

ANÁLISE SOBRE A ADEQUAÇÃO DO ATIVISMO JUDICIAL À ESTRUTURA CONSTITUCIONAL BRASILEIRA: UMA PERSPECTIVA BASEADA NA LEITURA MORAL DA CONSTITUIÇÃO DE RONALD DWORKIN

ANALYSIS OF THE ADEQUACY OF JUDICIAL ACTIVISM TO THE BRAZILIAN CONSTITUTIONAL STRUCTURE: A PERSPECTIVE BASED ON THE MORAL READING OF THE CONSTITUTION PROPOSED BY RONALD DWORKIN

Rafael Tomaz de Oliveira¹

Luiz Felipe Machado Muraca²

RESUMO

Este artigo examina a compatibilidade do comportamento conhecido como "ativismo judicial" à estrutura constitucional brasileira, tendo como pano de fundo a leitura moral da constituição de Ronald Dworkin. O objetivo é responder à seguinte pergunta: o ativismo judicial é uma consequência necessária do esforço de concretização da Constituição realizado pelo Supremo Tribunal Federal? Para tanto, serão abordadas teorias desenvolvidas por Dworkin, o conceito de ativismo judicial e a fundamentação teórica do ativismo no Brasil. Concluir-se-á que, apesar do fato de que a interpretação da Constituição envolve inevitavelmente julgamentos morais, o ativismo judicial não é uma consequência necessária da jurisdição constitucional. Pelo contrário, o ativismo judicial, tal como concebido neste artigo, é uma disfunção do sistema de justiça constitucional, que afasta a atividade de concretização da Constituição.

Palavras-chave: ativismo judicial. controle de constitucionalidade. leitura moral da constituição. interpretação constitucional.

ABSTRACT

This article deals with analyzing the appropriateness of the behavior conventionally known as "judicial activism" to the Brazilian constitutional structure, taking as background the moral reading of Constitution developed by Ronald Dworkin's. The concepts will be related in order to answer the following question: Does judicial activism present itself as a necessary consequence of the concretion activity of the Constitution exercised by the Supreme Court? To

¹ Doutor e Mestre em Direito Público pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos (2013 e 2007). Graduação em Direito pela Faculdade de Direito de Franca (2005). Diretor de Ensino, Pesquisa e Extensão da Universidade de Ribeirão Preto (UNAERP/SP). Professor Titular do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade de Ribeirão Preto (UNAERP/SP), nos cursos de Mestrado e Doutorado. Email: rtoliveira@unaerp.br

² Graduado em Direito pela Universidade de Ribeirão Preto. Metrandu em Direito pela Universidade de Ribeirão Preto. Email: lfmuraca@gmail.com

this end, issues related to Dworkin's theory, the concept of judicial activism and the theoretical foundation of activism in Brazil will be exposed. It will be concluded that, despite the fact that the interpretation of the constitutional text inevitably involves moral judgments, judicial activism is not a necessary consequence of constitutional jurisdiction. On the contrary, judicial activism, as defined in this text, is a dysfunctionality of the constitutional justice system, which distances it from the activity of concretizing the text of the Constitution.

Keywords: judicial activism. judicial review. moral reading of the constitution. constitutional interpretation.

INTRODUÇÃO

A dificuldade contramajoritária³ tem sido um tema central na teoria constitucional desde o início do século XIX, especialmente no contexto específico dos Estados Unidos da América. Desde então a tensão entre democracia e *judicial review* oscila entre períodos mais calmos e outros de discussões mais intensas, como é o caso atual. Com efeito, em um contexto de aumento nos níveis de judicialização da política e ativismo judicial, a legitimidade democrática das limitações impostas pelo constitucionalismo é posta em questão. Este fenômeno pode ser analisado sob diversas perspectivas e, a partir delas, muitos enfoques teóricos foram desenvolvidos. A título de exemplo, alguns autores defendem que a pedra de toque é a questão da soberania popular, ou seja, que o conflito reside na legitimidade de uma corte ou tribunal,⁴ cujos membros não foram eleitos por voto popular, para anular atos normativos editados pelos representantes do povo, ao passo que outros teóricos consideram que o controle (*accountability*) da atividade jurisdicional é o ponto nevrálgico do debate. De qualquer forma, uma grande parte da literatura vê a atividade da jurisdição constitucional⁵ como um potencial risco democrático, pois, a depender da forma como for conduzida, há

³ Termo desenvolvido por Alexander Bickel para se referir ao aparente conflito existente entre constitucionalismo e democracia. A esse respeito, ver: BICKEL, Alexander M. **The Least Dangerous Branch: The Supreme Court at the Bar of Politics**. 2. ed. New Haven: Yale University Press, 1986, p. 16 e segs.

⁴ “Corte” e “Tribunal Constitucional” são comumente ligados a experiências constitucionais distintas. O primeiro estaria ligado à experiência estadunidense, enquanto o segundo à experiência europeia continental, notadamente a alemã. Porém, neste trabalho, os dois termos serão utilizados de modo fungível, tendo em vista as peculiaridades do desenho institucional brasileiro.

⁵ O termo “jurisdição constitucional” está diretamente ligado à experiência constitucional da Europa continental, enquanto seu correspondente em países de *common law* é “*judicial review*”. Para fins deste texto os termos serão utilizados de maneira intercambiável, em virtude da combinação por aqui existente entre os dois modelos.

possibilidade de decisões judiciais que se afastem dos próprios comandos constitucionais serem proferidas.

Trata-se de um assunto amplamente debatido por inúmeros autores que se ocuparam do tema. A nosso ver, a dificuldade contramajoritária é uma questão persistente no âmbito do constitucionalismo democrático. Não se trata de uma questão resolvida, como alguns teóricos defendem, mas sim de um tema que requer continuados esforços teóricos para legitimar e estabelecer o papel da jurisdição constitucional no contexto atual do constitucionalismo. A compreensão da importância do controle de constitucionalidade para o funcionamento eficaz da democracia é uma parte vital da construção de uma cultura política democrática. Os recentes ataques ao Supremo Tribunal Federal e seus membros são, na realidade, uma manifestação da desaprovação por parte de uma parcela da população brasileira de mentalidade autoritária em relação ao constitucionalismo e às limitações ao poder político que ele representa. Mais do que nunca, então, é necessário se discutir com franqueza e sob uma perspectiva democrática a atuação das cortes e tribunais constitucionais e, no caso brasileiro, demonstrar a imprescindibilidade do Supremo Tribunal Federal para a manutenção da democracia e do Estado de Direito. Este é o cerne deste texto.

Desde a Grécia antiga, local de origem do conceito de democracia (ainda que incompleto e substancialmente distinto das complexas democracias contemporâneas), há a compreensão de que um governo legítimo deve ser caracterizado pela maior participação possível da população governada. Essa perspectiva prescritiva de democracia perdura até os dias atuais, nos quais há ou deveria haver um consenso aceitável de que a democracia é um ideal a ser alcançado. No entanto, já naquela época, pensadores avaliavam a possibilidade de despotismos serem praticados por um governo regido por critérios puramente majoritários.⁶ Momentos de histeria e reducionismos são algumas das ameaças que a soberania popular pode representar à própria democracia. Permitir que todas as questões políticas sejam submetidas à deliberação popular, com base em maiorias momentâneas, pode resultar em graves consequências, incluindo a autodestruição da própria democracia. Portanto, assim como a democracia e o ideal correlato de autogoverno popular devem ser perseguidos, também devem ser limitados. A esse respeito, Bruce Ackerman afirma que “o primeiro grande tema do

⁶ PLATÃO. **A República**. Trad. Leonel Vallandro. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2011.

constitucionalismo moderno é a democracia; o segundo é sua limitação”.⁷ Em linha com essa ideia, Giovanni Sartori, ao analisar o significado do conceito “povo” em uma democracia, reconhece que “unicamente o derradeiro significado de ‘povo’ – que, reconhecendo ainda a lei da maioria, protege, não obstante, os direitos da minoria – pode ser considerado como a interpretação correta e uma solução operante”.⁸

Hodiernamente, as constituições possuem a incumbência de organizar e delimitar o poder dos governantes. Essa delimitação é feita de duas maneiras principais. A primeira delas é por meio da separação de funções, que distribui o poder decisório entre agentes políticos interdependentes. Essa disposição reduz – ao menos em tese - a possibilidade de governos autoritários. O equilíbrio entre as instituições que exercem as funções próprias do Estado, sua atuação em conformidade com as disposições constitucionais e a ausência de ameaças autoritárias, sejam elas intrínsecas ou extrínsecas, são pressupostos fundamentais para o bom funcionamento do regime democrático. A outra técnica limitadora do constitucionalismo moderno consiste em assegurar direitos a todos os cidadãos, a fim de limitar a esfera de deliberação estatal estabelecendo uma categoria de direitos que não está à disposição das decisões políticas majoritárias.

