KAVFMANN, Artur e HASSEMER, Winfried(org.). **Introdução à Filosofia do Direito e à Teoria do Direito Contemporâneo**. Tradução Marcos Keel e Manuel Seca de Oliveira Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002.

HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica constitucional. A sociedade aberta dos intérpretes da constituição**: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição. Tradução Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre, Sérgio Antônio Fabris Editor. 1997.

HECK, José N. Principlismo Bioético: a posição de Ronald Dworkin sobre Aborto e Eutanásia. *E'thica*, Florianópolis, v. 6, n. 2, p. 217-237, dez. 2007.

HESSE, Konrad. **A força normativa da constituição**. Tradução Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre. Sérgio Antônio Fabris Editor. 1991.

HIRSCHL, Ran. **Towards Juristoracy**: the origins and consequences of the new constitutionalism. Cambridge: Harvard University Press, 2004.

HOLANDA, Sérgio Buarque de. **Raízes do Brasil**. 26 ed. São Paulo: Companhia das Letras, 1995.

HOLMES, Stephen, **El precompromiso y la paradoja de la democracia**. In: *Constitucionalismo y Democracia*. Jon Elster Y Rune Slagstad (org). México: Fondo de Cultura Económica, 2003.

HORBACH, Carlos Bastide. **Memória jurisprudencial**: Ministro Pedro Lessa. Brasília: Supremo Tribunal Federal, 2007.

HORWITZ, Morton J. **The warren court and the pursuit of justice**. New York: Hill and Wang, 1999.

JONES, Clive; MURPHY, Emma C. **Israel: challenges to identity, democracy, and the state**, 2002. 11 New Fetter Lane, London EC 4P 4EE.

JUDGES, Donald P. **Hard choices, lost voices: how the abortion conflict has divided america, distorted constitutional rights, and damaged the courts**. Chicago: Ivan R. Dee, 1993.

KELSEN, Hans. **A jurisdição constitucional. In: Jurisdição constitucional**. Tradução Alexandre Krug, Eduardo Bandão e Maria Ermantina Galvão. 1 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

KELSEN, Hans. **Quien debe ser el defensor de la constitución?** Tradução Roberto J. Brie. 2 eEd. Madrid: Editorial Technos, 2002.

KELSEN, Hans. **A democracia**. Tradução Ivone Castilho Benedetti, Jeferson Luiz Camargo, Marcelo Brandão Cipola e Vera Barkow. São Paulo: Martins Fontes, 1993.

KELSEN, Hans. **Teoria Geral das Normas**. Tradução José Florentino Duarte. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1986.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. Tradução João Baptista Machado. Coimbra: Armênio Amado Editor, 1986.

KOMMERS, Donald P. **The constitutional jurisprudence of the Federal Republic of Germany**, 2nd. Durhan: Duke University Press, 1997.

KOZICKI, Katya. **Conflito e estabilização: comprometendo radicalmente a aplicação do Direito com a democracia nas sociedades contemporâneas**. 2000. 180f. Tese (Doutorado em Direito). Centro de Ciências Jurídicas, Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis.

KRAMNICK, Isaac. Nova York e Publius em 1787. In: **Os artigos federalistas**. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1987.

LAGES, Cíntia Garabini. **A proposta de Ronald Dworkin em “O império do direito”**. Revista da Faculdade Mineira de Direito, Belo Horizonte: PUC Minas, v. 4, n. 7 e 8, jan-jun, 2001.

LASSALE, Ferdinand. **Que é uma constituição?** Tradução Walter Stöner. São Paulo: Edições e Publicações Brasil, 1933.

LAVROFF, Dimitri. **Prévalence du fait majoritaire.** In LAVROFF, Dimitri, et. al. La Pratique Constitutionnelle en France et en Espagne de 1958 et 1978 à 1999.

LEITE, Evandro Gueiros. **Ativismo judicial.** BDJur, Brasília, DF, 5 maio 2008. Disponível em: <<http://bdjur.stj.gov.br/dspace/handle/2011/16980>>. Acesso em 10 de mar. 2010.

LEWIS, John. **Carta a Franklin D. Roosevelt, 27 de novembro de 1933.** FDR Library. PPF 1014-1037.

LINS E SILVA, Evandro. **O salão dos passos perdidos.** Entrevistas e notas de Marly Motta e Verena Albertini. Editoria de texto de Dora Rocha. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1997.

LIPKIN, ROBERT JUSTIN. **What's wrong with judicial supremacy? What's right about judicial review?** Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=1309757>>. Acesso em: 05 de maio de 2010.

LOCKE, John. **Two treatises of civil government.** Tradução Cid Knipell Moreira. London: Everyman's Library, 1966.

LOPES, Alba Virgínia Pestana. **Mobilização Social e a Construção da Democracia.** Disponível em: <<http://www.pautasocial.com.br/artigo.asp?idArtigo=30>>. Acesso em: 27 de jul. de 2010.

LÓPEZ, Nicolas Maria Calera. **Filosofia del derecho.** Granada: Comares, 1992.

LUHMANN, Niklas. **El derecho de la sociedad.** Tradução Javier Torres Nafarrate. 2 ed. México: Herder. 2005.

LUHMANN, Niklas. **Sociologia do direito.** Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1993.

LUHMANN, Niklas. **Legitimidade pelo procedimento.** UnB, Brasília: 1980, p.37.

MAGALHÃES, José Luiz Quadros de. **O constitucionalismo inglês**. Jus Navigandi, Teresina, ano 8, n. 452, 2 out. 2004. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=5768>>. Acesso em: 09 set. 2010.

MAHER V. ROE (**United States Supreme Court, 1977**). Disponível em: <<http://www.oyez.org>>. Acesso em: 19.06.09

MARANHÃO. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. MS. 23.780-5, Rel. Min. Joaquim Barbosa, 2005. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginador/paginador.jsp?docTP=AC&docID=86021>>. Acesso em 28 de jan. 2010.

MARINHO FILHO, Luciano. **O aperfeiçoamento da jurisdição pela realização de princípios constitucionais**. Revista Jurídica Consulex, Brasília, ano XIII, nº. 310, dez. 2009.

MARMELSTEIN, George. **Curso de direitos fundamentais**. São Paulo: Editora Atlas, 2008.

MARSHALL, William P., **Conservatives and the seven sins of judicial activism** (September 2002). University of Colorado Law Review, Vol. 73, 2002. Available at SSRN: <http://ssrn.com/abstract=330266> or doi:10.2139/ssrn.330266

MAUS, Ingeborg. **Judiciário como superego da sociedade**: O papel da atividade jurisprudencial na sociedade órfã. In: Novos Estudos. CEBRAP, n. 58, novembro de 2000.

MELLO, Marco Aurélio de. Ministro do Supremo Tribunal Federal. **Ação ordinária especial 13 – DF**.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 1 ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

MENDES, Gilmar. Prefácio In: TAVARES, André Ramos. **Tribunal e jurisdição constitucional**. São Paulo: Celso Bastos Editor. 1998.

