

UNIVERSIDADE FEDERAL DE SÃO CARLOS - UFSCar
Centro de Educação e Ciências Humanas (Campus São Carlos/SP)
Curso de Pós-Graduação *Stricto-Sensu* em Ciência Política

MARCOS ROGÉRIO FÉLIX DE OLIVEIRA

**ATIVISMO JUDICIAL NA PERSPECTIVA COMPARADA ENTRE O DIREITO E A
CIÊNCIA POLÍTICA:
Remédio ou veneno para a democracia?**

SÃO CARLOS-SP
2019

UNIVERSIDADE FEDERAL DE SÃO CARLOS - UFSCar
Centro de Educação e Ciências Humanas (Campus São Carlos/SP)
Curso de Pós-Graduação *Stricto-Sensu* em Ciência Política

MARCOS ROGÉRIO FÉLIX DE OLIVEIRA

**ATIVISMO JUDICIAL NA PERSPECTIVA COMPARADA ENTRE O DIREITO E A
CIÊNCIA POLÍTICA:
Remédio ou veneno para a democracia?**

Dissertação de Mestrado apresentada ao Programa de Pós-Graduação *Stricto-Sensu* em Ciência Política da Universidade Federal de São Carlos – UFSCar – Centro de Educação e Ciências Humanas – Campus de São Carlos/SP, como parte dos requisitos necessários à obtenção do título de Mestre em Ciência Política.

Linha de pesquisa: Instituições, Organizações e Comportamento Político.

Orientador: Prof.º Dr.º Eduardo G. Noronha.

SÃO CARLOS-SP
2019

MARCOS ROGÉRIO FÉLIX DE OLIVEIRA

**ATIVISMO JUDICIAL NA PERSPECTIVA COMPARADA ENTRE O DIREITO E A
CIÊNCIA POLÍTICA: remédio ou veneno para a democracia?**

Dissertação de Mestrado apresentada ao Programa de Pós-Graduação *Stricto-Sensu* em Ciência Política da Universidade Federal de São Carlos – UFSCar – Centro de Educação e Ciências Humanas – Campus de São Carlos/SP, dentro da linha de pesquisa: “Instituições, Organizações e Comportamento Político”, como parte dos requisitos necessários à obtenção do título de Mestre em Ciência Política.

Data da defesa: 30/10/2019

Banca Examinadora:

Orientador: Prof. Dr. Eduardo G. Noronha – UFSCar

Membro Efetivo: Prof. Dr. Gabriel Avila Casalecchi – UFSCar

Membro Efetivo: Prof. Dr. Renato Cassio Soares de Barros – UNICEP

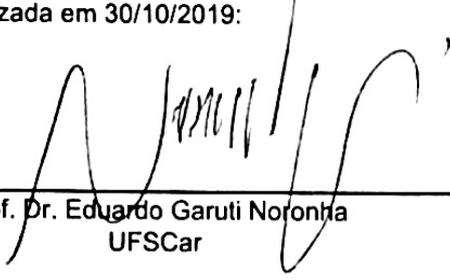
Membro Efetivo: Prof. Dr. André Serotini – UEMG

São Carlos, 30 de outubro de 2019.



Folha de Aprovação

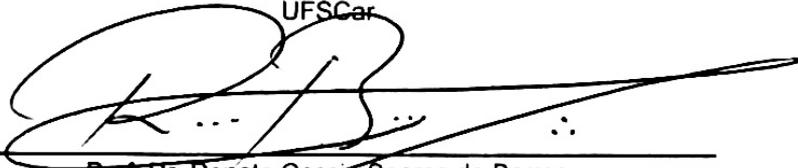
Assinaturas dos membros da comissão examinadora que avaliou e aprovou a Defesa de Dissertação de Mestrado do candidato Marcos Rogério Felix de Oliveira, realizada em 30/10/2019:



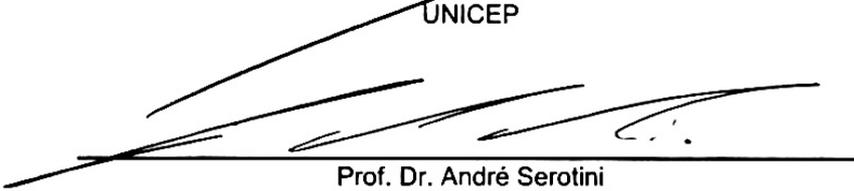
Prof. Dr. Eduardo Garuti Noronha
UFSCar



Prof. Dr. Gabriel Ávila Casalecchi
UFSCar



Prof. Dr. Renato Caserio Soares de Barros
UNICEP



Prof. Dr. André Serotini
UEMG

AGRADECIMENTOS

Concluir o Mestrado em Ciência Política na UFSCar é um sonho do qual participaram, direta ou indiretamente, muitas pessoas. Por isso, agradeço à minha mãe, Dozolina, e aos meus irmãos, Júnior e Lilian, por sempre me oferecerem palavras de conforto e esperança. Agradeço ao meu pai, Cícero, in memoriam, que, infelizmente, não pôde ver o seu filho realizar esse sonho. Pai, muito obrigado!

Agradeço à minha esposa, Priscila, que, de forma incansável, sempre me apoiou nos momentos mais difíceis, bem como pelos seus cuidados com nossa filha quando precisei me ausentar para estudar. Agradeço à minha filha, Sophia, simplesmente, por existir. Amo vocês!

Agradeço ao meu orientador, Prof. Dr. Eduardo G. Noronha, que, sem me conhecer, prontamente aceitou me orientar. Agradeço-lhe pelas aulas e também pela proposta instigante de trabalho que foi o tema desenvolvido na presente dissertação. Agradeço-lhe, ainda, pela relevante contribuição para o presente trabalho, com as correções e pertinentes apontamentos.

Agradeço ao Prof. Gabriel Avila Casalecchi, pelas aulas e por ter contribuído com o presente trabalho como membro da banca de qualificação.

Agradeço ao Prof. Dr. Renato Cassio Soares de Barros e ao Prof. André Serotini, por aceitarem participar da minha banca de dissertação, contribuindo para o desenvolvimento do presente trabalho.

Agradeço a todos os professores do programa, pela excelência do ensino.

Agradeço ao Daniel, Eduardo, Leonardo, Barbara, Victor e Victor, colegas que fiz no mestrado e com quem muito aprendi. Não poderia deixar de agradecer também aos colegas do Doutorado que engrandeceram muito às aulas.

Agradeço também a Deus, por ter me dado essa oportunidade.

RESUMO

A expressão ativismo judicial tem sido muito utilizada tanto nos meios de comunicação, quanto nos meios acadêmicos. Ocorre, entretanto, que se trata de um termo considerado ambíguo. Dessa forma, o presente trabalho procurou, inicialmente, encontrar as origens dessa expressão e analisar o discurso em que ela foi empregada, pretendendo-se extrair o sentido original do que seria o Ativismo Judicial. Percebeu-se, ao longo do estudo, que o autor dessa expressão, Arthur M. Schlesinger Jr., não pretendeu criar um conceito, o que acabou sendo um efeito produzido. A despeito de não pretender criar um conceito, pela narrativa do seu texto, pudemos estabelecer os elementos que caracterizariam o Ativismo Judicial, propondo a nossa interpretação sobre o conceito de Ativismo Judicial e de Autocontenção. A partir dessa definição, passou-se ao estudo da Judicialização da Política, com o resgate histórico da expansão do Poder Judiciário, o que propiciou, ao nosso entender, o surgimento de aludido fenômeno. Assim, a partir do estudo da literatura pertinente, pôde-se extrair os vários sentidos em que esse termo é utilizado e, com base em todos esses elementos, formulamos a nossa interpretação sobre o conceito de Judicialização da Política, a fim de diferenciá-lo do Ativismo Judicial. Partiu-se, então, para o estudo da Politização do Judiciário, estabelecendo-se os vários sentidos em que essa expressão pode ser utilizada, também com a finalidade de diferenciá-la dos demais termos. Resolvida a questão conceitual, foi traçado o caminho pelo qual passou os estudos do Ativismo Judicial para o Direito e para a Ciência Política, estabelecendo-se, ao final, as diferentes trajetórias e concepções sobre esse termo para cada uma das ciências. Por fim, foi respondida a questão proposta no sentido de se saber se o Ativismo Judicial é o veneno ou o remédio para a Democracia.

Palavras-Chave: Ativismo Judicial. Judicialização da Política. Politização do Judiciário. Democracia.

ABSTRACT

The term “judicial activism” has been widely used in the media, well as in the academic papers. It turns out, however, that this is an ambiguous term. Thus, the present work initially sought to find the origins of this expression and to analyze the discourse in which it was used, with the intention of extracting the original meaning of what Judicial Activism would be. It was noticed throughout the study that the author of this expression, Arthur M. Schlesinger Jr., did not intend to create a concept, which turned out to be an effect produced. Despite not intending to create a concept, through the narrative of his text we were able to establish the elements that would characterize Judicial Activism, proposing our concept of Judicial Activism and Self-Containment. From this definition, we proceeded to the study of Judicialization of Politics, with the historical rescue of the expansion of the Judiciary Power, which led, in our opinion, the emergence of this phenomenon. Thus, from the study of the relevant literature, it was possible to extract the various meanings in which this term is used and, based on all these elements, we formulate a concept of Judicialization of Politics, in order to differentiate it from Judicial Activism. Then, we started to study the Politicization of the Judiciary, establishing the various meanings in which this expression can be used, also in order to differentiate them from the other terms. Once the conceptual question was solved, the path through which the studies of Judicial Activism for Law and Political Science went through was established, establishing, in the end, the different trajectories and conceptions of this term for each of the sciences. Finally, the question was answered as to whether Judicial Activism is the poison or the remedy for Democracy.

Keywords: Judicial Activism. Judicialization of Politics. Politicization of the Judiciary. Democracy.

LISTA DE TABELAS

Tabela 1: Bibliografia Arthur M. Schlesinger Jr.....	15
Tabela 2: Ações Constitucionais.....	54
Tabela 3: Variações da Judicialização da Política.....	63
Tabela 4: Sentidos da Politização do Judiciário.....	71
Tabela 5: Juízes de Primeiro Grau em Atividade.....	99
Tabela 6: Juízes de Segundo Grau em Atividade.....	99
Tabela 7: Juízes e Desembargadores Inativos.....	100
Tabela 8: Ministros de Tribunais Superiores.....	100
Tabela 9: Juízes de Primeiro Grau.....	101
Tabela 10: Juízes de Segundo Grau em Atividade.....	101
Tabela 11: Juízes e Desembargadores Inativos.....	102
Tabela 12: Ministros de Tribunais Superiores.....	102
Tabela 13: Categorias do Ativismo Judicial para o Direito.....	106
Tabela 14: Compilado de posições sobre o Ativismo Judicial para a Ciência Política.....	107
Tabela 15: Categorias do Ativismo Judicial para a Ciência Política.....	111

LISTA DE FIGURAS

Figura 1: Foto dos Juizes Black e Douglas.....	25
Figura 2: Foto dos Juizes Murphy e Rutledge.....	26
Figura 3: Foto dos Juizes Frankfurter e Jackson.....	27
Figura 4: Foto do Juiz Burton.....	28
Figura 5: Foto dos Juizes Vinson e Reed.....	28

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	10
2 ATIVISMO JUDICIAL	11
2.1 ORIGENS DO CONCEITO	11
2.2 BIOGRAFIA DE ARTHUR M. SCHLESINGER JR.	14
2.3 IDEOLOGIAS VIGENTES NO PÓS-SEGUNDA GUERRA MUNDIAL	17
3 ANÁLISE DO TEXTO	21
3.1 ESCLARECIMENTOS PRELIMINARES	21
3.2 “ <i>THE SUPREME COURT: 1947</i> ”	21
3.2.1 Efeito Pretendido	22
3.2.2 Efeito Produzido	24
3.2.3 Categorias de Ativismo Judicial	24
3.2.4 Função do Judiciário em uma Democracia	29
4 JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA	33
4.1 SEPARAÇÃO DOS PODERES	34
4.2 REVOLUÇÃO GLORIOSA	37
4.3 REVOLUÇÃO FRANCESA	39
4.4 A CONSTITUIÇÃO AMERICANA	40
4.5 PRIMEIRA ONDA DE EXPANSÃO DO JUDICIÁRIO	40
4.6 FATOS QUE PRECEDERAM AO CASO <i>MARBURY v. MADSON</i>	42
4.6.1 O julgamento do caso <i>MARBURY v. MADSON 5.U.S. 137 (1803)</i>	44
4.7 SEGUNDA ONDA DE EXPANSÃO DO JUDICIÁRIO	45
4.8 DO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE	47
4.9 DO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE NO BRASIL	49
4.10 CONSTITUIÇÃO DE 1988	53
4.11 SENTIDOS DO TERMO JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA	56
5 POLITIZAÇÃO DO JUDICIÁRIO	65
6 ATIVISMO JUDICIAL NA PERSPECTIVA DO DIREITO	72
6.1 COMPREENSÃO DA LEI E DA NORMA	72
6.2 JUSNATURALISMO	73
6.2.1 Juspositivismo	75
6.2.2 Neoconstitucionalismo	79

6.3 ATIVISMO JUDICIAL PARA O DIREITO	83
6.3.1 Metodologia de Interpretação Pretensamente Limitativa	91
6.3.2 Ativismo Judicial no Brasil	95
7 ATIVISMO JUDICIAL NA PERSPECTIVA DA CIÊNCIA POLÍTICA	107
8 ATIVISMO JUDICIAL NA PERSPECTIVA COMPARADA ENTRE O DIREITO E A CIÊNCIA POLÍTICA	112
8.1 ESCLARECIMENTOS PRELIMINARES	113
8.2 <i>PATH DEPENDENCE</i> DA CIÊNCIA POLÍTICA	115
8.3 <i>PATH DEPENDENCE</i> DO DIREITO	119
8.4 CONCLUSÃO SOBRE A COMPARAÇÃO	121
9 ATIVISMO JUDICIAL: REMÉDIO OU VENENO PARA A DEMOCRACIA?	121
9.1 DEMOCRACIA.....	122
9.2 SEPARAÇÃO DOS PODERES NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL.....	125
9.3 A RESPOSTA	128
10 CONSIDERAÇÕES FINAIS	131
REFERÊNCIAS	133
ANEXOS	142

1 INTRODUÇÃO

O termo Ativismo Judicial tem sido utilizado tanto nos meios de comunicação, quanto nos meios acadêmicos, sendo muitas vezes confundido com as expressões Judicialização da Política e Politização do Poder Judiciário. O presente trabalho visa, portanto, primeiramente, entender qual o sentido da expressão ativismo judicial tão utilizada e, por muitos, criticada, dada a sua ambiguidade e seu viés político. Para tanto, será feito um resgate histórico, a fim de verificar quando esse vocábulo foi utilizado pela primeira vez.

Tendo em vista o método da Análise do Discurso, com base nos ensinamentos de Michel Pêcheux, será feito um levantamento biográfico da vida de Arthur M. Schlesinger Jr., indicado pela literatura como o autor da expressão Ativismo Judicial. Segundo esse método, além de outros elementos, são as condições históricas, sociais e políticas que produzem no sujeito o seu discurso. Sendo assim, é de suma importância entendermos o sentido em que o vocábulo Ativismo Judicial foi utilizado, conhecermos quem é o seu autor e quais as ideias que ele defendia à época da produção do texto objeto do presente estudo.

Após esse breve apanhado sobre a vida do autor, tão importante quanto conhecer o sujeito do discurso, é entendermos em qual contexto histórico o texto foi desenvolvido. Por isso, exploraremos, ainda que brevemente, as principais correntes ideológicas vigentes à época, bem como os principais acontecimentos históricos e sociais precedentes e contemporâneos ao surgimento dos escritos ora estudados.

Feito todo esse levantamento, tanto da vida do autor, quanto dos acontecimentos históricos e sociais da época da publicação do texto em estudo, passaremos a analisá-lo. Essa análise investigará quais eram os efeitos pretendidos pelo autor quando elaborou o texto. A partir desse ponto, será investigado se o conceito de Ativismo Judicial foi um efeito pretendido pelo autor ou se se tornou um efeito produzido pelo texto ao longo da história.

A etapa seguinte do presente estudo visa analisar quais seriam os elementos identificadores de um comportamento decorrente do Ativismo Judicial. Com a organização desses elementos, proporemos a nossa interpretação sobre o conceito de Ativismo Judicial.

Encerrado esse primeiro tópico, partiremos para a análise do termo Judicialização da Política, uma vez que será necessário diferenciá-lo do Ativismo Judicial. Para tanto, faremos um histórico sobre a expansão do Poder Judiciário, visando identificar como se deu e em quais etapas essa expansão ocorreu, já que foi justamente esse fenômeno que propiciou o surgimento da Judicialização da Política. Com esse levantamento, passaremos a visitar a bibliografia sobre

o tema, a fim de identificar quais seriam os sentidos em que o termo Judicialização da Política pode ser utilizado.

A partir da identificação dos sentidos em que o termo Judicialização da Política pode ser utilizado e considerando o resgate histórico em que foi realizado, a fim de conseguir comparar e diferenciar as duas expressões até então estudadas, proporemos a nossa interpretação sobre o conceito de Judicialização da Política.

Após terem sido diferenciados os termos Ativismo Judicial e Judicialização da Política, passaremos a analisar o termo Politização do Poder Judiciário, procurando identificar também os sentidos em que ele pode ser utilizado, bem como se essa politização ocorre de forma institucional, interna ou externa ao Poder Judiciário.

Ultrapassadas as questões conceituais, passaremos a analisar o que o Direito entende por Ativismo Judicial e qual o percurso percorrido por essa ciência em relação a esse termo. Da mesma forma, analisaremos o que a Ciência Política entende por Ativismo Judicial e qual o percurso que ela percorreu no que diz respeito aos estudos desse fenômeno denominado Ativismo Judicial. Ao final desse levantamento, faremos a comparação entre o que as duas ciências entendem pelo termo Ativismo Judicial.

Por fim, responderemos à indagação colocada no título do presente trabalho, no sentido de saber se o Ativismo Judicial é um remédio ou um veneno para a Democracia.

Passaremos a analisar, no tópico que se segue, qual a origem da expressão Ativismo Judicial.

2 ATIVISMO JUDICIAL

2.1 ORIGENS DO CONCEITO

O surgimento do termo ativismo judicial remonta aos anos quarenta. Entretanto, somente a partir de 1990 essa expressão passou a ser utilizada por inúmeros meios de comunicação e até mesmo em vários artigos científicos, sem, contudo, se ter um rigor conceitual sobre ela – o que demonstra a relevância da presente proposta de estudo, já que, por se tratar de um conceito, minimamente, precisamos entendê-lo, a fim de evitarmos anacronismos. Kmiec (2004, p. 1442)¹ faz um interessante levantamento do quanto o termo ativismo judicial tem sido utilizado. Vejamos:

¹ No original: “During the 1990s, the terms “judicial activism” and “judicial activist” appeared in an astounding 3,815 journal and law review articles. In the first four years of the twenty-first century, these terms have surfaced in another 1,817 articles-an average of more than 450 per year. Judges today are far more likely to accuse their colleagues of judicial activism than they were in prior decades. And the term has assumed a prominent role in public debates, appearing regularly in editorial pages, Web “blogs,” political discussion, and confirmation battles”.