Atualmente, a maioria das democracias constitucionais confere a um tribunal ou corte a responsabilidade de proteger os direitos fundamentais dos cidadãos. Adotado pelos Estados Unidos desde o início do século XIX, o controle judicial de constitucionalidade foi transplantado para a maioria das democracias contemporâneas. Há, portanto, um movimento histórico no constitucionalismo ocidental de valorização do Poder Judiciário na proteção da higidez das disposições constitucionais. Além da adoção dessa fórmula, outros fatores levaram a uma expansão global do Poder Judiciário, o que afetou significativamente a discussão sobre a legitimidade democrática do controle de constitucionalidade.⁹ À medida que a atividade da justiça constitucional é intensificada, a discussão sobre a legitimidade da sua atuação também aumenta. Além disso, o espaço destinado ao poder judiciário foi ampliado pela intensificação da judicialização da política e pelo comportamento dos próprios tribunais, especialmente

⁷ ACKERMAN, Bruce. **La nueva división de poderes**. Cidade do México: Fondo de Cultura Económica, 2011, pos. 996.

⁸ SARTORI, Giovanni. **Teoria Democrática**. São Paulo: Editora Fundo de Cultura, 1965, p. 34.

⁹ Sobre a expansão global do Poder Judiciário, a partir de um estudo comparativo, ver: TATE, Chester Neal; VALLINDER, Torbjörn. **The global expansion of Judicial Power**. New York: New York University Press, 1995.

quando deixam de agir de acordo com as disposições constitucionais, o que é conhecido como "ativismo judicial", que será melhor definido em tópico específico.

A questão do ativismo judicial é central para a teoria da constituição e para a jurisdição constitucional. No entanto, verifica-se no Brasil contemporâneo a instrumentalização da discussão com o objetivo de enfraquecer o próprio Estado Democrático de Direito. Sobre o pretexto de proteger a democracia de supostas ingerências judiciais, indivíduos e grupos políticos que frequentemente adotam posições autoritárias divulgam por todos os cantos teorias conspiratórias de encerramento e/ou controle do Supremo Tribunal Federal. Esse ataque ao Supremo Tribunal Federal representa, em última análise, uma tentativa de descaracterização do próprio constitucionalismo democrático estabelecido no Brasil a partir de 1988 e das limitações a ele inerentes. Em outras palavras, para esses indivíduos, "ativista" é qualquer decisão que vá contra os interesses de determinados grupos políticos.

Diante desse cenário de desprestígio, este texto se propõe a apresentar uma análise mais profunda sobre o que realmente se entende por ativismo. Por meio da relação com a leitura moral da Constituição de Ronald Dworkin, verificar-se-á que: i) o ativismo judicial não pode ser confundido com a judicialização da política, pois enquanto o primeiro representa uma postura voluntarista do Poder Judiciário, a segunda é um movimento legítimo e independente da ação jurisdicional; II) a atividade de interpretação da Constituição, seja ela realizada por órgãos jurisdicionais ou não, exige frequentemente a realização de juízos de moralidade política; III) apesar disso, a judicialização da política e os julgamentos morais requeridos pelo texto constitucional não representam uma chamada ao ativismo judicial. Pelo contrário, uma atividade de concreção da Constituição jamais poderá ser considerada ativista e vice-versa. Este artigo busca, então, estabelecer bases teóricas que permitam ao leitor compreender que juízos substantivos adequados ao texto constitucional e o movimento denominado de judicialização da política não estão relacionados com o ativismo judicial e são legítimos sob a perspectiva democrática. Ele se apresenta, em última análise, como uma ode à Constituição Federal de 1988 e ao fundamental papel que ela confere ao Supremo Tribunal Federal no quadro da República.

1. A LEITURA MORAL DA CONSTITUIÇÃO DE RONALD DWORKIN

Na realidade estadunidense, pode-se afirmar que, após a seminal decisão do juiz Marshall no caso *Marbury vs. Madison*,¹⁰ os debates a respeito do controle de constitucionalidade se arrefeceram. Isso se deve ao fato de que, nesse período, a Suprema Corte atuou com grande parcimônia no exercício da *judicial review*. No entanto, ao final do século XIX e no início do século XX, a Corte começou a se tornar mais ativa politicamente e, conseqüentemente, passou a realizar a verificação cada vez mais frequente da conformidade entre a legislação em vigor e a Constituição. Em alguma medida, esse aumento na atividade da Suprema Corte se deve à guerra civil e à promulgação das chamadas “emendas de reconstrução”. O ápice dessa atuação ocorreu entre as décadas de 1950 e 1960, durante o período conhecido como Corte Warren. Nesse cenário o debate entre os defensores e os oponentes da judicial review foi intensificado, ou seja, com o aumento da influência da Suprema Corte no sistema político estadunidense, aumentou a necessidade de se produzirem novas justificativas para essa atividade. Desde então, essa questão tem sido o centro dos debates acadêmicos nos Estados Unidos e, após a adoção desse instituto por outras realidades, com a criação de tribunais constitucionais europeus, na quase totalidade do mundo ocidental.

Nesse contexto, a obra de Alexander Bickel é amplamente reconhecida uma importante referência. Escrita em 1962, *The Least Dangerous Branch* formula questionamentos que serão posteriormente a base de todo o debate atinente à tensão entre constitucionalismo e democracia. De acordo com Bickel, a questão da dificuldade contramajoritária surge da negação da afirmação do juiz Marshall de que a Suprema Corte, ao anular um ato de outro poder, age em nome do povo.¹¹ Ao controlar a constitucionalidade e agir contra as majorias ocasionais, a atuação das cortes cria uma tensão entre os ideais de limitação do poder representados pelo constitucionalismo e o ideal de autogoverno.

¹⁰ Sobre as raízes do controle judicial de constitucionalidade, ver: TOMAZ DE OLIVEIRA, Rafael; ABBOD, Georges. A gênese do controle difuso de constitucionalidade: cidadania e democracia na conformação das atribuições do Judiciário no marco de um Estado de Direito. **Revista de Processo**, v. 229, p. 433, 2014.

¹¹ Nas palavras do autor: “But the word ‘people’ so used is an abstraction. Not necessarily a meaningless or a pernicious one by any means; always charged with emotion, but nonrepresentational – an abstraction obscuring the reality that when the Supreme Court declares unconstitutional a legislative act or the action of an elected executive, it thwarts the will of representatives of the actual people of the here and now; it exercises control, not in behalf of the prevailing majority, but against it.” In: BICKEL, Alexander M. **The Least Dangerous Branch: The Supreme Court at the Bar of Politics**. 2. ed. New Haven: Yale University Press, 1986, p. 16.

Além de reconhecer a existência dessa tensão, o caráter prescritivo do texto é de fundamental importância por ter sido um dos primeiros esforços para justificar a atuação da Corte no exercício da *judicial review*. Bickel pode ser visto como um defensor do instituto do controle de constitucionalidade, desde que a atuação dos juízes constitucionais seja realizada dentro de parâmetros claros. Trata-se de uma constante verificada na maioria dos textos que tratam sobre o tema, pois a fixação de parâmetros é crucial para garantir a legitimidade da atuação da Corte.

Na tentativa de limitar essa prerrogativa, Bickel desenvolveu o conceito de “virtudes passivas” (*passive virtues*), que determina que a Suprema Corte deve evitar decidir imediatamente e agir com moderação no exercício do controle de constitucionalidade. Os juízes devem considerar os argumentos de vários atores sociais, incluindo os argumentos dos autores do ato impugnado, antes de tomar uma decisão. Para que esses argumentos sejam devidamente considerados e a Corte possa agir com base em princípios neutros, é necessário tempo. Esperar o desenrolar dos eventos e suas consequências pode levar a uma decisão mais precisa por parte do Judiciário. Se a Corte agir de acordo com esses requisitos, para Bickel, sua atuação será considerada democrática.

A vanguarda teórica de Bickel inspirou diversos juristas a elaborar teses a respeito da dificuldade contramajoritária. Um dos exemplos mais notáveis é a perspectiva de Ronald Dworkin, que argumenta que a prática da jurisdição constitucional deve ser guiada pela leitura moral da Constituição. Isso é necessário porque a natureza aberta dos dispositivos constitucionais força o intérprete a basear sua interpretação em critérios de moralidade política. Existe, a toda evidência, alguns padrões, conhecidos como “regras”, que não requerem tal conteúdo moral na interpretação. Há mandamentos suficientemente claros em suas exigências, como por exemplo a idade mínima para ser ministro do Supremo Tribunal Federal (em sua obra, Dworkin usa o exemplo dos requisitos para ser Presidente dos Estados Unidos da América). Por outro lado, outros dispositivos, como os requisitos de “notório saber jurídico” e “reputação ilibada” também presentes no art. 102 da Constituição Federal, requerem uma interpretação baseada na moralidade para serem satisfatoriamente preenchidos. Não se trata, portanto, de uma opção do intérprete, mas sim de uma exigência da própria Constituição. Para Dworkin essa exigência não é em vão. Se os constituintes quisessem, por exemplo, fixar

taxativamente o que consideram por “reputação ilibada” ou até mesmo deixar essa definição a cargo do Congresso Nacional, assim teriam o feito. Se, por outro lado, inseriram disposições textuais que exigem uma interpretação moral, assim o fizeram de modo deliberado, deixando a cargo da atividade interpretativa a fixação do conteúdo desses textos normativos.¹²

A leitura moral da Constituição, conforme é alertado por Dworkin, não representa uma postura inovadora ou revolucionária em relação aos direitos garantidos constitucionalmente. Em verdade, trata-se de uma prática corrente na interpretação da Constituição pelos operadores do direito que atuam nos tribunais ao julgar questões cotidianas. É possível identificar argumentos relacionados à moralidade política na interpretação constitucional na história da Suprema Corte dos Estados Unidos. Entrementes, apesar de ser uma prática comum, a leitura moral da Constituição não é amplamente defendida por aqueles que a utilizam. Isso se deve ao fato de que “os críticos da leitura moral da Constituição dizem que essa leitura dá aos juízes o poder absoluto de impor suas convicções morais ao grande público”.¹³ De fato, a princípio pode ser crível que o caráter profundamente moral dos princípios constitucionais permite que juízes, ao aplicá-los aos casos levados a seu conhecimento, possam impor suas próprias convicções em detrimento das “intenções” de quem os produziu. Essa perspectiva é, de certo modo, corroborada por John Ely, que expressa uma certa desconfiança quanto à capacidade dos juízes de conhecerem objetivamente os “valores fundamentais” da sociedade.¹⁴ No entanto, essas críticas não se mostram adequadas, uma vez que a leitura moral da Constituição de Dworkin não pode ser analisada fora do contexto de sua obra, especialmente de sua teoria dos princípios e da decisão judicial.