MICKLITZ, Hans-W., **Judicial activism of the european court of justice and the development of the european social mode in anti-discrimination and consumer law** (December 1, 2009). EUA Working Papers LAW No. 2009/19. Available at SSRN: <http://ssrn.com/abstract=1557139>.

MINAS GERAIS. Superior Tribunal de Justiça. Segunda Turma. MS. 17.903, Rel. Min. Castro Meira, 2004. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/ita.asp?registro=200400229730&dt_publicacao=20/09/2004>. Acesso em 03 de mar. 2010.

MIRANDA, Rosângelo Rodrigues. **Entre a política constitucional e o direito constitucional**. Disponível em: <http://www.direitonatela.com.br/index.php?ref=ver_texto&id=8>. Acesso em: 05 de maio de 2010.

MITAU. G. Theodore. **Decade of decision, The Supreme Court and the constitutional revolution, 1954 – 1964**. New York: Charles Scribner's, 1967.

MONTESQUIEU, Charles de Secondat. **O espírito das leis**. Tradução Cristina Muracho. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

MORAIS, Fernando de. **Olga**. 16. Ed. São Paulo: Companhia das Letras, 1994.

MORAIS, José Luís Bolzan de. **Do direito social aos interesses transindividuais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1996.

MOREIRA, Luiz. **A constituição como simulacro**. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2007.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Interferências entre Poderes do Estado**, *in* Revista de Informação Legislativa, Brasília: Senado, n. 103, p. 13, jul.-set. 1989.

MORO, Sérgio Fernando. **A Corte exemplar: considerações sobre a Corte de Warren**. Revista da Ajufe, Brasília, ano 20, n. 68, 2001, p. 361.

MORRIS, Richard B. **Documentos básicos da história dos Estados Unidos**. Rio de Janeiro: Fundo de cultura, 1964.

NALINI, José Renato. **O Magistrado e a comunidade**, RPGELPS, jun. 1991.

NASSIF, Luis. **O poder arbitrário do Supremo**. Disponível em: <<http://colunistas.ig.com.br/luisnassif/2009/11/04/o-poder-arbitrario-do-supremo/>>. Acesso em 05 de maio de 2010.

NEVES, Marcelo. **A constitucionalização simbólica**. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

NIETZSCHE, Friedrich Wilhelm. **Assim falou Zaratustra**. Tradução Pietro Nassetti. São Paulo: Martin Claret, 1999.

NOVELINO, Marcelo. **Direito constitucional para concurso**. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2007.

NUNES, Dierle José Coelho; BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco. **Ativismo e protagonismo judicial em xeque**: argumentos pragmáticos. Jus Navigandi, Teresina, ano 13, n. 2106, 7 de abril de 2009. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=12587>>. Acesso em: 10 de março de 2010).

NUNES, José de Castro. **Do mandado de segurança e outros meios de defesa do direito contra atos do Poder Público**. São Paulo: Saraiva 1937.

OLIVEIRA, Aline Albuquerque S. de; MONTENEGRO, Sandra; GARRAFA, Volnei. **Supremo Tribunal Federal do Brasil e o aborto anencefálico**. Bioética, vol. 13. n. 1. 2005.

OLIVEIRA, Cláudio Ladeira de. **"Direito como integridade" e "ativismo judicial"**: algumas considerações acerca de uma decisão do Supremo Tribunal Federal. Disponível em: <<http://www.buscalegis.ufsc.br/revistas/index.php/buscalegis/article/viewFile/33059/32237>>. Acesso em: 13 ago. 2010.

OLIVEIRA JR., José Alcebíades de. **Politização do direito e juridicização da política**. Disponível em: <<http://www.buscalegis.ufsc.br/revistas/index.php/buscalegis/article/view/25810/25372>>. Acesso em: 20 jul. 2010.

OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. **Ronald Dworkin**: de que maneira o direito se assemelha à literatura? In: TRINDADE, André Karam; GUBERT, Roberta Magalhães; COPETTI NETO, Alfredo. **Direito & Literatura: ensaios críticos**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. **Tutela jurisdicional e Estado democrático de direito**: por uma compreensão constitucionalmente adequada do mandado de injunção. Belo Horizonte: Del Rey, 1998.

PAIVA, Paulo. **A jurisdição constitucional francesa após a reforma de 2008**. Revista Jurídica Consulex, Brasília, ano XIV. nº. 316. 15 de março de 2010. p. 14-16.

PARDO, David Wilson de Abreu. **Direitos fundamentais não enumerados: justificação e aplicação**. 2005. 327f. Tese (Doutorado) – Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis.

PASQUALINI, Alexandre. **Hermenêutica e sistema jurídico: uma introdução à interpretação sistemática do direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.

PEREIRA, J. A. **De actor secundário a actor principal: O Supremo Tribunal e a “revolução constitucional” em Israel**. Revista Brasileira de Direito Constitucional – RBDC nº. 9 – jan./jun. 2007.

PÉREZ. **Una filosofía para erizos: una aproximación al pensamiento de Ronald Dworkin**. In: Doxa. n. 26, 2003.

PIÇARRA, Nuno. **A separação de poderes como doutrina e princípio constitucional: um contributo para o estudo das suas origens e evolução**. Coimbra: Coimbra Editora, 1989.

PIOVESAN, Flávia. **Justiciabilidade dos direitos sociais e econômicos no Brasil: desafios e perspectivas**. in Direito, Estado e Democracia: entre a (in)efetividade e o imaginário social. Porto Alegre: Instituto de Hermenêutica Jurídica, 2006.

PIZZORUSSO, Alessandro. **Curso de derecho comparado**. Barcelona: Ariel, 1987.

PLATÃO. **A República**. Tradução Enrico Corvisieri. São Paulo: Ed. Nova Cultural, 2000.

POELKER V. ROE (1977) **United States Supreme Court**. Disponível em: <<http://www.oyez.org>> Acesso em: 30 de jul. 2010.

RAMOS, Elival da Silva. **Parâmetros dogmáticos do ativismo judicial em matéria constitucional**. Universidade de São Paulo: USP, 2007

REALE, Miguel. **Lições preliminares de direito**. 25 ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

RIO GRANDE DO NORTE. Supremo Tribunal Federal. Decisão Monocrática. SS. 3073, Rel. Min. Ellen Gracie, 2007. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28SS%24%2ESCLA%2E+E+3073%2E NUME%2E%29&base=baseMonocraticas>>. Acesso em 15 de mar. 2010.

RIO GRANDE DO SUL. Superior Tribunal de Justiça. Primeira Turma. RE. 644.577, Rel. Min. Luiz Fux, 2004. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/ita.asp?registro=200400298578&dt_publicacao=27/09/2004>. Acesso em 03 de mar. 2010.