[...] Durante a década de 1990, os termos “ativismo judicial” e “ativista judicial” apareceram em surpreendentes 3.815 periódicos e artigos de análise jurídica. Nos primeiros quatro anos do século XXI, esses termos surgiram em outros 1.817 artigos – uma média de mais de 450 por ano. Os juízes de hoje são muito mais propensos a acusar seus colegas de ativismo judicial do que em décadas anteriores. E o termo assumiu um papel proeminente nos debates públicos, aparecendo regularmente em páginas editoriais, “blogs”, discussão política e batalhas de confirmação [...]. (tradução nossa)

Apesar de a expressão ativismo judicial ter sido difundida tanto nos meios de comunicação, quanto nos meios acadêmicos, ainda se trata de um termo extremamente polissêmico. Acerca disso, Koerner (2016, s/p) declarou que *“o termo, tanto quanto o seu contraponto, a autocontenção, têm sido criticados por suas ambiguidades, vieses e efeitos políticos. As críticas foram sucedidas por tentativas de teorização e refinamento conceitual, em disciplinas como teoria e sociologia do direito, história e ciência política”*.

Além de o vocábulo ativismo judicial ter sido utilizado sem uma preocupação maior com o seu rigor conceitual, a bem da verdade tem sido confundido com Judicialização da Política e com a Politização do Judiciário. Relembrando Skinner (1969), para que não transformemos o autor desse “conceito” em parceiro de um debate que ele não poderá participar, afastando o risco de interpretações contemporâneas errôneas sobre ideias forjadas no passado, é de suma importância, então, reconstruirmos a trajetória histórica desse “conceito”.

Segundo Kmiec (2004), a expressão ativismo judicial foi utilizada pela primeira vez por Arthur M. Schlesinger Jr., em janeiro de 1947, em um artigo da revista *Fortune*, nos Estados Unidos da América. Nesse texto, Schlesinger Jr. distingue os juízes da Suprema Corte dos Estados Unidos em dois grupos, os “Judicial Activists” e os “Champions of Self Restraint.” Em tradução livre, Ativistas Judiciais e Campeões de Autorrestrrição.

Em um só texto encontramos, então, a origem de duas expressões amplamente utilizadas, quais sejam: ativismo judicial e autorrestrrição ou autocontenção. Utilizaremos autocontenção como sinônimo de autorrestrrição, primeiro porque os termos em português se equivalem. Em segundo lugar, porque tanto a expressão cunhada em 1947 quanto a utilizada hodiernamente são o oposto de ativismo judicial, ou seja, o sentido em que são utilizadas é o mesmo. Sendo assim, adotaremos as expressões autorrestrrição e autocontenção como sinônimas.

Feitos os esclarecimentos semânticos, podemos concluir que, ao encontrarmos o sentido de ativismo judicial, também encontraremos o sentido do seu contraponto, a autocontenção. Diante dessas constatações, a única conclusão a que podemos chegar é a de que, para desvendarmos o sentido da expressão ativismo judicial, deveremos mergulhar em sua fonte, ou seja, analisar o texto escrito por Schlesinger Jr.

Ressalte-se, todavia, que a grande maioria dos estudos feitos sobre o ativismo judicial apenas citam o texto de Arthur M. Schlesinger Jr. como o marco histórico no qual essa expressão teria surgido. Vejamos o que esclarece Kmiec (2004) quando comenta o surgimento do ativismo judicial:

[...] Poder-se-ia esperar que o termo “ativismo judicial” apareceria pela primeira vez em uma dissidência de um juiz respeitado, ou em um artigo de revisão de lei importante. Mas não parece ser o caso. “Em vez disso, de certa forma, o primeiro uso do termo para atrair atenção substancial do público ocorreu em uma revista popular, em um artigo destinado ao público em geral escrita por um não advogado [...]”². (tradução nossa)

Evidentemente, estabelecer o marco histórico do surgimento de um conceito é de suma importância para a Ciência. Todavia, igualmente importante é analisá-lo do ponto de vista da Análise do Discurso, a fim de perquirir qual seria o sentido em que foi utilizado em suas origens, assim como qual o seu sentido nos dias atuais. A metodologia da Análise do Discurso será utilizada na perspectiva da escola francesa, com base nos ensinamentos de Michel Pêcheux. Sabendo que são as condições históricas, sociais e políticas que produzem no sujeito o seu discurso (Pêcheux, 1988), torna-se de suma importância analisar o texto de Schlesinger Jr. sob essa ótica e, com isso, entender melhor o sentido da expressão ativismo judicial cunhada em 1947.

Antes de quaisquer análises sobre o texto propriamente dito, surge a pergunta inafastável: Quem foi Arthur M. Schlesinger Jr.? Alguns o qualificam como jornalista; outros, como historiador; e uns o intitulam, ainda, de Historiador do Poder. O fato é que analisar somente o texto sem entender quem era esse autor e quais as suas ideologias, seria deixar uma lacuna intransponível no presente trabalho. Por isso, dedicaremos um tópico para conhecer a

² No original: “One might expect that the term “judicial activism” first appeared in a respected judge's dissent, or in a seminal law review article. This does not appear to be the case.”² Rather, somewhat fittingly, the first use of the term to attract substantial attention from the public occurred in a popular magazine, in an article meant for a general audience written by a non-lawyer”.

biografia de Arthur M. Schlesinger Jr., o que nos auxiliará no entendimento do termo por ele inaugurado.

2.2 BIOGRAFIA DE ARTHUR M. SCHLESINGER JR.

Todas as informações que conseguimos sobre Arthur M. Schlesinger Jr. foram extraídas do seu livro de memórias *A Life in the Twentieth Century: Innocent Beginnings, 1917-1950*, publicado em 2000, bem como de dois textos publicados por Douglas Martin, no *The New York Times*, em 2007, ano da morte de Arthur M. Schlesinger Jr.

Arthur M. Schlesinger Jr. nasceu em 15 de outubro de 1917, no Estado de Columbus, EUA. Seu pai, Arthur M. Schlesinger, Sr., foi historiador social e professor na *Ohio State University* e na *Harvard University*. Interessante notar que o nome de batismo do autor em estudo era Arthur Bancroft Schlesinger (Bancroft: sobrenome de sua mãe). Com o tempo, passou a assinar Arthur M. Schlesinger Jr., adotando esse nome até a sua morte, em 28 de fevereiro de 2007.

Schlesinger Jr., além de jornalista e historiador, estava direta ou indiretamente ligado à vida política de seu país, mesmo sem ter qualquer cargo eletivo. Seu envolvimento na política se deu no exercício do cargo de assessor da presidência na gestão Kennedy e pelas críticas políticas lançadas em seus artigos, livros, bem como escrevendo discursos de campanha para vários candidatos. Vejamos um trecho do texto publicado no *The New York Times* (2007) no qual isso fica claro:

[...] Em seu último livro, “A guerra e a presidência americana”, publicado em 2004, Schlesinger desafiou os fundamentos da política externa do presidente Bush, chamando a invasão do Iraque e suas consequências de uma “confusão medonha”. Ele disse que os limites impostos pelo presidente às liberdades civis teriam o mesmo resultado que ações semelhantes em toda a história americana. “Nós nos odiamos na manhã seguinte”, ele escreveu. Por mais que fosse liberal, Schlesinger não era escravo daquilo que acabaria por ser conhecido como politicamente correto. Ele defendia vividamente o antigo caldeirão de culturas americano contra os proponentes do multiculturalismo a ideia de que as etnias devem conservar suas identidades distintas e até mesmo celebrá-las. Ele despertou muitas críticas por comparar o afrocentrismo à Ku Klux Klan [...]³. (tradução nossa)

³ No original: “In his last book, “War and the American Presidency,” published in 2004, Mr. Schlesinger challenged the foundations of the foreign policy of President Bush, calling the invasion of Iraq and its aftermath “a ghastly mess.” He said the president’s curbs on civil liberties would have the same result as similar actions throughout American history. “We hate ourselves in the morning,” he wrote. However liberal, he was no slave to what came to be called political correctness. He spiritedly defended the old-fashioned American melting pot against proponents of multiculturalism, the idea that ethnicities should retain separate identities and even celebrate them. He elicited tides of criticism by comparing Afrocentrism to the Ku Klux Klan”.

Schlesinger Jr. ingressou em Harvard e formou-se com honra “*summa cum laude*”, em 1938. Durante a Segunda Guerra Mundial, trabalhou no Escritório de Informação sobre a Guerra e, na sequência, no Escritório de Planejamento Estratégico em Washington, Londres e Paris. Quando voltou para Washington, trabalhou como *freelancer* da revista *Fortune* e de outros periódicos. Em 1946, foi convidado para assumir a cadeira de História, em Harvard, tendo lecionado nessa instituição até 1961, ano em que foi eleito para a *The American Academy of Arts and Letters*. Em 1966, foi professor de Humanidades da *City University of New York*.

No mundo político, escreveu discursos de Adlai Stevenson em duas campanhas presidenciais (1952 e 1956). Escreveu também os discursos para as campanhas presidenciais de John Kennedy, em 1960, e Robert Kennedy, em 1968. Entre 1961 a 1963, foi Assessor Especial da Presidência no mandato de John Kennedy e, após a morte de Kennedy, continuou nesse cargo até 1964. Alguns apoiadores de Kennedy tentaram que Schlesinger Jr. fosse demitido do cargo de assessor por conta de seu viés liberal, o que se pode extrair do seguinte trecho da *The New York Times* (2007, s/p)⁴:

[...] Embora o senador Barry Goldwater tivesse tentado fazer com que ele fosse demitido da Casa Branca de Kennedy por causa de suas tendências liberais, um dos colegas de Goldwater fez uma espécie de elogio a Schlesinger. Como citado anonimamente em “The Making of the President, 1964”, de Theodore H. White, o associado de Goldwater disse: “Uma coisa pelo menos se pode dizer em favor de um s.o.b. liberal como Schlesinger _quando seus candidatos entram em ação, ele está ali presente, escrevendo discursos para eles [...]”. (tradução nossa)

Ao longo de sua carreira, seja como jornalista, historiador ou político sem mandato eletivo, produziu cerca de trinta livros, alguns deles premiados, como se vê pela abaixo.

Tabela 1: Bibliografia de Arthur M. Schlesinger Jr.

Livros	Ano	Livros	Ano
<i>Orestes A. Brownson: A Pilgrim's Progress</i>	1939	<i>Congress and the Presidency: Their Role in Modern Times</i>	1967

⁴ No original: “Even though Senator Barry Goldwater tried to have him fired from the Kennedy White House because of his liberal bias, one of Goldwater’s colleagues paid Mr. Schlesinger something of a compliment. As quoted anonymously in “The Making of the President, 1964” by Theodore H. White, the Goldwater associate said: “At least you got to say this for a liberal s.o.b. like Schlesinger — when his candidates go into action, he’s there writing speeches for them”.

<i>The Age of Jackson (prêmio Pulitzer de História -1946)</i>	1945	<i>Violence: America in the Sixties</i>	1968
<i>The Vital Center: The Politics of Freedom</i>	1949	<i>The Crisis of Confidence: Ideas, Power, and Violence in America</i>	1969
<i>What About Communism?</i>	1950	<i>The Origins of the Cold War</i>	1970
<i>The General and the President, and the Future of American Foreign Policy</i>	1951	<i>The Imperial Presidency</i>	1973
<i>The Crisis of the Old Order: 1919-1933 (The Age of Roosevelt, Vol. I)</i>	1957	<i>Robert Kennedy and His Times (Prêmio National Book Award)</i>	1978
<i>The Coming of the New Deal: 1933-1935 (The Age of Roosevelt, Vol. II)</i>	1958	<i>Creativity in Statecraft</i>	1983
<i>The Politics of Upheaval: 1935-1936 (The Age of Roosevelt, Vol. III)</i>	1960	<i>Cycles of American History</i>	1986
<i>Kennedy or Nixon: Does It Make Any Difference?</i>	1960	<i>JFK Remembered</i>	1988
<i>The Politics of Hope</i>	1963	<i>War and the Constitution: Abraham Lincoln and Franklin D. Roosevelt</i>	1988
<i>Paths of American Thought</i>	1963	<i>Is the Cold War Over?</i>	1990
<i>A Thousand Days: John F. Kennedy in the White House (Prêmio National Book Award-1965) (Prêmio Pulitzer de Biografia ou Autobiografia-1966)</i>	1965	<i>The Disuniting of America: Reflections on a Multicultural Society</i>	1991
<i>The MacArthur Controversy and American Foreign Policy</i>	1965	<i>A Life in the 20th Century, Innocent Beginnings, 1917-1950</i>	2000
<i>Bitter Heritage: Vietnam and American Democracy, 1941-1966</i>	1967	<i>War and the American Presidency</i>	2004

Fonte: produção própria.

Por tudo o que foi dito, percebemos que Arthur M. Schlesinger Jr. escreveu o texto no qual inaugurou o termo ativismo judicial quando acabara de voltar da Segunda Guerra Mundial, portanto, trazendo certamente em seu discurso essa experiência por ele vivenciada. Ressaltamos, ainda, que em 1947 já havia publicado dois livros, sendo que pelo *The Age of Jackson* recebeu o prêmio Pulitzer de História, em 1946. Aliás, data essa em que começou a lecionar em Harvard na cadeira de História.

Como se viu até o presente momento, o próprio Schlesinger Jr. considerava-se um liberal. Esse posicionamento ideológico era também reconhecido por seus pares, o que se percebe especialmente na fala do senador Barry Goldwater, citado alhures. Segundo Martin

(2007), Schelsinger Jr. consagrou-se como porta-voz do liberalismo do pós-guerra quando publicou o seu livro *The Vital Center: The Politics of Freedom*. *In verbis*:

[...] Em 1949, o Sr. Schlesinger solidificou sua posição como porta-voz do liberalismo do pós-guerra com seu livro “The Vital Center: The Politics of Freedom”. Inspirado pelo teólogo protestante Reinhold Niebuhr, ele argumentou que o liberalismo pragmático e reformista, limitado em alcance, foi o melhor que o homem poderia esperar politicamente [...]⁵. (Tradução nossa)

Dessa forma, concluímos que Schelsinger Jr. defendia os interesses liberais no período do pós-Segunda Guerra Mundial. Isso certamente teria reflexos nos seus textos e, provavelmente, teve reflexo no texto ora em estudo, o que será mais bem analisado em tópicos posteriores. Em que pese o livro citado ter sido publicado em 1949, lembramos que esse livro foi a sua consolidação como porta-voz dos liberais e não o início de sua adesão à essa ideologia política.

Novamente nos deparamos com uma questão que não pode ser ignorada no presente trabalho. Sem dúvida, é necessário refletirmos, ainda que brevemente, sobre quais seriam as ideologias vigentes no período do pós-Segunda Guerra Mundial, nos Estados Unidos, o que faremos no tópico que se segue.

2.3 IDEOLOGIAS VIGENTES NO PÓS-SEGUNDA GUERRA MUNDIAL

O presente trabalho visa, justamente, analisar e entender qual seria o sentido do termo ativismo judicial. Não poderíamos, portanto, negligenciar o conceito de Ideologia, já que se trata de um conceito amplamente utilizado. Obviamente, reconhecemos a existência de divergência em relação a esse conceito, o que é natural para qualquer ramo da Ciência. A despeito dessa divergência, para os fins do presente trabalho, precisaremos adotar um conceito de Ideologia.

Entendemos razoável o conceito trazido por Zizek (1996), por isso, passamos a explorá-lo. Zizek fez uma análise do termo ideologia a partir de Marx e Hegel. Inicia dizendo que para Marx a religião seria a Ideologia por excelência. Em seguida, afirmou que Hegel distinguiu três pontos em relação à religião: *doutrina, crença e ritual*. A partir desses três pontos – voltados

⁵ No original: “In 1949, Mr. Schlesinger solidified his position as the spokesman for postwar liberalism with his book “The Vital Center: The Politics of Freedom.” Inspired by the Protestant theologian Reinhold Niebuhr, he argued that pragmatic, reform-minded liberalism, limited in scope, was the best that man could hope for politically”.

para a religião – Zizek fez uma interessante abordagem atribuindo esses pontos não à religião, mas sim para definir o termo Ideologia. Esse raciocínio permite distribuir a ideologia, segundo Zizek, em três momentos: 1 – a ideologia como um complexo de ideias (teorias, convicções, crenças e métodos de argumentação); 2 – a ideologia em seu aspecto externo, qual seja, a materialidade da ideologia, os aparelhos ideológicos de Estado; 3 – e, por fim, o que seria o campo mais fugidio, a ideologia “espontânea”, que atua no cerne da própria realidade social. Esse último item, como o próprio autor reconhece, é fugidio. Contudo, para melhor esclarecê-lo, ele declarou:

[...] Lembremos o caso do liberalismo: o liberalismo é uma doutrina (desenvolvida desde Locke até Hayek) que se materializa em rituais e aparelhos (liberdade de imprensa, eleições, mercado etc.) e atua na (auto) experiência “espontânea” dos sujeitos como “indivíduos livres”. A ordem de contribuições desta coletânea segue essa linha, que, *grosso modo*, enquadra-se na tríade hegeliana do Em-si/Para-si/Em-si-e-Para-si [...]. (ZIZEK, 1996, p. 15)

Apenas para estabelecermos um contraponto ao que foi apresentado, Bobbio (1998) após traçar algumas diferenciações sobre Ideologia forte e fraca, disserta que, do ponto de vista da sociologia e da ciência política, a Ideologia como falsa motivação é um caráter possível das crenças que interpretam e justificam as diversas relações de poder; que pode estar presente em vários graus; e que, quando está presente, esconde outras motivações e outros fatores determinantes da relação de poder, os quais não podem ser estabelecidos antecipadamente e de uma maneira geral, mas devem ser individualizados, um de cada vez, por meio da indagação empírica.

Para os fins do presente trabalho, portanto, entenderemos Ideologia como um complexo de ideias, valores, convicções, crenças e métodos de argumentação que norteiam as relações de poder.

Dito isso, como o objetivo do nosso estudo está ligado a entender o discurso contido no texto que inaugurou o termo ativismo judicial e, por conseguinte, o sentido em que esse termo foi utilizado, é importante nos orientarmos em qual contexto histórico ele foi escrito.

Como se viu, o texto foi escrito imediatamente após a Segunda Guerra Mundial, momento em que os pensamentos conservadores e anticomunismos retomavam suas forças. Como o Presidente que conduziu os Estados Unidos na Segunda Guerra Mundial foi o mesmo que comandou o país durante a Grande Depressão – mesma Ideologia – faremos breves comentários sobre esse período também.