Resta saber, e isso é de enorme relevância para o presente artigo, se a leitura moral da Constituição representa um acinte à democracia. Na esteira das críticas supracitadas, pode parecer que sim. No entanto, a resposta de Dworkin é oposta a essa ideia. Mais do que isso: ele busca demonstrar que a leitura moral da Constituição é inerente à democracia constitucional e é condição fundamental de sua própria existência. Isso se deve ao fato de que a concepção de

¹² DWORKIN, Ronald. **Taking Rights Seriously**. Cambridge: Harvard University Press, 1978, p. 81.

¹³ DWORKIN, Ronald. **O direito da liberdade: a leitura moral da Constituição norte-americana**. Trad. Marcelo Brandão Cipolla. 2. ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2019.

¹⁴ ELY, John Hart. **Democracy and distrust: A Theory of Judicial Review**. Cambridge: Harvard University Press, 1980, p. 43.

democracia proposta por Dworkin é distinta daquelas apresentadas por outros pensadores, como Bickel e Ely. A esse respeito:

Os juristas partem do pressuposto de que as restrições que a Constituição impõe aos processos políticos majoritários são antidemocráticas, pelo menos nos casos em que essas restrições são impostas por juízes; e a leitura moral parece tornar essa afronta ainda pior. [...] Assim, pensa-se em geral que o debate acadêmico tem por objeto o quanto a democracia pode ser comprometida para que outros valores, entre os quais os direitos individuais, sejam protegidos. [...] Procurarei convencer você de que o debate constitucional deve ser visto sob uma luz completamente diferente: não como um debate acerca do grau em que a democracia deve curvar-se perante outros valores, mas sim acerca do que a democracia realmente é.¹⁵

O significado etimológico de democracia pode ser insuficiente para compreender seu conteúdo, resultando na existência de diversas fórmulas democráticas ao longo da história. Dworkin propõe uma discussão acerca de dois conceitos distintos de democracia, quais sejam, democracia majoritária e democracia constitucional. Para ele, as críticas quanto ao impacto da leitura moral da Constituição na democracia são baseadas na premissa majoritária, segundo a qual a democracia é alcançada quando a maioria individual da população endossa determinados resultados. Essa premissa se baseia na ideia de que os cidadãos devem ser considerados individualmente, ou seja, a ação coletiva seria a soma das ações individuais de um determinado grupo de pessoas, sendo que qualquer intervenção por parte de órgãos não eleitos é vista como uma ameaça à democracia. É importante destacar que isso não quer dizer necessariamente que não haja o reconhecimento de alguns direitos superiores às deliberações das maiorias, mas que toda interferência às decisões majoritárias representa, de algum modo, o enfraquecimento da democracia. Caso a concepção majoritária seja a correta, há elevado comprometimento da democracia quando tribunais realizam uma leitura moral da Constituição.

De outra banda, a democracia constitucional não pode ser avaliada tendo por base somente a soma das ações individuais dos cidadãos. Dela não decorre a rejeição ao fato de que muitas decisões políticas são tomadas majoritariamente, mas sim a afirmação de que a finalidade última da democracia é “que as decisões coletivas sejam tomadas por instituições políticas cuja estrutura, composição e modo de operação dediquem a todos os membros da

¹⁵ DWORKIN, Ronald. **O direito da liberdade**: a leitura moral da Constituição norte-americana. Trad. Marcelo Brandão Cipolla. 2. ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2019, p. 23.

comunidade, enquanto indivíduos, a mesma consideração e o mesmo respeito”.¹⁶ A premissa constitucional de democracia desloca as atenções para a questão do respeito aos indivíduos. Se o majoritarismo alcançar esse objetivo, suas decisões devem ser mantidas. Caso contrário, ou seja, se os cidadãos não forem tratados com igual consideração e respeito, é admissível que um órgão, inclusive não eleito majoritariamente, atue para mitigar os efeitos dessas decisões indesejáveis. Nesta perspectiva, a ação de uma corte para invalidar um ato de outro poder não seria antidemocrática, mas sim uma garantia da própria democracia e de suas condições.

De acordo com a concepção mencionada, eventual abstenção da Corte no sentido de ser deferente a atos lesivos à Constituição representaria um significativo risco à estabilidade da democracia. Dessa forma, tanto a atuação quanto a abstenção da Corte podem apresentar riscos democráticos, sendo necessário avaliar a correção e adequação das decisões em relação à estrutura constitucional vigente. Deste modo, a Suprema Corte não pode, como bem lhe convier, sustar atos normativos dos demais poderes do Estado. Ao contrário, deve ser demonstrada a adequação de sua decisão aos moldes acima enunciados. É devido a essa função crucial que Dworkin reconhece que a Suprema Corte é o “fórum dos princípios”, tendo por dever decidir com base em princípios morais e não se valendo de argumentos de natureza utilitária, típicos do Legislativo.¹⁷

A leitura moral de Dworkin é de fundamental importância para a proposta do presente texto. Isto porque, frequentemente, as decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal são acusadas de ativismo, quando na verdade são interpretações do texto constitucional que levam em consideração a moralidade. De fato, muitas disposições da Constituição Federal necessitam de uma atividade interpretativa que leve em conta a moralidade. É importante destacar, por outro lado, que essa necessidade é decorrente da própria Constituição Federal, e não de uma escolha do Supremo Tribunal Federal. Essas decisões, portanto, não podem ser consideradas ativistas. Quando este se baseia em juízos substantivos e concretizadores, está apenas cumprindo sua função típica. Entretanto, é preciso que a leitura moral da Constituição

¹⁶ DWORKIN, Ronald. **O direito da liberdade**: a leitura moral da Constituição norte-americana. Trad. Marcelo Brandão Cipolla. 2. ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2019, p. 26.

¹⁷ DWORKIN, Ronald. **A Matter of Principle**. Cambridge: Harvard University Press, 1985, p. 33.

seja realizada de forma responsável e adequada, sem discricionariedade. Caso contrário, é papel da doutrina apontar as possíveis irregularidades ou inadequações presentes na decisão.

2. O FENÔMENO DO ATIVISMO JUDICIAL

O contexto apresentado no tópico anterior se relaciona diretamente com o tema do ativismo judicial. Quando se trata desse assunto, a análise das condições de atuação legítima de uma corte ou tribunal constitucional é imprescindível. Para tal, o autor privilegiado neste texto foi Ronald Dworkin. Isso porque ele é considerado um “substancialista” e confere às cortes papel cimeiro na tarefa de interpretação da Constituição.¹⁸ Mas, mesmo reconhecendo o papel estratégico do Poder Judiciário, Dworkin elenca alguns requisitos para que sua atuação seja considerada legítima. Dentre outros deveres, o julgador deve respeitar a integridade do direito.¹⁹ Isso significa dizer que a posição do juiz é distinta da do legislador. Tal como mencionado, enquanto este pode se valer de argumentos utilitários, àquele somente é defeso decidir com base em argumentos de princípio. Isto é: aceitar a possibilidade de uma legítima leitura moral do texto constitucional não é a mesma coisa que admitir discricionariedade judicial. É aí que reside a diferença entre ativismo judicial e a atividade de concretização da Constituição, o que será mais bem demonstrado no presente tópico.

O termo “ativismo judicial” foi desenvolvido nos Estados Unidos da América para se referir a uma específica atitude dos juízes da Suprema Corte em relação a questões constitucionais.²⁰ O debate existente no país versava sobre a adequação do breve texto constitucional de 1787 como único ponto de referência para a análise da validade de atos normativos, havendo ao menos duas correntes distintas. Por um lado, havia aqueles que defendiam a posição que John Ely chama de interpretacionista, ou seja, que a atividade da Corte

¹⁸ A divisão de teses relativas à função das cortes e tribunais em dois eixos temáticos, quais sejam, procedimentalismo e substancialismo foi realizada pelo grupo de pesquisa liderado por Luiz Werneck Vianna e replicado em diversos textos que tratam do tema no Brasil. Trata-se de um agrupamento carente de maior precisão conceitual, uma vez que agrupa autores com teses completamente distintas em relação ao assunto. No entanto, para fins deste texto, foi necessário ressaltar que, no Brasil, Dworkin é considerado substancialista. Cf. VIANNA, Luiz Werneck et al. **A judicialização da política e das relações sociais no Brasil**. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2014.