RIO GRANDE DO SUL. Superior Tribunal de Justiça. Segunda Turma. RE. 686.500, Rel. Min. Castro Meira, 2004. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/ita.asp?registro=200401395373&dt_publicacao=09/05/2005>. Acesso em 03 de mar. 2010.

RIO GRANDE DO SUL. Supremo Tribunal Federal. Segunda Turma. RE. 271.286-8, Rel. Min. Celso de Melo, 2000. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginador/paginador.jsp?docTP=AC&docID=335538>>. Acesso em 03 de mar. 2010.

RIO GRANDE DO SUL. Superior Tribunal de Justiça. Primeira Turma. MS. 6564, Rel. Min. Demócrito Reinaldo, 1996. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/ita/listarAcordaos?classe=&num_processo=&num_registro=199500687828&dt_publicacao=17/06/1996>. Acesso em 05 de mar. 2010.

RIO DE JANEIRO. Superior Tribunal de Justiça. Primeira Turma. MC. 7.240, Rel. Min. Luiz Fux, 2004. Disponível em <https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/ita.asp?registro=200301911531&dt_publicacao=25/10/2004>. Acesso em 03 de mar. 2010.

ROACH, Kent, **The Myths of Judicial Activism**. Supreme Court Law Review (2nd) vol. 14, pp. 297-330, 2001. Available at SSRN: <http://ssrn.com/abstract=1144766>

ROCHA, Geiza. **Ativismo Judicial**: uma nova postura para um novo tempo. Fórum: debates sobre a justiça e cidadania, n. 3. Associação dos Magistrados do Estado do Rio de Janeiro (Ame), jun. – jul. 2002. p. 10-13, p. 11.

ROCHA, Ibraim José das Mercês. **A Constituição na Teoria Pura do Direito de Hans Kelsen**. Jus Navigandi, Teresina, ano 5, n. 43, 1 jul. 2000. Disponível em: Disponível em: <www.jusnavigandi.com.br> Acesso em: 13 de maio de 2010

RODRIGUES, Leda Boechat. **A Corte de Warren: (1953-1969) Revolução Constitucional**. São Paulo: Civilização Brasileira, 1991.

ROSA, João Guimarães. **Grande Sertão**: veredas. Rio de Janeiro: Editora Nova Fronteira, 1986.

ROSAS, Roberto. **Suprema Corte Americana**: acompanhamento da realidade política e econômica. Arquivos do Ministério da Justiça, ano 49, n. 187, jan. – jun. 1996, (p. 91 – 110), p. 94.

RUIZ, Urbano. **A utilização do Judiciário para questionar e obrigar a administração a desenvolver políticas públicas**. Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo, n 36, p. 251-256, out. – dez., 2001.

SAHA, Arpita. **Judicial activism in curbing the problem of public nuisance to environment in India**. 2009. Disponível em: <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1439704>. Acesso em: 05 de maio de 2010.

SAHA, Arpita. **Judicial Activism in India**: a necessary evil. 2008. Disponível em: <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1156979>. Acesso em: 05 de maio de 2010.

SALZBERGER, Eli M. **Judicial activism in Israel**: sources, forms and manifestations. Disponível em: <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=984918>. Acesso em: 05 de maio de 2010.

SAMPAIO, José Adércio Leite. **A crise dos direitos humanos**. Disponível em: <<http://domtotal.com.br/colunistas/detalhes.php?artId=84>>. Acesso em: 05 fev. 2010.

SAMPAIO, José Adércio Leite. **STF**: judiciário pode autorizar financiamento público de prestação de saúde. Disponível em: <joseadercio.blogspot.com> Acesso em 20 de fevereiro de 2010.

SAMPAIO, José Adércio Leite. **Constituição e Crise Política**. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

SAMPAIO, José Adércio Leite. **A constituição reinventada pela jurisdição constitucional**. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

SAMPAIO, José Adércio Leite. **Direito à intimidade e à vida privada**: uma visão jurídica da sexualidade, da família, da comunicação e informações pessoais, da vida e da morte. Belo Horizonte: Del Rey, 1998.

SANTOS, Adão Clóvis Martins dos. **Justiça e Política**: homenagem a Otfried Höffe. Nythamar Fernandes de Oliveira. Draiton Gonzaga de Souza (Orgs.). Porto Alegre: ed. EDIPUCRS, 2003.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **A justiça em debate**. Disponível em: <<http://br.dir.groups.yahoo.com/group/objcosmo/message/968>>. Acesso em 27 jan. 2010.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **A judicialização da política**. Disponível em: <<http://www.ces.uc.pt/opiniao/bss/078.php>>. Acesso em 11 mar. 2010.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **Para uma revolução democrática da justiça**. São Paulo: Cortez, 2007.

SÃO PAULO. Superior Tribunal de Justiça. Quinta Turma. HC. 19913, Rel. Min. Laurita Vaz, 2006. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/ita.asp?registro=200601574725&dt_publicacao=30/10/2006>. Acesso em 05 de mar. 2010.

SÃO PAULO. Supremo Tribunal Federal. Segunda Turma. RE. 410.715-5, Rel. Min. Celso de Melo, 2005. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginador/paginador.jsp?docTP=AC&docID=354801>>. Acesso em 16 de fev. 2010.

SARMENTO, Daniel. **A dimensão objetiva dos direitos fundamentais**: fragmentos de uma teoria. *In*: Jurisdição Constitucional e Direitos Fundamentais. Organizador José Adércio Leite Sampaio. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

SCHETTINO, José Gomes Roberto. **Controle judicial de constitucionalidade e ativismo judicial processual**. 2008. 174f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro.

SCHMITT, Carl. **O Guardião da Constituição**. Tradução de Geraldo de Carvalho. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

SCHMITT. Carl. **La defensa de la Constitución**. Tradução Manuel Sanchez Sarto. 2 ed. Madrid: Editorial Technos; 1998.

SIMON, William H., **The Warren Court, Legalism and Democracy: Sketch for a Critique in a Style Learned from Morton Horwitz**. Transformations in american legal history, volume II, Alfred Brophy, Daniel Hamilton, eds., Forthcoming; Columbia Public Law Research Paper No. 09-196. Available at SSRN: <http://ssrn.com/abstract=1325328>

SILVA, Alexandre Garrido da. **O Supremo Tribunal Federal e a Leitura Política da Constituição: entre o Perfeccionismo e o Minimalismo**. Anais do XVII Encontro Preparatório para o Congresso Nacional do CONPEDI. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2008.

SILVA, Alfredo Canellas Guilherme da. **Ativismo Judicial. Realidade admissível apenas para a concretização dos direitos fundamentais sociais**. Disponível em: <www.buscalegis.ufse.br/revistas/index.2009>. Acesso em: 20 de jun. 2010.

SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. 3 ed., São Paulo: Malheiros, 1999.