A denominada Grande Depressão teve início em 1929, sendo o grande responsável pela retomada econômica norte-americana o presidente eleito em 1933, Franklin Delano Roosevelt, tal como relatou Mazzuchelli (2008, p. 61):

[...] Se Roosevelt, empossado em março de 1933, alcançou um sucesso inegável em quebrar a espiral contracionista foi porque, desde o início, promoveu o saneamento do setor bancário e estabeleceu, na sequência, as bases da regulamentação do sistema financeiro por meio de um conjunto de dispositivos legais criados entre 1933 e 1934 (Glass-Steagall Act II, Federal Deposit Insurance Corporation, Securities Exchange Act e Federal Savings and Loan Insurance Corporation) [...].

Roosevelt, além do citado por Mazzuchelli, foi também responsável pela implantação do denominado plano econômico/social *New Deal*, tão criticado pelos conservadores. Esse plano previa a intervenção do Estado na economia, com o investimento maciço em obras públicas; destruição dos estoques de gêneros alimentícios com a finalidade de controlar os preços e a produção; diminuição da jornada de trabalho. Foi fixado, ainda nesse período, o salário mínimo, e criado o seguro desemprego e o seguro-aposentadoria (LIMONCIC, 2003, p. 97).

Essa tentativa maciça de intervenção na economia por meio do Estado desaguou no controle de constitucionalidade das leis pela Suprema Corte dos Estados Unidos, já em prática desde o caso *Marbury v. Madison*. Segundo Baum (1987), citada Corte colocou-se contra o processo do *New Deal*, acabando por anular inúmeros dispositivos legais propostos por Roosevelt e aprovados pelo Congresso. Baum (1987) relatou que, a partir da década de 1950, essa mesma Suprema Corte inaugurou uma nova fase, passando dos temas econômicos para decisões no campo de direito civil, tal como foi o julgamento “*Brown versus Junta de Educação*”, no qual a Corte condenou a política de segregação racial nas escolas.

Destaca-se que a mudança de rumo da Suprema Corte Americana coincide com a Declaração Universal dos Direitos Humanos, instituída oficialmente em 10 de dezembro de 1948. Esta, já no seu artigo 1º, diz que “*todos os seres humanos nascem livres e iguais, em dignidade e direitos*”. Essa declaração visivelmente surge para evitar que se repetissem as agruras que foram vistas nos campos de concentração nazistas.

Podemos observar que no período em estudo estavam latentes as ideias liberais de um lado e, de outro, cresciam as correntes conservadoras. Bobbio (1998), tratando das etapas do liberalismo, asseverou que não seria possível oferecer uma definição satisfatória do termo liberalismo, pois não se tratava de um fenômeno unitário e homogêneo, mas sim de um

fenômeno que teve origem na passagem do constitucionalismo medieval para o moderno, no período das guerras e do naturalismo jurídico, atingindo o seu apogeu no período da revolução democrática (1776-1848). O fato é que existem “épocas liberais” nas quais é possível identificar duas constantes: uma institucional e outra no âmbito dos conteúdos ético-políticos.

Em que pese a dificuldade de se estabelecer uma definição satisfatória sobre o liberalismo, pois, nas lições de Bobbio, o que temos são épocas liberais em que as crenças e ideologias modificam-se no tempo e no espaço, um discurso de Roosevelt (1941) nos dá uma boa ideia do que podemos entender por liberalismo nos Estados Unidos, naquela época:

[...] aquele que acredita que como novas condições e problemas surgem além do poder de homens e mulheres de lidar com eles como indivíduos, se torna dever do Governo encontrar novos remédios para lidar com eles. O partido liberal insiste que o Governo tem o dever definido de usar todo o seu poder e recursos para enfrentar os novos problemas sociais com novos controles — para garantir que o cidadão comum tenha direito a sua própria 'vida, liberdade e busca da felicidade' econômica e política [...]. (ROOSEVELT, 1941, s/p)

Na outra ponta dessa questão estão as ideias conservadoras. Vidal (2013) relatou que o conservadorismo nos Estados Unidos começa a crescer a partir de 1948 com obras de alguns expoentes dessa ideologia, tais como Richard Weaver, William F. Buckley Jr., Robert Nisbet e Russell Kirk. Esses autores externavam um descontentamento geral com a situação vivenciada na política, economia e na ordem mundial. *In verbis*:

[...] Nesse contexto, o que esses autores buscavam exprimir era um descontentamento geral com a situação vivenciada, seja ela política, social ou econômica; seja ela no plano global, nacional ou local. Para esses autores, a modernidade e a ciência não pareciam ter efeitos benéficos para a sociedade; em última análise, o progresso e a ciência foram responsáveis por efeitos perversos, como a bomba nuclear. Daí a necessidade da busca por valores tradicionais norte-americanos, responsáveis por uma sociedade “moral” e, conseqüentemente, melhor do que a sociedade do pós-guerra, da ciência e do New Deal. O que de fato os unia, portanto, era, no plano político, a aversão ao comunismo; no plano econômico, a aversão ao Keynesianismo e às políticas liberais de bem estar social; e no plano social, a busca pela retomada da religião e de valores tradicionais norte-americanos. Em síntese, essas seriam as características fundamentais do conservadorismo norte-americano presente na década de 1950, chamado, nesse trabalho, de conservadorismo clássico [...]. (VIDAL, 2013, p. 264)

Apresentamos as principais correntes ideológicas no período em que o texto analisado foi escrito. Feitos os esclarecimentos necessários sobre o autor, o momento histórico, social e

ideológico da época, podemos iniciar a análise do texto em questão, considerando tudo o que foi dito acima, a fim de entender o sentido em que foi empregado o vocábulo ativismo judicial.

3 ANÁLISE DO TEXTO

3.1 ESCLARECIMENTOS PRELIMINARES

Esclarecemos inicialmente que, por se tratar de um texto de quatorze páginas⁶, optamos por fazer a análise à medida que fomos fazendo a tradução do texto, deixando de transcrevê-lo em inglês, sendo que anexaremos uma cópia do texto na língua original ao final do presente trabalho. Assim, cremos que não haverá prejuízo para o leitor que terá contato com os escritos originais ora analisados.

Não obstante a questão de tradução referida no parágrafo anterior, para os fins desse estudo e orientado pelo próprio método da Análise do Discurso, não é necessária uma análise linha a linha ou gramatical do texto, mas sim dos seus principais recortes e enunciados. Entendemos possível, assim, extrair os efeitos pretendidos pelo autor e entender os efeitos produzidos, este último, especificamente, no que respeita ao sentido do ativismo judicial.

Ainda no que se refere à questão do método da Análise do Discurso, tão importante quanto o dito é o não dito, ou seja, os denominados esquecimentos enunciativos. Já na primeira parte do texto, o autor, consciente ou inconscientemente, acaba por priorizar a utilização de umas palavras em detrimento de outras. Esse fato, por si só, já nos deu os efeitos que o autor pretendia com o seu texto.

Todos esses elementos inerentes à Análise do Discurso sempre serão considerados como constituintes das condições em que o texto foi produzido. Dessa forma, a análise aqui feita, quando necessário, revisitará as condições pessoais do autor; o contexto histórico em que viveu; as condições sociais e ideológicas do período em que o texto foi escrito.

Feitos esses breves esclarecimentos metodológicos, passemos finalmente à análise do texto, iniciando-se pelo tópico denominado pelo autor como “The Supreme Court: 1947”.

3.2 “THE SUPREME COURT: 1947”

Passamos a analisar, nesse tópico, o texto escrito por Arthur M. Schlesinger Jr., em janeiro de 1947, em um artigo da revista *Fortune* intitulado “The Supreme Court: 1947”. Nesse texto, a literatura especializada assevera que foi inaugurada a expressão ativismo judicial.

⁶ Verdade que entre propagandas de compressores, cadeiras, cervejas e Whisky.

Para a Análise do Discurso, é de suma importância perquirir o que o autor pretendia quando escreveu o seu texto. Na mesma medida de importância, saber também quais foram os efeitos produzidos pelo texto analisado. No presente caso surge a indagação: o autor, com o seu escrito, pretendia criar o conceito de Ativismo Judicial ou esse fato decorreu de um efeito não esperado e, portanto, produzido?

Dito isso, passamos a analisar o texto sobre essas duas perspectivas, iniciando-se por verificar o que realmente o autor pretendia com o artigo que escreveu e publicou na revista *Fortune*, em 1947.

3.2.1 Efeito Pretendido

Já no enunciado do texto, o autor deixa claro que a sua intenção não é fazer uma análise jurídica de eventuais casos julgados pela Suprema Corte, mas sim expor os próprios conflitos internos, desmistificando-a para o leitor comum. O enunciado que nos revela esse efeito pretendido, dentre outros recortes, está logo após o título, no qual lemos: “*Os juízes não estão divididos em questões políticas, mas na compreensão de sua função*” (SCHLESINGER, 1947, p. 73).

Em uma análise desgarrada de qualquer método, esse trecho não traria muito espanto. Contudo, em uma análise mais criteriosa, sabendo que o autor foi intitulado de Historiador do Poder, que já lecionava em Harvard, bem como sabendo que ele ganhou o prêmio *Pulitzer* de História em 1946, não podemos crer que tenha se equivocado. Ora, em se tratando da Suprema Corte, era esperado que o autor dissesse: os juízes não estão divididos em questões jurídicas, mas na compreensão de sua função. Aqui temos claramente um caso de esquecimento enunciativo, em que Schlesinger Jr. preferiu utilizar a palavra política, esquecendo-se propositalmente que a função da Corte seria analisar casos do ponto de vista jurídico e, por isso, seria esperado que as clivagens entre os juízes se dessem em relação às interpretações jurídicas e não por questões políticas.

O efeito pretendido pelo autor era trazer para o público leitor essa dicotomia entre o jurídico e o político, o que se verifica em todo o texto. Além disso, fica claro que ele tenta desmistificar a figura do juiz como um “deus do Olimpo”. Aliás, na página 208, Schlesinger Jr. inicia um tópico intitulado: “*A Corte e o Monte Olimpo*”. Nesse ponto do texto, asseverou que no tempo de “[...] *John Marshall os conservadores perceberam as potencialidades da Corte como um baluarte contra a mudança; e propagaram a teoria de que é uma instituição quase religiosa em que sua santidade está além da paixão ou da política [...]*” (SCHLESINGER,

1947, p. 208). Analisando a Corte em 1947, o autor declarou que, com as inúmeras críticas que os jornais estão fazendo sobre a atuação do Tribunal, houve uma descida calamitosa do Olimpo.

Essa intenção de desmistificar a Suprema Corte como uma instituição alheia às questões políticas – no Monte Olimpo – fica ainda mais evidente quando Schlesinger Jr. passou a detalhar as características pessoais dos juízes que a compõem. Apenas a título de exemplo, o autor, na página 73, passou primeiramente a descrever os juízes como se estivessem na Corte. Descreve Rutledge, com seu rosto sincero e amigável, sendo que ele ficava se balançando e se contorcendo em sua cadeira; Murphy, sorrindo ou irritado sob as sobancelhas espessas; Frankfurter, rápido, sorridente, alerta e sempre pronto para atacar; Reed, calvo, sério e bondoso.

Mais à frente, Schlesinger Jr. aprofunda algumas características dos membros da Corte, fazendo um paralelo da atividade dos juízes com suas respectivas vidas pessoais ou políticas. Em relação a Hugo L. Black, pontua que o fato de ter participado da *Ku Klux klan* deixou suas marcas, mas os processos relacionados ao *New Deal* foram mais importantes, de modo que sua inteligência o tornou um dos juízes mais lidos da Corte (SCHLESINGER, 1947, p. 74). Sobre Douglas, relata que sua posição é complicada pelo fato de que poucos acreditam que ele tenha abandonado suas aspirações presidenciais (SCHLESINGER, 1947, p. 75). Descreve Murthy como tenso, dramático e que o seu egoísmo é bastante amplo (SCHLESINGER, 1947, p. 76).

No que diz respeito a Felix Frankfurter, Schlesinger Jr. declara que ele era um grande e amado professor, bem como um estudante insuperável da Constituição e do Tribunal (SCHLESINGER, 1947, p. 76). Já em relação a Harold Burton, afirma que é o membro mais novo da Corte, afirmando que ele era um homem orgulhoso, de espírito público e que ainda não teria se envolvido em conflito com os demais membros. Schlesinger Jr. descreve-o como o único Republicano e provavelmente o único verdadeiro conservador da Corte (SCHLESINGER, 1947, p. 78)

Sabendo-se que o autor era um declarado liberal e que reconhecia que os conservadores, por muito tempo, exploraram a Corte como baluarte contra a mudança, propagando a teoria de que seria uma instituição quase religiosa em sua santidade, que estava além das paixões ou da política, a nosso ver, o efeito pretendido pelo autor foi justamente desmistificar esse mito, trazendo os juízes da Corte para o campo fértil dos mortais, onde todas as pessoas, indistintamente, estão sujeitas às paixões, tramas políticas, erros e desvios de personalidade.

Não sabemos e não é o objetivo do nosso trabalho verificar se com apenas esse texto Schlesinger Jr. conseguiu o efeito pretendido de desmistificar os membros da Suprema Corte como “deuses do Olimpo”. O que podemos afirmar é que o autor não escreveu o texto com a

pretensão de criar o conceito de Ativismo Judicial. Esse efeito, se é que o autor teve a mínima consciência de tê-lo criado, foi produzido e não pretendido.

3.2.2 Efeito Produzido

Conforme mencionado anteriormente, a dicotomia entre o que é jurídico e o que é político salta aos olhos por todo o texto. Quando o autor tenta rastrear as posições ideológicas dos juízes no sentido de saber quem estaria mais propenso a fazer uma interpretação mais restritiva ou alargada da lei em favor desses ou daqueles direitos, coloca em evidência essa disputa. Para qualificar quem priorizava uma ou outra forma de agir dentro da Corte, utilizou as expressões Ativismo Judicial e Campeões da Autorrestrição.

O autor usou essas duas expressões como adjetivos para qualificar os juízes que extrapolavam o campo da mera interpretação jurídica e acabavam por desbordar para uma atividade praticamente política, e aqueles que acabavam por ficar dentro de um campo interpretativo mais restritivo. Essa revelação desmitificaria o que foi defendido pelos conservadores por décadas, ou seja, de que os juízes estariam alheios às paixões humanas e à política. Em nosso entender, em momento algum o autor aparenta tentar discutir um conceito, mas simplesmente pretende demonstrar que os juízes são afetados sim pela política.

Se o termo ativismo judicial não foi utilizado conscientemente como um conceito pelo autor, acabou por ter esse significado de forma produzida. Evidentemente que, se o autor não quis discutir um conceito, não o definiu, deixando de se preocupar em trazer quais seriam os seus elementos constitutivos. Entretanto, quando adjetivou cada juiz como ativista ou não ativista, narrou o comportamento de cada um deles, batizando-os com essa ou aquela expressão. É a partir desses comportamentos que poderemos delimitar qual o sentido da expressão ativismo judicial criada por Arthur M. Schlesinger Jr., em janeiro de 1947.

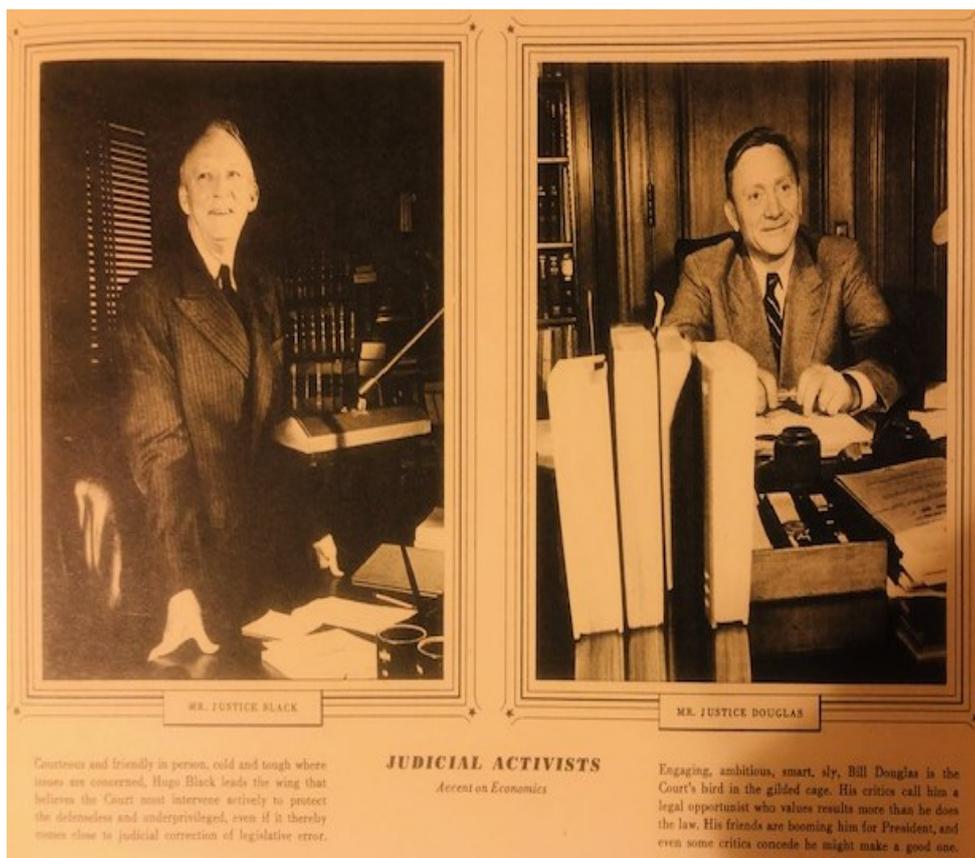
3.2.3 Categorias de Ativismo Judicial

Já na página 75, Schlesinger Jr. (1947) passou a detalhar quem ele entendia como ativista, criando, basicamente, quatro categorias, quais sejam: *ativistas judiciais ligados às questões econômicas*; *ativistas judiciais ligados às liberdades civis*; *campeões da autorrestrição*; e os que ele considerava como *balanças do poder*. Em cada categoria elencada, Schlesinger Jr. (1947) apresentou a foto dos citados, fazendo alguns comentários sobre cada um deles. Repetiremos essa sistemática no presente trabalho, reproduzindo inclusive as fotos

e, após cada quadro, analisaremos os respectivos comentários, uma vez que alguns deles nos dão um norte para compreendermos o que de fato o autor entendeu por ativismo judicial.