¹⁹ DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. Trad. Jeferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999, p. 271 e segs.

²⁰ O termo foi utilizado pela primeira vez pelo historiador Arthur Schlesinger Jr. na revista *Fortune*. Ele definiu como ativistas juízes que votavam pela manutenção de políticas públicas relacionadas ao Estado de bem-estar social. Por outro lado, seriam comedidos os juízes refratários a esses ideais. In: KMIEC, Keenan D. The origin and the current meaning of “judicial activism”. **California Law Review**. Berkeley, v. 92, n. 5, p. 1441-1477, 2004.

deveria ser limitada aos direitos expressamente previstos no texto constitucional. Por outro lado, existiam aqueles que defendiam a tese de que a Suprema Corte deveria reconhecer a existência de direitos além dos expressamente previstos na Constituição. Exemplo dessa última corrente é o conceito de “constituição invisível” de Laurence Tribe. Levando em conta que a Constituição de 1787 possui apenas sete artigos, Tribe argumenta que há uma série de direitos que não são verificáveis diretamente no texto constitucional. Entretanto, para o autor, a existência desses direitos não conduz necessariamente à supremacia judicial. Trata-se tão somente do reconhecimento de sua existência, que pode ser verificado por qualquer intérprete da Constituição.²¹ De certo modo, essa posição se assemelha às teses dworkinianas.

O estado da arte no Brasil é bem diferente daquele percebido nos Estados Unidos da América. A Constituição brasileira possui um texto analítico, com duzentos e cinquenta artigos e que, até o fechamento deste trabalho, foi alterado 128 vezes. Dessa forma, fica prejudicada por aqui a discussão entre direitos enumerados ou não enumerados, ou mesmo entre interpretacionismo e não interpretacionismo. Isso porque o próprio texto constitucional prevê um amplo rol de direitos fundamentais-sociais e, para além disso, há expressa previsão de reconhecimento de direitos fundamentais provenientes de outras fontes.²² A esse respeito, diz Clarissa Tassinari:

Ou seja, neste sentido, o texto constitucional brasileiro possui uma riqueza de detalhes que dispensaria a ginástica norte-americana para responder constitucionalmente a alguma contenda jurídica. É por isso que a tradição norte-americana é muito mais propícia à existência de posturas ativistas, pois não possui o mesmo número de amarras do que a brasileira. [...] muito embora a Constituição estadunidense favoreça a intervenção da “Suprema Corte” para que se manifeste sobre o que, em sua textualidade, a Constituição não diz, ainda assim, a doutrina manifesta-se, como faz Tribe, no sentido de que, por mais que exista uma “constituição invisível”, isso não justifica o protagonismo das cortes.²³

Tassinari também atenta o leitor para o fato de que, à distinção do que ocorre nos Estados Unidos, o direito brasileiro é historicamente ligado ao predomínio da lei em detrimento da jurisdição. E, mesmo naquele caso, existem muitos autores que se manifestam de forma

²¹ TRIBE, Laurence. **The invisible constitution**. Oxford: Oxford University Press, 2008.

²² Art. 5º, § 2º, da Constituição Federal: “Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”.

²³ TASSINARI, Clarissa. **Jurisdição e ativismo judicial: limites da atuação do judiciário**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013, p. 65.

contrária à possibilidade de a Suprema Corte invalidar atos normativos tendo como parâmetro direitos que não estão expressamente arrolados no texto constitucional. Por aqui, há pouca preocupação com o desenvolvimento de teorias da decisão judicial que finquem balizas interpretativas de modo a diminuir a ocorrência de ativismos. Justamente por isso, realizaremos aqui considerações sobre o que a autora denomina de “ativismo à brasileira”, ou seja, um conceito cunhado em outro país que, não obstante, se faz presente na atividade jurisdicional brasileira. Essa transposição do conceito por parte da doutrina brasileira, com honrosas exceções, não se atenta às notórias diferenças entre o ativismo judicial brasileiro e o estadunidense. Justamente por isso, realizar-se-á abaixo a necessária distinção entre ativismo judicial e judicialização da política, outro fenômeno de grande ocorrência no Brasil. O objetivo é abrir uma clareira interpretativa que possibilite a delimitação mais precisa do que realmente é o ativismo judicial no Brasil.

Com a promulgação da Constituição Federal de 1988, elevou-se o número de contendas judiciais sobre os mais variados temas. Um dos estudos pioneiros sobre esse fenômeno foi realizado pelo grupo de pesquisa liderado por Luiz Werneck Vianna.²⁴ A obra apresenta, com base em dados concretos, o aumento nos níveis de judicialização em duas dimensões distintas: a judicialização da política e a judicialização das relações sociais. A judicialização da política, na concepção adotada pelo autor, se refere à recorrente prática de atores e partidos políticos socorrerem-se do Judiciário para a resolução de questões que outrora eram dirimidas no âmbito dos poderes eleitos. Além disso, nos últimos anos o Judiciário foi instado a decidir questões que tratam do próprio funcionamento do “jogo democrático”. Nesse último caso, trata-se do conceito mais restrito de judicialização da política, isto é, o Poder Judiciário decidir como deve ser a regulação da própria política. Para fins deste trabalho, adota-se a perspectiva mais ampla do termo. Lado outro, a judicialização das relações sociais possui maior capilaridade, ou seja, se refere ao aumento da litigiosidade em geral, que acaba por levar um número maior de conflitos ao Poder Judiciário. Nos parágrafos abaixo serão realizadas aproximações acerca das causas da judicialização da política, bem como de suas consequências para a concretização de direitos no Brasil.

²⁴ VIANNA, Luiz Werneck et al. **A judicialização da política e das relações sociais no Brasil**. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2014.

Reconhecendo a relevância da obra de Vianna para o direito e as ciências sociais brasileiras, o autor comete um equívoco semântico. No prefácio da obra, Vianna trata como sinônimos os conceitos de judicialização e ativismo judicial, utilizando-os de forma intercambiável. Dado o pioneirismo do texto, pode-se afirmar que essa confusão é replicada em grande parte da literatura constitucional brasileira. É o que se verifica quando Luís Roberto Barroso afirma que, a despeito de não possuírem a mesma gênese, “judicialização e ativismo são primos” e “provenientes da mesma família”.²⁵ Também Marcos Nobre e José Rodrigo Rodriguez, no texto “‘Judicialização da política’: déficits explicativos e bloqueios normativistas”, repetem inúmeras vezes que judicialização da política e ativismo judicial são “ideias gêmeas”.²⁶ Esse imbróglio gera incompreensões acerca da adequação desses fenômenos no contexto de uma democracia constitucional. Passa-se a aceitar passivamente que o ativismo judicial é fundamental para a concretização de direitos no Brasil. Do mesmo modo, decisões concretizadoras fruto do movimento de judicialização da política são, muitas vezes, criticadas como se ativistas fossem.

Assumindo a necessidade de uma correta diferenciação entre judicialização da política e ativismo judicial, cumpre afirmar que ambos os conceitos, apesar de dizerem respeito à atividade jurisdicional, não possuem qualquer familiaridade entre si. A judicialização é um fenômeno verificado em maior ou menor grau na maioria das democracias constitucionais contemporâneas. Ela não depende de qualquer atitude comissiva ou omissiva por parte do Judiciário, pois é fruto do novo arranjo entre os poderes observado a partir da segunda metade do séc. XX. Isto é, apesar de interferir de modo significativo na atividade jurisdicional, as causas que ensejam a judicialização da política são alheias ao próprio Poder Judiciário.

Pode-se afirmar, com Lenio Streck e Jorge Miranda, que a promulgação da Constituição Federal de 1988 operou uma “revolução copernicana” do direito brasileiro. Essa revolução se refere à promulgação de um texto constitucional dirigente, que aponta para o desenvolvimento de um Estado Social que ainda não havia sido adotado no Brasil.²⁷ A

²⁵ BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. In: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda; FRAGALE FILHO, Roberto; LOBÃO, Ronaldo. **Constituição & Ativismo Judicial: limites e possibilidades da norma constitucional e da decisão judicial**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

²⁶ NOBRE, Marcos; RODRIGUEZ, José Rodrigo. “Judicialização da política”: déficits explicativos e bloqueios normativistas. **Novos estudos – CEBRAP**, n. 91, p. 05-20, nov. 2011.

²⁷ STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição constitucional e decisão jurídica**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

revolução foi tamanha que Paulo Bonavides disse a seguinte frase: “ontem, os Códigos; hoje, as Constituições!”.²⁸ Ocorreu, portanto, o deslocamento da *ultima ratio* concretizadora de direitos fundamentais-sociais que noutros tempos residia nos poderes Executivo e Legislativo e, de acordo com esse novo paradigma, atualmente se encontra no Judiciário. Sendo o cidadão possuidor de direitos fundamentais-sociais e não havendo concretização por parte dos demais poderes, pode o indivíduo socorrer-se do Poder Judiciário para fazer valer sua pretensão. Esse é um dos principais fatores que concorrem para a verificação do que se denomina judicialização da política. Frise-se: não há aqui qualquer ato de vontade por parte do Judiciário, mas sim um arranjo institucional que favorece e, em determinados casos, exige a intervenção judicial.