SILVA, Ruy Martins Altenfelder. **Harmonia dos poderes?** Revista Jurídica Consulex, Brasília, n. 312, jan. 2010.

SILVEIRA, Paulo Fernando. **Freios e contrapesos (checks and balances)**. Belo Horizonte: Del Rey, 1999.

SOARES DE PINHO, A. P. **Freios e contrapesos do governo na constituição brasileira**. Niterói: [s.c.p.], 1961.

SOARES, Mário Lúcio Quintão. **Processo constitucional, democracia e direitos fundamentais**. In: Jurisdição Constitucional e Direitos Fundamentais. Organizador José Adércio Leite Sampaio. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

SÓFOCLES. **Antígona**. Tradução de Millôr Fernandes. 8 ed. São Paulo: Editora Paz e Terra, 2003.

SOLA, Juan Vicente. **Control judicial de constitucionalidad**. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 2001.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. **Verticalização, cláusula de barreira e pluralismo político: uma crítica consequencialista à decisão do STF na ADIN 3685**. Interesse Público, Porto Alegre, v. 37, 2006.

SOUZA, Vera Lúcia Ribeiro de. **O labirinto e o fio de Ariadne**: a proposta de Dworkin para o entendimento do Direito e sua aplicação nas democracias constitucionais. 2006. 190f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Belo Horizonte.

STAMATO, Bianca. **Constitucionalismo Mundial e o “Intercâmbio Mundial entre Juízes**. In: **A Reconstrução Democrática do Direito Público no Brasil**. Organizador Luís Roberto Barroso. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

STRECK, Lenio Luiz. **O que é isto – decido conforme minha consciência?** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

STRECK, Lenio Luiz. **Entrevista concedida ao sítio eletrônico Consultor Jurídico**. Acesso em: <<http://www.conjur.com.br/2009-mar-15/entrevista-lenio-streck-procurador-justica-rio-grande-sul>>. Acesso: 03.04.2009.

STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso**: constituição, hermenêutica e teorias discursivas; da possibilidade à necessidade de respostas corretas em direito. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

SUNSTEIN, Cass. **One case at time**: judicial mimalism on the Supreme Court. Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 1999.

SWEET, Alec Stone. **Judicialization and the construction of governance**. Publicado em: Comparative Political Studies. Vol. 32, nº 2, p. 147-184(1999)

TAVARES, André Ramos. **Teoria da justiça constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2005.

TESSLER, Marga Barth. **Suspensão de segurança**. Disponível em: <http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao003/marga_tessler.htm>. Acesso em 11 de maio de 2010.

THOMPSON, Judith J. **A defense of abortion**. Philosophy and Public Affairs, n. 1, p. 47-66, autumn, 1971.

TOCQUEVILLE, Alexis de. **A democracia na América**. Belo Horizonte e São Paulo: Editoria Itatiaia e Edusp, 1998.

TOCQUEVILLE, Alexis de. **De la Démocratie en Amérique**. GF Flammarion, Paris, 1981.

TORO, José Bernardo. **Horizonte ético da mobilização social**. Disponível em: <<http://www.eurooscar.com/Direitos-Humanos/direitos-humanos3.htm>>. Acesso em: 27 de jul. 2010.

TORO, José Bernardo; WERNECK, Nisia Maria Duarte Furquim. **Mobilização social**: um modo de construir a democracia e a participação. Disponível em: <http://www.aracati.org.br/portal/pdfs/13_Biblioteca/Publicacoes/mobilizacao_social.pdf>. Acesso em: 27 de jul. de 2010.

TRIBE, L. H. **American Constitutional Law**. 2ª ed. The Foundation Press, 1998.

TRIBE, Laurence M.; DORF, Michael C. **On reading the constitution**. Cambridge, MA: Harvard University Press, 1991.

USA. **The Constitution of The United States of American**. 1787

US Supreme Court Opinions. Disponível em: <<http://www.findlaw.com/casecode/supreme.html>>. Acesso em 01 mar. 2010.

VALE, André Rufino do. **Reis-juízes ou reis-legisladores? O dilema platônico e o problema da legitimação democrática da Jurisdição Constitucional**. Disponível em: <<http://ojs.idp.edu.br/index.php/cadernovirtual/article/viewFile/56/33>>. Acesso em: 18 jan. 2010.

VERBICARO, Loiane Prado. **A judicialização da política à luz da teoria de Ronald Dworkin**. Encontro Nacional do CONPEDI: Anais do XIV Congresso Nacional do CONPEDI, ISBN: Português, Impresso. 2006.

VERÍSSIMO, Marcos Paulo. **A judicialização dos conflitos de justiça distributiva no Brasil: O Processo Judicial no Pós-1988**. 2006. 264f. Tese (Doutorado em Direito Processual) - Universidade de São Paulo, São Paulo.

VIANNA, Luiz Werneck; BURGOS, Marcelo. **Revolução processual do direito e democracia progressista**, in Luiz Werneck Vianna (org.), A democracia e os três poderes no Brasil. Rio de Janeiro: IUPERJ/FAPERJ, 2002, p. 465.

VIANNA, Luiz Werneck. **Poder Judiciário, posituação do direito natural e política.** In: **Estudos Históricos.** vol. 9, n. 18, 1996, p. 263.

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

VIEIRA, Oscar Vilhena. **Supremo Tribunal Federal: Jurisprudência Política.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994.

Voto do Ministro Ricardo Lewandowski na ADI n. 3.685-8/DF. Rel. Min. Ellen Gracie. Plenário. Julgamento em 22.03.2006. DJ 10.08.2006. p. 19 (Ementário do STF, n. 2241-2, p. 222.

WALDMAN, Ricardo Libel. **A Teoria dos Princípios de Ronald Dworkin.** Revista Direito e Justiça (Faculdade de Direito da PUC/RS). Porto Alegre. Vol. 25, ano XXIV, 2002/1, p. 120.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Poder Judiciário: crise, acertos e desacertos.** Tradução Juarez Tavares. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

ZIETLOW, Rebecca E., **The Judicial Restraint of the Warren Court (and Why it Matters)** (January 23, 2007). Ohio State Law Journal, Vol. 69, No. 2, 2008. Available at SSRN: <http://ssrn.com/abstract=960144>

ANEXO A – TRAMITAÇÃO PROCESSUAL NO STF (1940 A 2010)

| Movimentação STF | 2010* |
|-------------------------|--------------|
| Proc. Autuados | 23.834 |
| Proc. Distribuídos | 12.445 |
| Julgamentos | 33.679 |
| Acórdãos publicados | 3.273 |