No primeiro quadro apresentado por Schlesinger Jr. (1947), são citados os juízes Black e Douglas, que são qualificados como ativistas judiciais em assuntos econômicos. Vejamos a foto:

Figura 1: Foto dos Juízes Black e Douglas

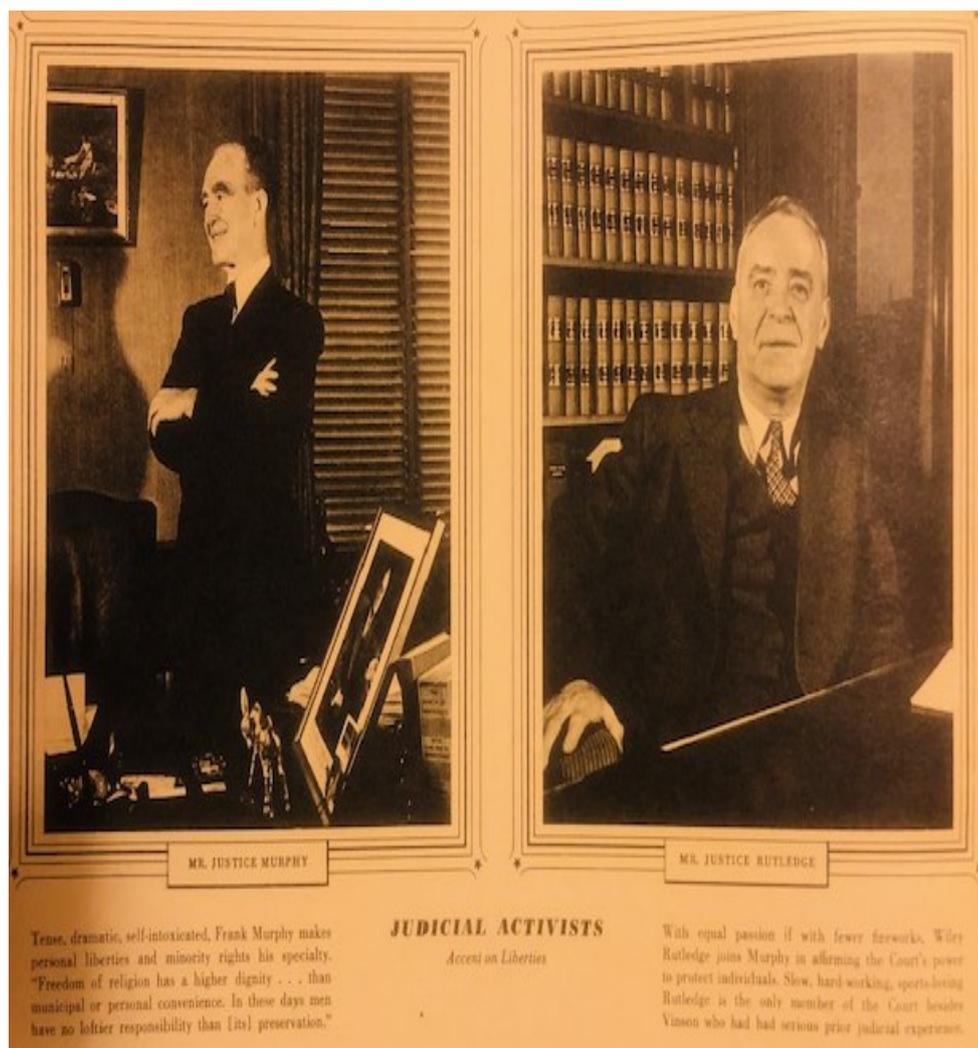


Fonte: SCHLESINGER (1947).

Interessante notar que logo abaixo da foto, Schlesinger Jr. (1947) dá algumas características sobre o porquê os qualificou com ativistas. Em relação a Black, ele nos dá uma informação valiosa para o presente trabalho ao dizer “[...] *Hugo Black lidera a ala que acredita que o Tribunal deve intervir ativamente para proteger os indefesos e desfavorecidos, mesmo que, por isso, fique próximo da correção judicial do erro legislativo [...]*”. (SCHLESINGER JR., 1947, p. 75). Já sobre Douglas, relata que ele é o pássaro da gaiola dourada do Tribunal, sendo que seus críticos o chamam de oportunista legal por valorizar mais os resultados do que a própria lei.

No quadro seguinte, Schlesinger Jr. (1947) qualificou os juízes Murphy e Rutledge como ativistas judiciais ligados às liberdades civis. Em relação aos dois, o autor aponta que Murthy faz das liberdades pessoais e dos direitos das minorias sua especialidade e que Rutledge afirma o poder da Corte para proteger pessoas. Vejamos o quadro:

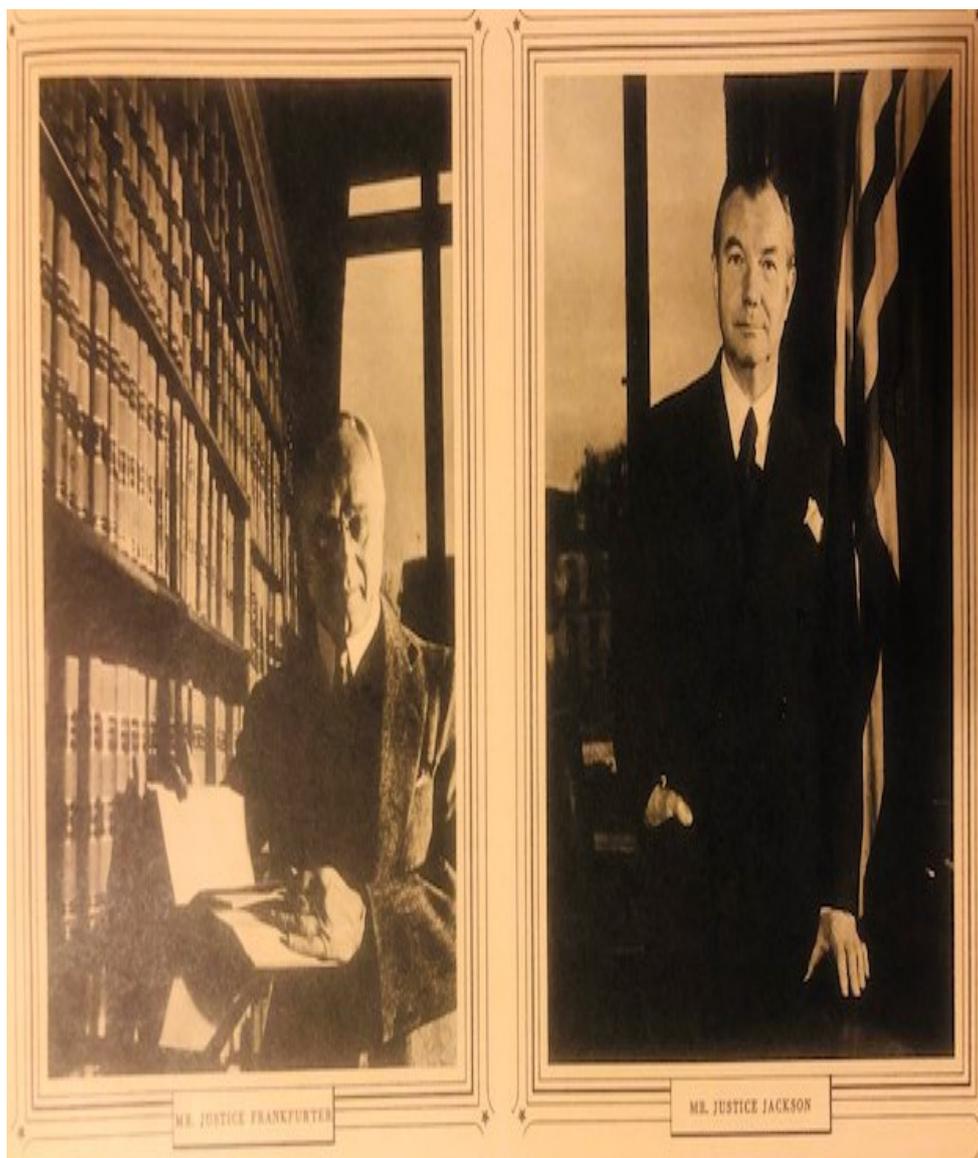
Figura 2: Foto dos Juízes Murphy e Rutledge



Fonte: SCHLESINGER (1947).

Após apresentar os quatro juízes que considerava ativistas judiciais, sejam em questões econômicas ou no que se refere às liberdades individuais, Schlesinger Jr. (1947) passou a citar os juízes Frankfurter, Jackson e Burton, denominando-os de campeões da autorrestrrição. Vejamos, inicialmente, os respectivos quadros de Frankfurter e Jackson:

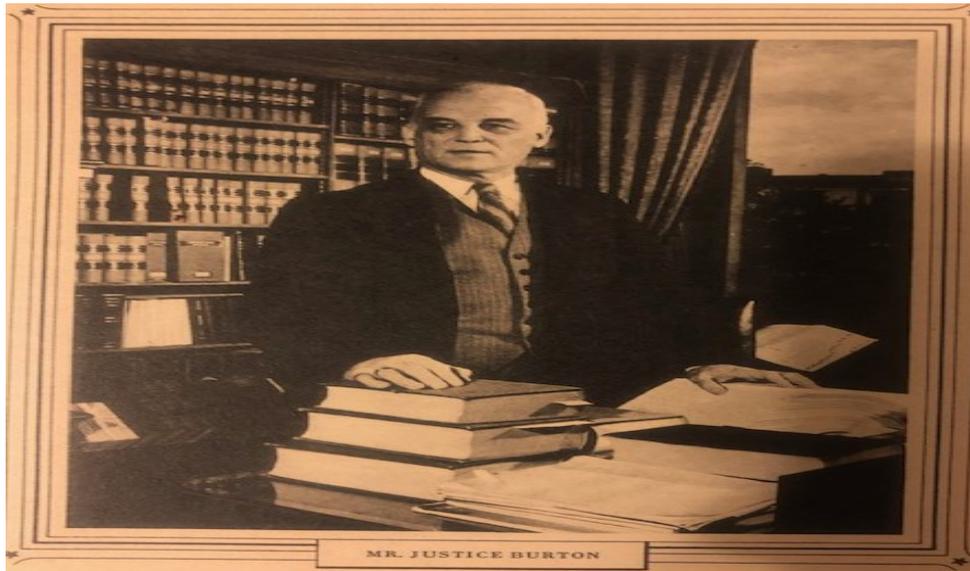
Figura 3: Foto dos Juízes Frankfurter e Jackson



Fonte: SCHLESINGER (1947).

Em relação à Frankfurter, Schlesinger nos trouxe pontos interessantes em relação ao contraponto do ativismo judicial. Frankfurter declarou que “[...] tenta manter o Supremo Tribunal de intervenção no âmbito da política, exigindo uma deferência à vontade legislativa. Não devemos, no entanto, inconscientemente, ele escreveu, “escorregar para o tribunal das legislaturas” [...]” (SCHLESINGER JR., 1947, p. 77). Quanto a Jackson e Burton, não há nada de relevante nesse ponto do texto. Citemos apenas o quadro de Burton omitido na página anterior:

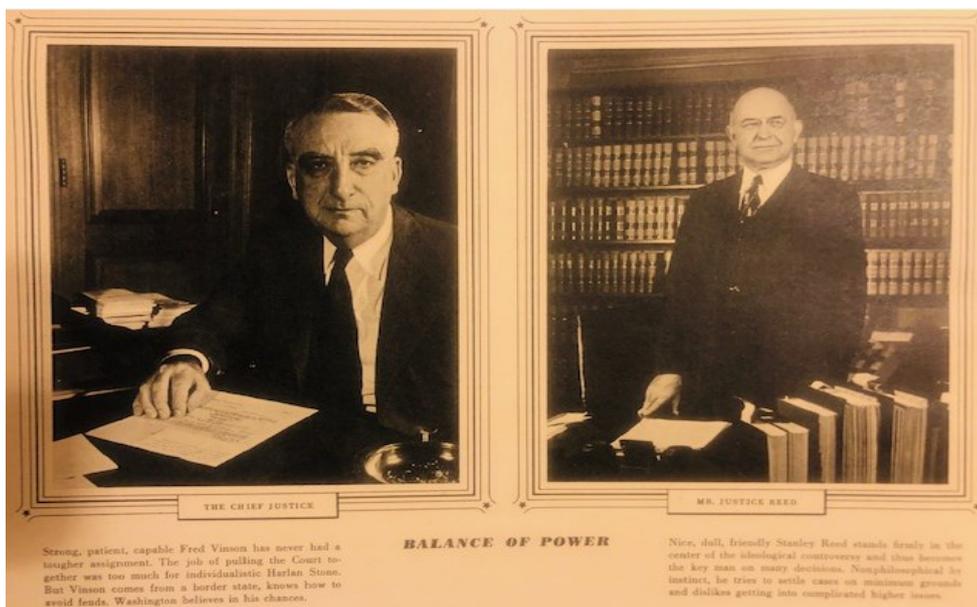
Figura 4: Foto do Juiz Burton



Fonte: SCHLESINGER (1947).

Encerrada a descrição dos juízes, Schlesinger Jr. (1947) citou Vinson e Reed como sendo as “Balanças do Poder”. Verifica-se, assim, que a classificação dada a esses dois juízes os coloca no centro dos dois extremos estudados. Aliás, em relação a Reed, disse isso literalmente quando afirmou que ele “[...] *permanece firmemente no centro da controvérsia ideológica e, portanto, torna-se homem-chave em muitas decisões [...]*”. (SCHLESINGER JR., 1947, p. 78). Vejamos os seus quadros:

Figura 5: Foto dos Juízes Vinson e Reed



Fonte: SCHLESINGER (1947).

Em que pese a importância dos trechos citados acima - o que revelou que alguns juízes entendem que o Tribunal deve intervir para proteger os interesses dos indefesos e outros entendem que deve se exigir desse mesmo Tribunal uma deferência à vontade legislativa - não é possível somente por eles, extrairmos o sentido do que é ativismo judicial, apesar de já nos ter dado um norte.

Após essa classificação, Schlesinger Jr. (1947) passou a analisar o posicionamento desses juízes em relação ao papel do Tribunal em uma democracia. O autor denomina esse tópico de “O grande debate”.

3.2.4 Função do Judiciário em uma Democracia

Nesse ponto, cumpre destacar, inicialmente, que de fato, a todo o momento, Schlesinger Jr. tentou demonstrar que os juízes da Corte não estão no “Monte Olimpo”, mas sim na Terra, sujeitos a todas as intempéries da convivência entre os mortais. Essa pretensão fica evidente quando o autor discorre que “[...] *se não fosse pelas animosidades pessoais, o Tribunal estaria unido. O problema não foi da constitucionalidade da legislação do New Deal [...], mas o choque de personalidades judiciais as transformou de meras divergências marginais em um conflito fundamental sobre o bom funcionamento do Judiciário em uma democracia [...]*” (SCHLESINGER JR., 1947, p. 201).

Esse conflito interpessoal se deu entre o grupo de Black-Douglas, defendendo que o Supremo Tribunal poderia desempenhar um papel afirmativo da defesa do bem-estar social, considerando o Tribunal como instrumento para alcançar resultados sociais desejados, estando preocupados, portanto, com a resolução dos conflitos particulares de acordo com suas concepções sociais. O outro grupo, formado por Frankfurter-Jackson, defende uma política de autocontenção judicial, entendendo, por seu turno, que o Tribunal era um instrumento para permitir que os outros ramos do governo alcancem os resultados que as pessoas desejam para melhor ou pior, preocupando-se com a preservação do Judiciário em seu lugar estabelecido, mas limitado no sistema americano (SCHLESINGER, 1947, p. 201).

O posicionamento de Black-Douglas, segundo Schlesinger Jr. (1947), refletiria a tese defendida pela Universidade de Yale. Acerca disso, o autor assinala que:

[...] A tese de Yale, grosseiramente colocada, é que qualquer juiz escolhe suas razões e resultados antes. Os recursos do artifício jurídico, a ambiguidade dos precedentes, o alcance da doutrina aplicável são tão amplos que, na maioria dos casos em que há uma diferença de opinião razoável, um juiz pode sair de cada lado sem esticar o tecido da lógica legal. Um juiz ingênuo faz isso inconscientemente e se concebe para ser um intérprete objetivo da lei. Um

sábio juiz sabe que a escolha política é inevitável; Ele não faz falsas pretensões de objetividade e exerce conscientemente o poder judicial em função dos resultados sociais [...]. (SCHLESINGER Jr., 1947. p. 201)

Ao tratar desse assunto, ainda refletindo sobre o posicionamento da escola de Yale, Schlesinger Jr. (1947, p. 201) aponta que “[...] *as maiorias conservadoras em tribunais passados sempre legislaram no interesse da comunidade empresarial: por que uma maioria liberal deve acatar uma política de abnegação de que o conservadorismo nunca seguirá quando estiver no poder?* [...]”.

Mais uma vez fica claro no texto que Schlesinger Jr. (1947) se colocou contra os conservadores, refletindo a sua intenção de desmontar a visão criada por esse grupo ideológico de que o Tribunal seria uma instituição alheia às intempéries terrenas, apesar de Schlesinger Jr. ter negado esse fato ao discorrer que “[...] *o debate entre abnegação e ativismo pode continuar sem parar. Mas um ponto deve ser feito; não é um debate entre conservadores e liberais.* [...]” (SCHLESINGER JR, 1947, p. 208). Nesse contexto, entendemos que, na verdade, a negação reforça a atuação do autor em fazer um debate implícito entre os conservadores e os liberais.

Nota-se, assim, que, na concepção dos ativistas, a interpretação jurídica pode ser tão ampla que, em uma opinião razoável, ela pode fundamentar qualquer espécie de decisão. Para ilustrar essa questão, Schlesinger Jr. citou Learned Hand, que declara: “[...] *as palavras que um juiz deve interpretar são vasos vazios nos quais ele pode despejar quase qualquer coisa que ele queira*” (SCHLESINGER JR, 1947, p. 201). Em suma, para os ativistas, a interpretação jurídica baseada na lei ou em precedente pode ser tão ampla que acaba não sendo importante, pois o que realmente interessa é exercer conscientemente o poder judicial em função dos resultados sociais.

Dentro dessa dicotomia entre o jurídico e o político, Schlesinger Jr. afirma que “[...] *onde o antigo Tribunal tendia a derrubar as medidas estaduais e federais de regulação econômica liberal e a sustentar as medidas estaduais e federais de regulamentos pessoais, o grupo Black-Douglas tende a sustentar a regulamentação econômica liberal e derrubar leis que afetam as liberdades pessoais.* [...]” (SCHLESINGER JR, 1947, p. 202).

Ainda reforçando esse ponto, Schlesinger Jr. citou o professor Rodell que, em relação a Black, declara: “*Seu coração está com a viúva ou o trabalhador que perdeu uma perna, e não com as sutilezas da lógica legal... Ele vê a lei sempre como um meio para um fim.*” (SCHLESINGER JR, 1947, p. 202).

Do outro lado dessa discussão, estão os campeões da autorrestrrição, representados pela dupla Frankfurter-Jackson, que defendem que “[...] *toda a legislação em uma democracia é um*

produto de compromisso entre interesses conflitantes. A intrusão áspera da Corte no delicado equilíbrio pode muito bem enfraquecer um equilíbrio precário das forças sociais. [...]” (SCHLESINGER JR, 1947, p. 204). Para essa corrente, o juiz deve suprimir suas opiniões pessoais sobre a justiça da lei e buscar qual foi a intenção do legislador quando a produziu, independentemente para onde essa intenção conduza.