Mas ao constitucionalismo dirigente não pode atribuir toda a responsabilidade pela judicialização brasileira. A inflação legislativa verificada nas últimas décadas também possibilitou a intervenção judicial em uma miríade de questões. Se por um lado o texto constitucional é extenso, por outro leis fragmentadas passaram a ocupar o espaço que anteriormente era ocupado pelos códigos. Como é de se esperar, esse movimento influencia na atividade da jurisdição constitucional. Se há aumento na quantidade de textos promulgados sob um constitucionalismo dirigente, aumentará também o número de questionamentos acerca da adequação desses atos normativos em relação à Constituição. Assim, o Judiciário vem sendo recorrentemente provocado a se manifestar em relação a um sem número de questões decorrentes do aumento na dimensão hermenêutica do direito (Streck).

Por conseguinte, a degeneração da legitimidade do sistema político aumentou ainda mais os níveis de judicialização da política. Nas últimas décadas, os escândalos de corrupção ocuparam as primeiras páginas dos jornais, envolvendo vários líderes políticos e partidos. Se criou, então, uma ideia – equivocada, por sinal – de que a política seria o grande mal do país. Os cidadãos deixaram de buscar na luta política o meio de canalizar os seus pleitos, passando a levar essas demandas à apreciação do Poder Judiciário. Nesse específico caso, a atuação do Judiciário também concorreu para a descrença nas instâncias políticas. Com o apoio da mídia, alguns juízes, promotores e procuradores se apresentaram como heróis nacionais, paladinos da justiça e da moral. Isso fez com que grande parte dos cidadãos visse o Judiciário como o único

²⁸ BONAVIDES, Paulo. **(Neo)constitucionalismo**: ontem, os códigos; hoje, as Constituições. Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica. Porto Alegre, n. 2, 2004.

poder livre de corrupção, diferentemente dos demais. Recentemente, não pelas razões corretas, essa situação vem sendo alterada. Não se trata, nesse caso, do desenvolvimento de uma necessária visão crítica em relação ao protagonismo judicial, mas sim de ataques orquestrados por grupos de ideologias autoritárias visando acumular cada vez mais poder ao desprestigiar a justiça e, em especial, o Supremo Tribunal Federal.

Esses breves parágrafos demonstram que a judicialização da política se difere em forma e conteúdo do ativismo judicial. Como já foi dito neste texto, no Brasil não há qualquer necessidade de posturas ativistas por parte do Judiciário, vez que os cidadãos são respaldados por uma extensa declaração de direitos. Ao contrário da judicialização, o ativismo se verifica quando o órgão julgador decide com base nas consequências políticas de sua decisão - o se difere de responsabilidade política - visando promover mudanças fáticas à revelia das disposições legais/constitucionais. O Judiciário se torna um campo de batalhas políticas em lugar de ser o “fórum dos princípios”, como queria Dworkin. Quando argumentos políticos são utilizados para fundamentar decisões judiciais há o enfraquecimento da autonomia do direito. Ou seja, o juiz profere uma decisão com base nas suas preferências e depois busca argumentos – no mais das vezes utilitários – para justificá-la. Isso em nada se relaciona com a independência judicial, uma vez que essa garantia gera o ônus de se evidenciar a conformidade processual e material das sentenças proferidas.²⁹

Enquanto a judicialização da política é uma questão de arranjo institucional, o ativismo judicial diz respeito à própria atividade judicante e é uma questão de teoria do direito e da decisão judicial:

Por tudo isso, o ativismo judicial revela-se como um problema exclusivamente jurídico (ou seja, criado pelo Direito, mas, evidentemente, com consequências em todas as demais esferas), sobre o qual a comunidade jurídica deve, primeiro, debruçar-se no interesse de perguntar por seu sentido, para posteriormente apresentar uma resposta, na senda de um constitucionalismo democrático. E, no questionamento de como pode ser compreendida a manifestação judiciária, é possível encontrar posicionamentos que retratam a indexação da decisão judicial a um ato de vontade de quem julga. Em suma, pode-se afirmar que o ativismo judicial é um problema de teoria do direito. Mais precisamente de teoria da interpretação, na medida que sua análise e definição dependem do modo como se olha para o problema da interpretação do Direito. Vale dizer: é a interpretação um ato de vontade do intérprete ou o resultado de um projeto compreensivo no interior do qual se opera constantes

²⁹ GRIMM, Dieter. **Constitutionalism: Past, Presente, and Future**. Oxford: Oxford University Press, 2016, p. 203.

suspensões de pré-juízos que constitui a perseguição do melhor (ou correto) sentido para a interpretação? Definitivamente, nos filiamos à segunda possibilidade de retratação teórica do problema.³⁰

A distinção ora realizada é imprescindível para a compreensão do problema. Somente com a adequada definição da moléstia é que se poderá buscar a cura. Ao tratar ativismo judicial e judicialização da política como sendo fenômenos idênticos (ou “primos”, como quer Barroso), estar-se-á municiando os ataques autoritários que o Supremo Tribunal Federal vem sofrendo. Ainda, é mister ressaltar que a judicialização da política não é um fenômeno necessariamente ruim, pois tem papel fundamental na concretização de direitos sob a atual configuração entre os poderes. Já o ativismo judicial é sempre prejudicial, uma vez que o intérprete se liberta das amarras interpretativas impostas pelo texto e decide de forma livre. Essa atitude fere um dos principais desideratos do direito, qual seja, a estabilização de expectativas. Nenhum cidadão busca o Judiciário com a intenção de que sua ação seja julgada de acordo com as convicções pessoais do juiz. A existência do direito de ação se deve à necessidade de dar respostas jurídicas para conflitos de interesses instaurados no tecido social.

No entanto, o combate ao ativismo judicial passa necessariamente pela literatura jurídica. Não se pode confundir críticas pontuais a decisões dos tribunais com ataques à sua existência. O Poder Judiciário, na atual configuração constitucional brasileira, possui lugar cimeiro na defesa da democracia e da Constituição Federal. Isso não pode ser alterado. A busca por decisões judiciais constitucionalmente adequadas é uma tarefa perene da comunidade jurídica e tem por objetivo o aperfeiçoamento das instituições e não a sua extinção.

Há de se assinalar, por fim, que o ativismo judicial não se verifica necessariamente em uma atitude comissiva por parte do Poder Judiciário. Uma omissão inconstitucional pode também representar ativismo. Um termo amplamente divulgado em discussões de teoria constitucional é a autocontenção (*self-restraint*), que consiste em uma atitude do órgão judicante que “privilegia” as decisões pretéritas dos órgãos eleitos. Assim, o Judiciário deixa de interferir nas opções políticas sob um discurso supostamente democrático. Ocorre que, tendo por base as teses de Dworkin, existem respostas adequadas aos casos levados a julgamento. Isto é: a interferência ou não do órgão judicial não depende de uma escolha de seus membros,

³⁰ TOMAZ DE OLIVEIRA, Rafael. TASSINARI, Clarissa. **Judicialização da política e ativismo judicial: notas para uma necessária diferenciação**. No prelo, p. 20.

mas das exigências apresentadas *a priori* pela Constituição. Sendo assim, caso uma corte se abstenha de invalidar um ato normativo contrário à Constituição, ela também estará sendo ativista, porém por meio de uma conduta omissiva. No fundo, se tratar-se-ia de um ato de vontade nos moldes do oitavo capítulo da Teoria Pura do Direito de Hans Kelsen.³¹

3. A LEGITIMAÇÃO TEÓRICA DO ATIVISMO JUDICIAL NO BRASIL: UM EXEMPLO CONCRETO

Em “A razão sem voto: o Supremo Tribunal Federal e o governo da maioria”, o professor e Ministro do Supremo Tribunal Federal Luís Roberto Barroso (2017) discute a relação entre constitucionalismo e democracia e apresenta sua visão sobre da função do Supremo Tribunal Federal na democracia brasileira. O texto será a base deste tópico e a sua escolha se deve ao fato de que, a nosso ver, a noção de Barroso acerca do papel do Supremo Tribunal Federal na estrutura constitucional brasileira representa um incentivo ao ativismo judicial. Segundo o conceito de ativismo judicial apresentado no tópico anterior, o texto de Barroso demonstra que o fenômeno possui uma feição estrutural que se deve, sobretudo, a incorretas interpretações no campo da separação de funções.