Fonte: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=estatistica&pagina=movimentoProcessual>

| Movimentação STF | 2000 | 2001 | 2002 | 2003 | 2004 | 2005 | 2006 | 2007 | 2008 | 2009 |
|-------------------------|-------------|-------------|-------------|-------------|-------------|-------------|-------------|-------------|-------------|-------------|
| Proc. Protocolados | 105.307 | 110.771 | 160.453 | 87.186 | 83.667 | 95.212 | 127.535 | 119.324 | 100.781 | 84.369 |
| Proc. Distribuídos | 90.839 | 89.574 | 87.313 | 109.965 | 69.171 | 79.577 | 116.216 | 112.938 | 66.873 | 42.729 |
| Julgamentos | 86.138 | 109.692 | 83.097 | 107.867 | 101.690 | 103.700 | 110.284 | 159.522 | 130.747 | 121.316 |
| Acórdãos publicados | 10.770 | 11.407 | 11.685 | 10.840 | 10.674 | 14.173 | 11.421 | 22.257 | 19.377 | 17.704 |

Fonte: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=estatistica&pagina=movimentoProcessual>

| Movimentação STF | 1990 | 1991 | 1992 | 1993 | 1994 | 1995 | 1996 | 1997 | 1998 | 1999 |
|-------------------------|-------------|-------------|-------------|-------------|-------------|-------------|-------------|-------------|-------------|-------------|
| Proc. Protocolados | 18.564 | 18.438 | 27.447 | 24.377 | 24.295 | 27.743 | 28.134 | 36.490 | 52.636 | 68.369 |
| Proc. Distribuídos | 16.226 | 17.567 | 26.325 | 23.525 | 25.868 | 25.385 | 23.883 | 34.289 | 50.273 | 54.437 |
| Julgamentos | 16.449 | 14.366 | 18.236 | 21.737 | 28.221 | 34.125 | 30.829 | 39.944 | 51.307 | 56.307 |
| Acórdãos publicados | 1.067 | 1.514 | 2.482 | 4.538 | 7.800 | 19.507 | 9.811 | 14.661 | 13.954 | 16.117 |

Fonte: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=estatistica&pagina=movimentoProcessual>

| Movimentação STF | 1980 | 1981 | 1982 | 1983 | 1984 | 1985 | 1986 | 1987 | 1988 | 1989 |
|-------------------------|-------------|-------------|-------------|-------------|-------------|-------------|-------------|-------------|-------------|-------------|
| Proc. Protocolados | 9.555 | 12.494 | 13.648 | 14.668 | 16.386 | 18.206 | 22.514 | 20.430 | 21.328 | 14.721 |
| Proc. Distribuídos | 9.308 | 12.853 | 13.846 | 14.528 | 15.964 | 17.935 | 21.015 | 18.788 | 18.674 | 6.622 |
| Julgamentos | 9.007 | 13.371 | 15.117 | 15.260 | 17.780 | 17.798 | 22.158 | 20.122 | 16.313 | 17.432 |
| Acórdãos publicados | 3.366 | 3.553 | 4.080 | 4.238 | 5.178 | 4.782 | 5.141 | 4.876 | 4.760 | 1.886 |

Fonte: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=estatistica&pagina=movimentoProcessual>

| Movimentação STF | 1970 | 1971 | 1972 | 1973 | 1974 | 1975 | 1976 | 1977 | 1978 | 1979 |
|-------------------------|-------------|-------------|-------------|-------------|-------------|-------------|-------------|-------------|-------------|-------------|
| Proc. Protocolados | 6.367 | 5.921 | 6.253 | 7.093 | 7.352 | 8.775 | 6.877 | 7.072 | 8.146 | 8.277 |
| Proc. Distribuídos | 6.716 | 6.006 | 6.692 | 7.298 | 7.854 | 9.324 | 6.935 | 7.485 | 7.815 | 8.433 |
| Julgamentos | 6.486 | 6.407 | 6.523 | 8.049 | 7.986 | 9.083 | 7.565 | 7.947 | 8.848 | 10.051 |
| Acórdãos publicados | 3.328 | 3.491 | 3.926 | 4.340 | 4.459 | 3.913 | 3.377 | 3.741 | 3.755 | 3.554 |

Fonte: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=estatistica&pagina=movimentoProcessual>

| Movimentação STF | 1960 | 1961 | 1962 | 1963 | 1964 | 1965 | 1966 | 1967 | 1968 | 1969 |
|-------------------------|-------------|-------------|-------------|-------------|-------------|-------------|-------------|-------------|-------------|-------------|
| Proc. Protocolados | 6.504 | 6.751 | 7.705 | 8.216 | 8.960 | 8.456 | 7.378 | 7.614 | 8.612 | 8.023 |
| Proc. Distribuídos | 5.946 | 6.682 | 7.628 | 8.737 | 8.526 | 13.929 | 7.489 | 7.634 | 8.778 | 10.309 |
| Julgamentos | 5.747 | 6.886 | 7.436 | 6.881 | 7.849 | 6.241 | 9.175 | 7.879 | 9.899 | 9.954 |
| Acórdãos publicados | 4.422 | 7.000 | 7.317 | 7.316 | 7.511 | 5.204 | 6.611 | 6.479 | 6.731 | 5.848 |

Fonte: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=estatistica&pagina=movimentoProcessual>

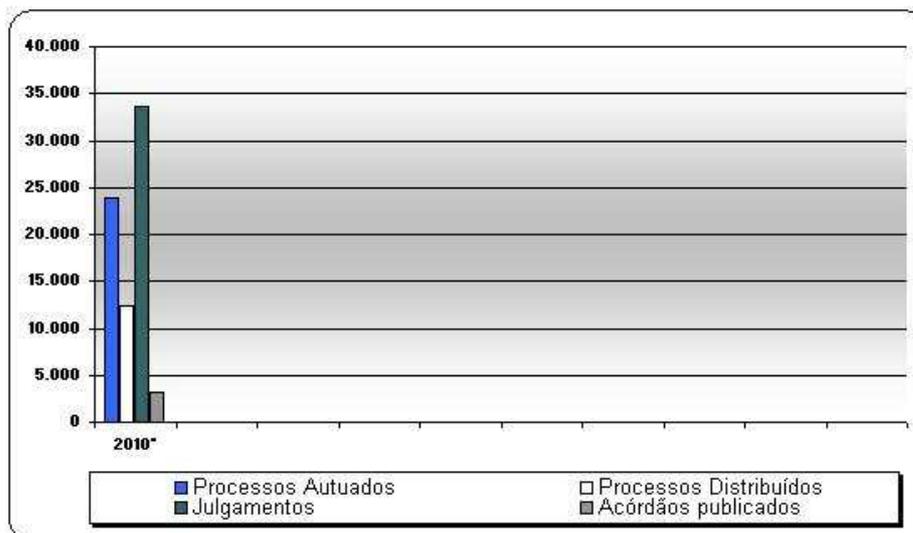
| Movimentação STF | 1950 | 1951 | 1952 | 1953 | 1954 | 1955 | 1956 | 1957 | 1958 | 1959 |
|-------------------------|-------------|-------------|-------------|-------------|-------------|-------------|-------------|-------------|-------------|-------------|
| Proc. Protocolados | 3.091 | 3.305 | 3.956 | 4.903 | 4.710 | 5.015 | 6.556 | 6.597 | 7.114 | 6.470 |
| Proc. Distribuídos | 2.938 | 3.041 | 3.572 | 4.623 | 4.317 | 4.686 | 6.379 | 6.126 | 7.816 | 7.440 |
| Julgamentos | 3.371 | 2.917 | 4.197 | 4.464 | 3.933 | 4.146 | 4.940 | 6.174 | 7.302 | 8.360 |
| Acórdãos publicados | 3.395 | 2.217 | 2.476 | 3.388 | 4.474 | 3.730 | 3.794 | 5.251 | 6.400 | 7.980 |