Os adeptos da autocontenção entendem que *“[...] se o legislador comete erros, cabe ao legislador remediá-los. Qualquer outro curso é prejudicial para o vigor de nossa democracia, incentivando legislaturas irresponsáveis com base em uma expectativa de que os tribunais façam a revisão dos seus campos de atuação [...]”* (SCHLESINGER JR, 1947, p. 204).

Encerrando essa linha argumentativa, segundo Schlesinger Jr., Frankfurter entende que qualquer compromisso, seja com a comunidade empresarial ou com os trabalhadores, seria fatal para a Corte. Se o *“[...] Tribunal assumir esse poder, então, os juízes não devem ter mandato para a vida e devem ser responsabilizados diretamente perante o eleitorado [...]”* (SCHLESINGER JR, 1947, p. 204).

Feita essa exposição sobre qual seria o comportamento do juiz taxado por Schlesinger Jr. como ativista, bem como delimitado, o que defendem os juízes intitulados de autorrestritivos, podemos extrair alguns elementos que integrariam o conceito de Ativismo Judicial. Primeiro, destaca-se que o juiz ativista está mais preocupado com os resultados sociais da sua decisão do que propriamente em respeitar as sutilezas da lógica legal. O juiz ativista se vê como um agente que deve fazer escolhas políticas quando da prolação de uma decisão. Contudo, essas escolhas devem ser sempre em favor de resultados sociais desejados. A definição do que seria um resultado desejado dependeria da opinião de cada juiz ativista.

Esses requisitos confirmam o que defendem os taxados de “Campeões da Autorrestrição”. Para os defensores dessa ideologia, o juiz não tem o papel de intervir na vida política, mas sim procurar entender qual foi a vontade do legislador quando editou determinada lei e, com isso, aplicar essa vontade quando julgar um caso concreto, pouco importando se o resultado é bom ou ruim socialmente. Caso se entenda que o legislador errou ao editar determinada lei, compete somente a ele reformá-la ou revogá-la. Ultrapassar esses limites colocaria em risco a democracia.

Traçadas essas diretrizes, resta descortinado o sentido em que Schlesinger Jr. (1947) utilizou o termo Ativismo Judicial. Dessa forma, para os fins do presente trabalho, ousamos estabelecer a nossa interpretação sobre o conceito de Ativismo Judicial, com base nesses elementos citados:

Ativismo Judicial é o comportamento funcional do juiz que, elastecendo ou abandonando por completo o campo possível de interpretação jurídica, acaba por produzir decisão que entende socialmente adequada com base em suas convicções pessoais ou ideológicas.

Fundamentando-nos nos elementos traçados acima, também é possível estabelecermos a nossa interpretação sobre o conceito de Autocontenção:

Autocontenção é o comportamento funcional do juiz que, com base na doutrina, jurisprudência e demais técnicas interpretativas admitidas em direito, buscar a melhor exegese jurídica que se pode extrair da lei, aplicando essa interpretação ao caso concreto, sem olhar para os resultados de sua decisão, sejam eles bons ou ruins para a sociedade.

Chegamos, então, ao final do presente tópico com a certeza de que o texto produzido por Arthur M. Schlesinger Jr. definitivamente não foi escrito com a pretensão de criar o conceito de ativismo judicial, o que acabou sendo um efeito produzido. Ao nosso entender, o que pretendia Schlesinger Jr. (1947) era realmente deixar claro que a Suprema Corte – “usada” por décadas pelos conservadores para justificar as suas políticas de abnegação – não era uma instituição composta por “deuses do Olimpo”, mas sim por pessoas sujeitas às intempéries da vida e, por conseguinte, a erros, inclusive em suas decisões na Corte Suprema.

Em que pese a Schlesinger Jr. (1947) não ter tido a intenção de criar um conceito, deixou inúmeros elementos que permitiram que propuséssemos o nosso entendimento sobre os conceitos de ativismo judicial e de autocontenção. Não fizemos essa proposta objetivando inovar o conceito de ativismo judicial. O nosso único objetivo com a elaboração desses conceitos diz respeito ao presente trabalho, uma vez que nos tópicos vindouros faremos a comparação do que o Direito entende por ativismo judicial com o que a Ciência Política entende sobre esse termo. Assim, a nossa interpretação sobre o conceito será utilizada como um conceito “controle” para fazermos essa comparação.

Tão importante quanto entendermos o que é ativismo judicial, é conseguirmos distingui-lo de outros conceitos similares, porém com sentidos absolutamente distintos. Outro conceito que tem sido confundido com o ativismo judicial é o de Judicialização da Política – que, apesar de serem tratados como conceitos “primos⁷⁷”, são absolutamente distintos, como passaremos a verificar no tópico que se segue.

⁷⁷ Termo também utilizado por Barroso (2010).

4 JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA

Tendo-se adotado um conceito funcional de ativismo judicial e do seu contraponto, a autocontenção, podemos explorar outros conceitos que têm sido confundidos com o “ativismo judicial”, tal como ressaltamos anteriormente. Estamos falando, primeiramente, do termo “judicialização da política”. Conforme será demonstrado, em que pese a esses conceitos aparentarem certa similitude, não se confundem e têm significados absolutamente distintos.

Assim como o termo “ativismo judicial”, a expressão “judicialização da política” não é um conceito unívoco entre os estudiosos do assunto, acabando por ser utilizado em vários sentidos. Um dos primeiros estudos a utilizar a expressão judicialização da política foi o veiculado no livro *The Global Expansion of Judicial Power*, lançado nos Estados Unidos da América, em 1995. Nessa obra, foram compilados os trabalhos apresentados na Conferência de Forlì, na Universidade de Bologna, na Itália, no ano de 1992. Dentre os textos apresentados nessa conferência, o primeiro a utilizar a expressão “judicialização da política”, foi o trabalho de Tate e Vallinder.

No trabalho acima citado, os autores, em pesquisa empírica, compararam o Poder Judiciário de vários países, concluindo que a judicialização da política se daria por dois meios. O primeiro deles seria o denominado *judicial review*, que consiste na possibilidade de os tribunais revisarem os atos do Poder Legislativo e do Executivo e, com isso, segundo os autores, acabariam por interferir na elaboração de políticas públicas. O segundo meio ocorreria quando os órgãos não judiciais, especialmente os legislativos e executivos, utilizam regras e procedimentos quase judiciais para resolverem as negociações de seus órgãos ou agências. Nas palavras de Tate e Vallinder (1995, p. 28)⁸:

[...] Para maior clareza e consistência, eu sigo o levantamento conceitual da judicialização da política de Vallinder, o qual sugere dois significados fundamentais para o termo (cap 2 deste volume.): 1. o processo pelo qual os tribunais e juízes vêm a fazer ou cada vez mais a dominar a construção de políticas públicas que haviam sido feito anteriormente (ou, acredita-se, devem ser feitas) por outras agências governamentais, especialmente os legislativos e executivos, e 2. o processo pelo qual negociações extrajudiciais e fóruns de decisão passam a ser dominado por regras e procedimentos quase judiciais (legalistas) [...]. (Tradução nossa)

⁸ No original: “For clarity and consistency, I follow Vallinder's conceptual survey of the judicialization of politics (chap. 2 of this volume), which suggest two core meanings for the term: 1. the process by which courts and judges come to make or increasingly to dominate the making of public policies that had previously been made (or, it is widely believed, ought to be made) by other governmental agencies, especially legislatures and executives, and 2. the process by which nonjudicial negotiating and decision-making forums come to be dominated by quasi-judicial (legalistic) rules and procedures”.

Os autores indicam, ainda, que a judicialização da política seria favorecida pela existência de alguns elementos, quais sejam: sistema democrático; separação de poderes; um conjunto de direitos políticos; grupos de interesse que procuram o Poder Judiciário para fins políticos; partidos fracos ou coalizões de governo frágeis em instituições majoritárias que levam ao impasse político; apoio público ao Poder Judiciário como uma instituição moralmente íntegra e capaz de produzir políticas públicas; delegação aos tribunais de certas decisões que deveriam ser tomadas na seara política; ineficiência das instituições majoritárias em dar respostas às demandas sociais; e, por fim, delegação intencional, por parte das instituições majoritárias, de questões relevantes para o Poder Judiciário (TATE e VALLINDER, 1995).

Como se vê pelos ensinamentos dos autores referenciados, a judicialização da política é favorecida por inúmeros fatores. Fácil, perceber, entretanto, que o Judiciário somente poderia intervir em todos os aspectos tratados se lhes fossem outorgados poderes para tanto. Assim, para entendermos realmente o que é a judicialização da política, é de suma importância analisarmos como se deu essa expansão de poderes atribuídos ao Poder Judiciário, uma vez que somente com esse fenômeno é que muitas questões políticas passaram a ser judicializadas.

Não é possível atribuir a expansão do Poder Judiciário apenas a um elemento, seja ele o sistema democrático ou um conjunto de direitos políticos. Todavia, a despeito dessa afirmação, há um elemento sem o qual o Judiciário certamente não teria atingido o patamar em que chegou nos dias atuais, qual seja: a separação dos poderes. Dada a importância dessa questão, iniciaremos, no tópico que se segue, um breve estudo para entendermos o que foi esse fenômeno mundial.

4.1 SEPARAÇÃO DOS PODERES

Podemos dizer, de forma geral, que a separação dos poderes parte dos pensamentos de alguns filósofos que influenciaram e ainda influenciam a humanidade. Estamos falando, dentre outros, de Platão, Aristóteles, John Locke, Montesquieu e, também, de Hamilton, Madison e Jay. Não é o nosso objetivo, entretanto, traçarmos um resgate histórico das origens do Poder Judiciário, até porque o foco deste título é entendermos como o Judiciário se expandiu, a ponto de hoje conseguir controlar a vida pública e privada dos indivíduos. É certo, contudo, que, para entendermos minimamente essa expansão de poderes, teremos que resgatar alguns elementos históricos e teóricos, o que não significa exaurir esse percurso, mas nos limitarmos aos seus principais aspectos.

Dito isso, podemos dizer que não se poderia falar em expansão do Poder Judicial sem que tivesse ocorrido uma evolução na dita teoria da separação dos poderes. Fazendo um breve resgate das origens teóricas desse instituto, é possível perceber relatos embrionários da separação das funções do Estado na obra *A República*, de Platão (2004), quando ele ressalta que as funções do Estado não deveriam ser colocadas nas mãos de uma só pessoa, uma vez que o homem perde a virtude se tiver todo o poder de forma concentrada. Aristóteles (2002), em *A Política*, aprofunda um pouco mais essa questão e, após tratar da Monarquia, da Aristocracia, da República, da Tirania, da Oligarquia e da Democracia, inaugura um capítulo denominado “Dos Três Poderes Existentes em todo Governo”, discorrendo que:

[...] Em todo governo, existem três poderes essenciais, cada um dos quais o legislador prudente deve acomodar da maneira mais conveniente. Quando estas três partes estão bem acomodadas, necessariamente o governo vai bem, e é das diferenças entre estas partes que provêm as suas. O primeiro destes três poderes é o que delibera sobre os negócios do Estado. O segundo compreende todas as magistraturas ou poderes constituídos, isto é, aqueles de que o Estado precisa para agir, suas atribuições e a maneira de satisfazê-las. O terceiro abrange os cargos de jurisdição [...]. (ARISTÓTELES, 2002, p. 82)

Outra contribuição importante para a evolução do que hoje denominamos separação dos poderes foi dada por John Locke (1.998) em seu livro *Dois Tratados sobre o Governo*. Nesse livro, especificamente no Segundo Tratado sobre o Governo, Locke traz um capítulo denominado “Do Poder Legislativo, Executivo e Federativo da sociedade político”. Nota-se que há uma clara divisão de poderes, sendo que para Locke, o poder supremo estaria nas mãos do Legislativo, cabendo ao Executivo a aplicação das leis. O Poder Federativo mencionado por Locke estaria ligado ao relacionamento com os Estados estrangeiros e decisões sobre guerra e paz.

Interessante notar que Locke não coloca o Poder Judiciário como um poder propriamente dito, mas como uma atividade no meio do Poder Legislativo. *In verbis*:

[...] 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

juízos 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, 1998, p. 67)

Em que pese a contribuição dos trabalhos citados para a evolução da teoria da separação dos poderes, é certo que Montesquieu (2005) trouxe ao mundo a noção clara e evidente de que os três poderes, Judiciário, Executivo e Legislativo, deveriam estar separados entre si. Vejamos um trecho do seu livro *O Espírito das Leis. In verbis*:

[...] Quando, na mesma pessoa ou no mesmo corpo de Magistratura, o Poder Legislativo é reunido ao Executivo, não há liberdade. Porque pode temer-se que o mesmo Monarca ou mesmo o Senado faça leis tirânicas para executá-las tiranicamente.

Também não haverá liberdade se o Poder de Julgar não estiver separado do Legislativo e do Executivo. Se estivesse junto com o Legislativo, o poder sobre a vida e a liberdade dos cidadãos seria arbitrário: pois o Juiz seria o Legislador. Se estivesse junto com o Executivo, o Juiz poderia ter a força de um opressor.

Estaria tudo perdido se um mesmo homem, ou um mesmo corpo de principais ou nobres, ou do Povo, exercesse estes três poderes: o de fazer as leis; o de executar as resoluções públicas; e o de julgar os crimes ou as demandas dos particulares [...]. (MONTESQUIEU, 2005, p. 166)

Montesquieu não se restringiu a estabelecer a divisão entre as funções de cada poder. Asseverou, ainda, que o poder deveria ser autônomo para exercer as suas funções, mas seria controlado pelos outros poderes, inaugurando o que hoje denominamos de *checks and balances* ou freios e contrapesos. Com isso, os poderes deveriam conviver harmonicamente e, com a divisão e mútuo controle, evitar-se-ia a hiperconcentração de poder somente no Legislativo, Executivo ou no Judiciário. Nessa linha de raciocínio, Montesquieu (2005) foi coerente ao afirmar que o Judiciário seria o mais nulo dos poderes, uma vez que funcionaria apenas “como a boca da lei”. Certamente não imaginou a expansão que o Poder Judiciário teria nos séculos seguintes.

Não poderíamos deixar de incluir nessa evolução teórica *O Federalista* (2003), no qual se debate a questão referente à separação dos poderes nos capítulos 47, 48, 49, 50 e 51. Os seus autores, Hamilton, Madison e Jay, possuíam plena consciência de que a separação dos poderes deveria ser de tal modo que cada poder teria funções típicas e funções atípicas, muitas vezes inerentes aos outros poderes. Exemplo disso seria a possibilidade do Legislativo, em algumas oportunidades, nomear os juizes. Os juizes, por seu turno, gozam de veto sobre as decisões do copo legislativo, sendo que o Executivo, eventualmente, teria o poder atípico de editar leis e

regulamentos. Apenas a título de exemplo, citemos o seguinte trecho do capítulo 47, que disserta:

[...] Esta declaração concorda perfeitamente com a doutrina de Montesquieu, tal como acaba de ser explicada, e com o plano da Convenção. Tudo quanto ela exige é que um dos poderes não exercite completamente as atribuições do outro e, de fato, a Constituição, à testa da qual ela se acha, admite a mistura parcial deles[...]. (HAMILTON *et al*, 2003, p. 301)

Creemos que, com isso, em uma brevíssima síntese, conseguimos apresentar a evolução pela qual passou a denominada teoria da separação dos poderes. Obviamente, ainda não se poderia falar, nesse momento, em expansão propriamente dita do Poder Judiciário. Entretanto, esse foi o primeiro passo teórico para incluir o Judiciário como um poder autônomo e o momento em que foi delimitada as suas funções como Poder de Estado.

Toda essa teorização aconteceu dentro de um período histórico em que vários fenômenos contribuíram para uma mudança no modo de pensar da sociedade. Exemplo disso foi, primeiramente, a Revolução Gloriosa, de 1689, que pôs fim ao Estado Absolutista na Inglaterra. Cerca de cem anos mais tarde eclode a Revolução Francesa, em 1789, tornando-se o marco do fim do Estado Absolutista na Europa. Podemos destacar, ainda, a declaração de independência dos Estados Unidos da América, em 1776, e a proclamação da sua Constituição, em 1787. Essa constituição, aliás, cristalizou tudo o que foi dito até aqui sobre a divisão entre o Poder Executivo, Poder Legislativo e o Poder Judiciário.

Feito esse resgate teórico da separação dos poderes, vejamos brevemente o que foram esses fenômenos citados acima, já que todos tiveram forte influência no que viria a ser a expansão do Poder Judiciário. Iniciemos, então, pela ordem cronológica dos acontecimentos, ou seja, pela Revolução Inglesa.

4.2 REVOLUÇÃO GLORIOSA

Importante destacar, de início, que a denominada Revolução Gloriosa, que ocorreu cerca de cem anos antes da Revolução Francesa, foi um marco no que respeita a queda do Estado Absolutista, ao menos na Inglaterra. Segundo os ensinamentos de Trevelyan (1988), essa revolução ocorreu pelo fato do rei James II se colocar acima do Parlamento e das leis. Para Trevelyan (1988, p. 5), “[...] a Revolução foi, de fato, uma demonstração de poder das classes dos senhores de terra, fossem eles whigs ou tories [...]”. Entretanto, um sentimento nessa revolução ficou absolutamente claro, qual seja: o respeito à lei, o que se extrai do seguinte

trecho de Trevelyan (1988, p. 6): “[...] *Jaime tentou colocar o rei acima do Parlamento e acima da lei. A Revolução, enquanto deixava ao rei a fonte da autoridade executiva, submeteu-o à lei, a qual passou a ser, a partir de então, interpretada por juizes independentes e irremovíveis, e que poderia somente ser alterada por ato do Parlamento.* [...]”.

Dessa revolução, a exemplo do que viria a ocorrer na Revolução Francesa, surge uma carta que ficou conhecida como “*Bill of Rights*”, que reflete os sentimentos da época, ou seja, a população não suportava mais o desrespeito às leis promovido pelo rei Jame II. Vejamos algumas dessas normas:

[...] Que é ilegal a faculdade que se atribui à autoridade real para suspender as leis ou seu cumprimento.
Que, do mesmo modo, é ilegal a faculdade que se atribui à autoridade real para dispensar as leis ou o seu cumprimento, como anteriormente se tem verificado, por meio de uma usurpação notória. [...] Que é ilegal toda cobrança de impostos para a Coroa sem o concurso do Parlamento, sob pretexto de prerrogativa, ou em época e modo diferentes dos designados por ele próprio.
Que os súditos têm direitos de apresentar petições ao Rei, sendo ilegais as prisões vexações de qualquer espécie que sofram por esta causa.
Que devem ser livres as eleições dos membros do Parlamento.
Que são contrárias às leis, e, portanto, nulas, todas as doações ou promessas de doação do produto de multa ou de confisco infligidos a pessoas que não tenham sido antes julgadas e condenadas [...]. (USP, 2019, s/p)

Não se tolerava mais o fato de todos seguirem as leis aprovadas pelo Parlamento e o rei, de forma infundada, desrespeitá-las. Ainda que a revolução tenha se dado por iniciativa dos donos de terra, na medida em que a população não se colocou contra, mas de certa forma, apoiou. Afinal de contas, tolerar que uma força estrangeira – Guilherme de Orange – invadissem as suas terras é, minimamente, apoiar esse movimento inaugurado pela aristocracia. Apenas para ilustrar o que estávamos afirmando, vejamos o seguinte trecho retirado da obra de Trevelyan (1988, p. 51): “[...] *À medida que as tropas avançavam com dificuldade pelas fendas profundas e lamacentas de Devon, a população campesina os aclamava com euforia, e a população de Exeter deu a Guilherme uma acolhida triunfal à capital do Oeste* [...]”.