O ponto central da tese de Barroso é que, para além da tradicional – e ainda assim contestada - função contramajoritária, o Supremo Tribunal Federal também possui funções representativas e de vanguarda moral. Essa tríade representaria o papel que deve exercido pela Corte no contexto da democracia brasileira. O autor fundamenta essa percepção nas mudanças ocorridas no campo da teoria constitucional no pós-guerra e, no caso brasileiro, à promulgação da Constituição Federal de 1988. A esse movimento ele dá o nome de neoconstitucionalismo, que se basearia em uma percepção pós-positivista do direito, na força normativa da constituição e no recurso à ponderação e à argumentação para a resolução de conflitos entre direitos fundamentais. Barroso cita também o deslocamento na esfera de tensão entre os poderes como fator indicativo de um novo paradigma do constitucionalismo. Para ele, esse deslocamento se liga ao subjetivismo decisório: “no fluxo desses desenvolvimentos teóricos e alterações

³¹ Essa constatação foi feita por Lenio Streck, que afirma que a discricionariedade judicial encontra eco na obra de Kelsen, principalmente na diferenciação que ele faz entre interpretação como ato de conhecimento e interpretação como ato de vontade. Kelsen busca diferenciar a ciência do direito (ato de conhecimento) do direito aplicado pelas autoridades (ato de vontade). Para o jurista, a aplicação do direito se daria a partir de uma escolha política, baseada na vontade. Há, então, a gênese da ideia de que a interpretação jurídica é um ato de vontade do julgador, o que Streck chama de solipsismo. In: STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

institucionais, e em parte como consequência deles, houve um importante incremento na subjetividade judicial”.³²

Seguindo em sua exposição, Luís Roberto Barroso elenca o que seriam, na sua concepção, as três principais transformações do direito contemporâneo: i) superação do formalismo jurídico; ii) advento de uma cultura jurídica pós-positivista; e iii) ascensão do direito público e centralidade das constituições. Para ele o pós-positivismo está baseado “na revalorização da razão prática, na teoria da justiça e na legitimação democrática”, além da inserção de “valores na interpretação jurídica”.³³ Com base no aumento da complexidade social e da litigiosidade, Barroso afirma que “muitas questões têm sua decisão final transferida ao juízo valorativo do julgador”.³⁴ Barroso argumenta que a discricionariedade judicial seria inevitável nesse contexto, uma vez que a norma jurídica (o autor não diferencia texto e norma) não conteria elementos suficientes para balizar a decisão judicial. O autor destaca que essa discricionariedade nada mais é do que a superação de um juiz que tem por função realizar meras subsunções mecânicas, passando ele a “integrar o ordenamento jurídico com suas próprias valorações”.³⁵ No parágrafo seguinte, no entanto, Barroso diz inexistir discricionariedade judicial, uma vez que o intérprete não está livre para decidir. Não fornece indícios, entretanto, de como controlar essa atividade decisória. Ao refutar também o conceito dworkiniano de resposta correta, Barroso diz que

Assim, embora não se possa falar, em certos casos difíceis, em uma resposta objetivamente correta – única e universalmente aceita –, existe, por certo, uma resposta subjetivamente correta. Isso significa que, para um dado intérprete, existe uma única solução correta, justa e constitucionalmente adequada a ser perseguida.³⁶

³² BARROSO, Luís Roberto. A razão sem voto: o Supremo Tribunal Federal e o governo da maioria. In: VIEIRA, Oscar Vilhena; GLEZER, Rubens (Orgs.). **A razão e o voto: diálogos constitucionais com Luís Roberto Barroso**. Rio de Janeiro: FGV Editora, 2017, p. 33.

³³ BARROSO, Luís Roberto. A razão sem voto: o Supremo Tribunal Federal e o governo da maioria. In: VIEIRA, Oscar Vilhena; GLEZER, Rubens (Orgs.). **A razão e o voto: diálogos constitucionais com Luís Roberto Barroso**. Rio de Janeiro: FGV Editora, 2017, p. 35.

³⁴ BARROSO, Luís Roberto. A razão sem voto: o Supremo Tribunal Federal e o governo da maioria. In: VIEIRA, Oscar Vilhena; GLEZER, Rubens (Orgs.). **A razão e o voto: diálogos constitucionais com Luís Roberto Barroso**. Rio de Janeiro: FGV Editora, 2017, p. 39.

³⁵ BARROSO, Luís Roberto. A razão sem voto: o Supremo Tribunal Federal e o governo da maioria. In: VIEIRA, Oscar Vilhena; GLEZER, Rubens (Orgs.). **A razão e o voto: diálogos constitucionais com Luís Roberto Barroso**. Rio de Janeiro: FGV Editora, 2017, p. 42.

³⁶ BARROSO, Luís Roberto. A razão sem voto: o Supremo Tribunal Federal e o governo da maioria. In: VIEIRA, Oscar Vilhena; GLEZER, Rubens (Orgs.). **A razão e o voto: diálogos constitucionais com Luís Roberto Barroso**. Rio de Janeiro: FGV Editora, 2017, p. 46.

Nessa passagem fica evidente o relativismo de Barroso. Diversas críticas legítimas foram feitas à tese da única resposta correta de Dworkin.³⁷ No entanto, afastá-la não pode conduzir à negação de que o direito fornece parâmetros prévios que fundamentam as decisões judiciais. Uma vez que os princípios são um padrão normativo apto a realizar essa fundamentação, seu conteúdo não pode ser determinado pela consciência do julgador. Todas as críticas dirigidas ao papel conferido por Dworkin às cortes têm justamente a preocupação de evitar que juízes decidam questões relevantes de acordo com suas próprias concepções políticas. Consequentemente, a resposta subjetivamente correta defendida por Barroso em muito se assemelha ao conceito de ativismo judicial apresentado no parágrafo anterior, porquanto depende das concepções valorativas deste ou daquele juiz. Conforme mencionado, reconhecer que a interpretação da Constituição não é um mero ato de subsunção mecânica e que, portanto, depende de juízos morais não significa que a resposta ao caso deva ser considerada correta apenas sob o critério subjetivo.

Agora tratando efetivamente da função do Supremo Tribunal Federal em sua relação com os demais poderes, Barroso sugere que a dificuldade contramajoritária é um assunto encerrado, ou seja, que a função contramajoritária dos tribunais é, nos dias atuais, incontestável. Indo além, baseado na crise de representatividade dos poderes políticos, em especial o Legislativo, Barroso afirma que muitas vezes juízes representam mais adequadamente a vontade popular do que os legisladores. Segundo ele, o árduo concurso pelo qual os juízes têm de passar aumentaria a participação democrática no Judiciário, diferentemente do que ocorre no Legislativo, devido aos elevados custos das campanhas eleitorais. Desta forma, o Judiciário seria mais democrático do que as instâncias representativas. O Ministro lança mão, inclusive, do argumento de que, por possuir vitaliciedade, os juízes estariam menos propensos a ceder a interesses imediatistas e populistas. Nesse contexto, uma decisão do Supremo Tribunal Federal que contrarie um órgão majoritário com déficit de representatividade não poderia ser considerada contramajoritária.

³⁷ Dentre tantas, convém destacar os esforços teóricos de Jeremy Waldron no sentido de conferir dignidade à atuação dos parlamentos e à legislação por eles produzida. Para ele, decisões sobre questões profundamente morais jamais serão aptas a pacificar as divergências e, portanto, serem consideradas corretas por uma quantidade razoável de cidadãos. Diante disso, Waldron considera os parlamentos as instituições com maior capacidade de considerar os argumentos fornecidos pela comunidade política a partir da definição de procedimentos prévios. Cf. WALDRON, Jeremy. **Law and Disagreement**. Oxford: Oxford University Press, 1999.

Barroso ainda afirma que, mesmo quando não representa a vontade da sociedade, o Tribunal poderia agir legitimamente ao exercer a função iluminista. Isto é: mesmo quando o Supremo Tribunal Federal contrariar a vontade da maioria numérica – seja lá o que isso for – ou de seus representantes, ele poderia atuar legitimamente ao estar “empurrando a história quando ela emperra”.³⁸ Há aqui uma crença no sentido da história, que poderia ser percebido pelos juízes constitucionais. Barroso cita, inclusive, diversas decisões nas quais, segundo ele, o Supremo Tribunal Federal contribuiu para o avanço social do Brasil. Para o jurista, isso poderia ser demonstrado pelos altos índices de aprovação popular da atuação do Supremo Tribunal Federal em comparação com os outros poderes (o texto foi publicado em 2017). Sendo assim, Barroso afirma que, se o Supremo Tribunal Federal estivesse ferindo a democracia, a população iria se revoltar contra a Corte, o que, àquela altura, não era uma realidade.

Outra aposta de Barroso, que caracterizaria o neoconstitucionalismo, é na técnica da ponderação. Para ele, a ponderação representa um dos indícios do aumento na subjetividade dos juízes, mas que isso não se trata de algo necessariamente ruim. De certo modo, pode-se afirmar que ele replica o pensamento médio acerca do tema no Brasil, qual seja, de que entre dois princípios colidentes a ponderação pode ser utilizada para a escolha do “princípio vencedor”. Ocorre que, como bem alerta Lenio Streck, essa teoria foi desenvolvida durante a experiência de afirmação do Tribunal Constitucional Alemão, principalmente em seus anos iniciais, em que havia um movimento do Tribunal no sentido de dar conteúdo e legitimidade à Lei Fundamental. Entretanto, tanto a ponderação quanto a ideia de que a Constituição é uma ordem de valores são alvo de duras críticas até mesmo na Alemanha. Streck também afirma que o principal problema é o modo como essas teorias foram recepcionadas no Brasil. O texto de Barroso é um exemplar dessa inadequada recepção, pois ele sugere que a ponderação pode ser utilizada como técnica para a resolução de casos concretos, o que jamais foi aventado na Alemanha. Nas palavras de Lenio Streck:

A ponderação – nos termos propalados por seu criador, Robert Alexy – não é (insista-se, efetivamente não é) uma operação em que se colocam os dois princípios em uma balança e se aponta para aquele que “pesa mais” (sic), algo do tipo “entre dois princípios que colidem o intérprete escolhe um” (sic).

³⁸ BARROSO, Luís Roberto. A razão sem voto: o Supremo Tribunal Federal e o governo da maioria. In: VIEIRA, Oscar Vilhena; GLEZER, Rubens (Orgs.). **A razão e o voto: diálogos constitucionais com Luís Roberto Barroso**. Rio de Janeiro: FGV Editora, 2017, p. 60.