Fonte: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=estatistica&pagina=movimentoProcessual>

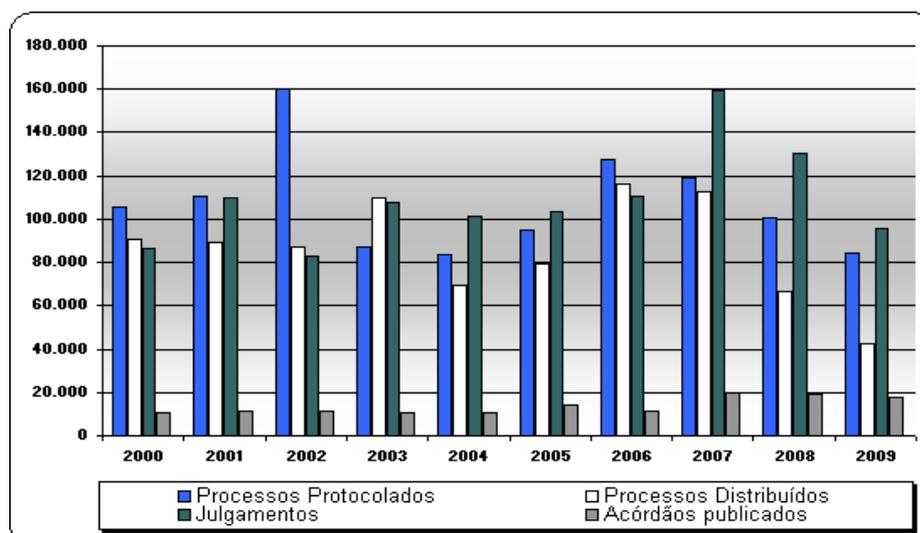
| Movimentação STF | 1940 | 1941 | 1942 | 1943 | 1944 | 1945 | 1946 | 1947 | 1948 | 1949 |
|-------------------------|-------------|-------------|-------------|-------------|-------------|-------------|-------------|-------------|-------------|-------------|
| Proc. Protocolados | 2.419 | 2.629 | 2.496 | 2.480 | 2.584 | 3.422 | 2.415 | 2.773 | 2.729 | 3.335 |
| Proc. Distribuídos | 2.211 | 2.503 | 2.310 | 2.281 | 2.324 | 2.566 | 2.246 | 2.430 | 2.569 | 3.705 |
| Julgamentos | 1.807 | 2.265 | 2.447 | 2.355 | 2.321 | 1.860 | 1.819 | 2.565 | 2.988 | 3.269 |
| Acórdãos publicados | 1.469 | 2.105 | 2.238 | 2.111 | 2.001 | 1.801 | 1.251 | 1.992 | 2.079 | 2.758 |

Fonte: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=estatistica&pagina=movimentoProcessual>

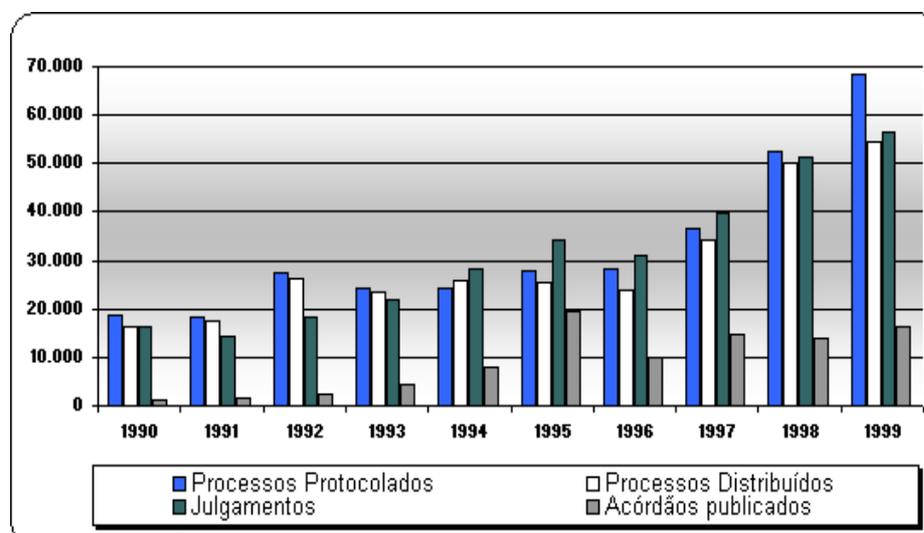
ANEXO B – MOVIMENTO PROCESSUAL NO STF (1940 A 2010*)



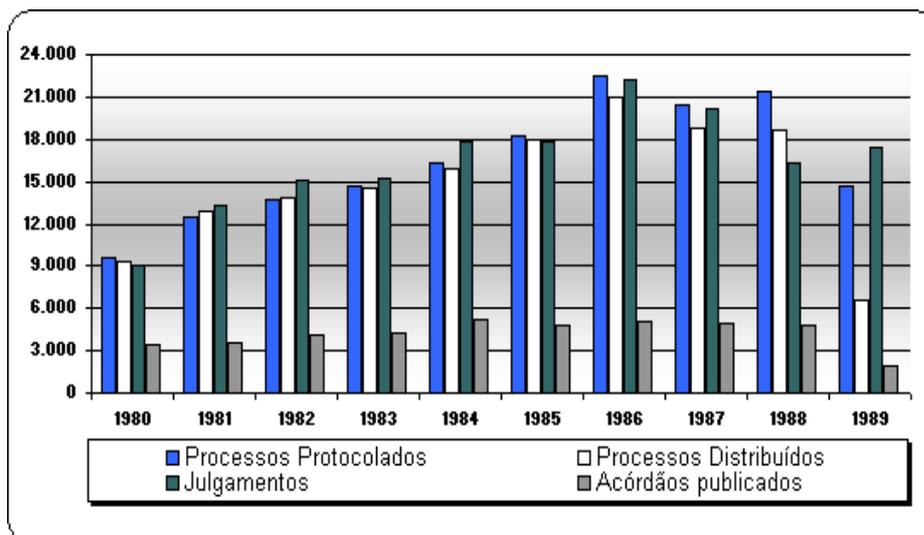
Fonte: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=estatistica&pagina=movimentoProcessualGrafico>