Nota-se, assim, que a Revolução Inglesa não se deu por conta das desigualdades promovidas pelo Estado em detrimento dos mais humildes ou pelos privilégios que possuíam algumas castas, mas sim por conta do respeito à lei. Ficou, estabelecido, portanto, o respeito à lei, bem como o direito dos cidadãos serem julgados por juizes independentes, antes de receberem castigos ou terem os seus bens confiscados.

A Revolução Gloriosa, assim, além de delinear uma nítida divisão de poderes entre o Monarca e o Parlamento, inaugurou uma Monarquia Parlamentarista Constitucional,

estabelecendo que todos deveriam respeitar as leis editadas pelo Parlamento, sendo que até o rei estaria submetido a ela. Esse fato foi tão importante que, mesmo sendo considerada uma revolução pacífica, marcou o fim do absolutismo inglês.

Como se pode perceber, a partir dessa revolução, entendemos de extremo relevo a constatação de Trevelyn (1988, p. 6) no sentido de que a lei passou a ser interpretada “[...] *por juízes independentes e irremovíveis, e que poderia somente ser alterada por ato do Parlamento* [...]”. Inicia-se, aqui, a independência funcional dos juízes, ainda que mitigada pela intervenção do Parlamento.

Como se verá, já na Revolução Francesa, ocorrida cerca de 100 anos após a Revolução Gloriosa, além de ficar sedimentado o respeito à lei, foi estabelecida a separação dos poderes, verdade que também limitada, mas já se iniciava o desenho institucional que encontramos hoje.

4.3 REVOLUÇÃO FRANCESA

Quando se fala em Revolução Francesa, não podemos nos esquecer do movimento iluminista que procurou mobilizar o poder da razão como mola propulsora de uma reforma social. Aquele poder fundamentado no Divino, incontestável, acaba por dar lugar a questionamentos racionais. Tocqueville (1997, p. 43), tratando das principais causas da Revolução, afirmou que “*a igualdade natural do homem e a abolição de todos os privilégios de castas, classes ou profissões [...]*” e “[...] *a uniformização das regras [...]*” teriam sido uma dessas causas.

Tocqueville (1997) trouxe, ainda, interessante conclusão sobre os motivos pelos quais a Revolução teria atacado tão brutalmente a Igreja. Segundo esse autor, não se tratava de dizer que a Revolução era contra as religiões, mas sim contra os privilégios que os padres possuíam, uma vez que muitos eram donos de terras, senhores e administradores.

Os motivos da Revolução Francesa foram declaradamente extirpar os privilégios tanto dos monarcas quanto de todas as instituições que representassem essa desigualdade, inclusive a igreja. O que interessa para o presente trabalho em relação à Revolução Francesa é que a partir dela surge o documento denominado “Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão”. Nesse documento importantíssimo para a humanidade, em seu artigo primeiro, há os seguintes dizeres: “*Art. 1.º Os homens nascem e são livres e iguais em direitos. As distinções sociais só podem fundamentar-se na utilidade comum*”.

Em outro trecho dessa declaração, temos finalmente a consolidação da teoria da separação dos poderes aplicada por um país. O artigo 16 da Declaração dos Direitos do Homem

e do Cidadão diz: “*A sociedade em que não esteja assegurada a garantia dos direitos nem estabelecida a separação dos poderes não tem Constituição.*”

Assim, a teoria da separação dos poderes sai do campo teórico e é aplicada por uma nação como uma de suas principais pilstras. É bem verdade que esse exemplo francês acabou por não contribuir muito com a expansão do Poder Judiciário, o que será visto mais adiante.

A grande aplicação da teoria da separação dos poderes, próximo do que conhecemos hoje, se deu, verdadeiramente, com a publicação da Constituição dos Estados Unidos da América, o que verificaremos a seguir.

4.4 A CONSTITUIÇÃO AMERICANA

A estrutura de separação dos poderes que conhecemos hoje se consolidou, definitivamente, com a promulgação da Constituição dos Estados Unidos da América, em 1787. Em sua estrutura fica fácil perceber que o governo estaria dividido em três ramos distintos, sendo eles: o Poder Legislativo, o Poder Executivo e o Poder Judiciário. O Poder Judiciário está previsto no artigo 3º e suas seções. Vejamos apenas o que diz a Seção 1:

[...] O Poder Judiciário dos Estados Unidos será investido em uma Suprema Corte e nos tribunais inferiores que forem oportunamente estabelecidos por determinações do Congresso. Os juízes, tanto da Suprema Corte como dos tribunais inferiores, conservarão seus cargos enquanto bem servirem, e perceberão por seus serviços uma remuneração que não poderá ser diminuída durante a permanência no cargo [...] (USP, 2019, s/p)

Assim, pela primeira vez na história, o Poder Judiciário é colocado como um dos poderes do Estado. O terreno para a expansão do Poder Judiciário e, por conseguinte, para o surgimento da judicialização da política estava começando a ser arado.

4.5 PRIMEIRA ONDA DE EXPANSÃO DO JUDICIÁRIO

Arantes (2015), citando Locke, Montesquieu, Tocqueville, dentre outros, relatou que, com a derrubada dos regimes absolutistas e a fundação dos Estados liberais, tanto na Europa, quanto nos Estados Unidos, houve uma transformação no papel da justiça. Essa transformação acabou seguindo duas correntes sobre os poderes que deveriam ser atribuídos ao Poder Judiciário, as quais denominaremos de corrente Americana e corrente Francesa.

Pois bem, dentro da corrente Francesa, logo após a Revolução de 1789, sobrevieram três textos constitucionais, promulgados, respectivamente, em 1791, 1793 e 1795. Nesses três textos

constitucionais, em decorrência dos franceses declararem a supremacia do Parlamento, Arantes (2015, citando Tocqueville, afirmou que o Judiciário não recebeu a incumbência de revisar os atos dos demais poderes, limitando-se a julgar os casos de justiça comum, civil e criminal. Se analisarmos a Constituição Francesa de 1791, é possível verificar que Arantes tem razão, bastando uma simples leitura do artigo 3º da aludida constituição. *In verbis*:

Artigo 3. Os tribunais não podem intrometer-se no exercício do poder legislativo ou suspender a execução das leis, nem intervir nas funções administrativas ou chamar para comparecer em juízo os administradores por razões (inerentes) às suas funções.

Arantes (2015), novamente citando Tocqueville, ressaltou que com as constituições de 1793 e de 1795 não foi diferente, já que ao Judiciário não foi delegado o poder de revisar os atos dos demais poderes, ao revés, pois a Constituição de 1793, em seu artigo 4º, declarou que “a lei é expressão livre e solene da vontade geral.” Assim, nenhuma outra instituição poderia se colocar entre o Estado e a Nação. O mesmo se deu com a Constituição de 1795, que manteve a redação do então artigo terceiro, renumerando-o para o artigo 203.

Definitivamente, não poderemos atribuir à corrente Francesa a expansão do Poder Judiciário, uma vez que, para os franceses, o Judiciário estaria impedido de discutir qualquer questão que dissesse respeito ao exercício do Poder Legislativo ou do Poder Executivo. Aliás, conforme relatou Arantes (2015), se os juízes não cumprissem a lei, poderiam ser acusados de prevaricação e, havendo qualquer dúvida de interpretação, o corpo legislativo deveria ser consultado para saná-la.

No sistema francês, definitivamente, o Judiciário não exercia qualquer poder político e, apesar da divisão dos poderes, estava impedido constitucionalmente de exercer o controle sobre os demais poderes.

Já na corrente Americana, a situação em que o Poder Judiciário foi colocado era completamente distinta. Tocqueville (2005), em seu livro, *Democracia na América*, relata que as instituições judiciárias na América ocupavam um lugar importantíssimo dentre as instituições políticas propriamente ditas. Fazendo um contraste entre o Poder Judiciário que conhecia na Europa e o que encontrou nos Estados Unidos da América, ressalta que:

[...] Em todas as nações civilizadas da Europa, o governo sempre mostrou grande aversão em deixar a justiça ordinária decidir as questões que interessavam a ele. Essa aversão é, naturalmente, maior quando o governo é mais absoluto. Ao contrário, à medida que aumenta a liberdade, o círculo das atribuições dos tribunais vai sempre se ampliando, mas nenhuma nação

européia ainda pensou que qualquer questão judicial, independentemente de sua origem, pudesse ser deixada aos juízes de direito comum [...]. (TOCQUEVILLE, 2005, 168-169)

Tocqueville (2005), após estudar a organização da Suprema Corte dos Estados Unidos, asseverou que nunca um Poder Judiciário tão gigantesco foi constituído por nenhum povo do mundo. Continuando sua análise, Tocqueville destacou primeiro que, na França, o Poder Judiciário possuía como jurisdicionados somente os particulares; já nos Estados Unidos da América, o Judiciário:

[...] faz comparecer soberanos diante de si. Quando o oficial de justiça, adiantando-se nos degraus do tribunal, pronuncia estas poucas palavras: “O Estado de Nova York contra o de Ohio”, sentimos não estar na sala de um tribunal de justiça ordinário. E, quando pensamos que um dos litigantes representa um milhão de homens e o outro dois milhões, ficamos impressionados com a responsabilidade que pesa sobre os sete juízes cuja decisão vai alegrar ou entristecer tão grande número de seus concidadãos[...]. (TOCQUEVILLE, 2005, 168-169)

Percebe-se, assim, que o Poder Judiciário dos Estados Unidos já nasce com os poderes de revisar os atos dos demais poderes, o que não ocorria na França, como se viu pelo artigo 3º da Constituição Francesa de 1791. Dessa forma, a expansão do Judiciário, com os poderes que conhecemos hoje, surge a partir da corrente Americana. Em que pese a Tocqueville (2005) ter feito essas constatações no ano de 1831, já havia ocorrido, no sistema de justiça norte-americano, outro fato que contribuiu ainda mais para a expansão do Poder Judiciário, qual seja, o início do controle de constitucionalidade com o conhecido caso *Marbury v. Madson*.

Interessante notar que na Constituição dos Estados Unidos da América não há um só artigo que fale diretamente sobre o controle de constitucionalidade. Como nesse país é adotado o sistema do *common law*,⁹ esse controle de constitucionalidade das leis nasce da jurisprudência da Suprema Corte América, especificamente no caso já citado, *Marbury v. Madson*, o qual passaremos a estudar.

4.6 FATOS QUE PRECEDERAM AO CASO *MARBURY V. MADSON*

Como se tratou de um marco na origem do controle de constitucionalidade, dedicaremos esse subtópico à análise do que foi o denominado caso *Marbury v. Madsons*. Esse caso também

⁹ A grosso modo, seriam as normas criadas através dos costumes ou pela jurisprudência.

é de relevo para a presente pesquisa, tendo em vista que essa foi uma das primeiras vezes em que o Poder Judiciário atuou em fatos puramente políticos.

Segundo Barroso (2009), o denominado caso *Marbury v. Madison* se iniciou no ano de 1800, nos Estados Unidos da América. Tratava-se de ano eleitoral, tanto para o cargo de Presidente da República, quanto para os cargos do Congresso. O presidente e candidato à reeleição era John Adams – federalista, sendo que seu concorrente era Thomas Jefferson – republicano. Adams, pressentindo que poderia perder as eleições – o que acabou ocorrendo – no último momento do seu mandato, em 13 de fevereiro de 1801, aprovou uma lei de reorganização do Judiciário Federal. Essa lei previa a redução do número de Ministros da Suprema Corte, o que, na prática, impediria o Presidente eleito – Thomas Jefferson – de nomear novos Ministros. Essa mesma lei criava dezesseis novos cargos de juiz federal, todos preenchidos com aliados de Adams.

Em 27 de fevereiro de 1801, Adams conseguiu fazer aprovar uma nova lei que lhe autorizou a nomear quarenta e dois juízes de paz. Mais que depressa nomeou os quarenta e dois cargos, em 03 de março de 1801. Nas vésperas da posse de Thomas Jefferson, o Senado confirmou as nomeações e, por sua vez, Adams assinou todos os atos de investidura determinando que seu Secretário de Estado, John Marshall, entregasse-os aos novos juízes de paz no último dia de mandato. Digno de nota é o fato de o próprio Marshall ter sido indicado por Adams para ocupar o cargo de Presidente da Suprema Corte. Contudo, embora o seu nome já tivesse sido aprovado pelo Senado, permaneceu no cargo de Secretário de Estado até o último dia do mandato de Adams e, na sequência, assumiu a presidência da Suprema Corte (BARROSO, 2009).

Marshall, no último dia de mandato de Adams, estava incumbido de entregar 42 (quarenta e dois) atos de investidura de juiz de paz. Como se pode imaginar, o Secretário de Estado/Presidente da Suprema Corte não conseguiu entregar todos os atos. Um dos que não recebeu o ato de investidura foi justamente William Marbury. Eis o início do imbróglio, pois quando Thomas Jefferson tomou posse, determinou ao seu Secretário de Estado, James Madison, que não entregasse os atos de investidura para quem ainda não os havia recebido (BARROSO, 2009).

Marbury, sentindo-se lesado em seus direitos, com base em uma lei de 1789 – Judiciary Act – ajuizou ação pleiteando que a Suprema Corte, no exercício de sua competência originária, apreciasse o caso. A Corte marcou a sessão de julgamento de 1802. Ocorre, entretanto, que o Congresso recém-empossado e de maioria republicana revogou a lei de reorganização do

Judiciário Federal e suspendeu as sessões da Corte de dezembro de 1801 a fevereiro de 1803 (BARROSO, 2009).

Dentro desse ambiente politicamente conturbado, em 1803, sob a presidência de John Marshall, a Suprema Corte decidiu o caso *Marbury v. Madison*, dando início ao **Judicial Review**, criando o que hoje conhecemos como controle de constitucionalidade. Vejamos alguns pontos dessa decisão.

4.6.1 O Julgamento do caso *Marbury v. Madison* 5.U.S. 137 (1803)

Como se pode perceber pelo que fora explicitado no tópico anterior, Marshall estava em uma posição delicada politicamente. Negar simplesmente a ação de Marbury seria admitir que o próprio Marshall – então Secretário de Justiça do governo de Adams – havia praticado um ato, no mínimo, contrário à lei. De outro lado, dar a posse a Marbury era contrariar, além do recém-presidente empossado, Thomas Jefferson, todo o Congresso eleito e de maioria republicana.

Marshall, consciente ou não do efeito de sua decisão, acabou por fazer história. Iniciando a análise do caso *Marbury v. Madison* 5.U.S. 137 (1803), Marshall declara que, para analisar o processo em discussão, seria necessário responder às seguintes questões: a primeira diz respeito a saber se Marbury teria direito ao ato de investidura e posse ao cargo? A segunda, se Marbury tivesse direito ao ato de investidura e posse ao cargo, qual o remédio legal deveria ser utilizado para obtê-lo? e, por fim, a última, se encontrado o remédio legal, a Suprema Corte Americana teria competência para julgar o caso? (NELSON, 2000)

Em relação à primeira indagação, Marshall e a Suprema Corte entenderam que Marbury teria direito ao ato de investidura, pois o mesmo foi devidamente assinado e selado. O fato de o ato de investidura não ter sido entregue não o macularia de qualquer vício, uma vez que a entrega não decorria de uma obrigação legal, mas apenas de um costume inerente a esse ato político e perpetrado por anos (NELSON, 2000).

No que diz respeito à segunda indagação, a Corte entendeu que a própria essência da liberdade civil consiste no direito de todo indivíduo reivindicar a proteção das leis sempre que seus direitos fossem violados. Esse fato, por si só, seria um indicativo de que Marbury teria direito ao mandado requerido. Além dessa premissa, fixou-se o entendimento de que, quando estivesse em jogo uma obrigação em favor de uma pessoa específica, e não um ato político meramente discricionário, os tribunais poderiam fornecer o recurso legal para que essa obrigação fosse implementada (NELSON, 2000).

Marshall, então, passou a se debruçar sobre o terceiro ponto e mais delicado das indagações propostas. Essa análise se daria, obrigatoriamente, no confronto direto entre a Constituição norte-americana e a denominada lei de 1789 – *Judiciary Act*¹⁰. Iniciando a análise de citada lei, Marshall reconhece que esse ato legislativo, quando instituiu os tribunais judiciais dos Estados Unidos, autorizou o Supremo Tribunal a emitir mandados de segurança para oficiais. De outro lado, ao analisar a Constituição Americana, verificou que no seu artigo III, Seção 2, havia a seguinte regra sobre competência:

[...] Em todas as questões relativas a embaixadores, outros ministros e cônsules, e naquelas em que se achar envolvido um Estado, a Suprema Corte exercerá jurisdição originária. Nos demais casos supracitados, a Suprema Corte terá jurisdição em grau de recurso, pronunciando-se tanto sobre os fatos como sobre o direito, observando as exceções e normas que o Congresso estabelecer [...] (USP, 2019, s/p)

Como a própria Constituição declara quais são os casos de jurisdição originária e quais os casos de jurisdição recursal da Suprema Corte, Marshall entendeu que *Judiciary Act*. de 1789 não poderia ter criado competência originária que não estivesse prevista na Constituição. Assim, inaugurando o que hoje denominamos de controle de constitucionalidade, a Suprema Corte dos Estados Unidos da América rejeitou o pedido de Marbury por entender que não teria competência originária para analisar o seu caso, devendo recorrer às instâncias inferiores (NELSON, 2000).

Evidentemente estávamos falando de 1803 e, após essa decisão, muitos eventos históricos contribuíram para a grande expansão que o Poder Judiciário teve nas últimas décadas, o que propiciou a dita judicialização da política.

Passemos a verificar, então, uma segunda onda de expansão do Poder Judiciário no Mundo.