Nesse sentido é preciso fazer justiça a Alexy: sua tese sobre ponderação não envolve essa “escolha direta”.³⁹

De mais a mais, o próprio conceito “neoconstitucionalismo” merece uma análise mais criteriosa do que a realizada por Barroso. Isso porque ele não expressa de modo preciso o movimento constitucional verificado a partir da segunda metade do século XX. Primeiramente porque a afirmação de que o neoconstitucionalismo é antiformalista decorre da ideia de que o direito que o precedeu, especialmente o que vigia durante a segunda guerra mundial, era formalista e atrelado à legalidade. Efetivamente, se pensarmos no caso alemão, foi justamente a ausência de uma estrutura decisória que vinculasse os juízes à legalidade que possibilitou a sedimentação do regime nazista. Por outro lado, a afirmação de que a supremacia judicial se relaciona de algum modo com o neoconstitucionalismo é uma inverdade, dado que a configuração da separação das funções do Estado não é estática. Na verdade, o denominador comum de todos os arranjos democráticos é a tentativa de limitação do poder e não a prescrição de um modo único de relacionamento entre seus detentores.⁴⁰ Por fim, a relação feita por ele entre pós-positivismo e neoconstitucionalismo também pode ser contestada, na medida em que não há – inclusive no texto de Barroso – a devida distinção entre texto e norma que, aliada à negação da subsunção como técnica, é a tônica do pós-positivismo. Subsunção essa que, inclusive, é adotada por Robert Alexy, marco teórico fundamental do texto de Barroso. Assim sendo, o termo neoconstitucionalismo do modo como utilizado por Luís Roberto Barroso não se refere de modo preciso à experiência pós-positivista vivenciada pelo constitucionalismo do pós-guerra.⁴¹

Mas, na esteira de tudo o que foi exposto neste artigo, a afirmação de Barroso que causa maior perplexidade é em relação às funções iluminista e representativa do Supremo Tribunal Federal. Este texto já apresentou algumas teorias acerca do controle judicial de constitucionalidade, principalmente no contexto estadunidense. Ocorre que todo o debate ocorrido até então diz respeito à função contramajoritária dos tribunais. Para alguns autores

³⁹ STRECK, Lenio Luiz. As recepções teóricas inadequadas em *terrae brasilis*. **Revista de Direitos Fundamentais e Democracia**, Curitiba, v. 10, n. 10, 2011, p. 10.

⁴⁰ LOEWENSTEIN, Karl. **Teoría de la Constitución**. Trad. Alfredo Gallego Anabitarte. Barcelona: Editorial Ariel, 1979, p. 54.

⁴¹ ABBOD, Georges; TOMAZ DE OLIVEIRA, Rafael. Neoconstitucionalismo: vale a pena acreditar? **Constituição, Economia e Desenvolvimento**: Revisa da Academia Brasileira de Direito Constitucional, v. 7, n. 12, 2015.

essa função, em si, representa enormes riscos democráticos. Ao ignorar toda essa questão e propor outras duas funções para o Supremo Tribunal Federal, o texto de Barroso pode fomentar decisões ativistas que, de acordo com o paradigma ora adotado, distancia a atividade jurisdicional da concretização da Constituição. Isso porque grande parte das objeções ao controle judicial de constitucionalidade diz respeito exatamente à “última palavra” que os tribunais possuem, ou seja, à impossibilidade de superação de suas decisões.

Diante desse empasse, a teoria dos diálogos institucionais é uma das respostas oferecidas pela engenharia constitucional contemporânea com o objetivo de privilegiar o compartilhamento decisório. Já autores como Lenio Streck conferem à doutrina o ônus de controlar as decisões dos tribunais por meio daquilo que ele chama de “constrangimento epistemológico”.⁴² De qualquer forma, o controle das decisões judiciais é tema fundamental para o adequado funcionamento de uma democracia constitucional e a tese de Barroso impossibilitaria qualquer tipo de crítica fundamentada às decisões judiciais. Isso porque se a Corte decide conforme a vontade popular (seja lá o que isso represente), exerce função majoritária; se decide contra a decisão de agentes eleitos, contramajoritária; e se decide contra a vontade popular e contra a decisão dos representantes, é iluminista. A proposta de Barroso acaba com qualquer possibilidade de crítica doutrinária à atuação do Supremo Tribunal Federal, pois qualquer decisão poderá se enquadrar em uma dessas três hipóteses.⁴³

Indo além: a própria existência do Supremo Tribunal Federal não se justifica diante do exercício dessas funções. É o que defende Georges Abboud, para quem a existência do Supremo Tribunal Federal somente é justificada se ele exercer função contramajoritária. O constitucionalismo surge exatamente como uma forma de limitar o poder do Estado, inicialmente organizando-o e garantindo direitos fundamentais aos cidadãos. Esses direitos foram concebidos com a finalidade de proteger o indivíduo do arbítrio do Estado, mas, devido à sua inafastabilidade em qualquer situação, também devem ser observados nas relações eminentemente privadas. Seja no contexto estadunidense, ainda no início do século XIX, seja na Europa da segunda metade do século XX, as cortes e tribunais constitucionais têm como

⁴² STRECK, Lenio Luiz. As recepções teóricas inadequadas em terrae brasiliis. **Revista de Direitos Fundamentais e Democracia**. Curitiba, v. 10, n. 10, 2011.

⁴³ ARGUELHES, Diego Werneck. O Supremo que não erra. In: VIEIRA, Oscar Vilhena; GLEZER, Rubens (Orgs.). **A razão e o voto: diálogos constitucionais com Luís Roberto Barroso**. Rio de Janeiro: FGV Editora, 2017.

função precípua a garantia dos direitos fundamentais dos cidadãos. O violador em potencial de direitos fundamentais é o próprio Estado, pois em determinados momentos as maiorias eventuais podem atentar contra os direitos das minorias. Daí surge a principal justificativa para existência de uma corte constitucional.⁴⁴

A proteção dos direitos fundamentais das minorias é considerada contramajoritária no contexto de um Estado Democrático, uma vez que os detentores do poder político são eleitos por sufrágio. Da garantia de que a vontade da maioria prevaleça não decorre a necessária proteção a uma esfera mínima de direitos dos sub-representados. Justamente por isso se faz necessária a existência e a atuação de uma corte ou tribunal constitucional. Dito de outra maneira: a existência do Supremo Tribunal Federal se deve à sua função contramajoritária. É a proteção de direitos fundamentais que torna necessária a existência do “fórum dos princípios”. Isso leva à conclusão de que todas as vezes em que o Supremo Tribunal Federal age de forma iluminista ou representativa ele estará indo contra o princípio primeiro de sua existência.

Mesmo diante da evidente crise de representatividade dos poderes eleitos, não há indício algum de que o Supremo Tribunal Federal está em melhor posição para “ouvir a voz das ruas” do que o Congresso Nacional ou o Poder Executivo. Na verdade, a situação se dá de modo inverso. Por terem que se defrontar com o eleitor perenemente, os políticos devem conviver com o fantasma do mandato, de modo que são constrangidos a ajustar suas condutas à vontade dos eleitores. E, diferentemente do que ocorre em outras realidades, o texto constitucional brasileiro pormenoriza as competências do Supremo Tribunal Federal e, dentre elas, não se verifica a possibilidade de representar anseios populares. É forçoso, então, concluir que a atuação do Supremo Tribunal somente será legítima se for contramajoritária e adequada às disposições constitucionais.

Por fim, de subjacente ao iluminismo da corte, Barroso se mostra adepto da ideia de progresso da humanidade. Isso ocorre, por exemplo, quando ele afirma que o Supremo Tribunal Federal contribuiu para o progresso do país em determinadas decisões. Ao afirmar isso, o constitucionalista apresenta um paradoxo. Por um lado, sua aposta na discricionariedade judicial se baseia no fato de que os juízes não são capazes de decidir com base em critérios

⁴⁴ ABOUD, Georges. STF vs. vontade da maioria: as razões pelas quais a existência do STF somente se justifica se ele for contramajoritário. **Revista dos Tribunais**, v. 921, 2012.

minimamente objetivos, uma vez que essa objetividade não é inteligível; por outro, os juízes constitucionais podem “empurrar a história”, o que indica que eles têm pleno conhecimento do rumo para o qual a humanidade deve caminhar. Barroso expressa um enorme ceticismo em relação à capacidade que juízes possuem de decidir com base em conteúdos de significado compartilhado, mas defende que um órgão jurisdicional possa “empurrar a história”, o que demanda pleno conhecimento acerca dos caminhos da humanidade.

CONCLUSÃO

A tensão que há entre constitucionalismo e democracia é uma questão persistente que deve acompanhar a atuação das cortes constitucionais. Em suas decisões, os membros dessas cortes devem sempre ter em conta que sua atuação representa uma espécie de “freio” à democracia, o que exige especial atenção à adequação de suas decisões à estrutura constitucional vigente. Em outras palavras, a legitimidade da intervenção da corte depende sobremaneira da sua conformidade com as disposições da Constituição. Não há de se falar, portanto, na possibilidade de o Supremo Tribunal Federal exercer as funções majoritária e iluminista. Isso porque, conforme demonstrado, toda a sua existência se deve à necessidade encontrada pelo movimento constitucionalista de incorporar às decisões majoritárias um conteúdo substancial representado pelos direitos fundamentais. São nulas, então, as decisões majoritárias que não respeitem o conteúdo substantivo da Constituição. Eis a função de uma corte constitucional: decidir com base em critérios contramajoritários.