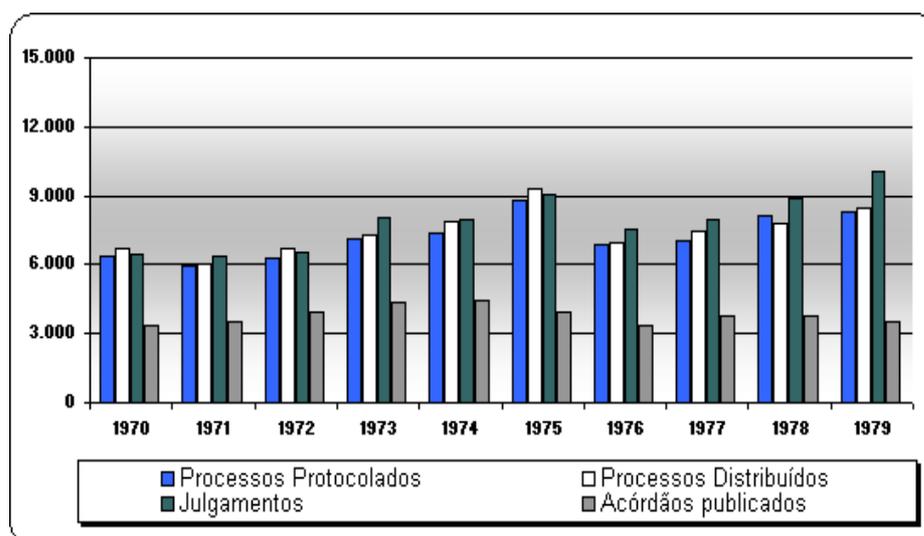
Fonte: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=estatistica&pagina=movimentoProcessualGrafico>



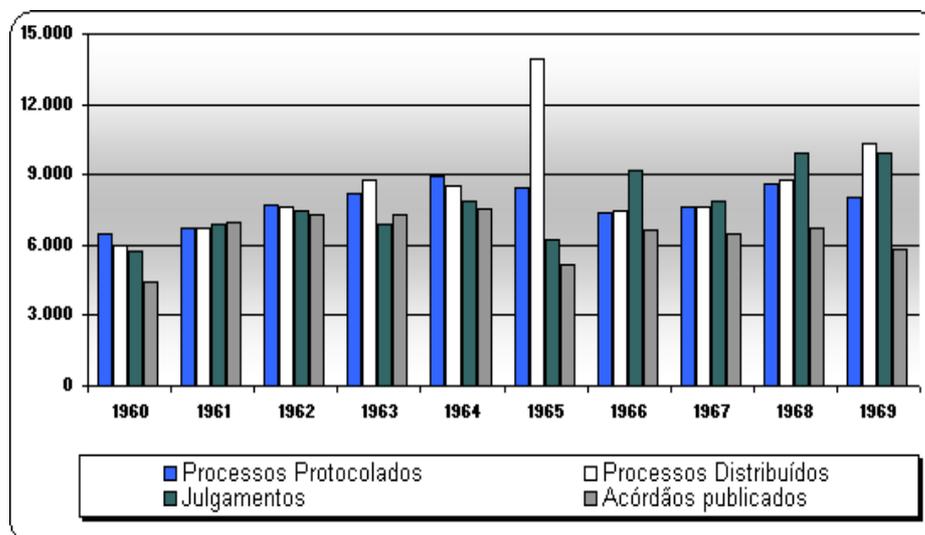
Fonte: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=estatistica&pagina=movimentoProcessualGrafico>



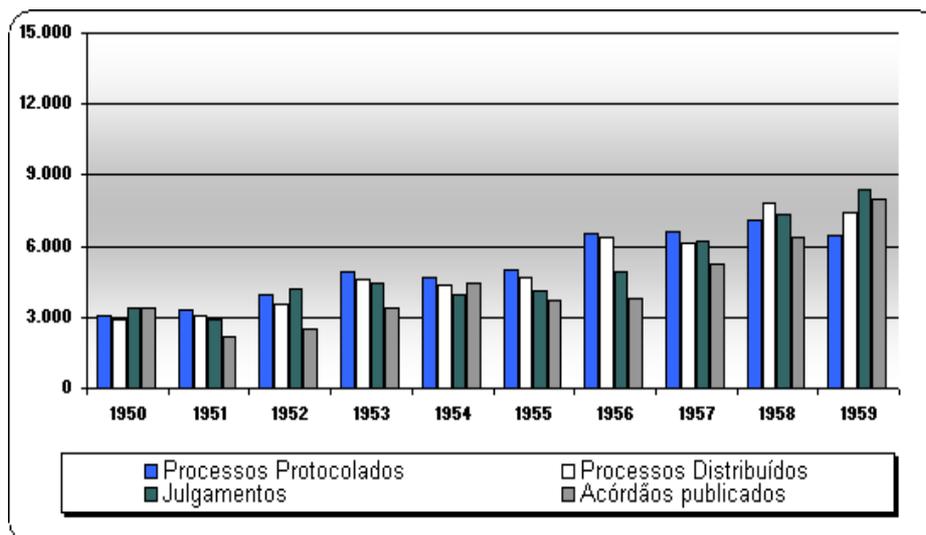
Fonte: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=estatistica&pagina=movimentoProcessualGrafico>



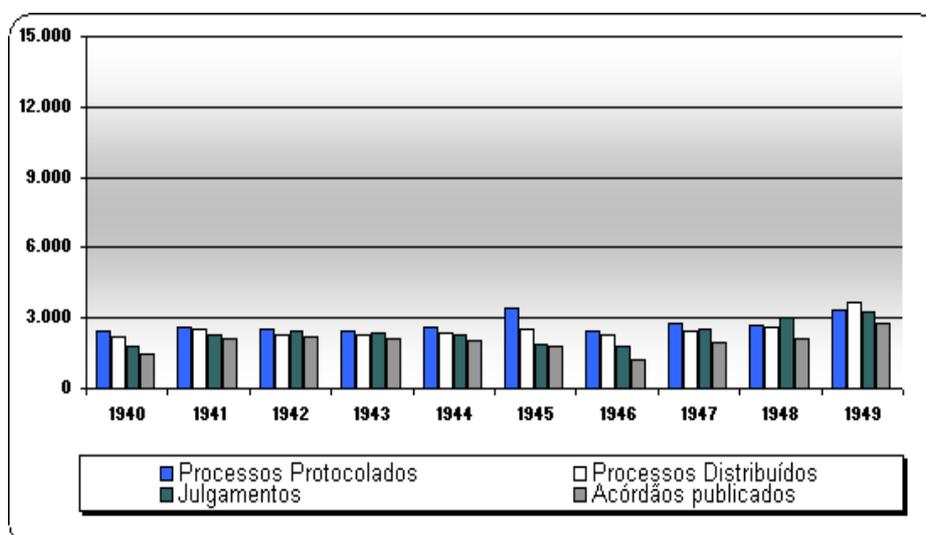
Fonte: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=estatistica&pagina=movimentoProcessualGrafico>