4.7 SEGUNDA ONDA DE EXPANSÃO DO JUDICIÁRIO

No tópico anterior, argumentamos que o Poder Judiciário passou por um longo processo de consolidação de seus poderes, saindo das mãos do Monarca e do Parlamento para, finalmente, tornar-se um poder de Estado. Como observou Tocqueville (2005), esse fato, inicialmente, ocorreu nos Estados Unidos da América, uma vez que na Europa, o Poder Judiciário era – parafraseando Montesquieu – apenas a boca da lei e não possuía qualquer

¹⁰ Disponível em: <http://memory.loc.gov/cgi-bin/ampage?collId=llsl&fileName=001/llsl001.db&recNum=200>. Acesso em: 04 ago. 2018.

liberdade de interpretação, sendo obrigado, no caso Francês, a consultar o Parlamento em caso de dúvida de interpretação.

O modelo desenvolvido nos Estados Unidos da América, segundo Arantes (2015), acabou sendo seguido pela maioria dos Estados Democráticos subsequentes, consolidando-se o Poder Judiciário como um Poder Político. A arena para o surgimento da judicialização da política estava completamente montada e não demoraria a surgir.

Dessa forma, mesmo em 1787, ao menos nos EUA, temos um Poder Judiciário com poderes políticos de controlar os demais poderes. É possível observar que, a partir do julgamento do caso *Marbury v. Madison*, a Suprema Corte Americana inicia uma fase de intervenção na política e, principalmente, inaugura o que hoje conhecemos como controle difuso de constitucionalidade das leis.

Com a grande depressão de 1929, Roosevelt, empossado presidente em março de 1933, inicia uma séria de medidas de intervenção na economia, promovendo o saneamento do setor bancário e regulando o sistema financeiro, dentre inúmeras outras iniciativas políticas de intervenção na economia, o que ficou conhecido como *New Deal*. Nesse momento, segundo Baum (1987) a Suprema Corte Americana, com base no controle de constitucionalidade, acabou se colocando contra o processo do *New Deal* e anulou inúmeras leis propostas por Roosevelt e aprovadas pelo Congresso. Eis a judicialização da política tomando forma.

No transcorrer da grande depressão e de uma série de intervenções do Judiciário americano em atos do Presidente Roosevelt, inicia-se a Segunda Guerra Mundial. Ao fim dessa tragédia da humanidade, o primado abstencionista do Estado Liberal dá lugar para o Estado do bem-estar social, conforme constata Araújo (2004):

[...] O Direito liberal típico é neste sentido negativo, definindo espaços de não intervenção do poder do Estado. O primado da abstenção do Estado Liberal dará lugar à função prestacional do Estado do bem estar social no século XX, em especial a partir da 2ª Guerra Mundial. A função de prevenção cumprida pela lei é adicionada da função de promoção: a lei passa a ser o instrumento para a realização de intervenções promocionais e compensatórias[...] (ARAÚJO, 2004 apud DAMASCENO, 2005, p. 51).

Sadek (2002) asseverou que essa mudança do Estado Liberal não intervencionista para o Estado do bem-estar social “forçaram mudanças na engenharia institucional e a transformação do Judiciário em poder ativo” (SADEK, 2002 apud DAMASCENO, 2005, p. 50). Com essa mudança, Araújo (2004) afirmou que a explosão legal que se realçou nas últimas décadas é

decorrente do Estado do bem-estar social que teria lançado mão do Direito para instrumentalizar as políticas sociais (ARAÚJO, 2004 apud DAMASCENO, 2005).

Com o Estado do bem-estar social, inúmeros benefícios ou garantias aos cidadãos passaram a ser previstos em leis esparsas ou mesmo no próprio texto constitucional, como é caso do Brasil. Com essa previsão legal, sabendo-se que o Poder Judiciário passou a ter poder de decisão sobre a interpretação das leis editadas pelo Parlamento, Werneck Vianna (1999) utiliza o termo judicialização da política, afirmando que, com a nova Carta constitucional brasileira e o controle de constitucionalidade, há uma comunidade de intérpretes, sendo que a sociedade civil encontrou no Poder Judiciário um estuário para pleitear as suas insatisfações, tanto em relação ao Poder Executivo, quanto em relação ao Poder Legislativo. Segundo Werneck Vianna (1999, p. 10), portanto, “[...] *é da presença desse novo processo institucional que tem derivado, no Brasil, a chamada judicialização da política, fenômeno corrente nos países de democracia avançada como Alemanha, Itália, França, Inglaterra e EUA[...]*”.

Conforme se demonstrou, a judicialização da política foi consequência não só da expansão do Poder Judiciário, mas também do Estado do bem estar-social, que lançou mão do Direito, senão para implementar, ao menos para garantir inúmeras políticas sociais que poderiam ser cobradas judicialmente. Além desses dois elementos, como destaca Werneck Vianna, pode-se apontar como mais um elemento que contribuiu para a judicialização da política, e a adoção, em várias democracias, do controle de constitucionalidade, instituto que passamos a estudar.

4.8 DO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE

Importante destacar que o controle de constitucionalidade nada mais é do que a verificação se uma determinada lei está de acordo com o que prevê a Constituição ou não. No caso *Marbury v. Madison*, a Suprema Corte dos Estados Unidos entendeu que, a despeito do *Judiciary Act*. de 1789 conter previsão para que a Corte analisasse o caso, como a Constituição Americana não previa essa competência, o que deveria prevalecer seria o determinado na Carta Magna. Como a *Judiciary Act*. de 1789 teria ampliado a competência da Suprema Corte, ela seria inconstitucional.

Essa espécie de controle de constitucionalidade ficou conhecida como difusa, pois decorreria da análise de um determinado caso concreto. Nesse caso, ao refletir sobre o caso posto em julgamento, o juiz pode fazer o controle de constitucionalidade difuso, verificando se o dispositivo de lei invocado por uma das partes como fundamento do seu pedido estaria de

acordo ou não com a Constituição de seu país. Se entender que determinado dispositivo legal contraria a Constituição, o juiz pode declará-lo inconstitucional.

Segundo Arantes (2015), há um exagero no sistema norte-americano, já que todos os juízes e instâncias têm competência para declarar a inconstitucionalidade de leis. Ocorre, entretanto, que o sistema implantado nos EUA, através do *common law*, não foi a única metodologia de controle de constitucionalidade existente. Arantes (2015) nos ensina que a Áustria, inspirada pelos pensamentos de Hans Kelsen, iniciou uma nova modalidade de controle de constitucionalidade, hoje denominado de concentrado.

Em breves linhas, Kelsen (2002) defendia a ideia da supremacia da Constituição em relação às demais leis. Exponente do positivismo jurídico, esse autor entendia que o direito regula sua própria criação, de forma que “*uma norma jurídica regula o procedimento pelo qual outra norma jurídica é produzida*” (KELSEN, 2002, p. 103). Para o autor do livro *Teoria Pura do Direito*, a Constituição, como norma suprema, deveria ter procedimentos diferenciados para sua modificação:

[...] A Constituição, para ser modificada ou derogada, deverá prescrever um procedimento diferente, mais complexo do que o procedimento legislativo comum; deve haver, ao lado da forma legal, uma forma constitucional específica [...]. (KELSEN, 2002, p. 104)

É possível verificar que a Constituição, para Kelsen, deve ter uma especial proteção, uma vez que é a lei maior do país. Isso nos leva à conclusão de que todas as demais leis devem respeitar os ditames dessa Constituição, sendo ilegítimas ou inconstitucionais as que se afastarem do regramento constitucional. Como se disse, a primeira forma de controle de constitucionalidade surgiu nos Estados Unidos da América. Todavia, esse controle poderia ser feito por qualquer juiz na análise do caso concreto. Para Kelsen, esse modelo seria inconcebível, já que a lei maior de um país não poderia ser interpretada por qualquer pessoa, mas somente por um Tribunal Constitucional. A Áustria, inspirada na ideia de Kelsen, em 1920, cria o Tribunal Constitucional com atribuições exclusivas de controle de constitucionalidade.

Diferente do método de controle de constitucionalidade difuso, em que todos os juízes e instâncias podem declarar determinada lei inconstitucional na análise do caso concreto, no controle de constitucionalidade concentrado, a discussão da constitucionalidade de uma determinada lei não decorre da análise de um caso concreto, mas parte para a análise direta da constitucionalidade da lei. Esse questionamento da constitucionalidade da lei é feito por meio de determinadas ferramentas estabelecidas de acordo com o regramento processual de cada

país. Outra diferença é que a discussão da constitucionalidade da lei em análise é feita diretamente no órgão que tem atribuições de Corte Constitucional.

No modelo de controle de constitucionalidade concentrado, portanto, além de somente o órgão que tem atribuições de Corte Constitucional poder analisar a constitucionalidade de determinada lei, os legitimados a apresentarem essa arguição de constitucionalidade ou inconstitucionalidade são restritos, uma vez que não é qualquer pessoa ou instituição que estão legitimadas a arguirem diretamente perante a Corte Constitucional a inconstitucionalidade de determinada lei. Em regra, os legitimados a provocarem o exercício do controle de constitucionalidade concentrado estão previstos na própria Constituição de cada país.

Nos países que adotaram o controle de constitucionalidade concentrado, principalmente na Europa, as Cortes Constitucionais são órgãos separados do poder Judiciário. Segundo Stone (2000), essas cortes detêm jurisdição constitucional exclusiva, sendo que o Judiciário comum não tem competência para fazer essa análise. Por isso, Stone (2000) afirmou que as Cortes Constitucionais nesses países ocupam um lugar intermediário entre o Legislativo e o Judiciário, não sendo exclusivamente jurídicas e nem políticas.

Basicamente, a divisão dos métodos de controle de constitucionalidade pelo mundo seguiram essas duas correntes. O Brasil, por seu turno, em um sistema híbrido, acabou acolhendo os dois métodos de análise de constitucionalidade das leis, conforme se verá a seguir.

4.9 DO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE NO BRASIL

No Brasil, a evolução do próprio Poder Judiciário e, conseqüentemente, do controle de constitucionalidade seguiu um contorno semelhante ao que se viu até o presente momento. Carvalho (2010) ressalta que o Poder Judiciário do Império era quase um apêndice do Executivo, sendo-lhe vedado o julgamento de qualquer questão que envolvesse o poder político. A Constituição de 1824, em seu artigo 98, previa a figura do Poder Moderador, o qual era exercido pelo Imperador, “*como Chefe Supremo da Nação, e seu Primeiro Representante, para que incessantemente vele sobre a manutenção da Independencia, equilibrio, e harmonia dos mais Poderes Politicos*”.

Segundo Carvalho (2010), a Constituição de 1891, a primeira após a proclamação da república, estabeleceu a separação dos poderes; presidencialismo; federalismo; duplo grau de jurisdição; extinguindo o Poder Moderador e implantando o controle de constitucionalidade e um tribunal constitucional. Esse controle de constitucionalidade era o difuso, importado dos Estados Unidos.

Carvalho (2010) aponta que, até 1890, os juizes frequentemente eram recrutados para exercerem inúmeros cargos políticos. Com a sistematização do Poder Judiciário através do decreto 848, de 11/10/1890, e da Constituição de 1891, o juiz deixa uma posição informal de mediador entre as políticas locais e o centro do poder do Império e passa para uma posição formalizada, com uma estrutura constitucionalmente prevista. Arantes (1994, p. 70) destaca um trecho de aludido decreto:

[...] A magistratura que agora se instala no país, graças ao regime republicano, não é instrumento cego ou mero intérprete dos atos do poder legislativo. Antes de aplicar a lei, cabe-lhe o direito de exame, podendo dar-lhe ou recusar-lhe sanção se ela parecer conforme ou contrária à lei orgânica [...].

O período entre 1891 e 1934 foi marcado pela revolução de 1930 e a posse de Getúlio Vargas como Presidente. Vargas, após a posse, promoveu uma série de reformas infraconstitucional, destacando-se a instituição do Código Eleitoral, em 1932, que permitia ao Judiciário julgar a validade das eleições e proclamar os eleitos (Carvalho 2010). Em relação à Constituição de 1934, José Afonso da Silva (2002) afirmou que não houve muita mudança em relação à Carta anterior, mantendo-se os princípios anteriores. Esse autor destaca, entretanto, que a nova Constituição aumentou os poderes do Executivo e:

[...] Rompeu com o bicameralismo rígido, atribuindo o exercício do Poder Legislativo apenas para a Câmara dos Deputados, transformando o Senado Federal em órgão de colaboração desta [...]. Ao lado da clássica declaração de direito e garantias individuais, inscreveu um título sobre a ordem econômica e social e outro sobre a família, a educação e a cultura, com normas quase todas programáticas, sob a influência da Constituição alemã de Weimar [...]. (SILVA, 2002, p. 82)

No que diz respeito ao controle de constitucionalidade propriamente dito, na Constituição de 1934 fora mantido o controle difuso, porém a declaração de inconstitucionalidade somente poderia ocorrer pela maioria absoluta dos membros do tribunal. Outra inovação foi o fato de ser atribuída ao Senado a competência para suspender a execução, no todo ou em parte, da lei ou ato declarado inconstitucional. Além desses elementos, foi criada a ação direta de inconstitucionalidade interventiva – uma espécie de controle concentrado – cuja iniciativa foi atribuída ao Procurador Geral da República, mas somente para os casos em que houvesse atos estaduais em desacordo com os princípios federativos (MARTINS; MENDES, 2001).

Interessante notar que essa mesma constituição, que trouxe algumas inovações, em seu artigo 68 diz que: “*é vedado ao Poder Judiciário conhecer de questões exclusivamente políticas*”, refletindo, guardadas as devidas proporções, o posicionamento da corrente Francesa estudada em tópicos anteriores.

Segundo aponta Silva (2002), a Carta outorgada de 1937, caracterizada pela centralização do poder nas mãos do Presidente da República, “[...] *não teve porém, aplicação regular. Muitos de seus dispositivos permaneceram letra morta. Houve ditadura pura e simples, com todo o Poder Executivo e Legislativo concentrado nas mãos do Presidente da República, que legislava por via de decretos-lei que ele próprio depois aplicava, como órgão Executivo[...]*” (SILVA, 2002, p. 83).

Ressalta-se que o artigo 96 da Constituição de 1937 continuava mantendo a declaração de inconstitucionalidade da lei ou ato do Presidente da República no seu artigo 96. Vejamos:

[...] **Art. 96.** Só por maioria absoluta de votos da totalidade dos seus juizes poderão os tribunales declarar a inconstitucionalidade da lei ou de acto do Presidente da Republica.

Paragrapho unico. No caso de ser declarada a inconstitucionalidade de uma lei que, a juizo do Presidente da Republica, seja necessaria ao bem estar do povo, á promoção ou defesa de interesse nacional de alta monta, poderá o Presidente da Republica submettel-a novamente ao exame do Parlamento: si este a confirmar por dois terços de votos em cada uma das Camaras, ficará sem effeito a decisão do Tribunal [...].

Em que pese o artigo 96 citado dar um aparente aspecto de normalidade no que respeita ao sistema de controle de constitucionalidade, Arantes (1994, p. 69) argumenta que “[...] *parece claro que a organização judiciária e a forma de controle constitucional na Carta de 37 não têm nenhuma importância do ponto de vista da discussão que fazemos aqui sobre equilíbrio de poderes, conflitos federativos, garantias individuais etc. O texto de 37 definiu o único poder soberano possível, o único árbitro da federação e a única fonte da qual poderiam emergir quaisquer direitos sociais e individuais: a Presidência da República.[...]*”.

A próxima Constituição brasileira, de 1946, manteve vários aspectos da Carta de 1934, dentre eles a necessidade da declaração de inconstitucionalidade das leis ou de ato de poder público ser realizada pela maioria absoluta dos membros do tribunal, tal como se verifica pelo artigo 200. Em relação à ação direta de inconstitucionalidade interventiva, segundo Carvalho (2010), foram explicitadas em quais hipóteses o Procurador Geral da República poderia propor a ação interventiva, ampliando, assim, o rol previsto na Carta de 1934. Essas hipóteses estão previstas no artigo 7, inciso VII, da Constituição de 1946, que diz: VII - assegurar a observância

dos seguintes princípios: a) forma republicana representativa; b) independência e harmonia dos poderes; c) temporariedade das funções eletivas, limitada a duração destas à das funções federais correspondentes; d) proibição da reeleição de governadores e prefeitos, para o período imediato; e) autonomia municipal; f) prestação de contas da administração; g) garantias do Poder Judiciário.

Para Carvalho (2010), na Constituição de 1946 foram lançadas as pilastras da judicialização de aspectos que antes estavam restritos ao mundo político. Todavia, essa possibilidade de judicialização estava restrita ao Procurador Geral da República, bem como às matérias que dissessem respeito ao conflito entre os Estados e os Municípios. A ampliação desse sistema de controle de constitucionalidade somente viria a acontecer com a Constituição de 1988.

Com o golpe militar de 1964, foram editados inúmeros Atos Institucionais, dentre eles o de nº 02, que previa em seu artigo 98 que *“O Supremo Tribunal Federal, com sede na Capital da República e jurisdição em todo o território nacional, compor-se-á de dezesseis Ministros”*. Portanto, o regime militar aumentou o número de Ministros em relação à Constituição de 1946, que previa a composição do Supremo com doze Ministros.

No que se refere ao controle de constitucionalidade, o regime militar deu especial atenção a essa matéria com a Emenda à Constituição nº 16 de 1965. Com essa emenda, o Procurador-Geral da República passou a ter a iniciativa do controle abstrato de normas estaduais e federais, tornando-se o único legitimado a iniciar o controle abstrato de constitucionalidade das leis (Carvalho, 2010). Nessa mesma linha, Dantas (1996) cita um relato do Ex-Procurador-Geral da República, Alcino Salazar:

[...] quando o Procurador entendesse que a arguição era improcedente não a encaminharia; e ela só poderia entrar no Tribunal por mãos do Procurador. Então, ele se tornaria um julgador ou, pior do que isso, trancaria o processo. A Procuradoria-Geral da República seria uma antecâmara de onde não poderiam passar representações (grifo nosso). Cairíamos, evidentemente, no arbítrio injustificado, praticamente supressivo da competência deste alto Tribunal, sempre que o Procurador-Geral entendesse improcedente e infundada a arguição [...]. (DANTAS, 1996, p. 89)

Assim, após o golpe e a promulgação da Constituição de 1967, o Procurador Geral da República passou a ter o monopólio da iniciativa do controle abstrato de normas, o que somente seria revisto com a Constituição de 1988.

4.10 A CONSTITUIÇÃO DE 1988

A Constituição de 1988 foi um marco não só porque representou a saída definitiva do regime militar para a retomada da democracia, mas também porque houve uma mudança de paradigma em relação ao Poder Judiciário. A Constituição Cidadã, como foi apelidada, gerou e gera uma gama enorme de estudos interessantíssimos, sendo certo que vários aspectos dessa Constituição poderiam render teses inteiras. Todavia, para os fins do presente trabalho, nos limitaremos aos pontos que dizem respeito diretamente à judicialização da política.