A Constituição Federal de 1988 alterou a dinâmica da separação entre as funções do Estado, conferindo papel de destaque na tarefa de concretizá-la ao Poder Judiciário e, em especial, ao Supremo Tribunal Federal. Ademais, ao se propor dirigente, o texto constitucional impõe que a jurisdição constitucional atue no sentido de incorporar às decisões políticas seu conteúdo material. Não se trata, portanto, de uma interferência indevida, mas sim de uma opção constituinte baseada no vasto passado autoritário do Brasil. Ao decidir de modo a tornar efetiva a Constituição Federal, o Supremo Tribunal Federal está tão somente cumprindo as exigências da própria Constituição.

Nesse contexto, a leitura moral da constituição apresentada por Ronald Dworkin pode ser considerada uma das teses acerca do controle de constitucionalidade que melhor representam a tarefa interpretativa que os tribunais brasileiros possuem em relação ao texto

constitucional, mesmo se referindo a outra experiência jurídica. Ao não omitir o fato de que os juízes possuem a incumbência de preencher as disposições textuais com conteúdos compartilhados de moralidade política, Dworkin proporciona condições teóricas para o desenvolvimento de uma teoria da decisão judicial que se adeque ao novo paradigma da Teoria da Constituição no Brasil. A despeito de reconhecer a importância da interpretação para a concreção das disposições constitucionais, a teoria de Dworkin se contrapõe ao solipsismo presente no texto de Barroso. Isso porque Dworkin afirma ser possível que o intérprete decida com base em conteúdos de significado compartilhado, fugindo, assim, de uma postura subjetivista defendida por Barroso.

Deste modo, uma teoria da decisão no âmbito do Estado Democrático de Direito não pode admitir decisões ativistas. Mesmo reconhecendo a importância estratégica do Poder Judiciário na complexa tarefa de dar efetividade às disposições constitucionais, não há qualquer indício de que a atuação da jurisdição constitucional possa ser considerada legítima quando decisões ativistas são proferidas. Isso porque, segundo o paradigma apresentado neste texto, o ativismo judicial é justamente o distanciamento entre a fundamentação da decisão judicial e a estrutura normativa prévia. Portanto, se o novo espaço dado ao Poder Judiciário se justifica exatamente a fim de que ele contribua substancialmente para a incorporação das disposições constitucionais aos atos do Estado, uma decisão ativista representa uma falha nessa tarefa, seu ocaso. Decisões ativistas demonstram que o Judiciário não exerceu corretamente as competências a ele conferidas pela Constituição Federal.

Por outro lado, não se pode confundir as corretas críticas ao ativismo judicial com os ataques autoritários que o Supremo Tribunal Federal tem sofrido. É evidente que uma corte com a enorme carga de trabalho que possui o Supremo Tribunal Federal, na qual muitos casos levados a análise possuem grande complexidade, acaba por cometer equívocos decisórios. Isso é natural e ocorre em todos os níveis jurisdicionais das mais diversas experiências jurídicas mundo afora. A tarefa da academia, no entanto, é contribuir para que os erros sejam cada vez mais escassos. Trata-se de tarefa de importância ainda mais acentuada em países de democratização recente, como é o caso do Brasil. Entretanto, as críticas acadêmicas a decisões incorretas do Poder Judiciário não podem ser instrumentalizadas e utilizadas por grupos com tendências autoritárias que visam aniquilar as conquistas civilizatórias representadas pela

Constituição Federal de 1988. A luta por decisões constitucionalmente adequadas deve ser travada dentro da gramática da democracia, pressupondo a boa-fé de todos os envolvidos.

Justamente por isso, ao contribuir com a discussão sobre ativismo judicial no Brasil, este texto se coloca como uma defesa da fundamental importância do Supremo Tribunal Federal e, em última instância, do próprio constitucionalismo para a conservação das conquistas democráticas ocorridas no Brasil contemporâneo. Ao atuar de modo concretizador, o Supremo Tribunal Federal colabora com a superação do passado autoritário brasileiro. A negação dessa realidade faz com que muitas vezes sejam taxadas de ativistas decisões tomadas no campo legítimo de atuação do Supremo Tribunal. Ao diferenciar, uma vez mais, o ativismo judicial da judicialização da política e ao demonstrar o caráter substantivo da atuação da jurisdição constitucional no Brasil, este texto objetivou desfazer alguns dos equívocos semânticos e estruturais que acabam por contaminar o debate público na atualidade. Decisões concretizadoras jamais serão ativistas e as críticas ao ativismo judicial jamais poderão redundar em ataques à existência do Supremo Tribunal Federal, baluarte da democracia brasileira.

REFERÊNCIAS

ABBOUD, Georges. STF vs. vontade da maioria: as razões pelas quais a existência do STF somente se justifica se ele for contramajoritário. **Revista dos Tribunais**, v. 921, 2012.

_____; TOMAZ DE OLIVEIRA, Rafael. Neoconstitucionalismo: vale a pena acreditar? **Constituição, Economia e Desenvolvimento**: Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional, v. 7, n. 12, 2015.

ACKERMAN, Bruce. **La nueva división de poderes**. Cidade do México: Fondo de Cultura Económica, 2011.

ARGUELHES, Diego Werneck. O Supremo que não erra. In: VIEIRA, Oscar Vilhena; GLEZER, Rubens (Orgs.). **A razão e o voto**: diálogos constitucionais com Luís Roberto Barroso. Rio de Janeiro: FGV Editora, 2017.

BARROSO, Luís Roberto. A razão sem voto: o Supremo Tribunal Federal e o governo da maioria. In: VIEIRA, Oscar Vilhena; GLEZER, Rubens (Orgs.). **A razão e o voto**: diálogos constitucionais com Luís Roberto Barroso. Rio de Janeiro: FGV Editora, 2017.

_____. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. In: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda; FRAGALE FILHO, Roberto; LOBÃO, Ronaldo. **Constituição & Ativismo Judicial**: limites e possibilidades da norma constitucional e da decisão judicial. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

BICKEL, Alexander M. **The Least Dangerous Branch**: The Supreme Court at the Bar of Politics. 2. ed. New Haven: Yale University Press, 1986.

BONAVIDES, Paulo. (Neo)constitucionalismo: ontem, os códigos; hoje, as Constituições. **Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica**. Porto Alegre, n. 2, 2004.

DWORKIN, Ronald. **A Matter of Principle**. Cambridge: Harvard University Press, 1985.

_____. **O direito da liberdade**: a leitura moral da Constituição norte-americana. Trad. Marcelo Brandão Cipolla. 2. ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2019.

_____. **O império do direito**. Trad. Jeferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

_____. **Taking Rights Seriously**. Cambridge: Harvard University Press, 1978.

ELY, John Hart. **Democracy and distrust**: A Theory of Judicial Review. Cambridge: Harvard University Press, 1980.

GRIMM, Dieter. **Constitutionalism**: Past, Presente, and Future. Oxford: Oxford University Press, 2016.

KMIEC, Keenan D. The origin and the current meaning of “judicial activism”. **California Law Review**. Berkeley, v. 92, n. 5, p. 1441-1477, 2004.

LOEWENSTEIN, Karl. **Teoría de la Constitución**. Trad. Alfredo Gallego Anabitarte. Barcelona: Editorial Ariel, 1979.

NOBRE, Marcos; RODRIGUEZ, José Rodrigo. “Judicialização da política”: déficits explicativos e bloqueios normativistas. **Novos estudos – CEBRAP**, n. 91, p. 05-20, nov. 2011.

PLATÃO. **A República**. Trad. Leonel Vallandro. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2011.

SARTORI, Giovanni. **Teoria Democrática**. São Paulo: Editora Fundo de Cultura, 1965.

STRECK, Lenio Luiz. As recepções teóricas inadequadas em terrae brasilis. **Revista de Direitos Fundamentais e Democracia**. Curitiba, v. 10, n. 10, 2011a.

_____. **Jurisdição constitucional e decisão jurídica**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

_____. **Verdade e Consenso**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011b.

TASSINARI, Clarissa. **Jurisdição e ativismo judicial**: limites da atuação do judiciário. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013.

TATE, Chester Neal; VALLINDER, Torbjörn. **The global expansion of Judicial Power**. New York: New York University Press, 1995.

TOMAZ DE OLIVEIRA, Rafael; ABOUD, Georges. A gênese do controle difuso de constitucionalidade: cidadania e democracia na conformação das atribuições do Judiciário no marco de um Estado de Direito. **Revista de Processo**, v. 229, p. 433, 2014.

TOMAZ DE OLIVEIRA, Rafael; TASSINARI, Clarissa. **Judicialização da política e ativismo judicial**: notas para uma necessária diferenciação. No prelo.

TRIBE, Laurence. **The invisible constitution**. Oxford: Oxford University Press, 2008.

VIANNA, Luiz Werneck *et al.* **A judicialização da política e das relações sociais no Brasil**. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2014.

WALDRON, Jeremy. **Law and Disagreement**. Oxford: Oxford University Press, 1999.

Submetido em 10.09.2022

Aceito em 20.12.2022