Fonte: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=estatistica&pagina=movimentoProcessualGrafico>

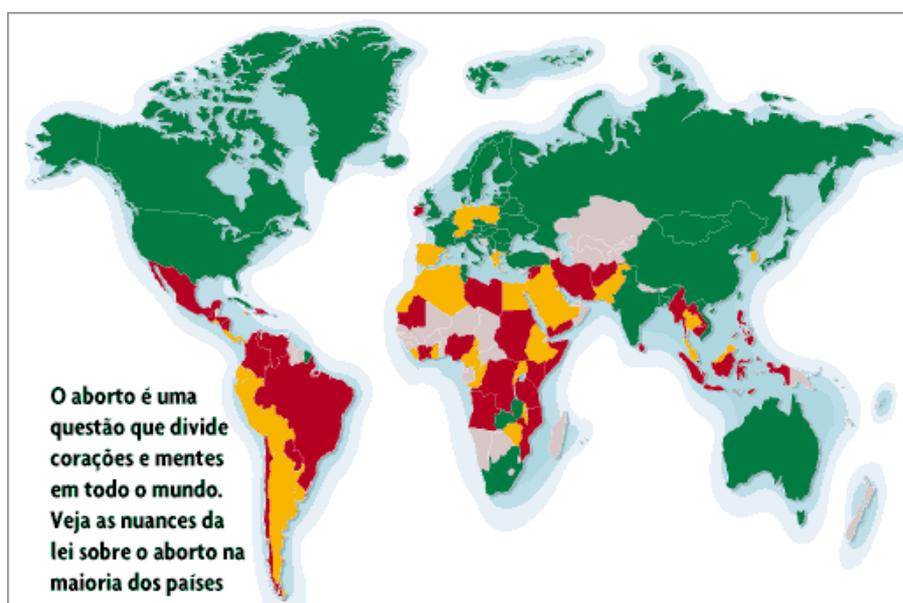


Fonte: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=estatistica&pagina=movimentoProcessualGrafico>



Fonte: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=estatistica&pagina=movimentoProcessualGrafico>

ANEXO C – POSICIONAMENTO MUNDIAL DOS PAÍSES SOBRE O ABORTO

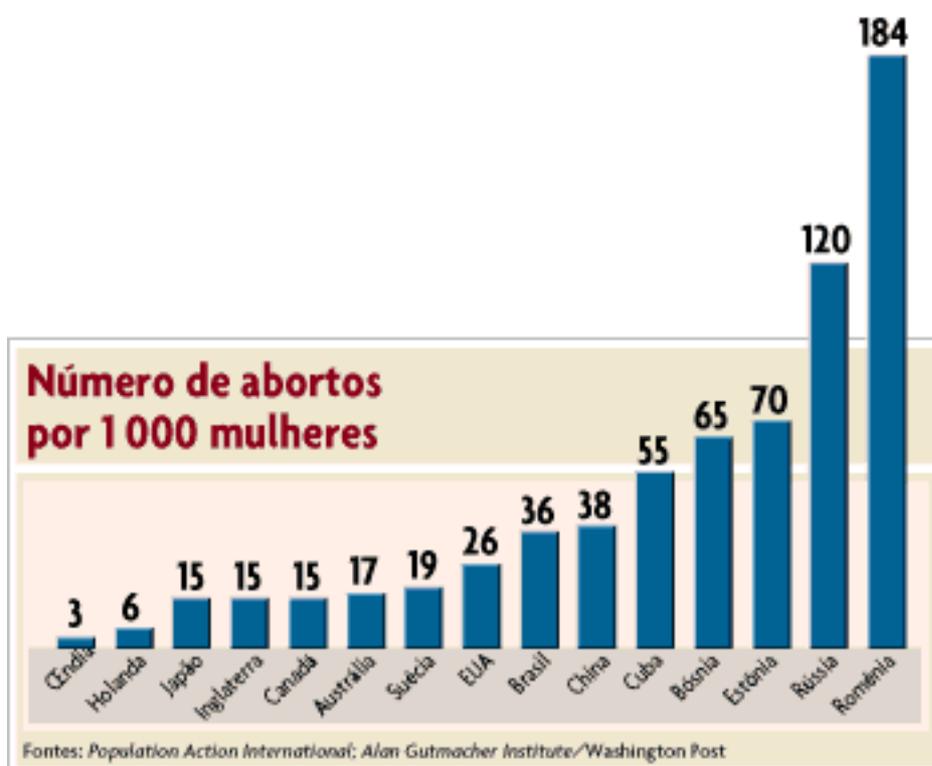


| Permitem o aborto | | Permitem com restrições | | Não permitem, exceto quando há risco para a vida da mãe | |
|-------------------|-----------------|-------------------------|-----------|---|----------------------|
| África do Sul | Holanda | Alemanha | Israel | Afganistão | Libia |
| Albânia | Hungria | Arábia Saudita | Jamaica | Angola | Mauritânia |
| Austrália | Índia | Argélia | Jordânia | Brasil* | México* |
| Áustria | Inglaterra | Argentina | Liberia | Camboja | Moçambique |
| Bangladesh | Itália | Bolívia | Malavi | Chile | Nicarágua |
| Bélgica | Iugoslávia | Burundi | Malásia | Colômbia | Nigéria |
| Bulgária | Japão | Camarões | Marrocos | Costa do Marfim | Paraguai |
| Canadá | Noruega | Congo | Panamá | Filipinas | Quênia |
| China | República Checa | Coreia do Sul | Paquistão | Guatemala | República Dominicana |
| Cingapura | Romênia | Costa Rica | Peru | Haiti | Síria |
| Coreia do Norte | Rússia | Egito | Polónia | Honduras | Somália |
| Cuba | Suécia | El Salvador | Portugal | Iêmen | Sri Lanka |
| Dinamarca | Taiwan | Equador | Ruanda | Indonésia | Sudão |
| Eslováquia | Tunísia | Espanha | Suíça | Irã | Tanzânia |
| Estados Unidos | Turquia | Etiópia | Tailândia | Irlanda | Venezuela |
| Finlândia | Vietnã | Gana | Uganda | Laos | Zaire |
| França | Zâmbia | Grécia | Uruguai | Libano | |
| | | Hong Kong | Zimbábue | | |
| | | Iraque | | | |

* Brasil e México admitem aborto em caso de incesto, estupro e anomalia fetal

Fonte: <http://www.aborto.com.br/mapa/index.htm>

ANEXO D – ESTATÍSTICA MUNDIAL SOBRE O ABORTO:



Fonte: <http://www.aborto.com.br/mapa/index.htm>