Ferreira Filho (1995), comentando os aspectos de inovação da Constituição de 1988, salienta que, em relação à função de julgar essa Carta, trouxe um novo enfoque, que, além do *due process of law*, da ampla defesa e do contraditório, o magistrado pode, agora, “[...] inquietar-se sobre a razoabilidade da lei, a proporcionalidade dos encargos que acarreta etc. Quando antes não lhe cabei senão ser a voz da lei[...]” (FERREIRA FILHO, 1995, p. 9). Nota-se aqui que ao juiz foi outorgado poderes para rever a decisão do Parlamento no que diz respeito, inclusive, à razoabilidade da lei, o que revela uma completa abertura de interpretação. Essa amplitude, como se verá, terá reflexos sobre os eventos políticos.

Moreira Alves (1997, p. 273) disserta que a constitucionalização do devido processo legal, direito à ampla defesa e o princípio do contraditório, previstos, respectivamente, no artigo 5º, incisos LIV e LV, da Constituição Federal, propiciou que praticamente qualquer questão processual chegasse ao Supremo Tribunal Federal. Esses fatos certamente teriam reflexos na judicialização da política, já que tais argumentos de ordem processual estão à disposição dos agentes políticos para questionarem os atos de seus adversários sob esse aspecto.

Importante destacarmos que a Constituição de 1988, além de aumentar o número de legitimados com iniciativa do controle abstrato de normas, trouxe algumas figuras como a Ação Direta de Constitucionalidade e a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental, dentre outras ações constitucionais, que contribuíram para a judicialização da política.

Como o objetivo deste tópico é demonstrar que na Constituição de 1988 a possibilidade de judicialização da política foi ampliada com os institutos acima citados e não estudar cada um deles, passaremos a citá-los no quadro abaixo, evidenciando o tipo de ação com o seu nome, bem como quem são os legitimados para propor cada uma das ações citadas. Vejamos o quadro em questão:

Tabela 2: Ações Constitucionais

AÇÕES CONSTITUCIONAIS	LEGITIMADOS
Ação Direta de Inconstitucionalidade, art. 102, I, alínea “a” e a art. 103, ambos da CF e Lei 9.868/1999.	C.F. Art. 103. Podem propor a ação direta de inconstitucionalidade e a ação declaratória de constitucionalidade: I - o Presidente da República; II - a Mesa do Senado Federal; III - a Mesa da Câmara dos Deputados; IV a Mesa de Assembleia Legislativa ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal; V - o Governador de Estado ou do Distrito Federal; VI - o Procurador-Geral da República; VII - o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil; VIII - partido político com representação no Congresso Nacional.
Ação Direta De Inconstitucionalidade por Omissão, Art. 103, § 2º da CF e Lei 9.868/1999.	
Ação Declaratória de Constitucionalidade, art. 102, I, alínea “a” da CF e Lei 9.868/1999.	
Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental, art. 102, § 1º, da CF e Lei 9.882/99.	
Mandado de Segurança Individual, artigo 5º, LXIX, da CF e Lei 12.016/2009.	Segundo Hely Lopes Meirelles (2006), pessoas físicas ou jurídicas, órgãos públicos ou universalidades legais (espólio, massa falida, condomínio), desde que tenham prerrogativa ou direito próprio e individual a defender.
Mandado de Segurança Coletivo, artigo 5º, LXX, da CF e Lei 12.016/2009.	CF. art. 5º, LXX - o mandado de segurança coletivo pode ser impetrado por: a) partido político com representação no Congresso Nacional; b) organização sindical, entidade de classe ou associação legalmente constituída e em funcionamento há pelo menos um ano, em defesa dos interesses de seus membros ou associados.
Mandado de Injunção, artigo 5º, LXXI, da CF e Lei 13.300/2016.	Lei 13.300, art. 3º. São legitimados para o mandado de injunção, como impetrantes, as pessoas naturais ou jurídicas que se afirmam titulares dos direitos, das liberdades ou das prerrogativas referidos no art. 2º e, como impetrado, o Poder, o órgão ou a autoridade com atribuição para editar a norma regulamentadora.
Habeas Data, artigo 5º, LXXII, da CF e Lei 9.507/1997.	Segundo Hely Lopes Meirelles (2006), pessoas físicas ou jurídicas diretamente interessadas nos registros mencionados nas alíneas “a” e “b” do inciso LXXII, do artigo 5º da Constituição Federal.

<p>Ação Popular, artigo 5º, LXXIII, da CF e Lei 4.717/1965.</p>	<p>Lei 4.717/1965, artigo 1º. Qualquer cidadão será parte legítima para pleitear a anulação ou a declaração de nulidade de atos lesivos ao patrimônio da União, do Distrito Federal, dos Estados, dos Municípios, de entidades autárquicas, de sociedades de economia mista (Constituição, art. 141, § 38), de sociedades mútuas de seguro nas quais a União represente os segurados ausentes, de empresas públicas, de serviços sociais autônomos, de instituições ou fundações para cuja criação ou custeio o tesouro público haja concorrido ou concorra com mais de cinquenta por cento do patrimônio ou da receita anual, de empresas incorporadas ao patrimônio da União, do Distrito Federal, dos Estados e dos Municípios, e de quaisquer pessoas jurídicas ou entidades subvencionadas pelos cofres públicos.</p>
<p>Ação Civil Pública, artigo 129, III, da CF e Lei 7.347/1985.</p>	<p>O art. 5º da Lei 7.347/85 traz o rol das entidades legítimas para propor a ação civil pública: I - o Ministério Público; II - a Defensoria Pública; III - a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios; IV - a autarquia, empresa pública, fundação ou sociedade de economia mista; V - a associação que, concomitantemente: a) esteja constituída há pelo menos 1 (um) ano nos termos da lei civil; b) inclua, entre suas finalidades institucionais, a proteção ao patrimônio público e social, ao meio ambiente, ao consumidor, à ordem econômica, à livre concorrência, aos direitos de grupos raciais, étnicos ou religiosos ou ao patrimônio artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico.</p>

Fonte: produção própria.

Verifica-se, portanto, que o fenômeno denominado judicialização da política é decorrente não só da expansão do próprio Poder Judiciário, mas também do denominado fenômeno do Estado do bem-estar social que, segundo Araújo (*op cit*), teria lançado mão do Direito para instrumentalizar as políticas sociais.

No Brasil, como se viu, tanto o cidadão quanto os partidos políticos e algumas instituições, além do direito de ação propriamente dito, foram instrumentalizados pelo sistema constitucional com inúmeras ferramentas que lhes permitiram judicializar praticamente qualquer questão da vida comum ou política. Não vemos esse fenômeno como um problema

para a sociedade. Forçando muito, poder-se-ia cogitar de um problema para a instituição do Poder Judiciário que, pelo excesso de demanda, precisaria de uma estrutura cada vez maior.

Pensar a judicialização como um problema, com todas as vênias para os que assim entendem, seria aceitar a limitação de acesso à Justiça e, quem sabe, retornarmos ao que denominamos no presente trabalho de corrente Francesa, na qual o Judiciário estava proibido de julgar questões atinentes aos poderes públicos. A sociedade já experimentou esse modelo e, ao menos de maneira geral, o reprovou, adotando um sistema em que o Poder Judiciário pode e deve julgar os demais poderes.

O sistema de controle de constitucionalidade misto brasileiro, não se pode negar, acaba assoberbando o Supremo Tribunal Federal, uma vez que praticamente tudo pode chegar até o órgão de cúpula do Judiciário através do controle difuso de constitucionalidade. De outro lado, que nos perdoe Hans Kelsen, entendemos que a benesse desse sistema é justamente qualquer cidadão poder questionar a constitucionalidade das leis produzidas pelo Parlamento, não ficando esse direito restrito aos grupos escolhidos pelos próprios congressistas.

Dito isso, passemos a verificar quais seriam os sentidos em que o termo judicialização da política poderia ser utilizado.

4.11 SENTIDOS DO TERMO JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA

Importante destacar, de início, que a Judicialização da Política, segundo o nosso entendimento, é uma decorrência – quase lógica – da expansão do Poder do Judiciário. Ora, não fosse essa expansão, o Judiciário jamais poderia se envolver em questões políticas e de política. Assim, o desenvolvimento da teoria da separação dos poderes, conforme se demonstrou, foi a pedra fundamental desse “empoderamento” do Poder Judiciário. Outro fato de não menos importância foi o controle de constitucionalidade, que propiciou ao Judiciário o controle das leis, seja pela via direta ou difusa.

Essa evolução somente foi possível dado aos inúmeros movimentos da sociedade, que não mais toleravam o desrespeito às leis e à desigualdade de tratamento. Destacamos as revoluções Inglesa e Francesa, assim como a revolução dos Estados Unidos da América. Todos esses fenômenos produziram o ambiente fértil para que o Poder Judiciário tivesse as ferramentas e garantias necessárias a empunhar decisões contrárias aos interesses dos demais poderes.

Com o advento do Estado do bem-estar social e a constitucionalização de inúmeros direitos sociais, o cidadão passou a poder questionar as políticas públicas que desrespeitassem

esses direitos constitucionalizados. Agora, o Judiciário teria que tratar não só com os legitimados a movimentarem as ferramentas de controle de constitucionalidade concentrado, mas também com quaisquer cidadãos que entendessem que as políticas públicas implementadas estariam desrespeitando a Constituição Federal em algum aspecto dos direitos sociais.

Mas então o que se pode entender por Judicialização da Política?

Iniciemos pelos ensinamentos de Tate e Vallinder (1995), já citados, que entendem a Judicialização da Política sob dois aspectos. O primeiro deles diz respeito ao denominado *judicial review*, ou seja, na possibilidade do Poder Judiciário, através dos mecanismos já explorados alhures, rever as decisões dos demais poderes, o que, segundo os autores, acabaria por interferir na elaboração de políticas públicas.

Nesse primeiro aspecto, entendemos que o termo judicialização é perfeitamente aplicável, já que se está falando na função precípua do Poder Judiciário, que é justamente aplicar a lei aos fatos que lhes são colocados para julgamento. Discordamos, todavia, na colocação de que o Poder Judiciário, com o julgamento de determinados casos que envolvam políticas públicas, por si só, estaria interferindo na elaboração dessas políticas, pois nesse ponto, poderíamos estar saindo da seara da judicialização da política para a seara do ativismo judicial, confundindo-se, então, os conceitos. Para se afirmar que o Judiciário está interferindo na elaboração de políticas públicas, precisaríamos analisar o caso concreto, a fim de aferir se a política pública julgada respeitou as regras do jogo e, caso tenha respeitado, se o juiz que a julgou foi ativista, nos termos do que foi estudado no tópico anterior.

De outro lado, o *policy maker* deve respeitar as regras postas, que, em última análise, foram ditadas pelos representantes do povo. Caso essas regras tenham sido desrespeitadas, consideramos que houve a judicialização da política, porém, o Judiciário não interferiu na elaboração da política injustamente ou por convicções pessoais do julgador. A interferência se deu porque a política que se pretendia implementar era ilegal e não respeitou a legislação vigente. Nessa situação, entendemos equivocado afirmar que a judicialização da política interferiu na elaboração de política pública, mas foi um meio de se reestabelecer a legalidade.

Em relação ao segundo aspecto trazido por Tate e Vallinder, no sentido de que pode se denominar de judicialização da política “o processo pelo qual negociações extrajudiciais e fóruns de decisão passam a ser dominados por regras e procedimentos quase judiciais” (TATE e VALLINDER, 1995, p. 28), entendemos que nesse ponto é descabido qualificar esse modelo de decisão política como judicialização da política. É importante discernimos, primeiramente,

a diferença entre processo e procedimento. Para tanto, recorremo-nos às lições de Humberto Theodoro Júnior (2006, p. 364):

[...] Enquanto o processo é uma unidade, como relação processual em busca da prestação jurisdicional, o procedimento é a exteriorização dessa relação e, por isso, pode assumir diversas feições ou modos de ser. A essas várias formas exteriores de se movimentar o processo aplica-se a denominação de procedimento [...].

Verifica-se, assim, que procedimentos são uma série de atos praticados para se formar um processo judicial. O regramento processual define várias espécies de procedimentos, a depender do ramo do Direito que se está tratando. Apenas a título de exemplo, o Código de Processo Penal prevê, em seu artigo 395, os seguintes procedimentos:

Art. 394. O procedimento será comum ou especial.
§ 1º O procedimento comum será ordinário, sumário ou sumaríssimo:
I - ordinário, quando tiver por objeto crime cuja sanção máxima cominada for igual ou superior a 4 (quatro) anos de pena privativa de liberdade;
II - sumário, quando tiver por objeto crime cuja sanção máxima cominada seja inferior a 4 (quatro) anos de pena privativa de liberdade;
III - sumaríssimo, para as infrações penais de menor potencial ofensivo, na forma da lei. [...].

Esse é apenas um exemplo, pois o Código de Processo Civil prevê os seus procedimentos específicos, assim como a Justiça do Trabalho possui os seus procedimentos próprios. Percebe-se, assim, que, ao menos no Brasil, denominar como judicialização da política o fato de determinados órgãos utilizarem “procedimentos judiciais” não define praticamente nada, pois existe uma gama enorme de procedimentos. Se é assim, de qual procedimento se estaria falando?

Consideramos que o termo “judicializar” enfatiza justamente o fato de se delegar ao Poder Judiciário a decisão de questões de natureza política que, a princípio, teriam chegado ao Judiciário por afrontarem algum artigo de lei. Dessa forma, entendemos que se a classe política utilizar simplesmente um modelo de decisão que lembre os procedimentos utilizados pelo Poder Judiciário, não se pode classificá-lo como judicialização da política. Primeiramente porque não se delegou ao Poder Judiciário qualquer decisão de cunho político. Em segundo lugar, os procedimentos, além de inúmeros, também são corriqueiramente utilizados em processos administrativos e, nem por isso, são considerados judiciais.

Na mesma linha de raciocínio dos autores supracitados, temos os ensinamentos de Taylor (2007), tratando da relação entre o Judiciário e as Políticas Públicas no Brasil. Taylor

ressalta que o Judiciário tem sido procurado como arena de disputa política, influenciando, assim, na elaboração de políticas públicas. Vejamos:

[...] No decorrer da última década, o Judiciário Federal revelou-se um importante ator político: tribunais federais repetidamente interromperam imensos leilões de privatização; [...]. (TAYLOR, 2007, p. 237)

Em seu texto, Taylor (2007) demonstra claramente que os juízes podem decidir com base na hermenêutica jurídica, mas é sabido, há décadas, que alguns julgadores “– *como outros atores políticos - podem agir estrategicamente, blefando ou criando empecilhos legais que correspondem às suas preferências pessoais*” (TAYLOR, 2007, p. 244). Como se vê, Taylor coloca a judicialização da política como meio pelo qual os juízes conseguiriam interferir na elaboração de políticas públicas. Aqui cabem as mesmas críticas feitas à Tate e Vallinder, haja vista que o juiz que age colocando empecilhos legais para exarar uma decisão que corresponda às suas preferências pessoais, atua nos exatos termos do que definimos como ativismo judicial. Fora os casos de ativismo, o juiz somente intervirá, em tese, na política implementada se as regras do jogo não foram respeitadas.

Como se pode perceber, os autores até aqui tratados acabam por entrelaçar os conceitos de ativismo judicial e de judicialização da política, como se fossem conceitos de igual significado, quando, a bem da verdade, são fenômenos absolutamente distintos. É bem verdade que a judicialização da política propicia o surgimento do ativismo judicial, mas definitivamente com ele não se confunde.

Ainda nessa linha de raciocínio, destacaríamos o entendimento Werneck Vianna (1999), sobre esse tema. A despeito de Vianna não divergir dos autores até aqui apontados, coloca a judicialização da política como mecanismo de proteção das minorias, bem como um fenômeno que estaria ocorrendo nas democracias avançadas, além de entender que esse mecanismo seria decorrente do que denomina de “comunidade de intérpretes”. Vejamos:

[...] É nesse cenário de ‘tirania da maioria’ que a sociedade acabou por se encontrar com a vontade do legislador constituinte, a que não faltou, nos primeiros anos da nova Carta, a ação do Ministério Público. Facultado o controle abstrato da constitucionalidade das normas à comunidade dos intérpretes – e, nela, ao que havia de organizado na sociedade civil –, o Poder Judiciário começa a ser percebido como mais um estuário para as insatisfações existentes com o ativismo legislativo do Executivo, sendo convocado ao exercício de papéis constitucionais que o identificam como o guardião dos valores fundamentais [...] É da presença desse novo processo institucional que tem derivado, no Brasil, a chamada judicialização da política, fenômeno

corrente nos países de democracia avançada como Alemanha, Itália, França, Inglaterra e EUA [...]. (WERNECK VIANNA, 1999, p. 10)

Não nos resta dúvida de que a judicialização da política é um fenômeno mundial. Todavia, não poderíamos afirmar que esse fenômeno é decorrente de democracias avançadas, até porque teríamos dificuldade em determinar o que seria uma democracia com essas características. Preferimos afirmar que, em decorrência da evolução pela qual o Judiciário passou, não somente no Brasil, houve sim uma expansão do Poder Judiciário e, em decorrência dessa expansão, tanto o cidadão comum quanto as instituições tiveram e estão tendo mais acesso a esse braço do Estado.

Não se olvide de que o controle de constitucionalidade – principalmente pelo sistema misto brasileiro – foi uma grande engrenagem de judicialização da política. Contudo, é difícil entender que há nessa questão uma comunidade de intérpretes. É verdade que o número de legitimados a proporem as ações constitucionais, conforme demonstramos, aumentou sobremaneira após a Constituição de 1988. Entretanto, a despeito desses legitimados defenderem os seus pontos de vista quando ajuízam as respectivas ações, o juiz que as recebe julga, sozinho, a questão, baseado em suas convicções herméticas ou por ativismo, sem vinculação a fundamentação jurídica que lhes foi apresentada. Se é assim, não há de se falar em comunidade de intérpretes. Como se verá no tópico denominado “ativismo judicial para o direito”, há um autor que utiliza a expressão “comunidade aberta de intérpretes”, na qual o juiz deverá considerar a interpretação de outros grupos, o que não é o caso defendido por Werneck Vianna.

Apenas para ilustrarmos, imaginemos que o Ministério Público ajuíze uma Ação Civil Pública contra uma empresa ou mesmo contra uma instituição pública. Essa ação, para ser óbvio, é direcionada a um juiz. Levando em conta a lógica processual, o réu deverá responder/contestar os seus termos. Até aqui, o *Parquet* levantou uma tese para ajuizar a ação e, o acionado, certamente, trará argumentos contrários para afastar as pretensões do Ministério Público. A pergunta que se faz é a seguinte: estaria o juiz obrigado a acolher uma tese ou outra? A resposta é não. Poderá certamente acolher a tese do autor ou do réu, mas também poderá desenvolver uma tese diferente das duas para julgar o caso, mas obrigado a acolher uma ou outra tese o juiz não estará. Logo, não podemos entender a judicialização da política como meio para uma comunidade de intérpretes se a decisão está somente nas mãos do juiz.

Ultrapassadas as questões atinentes ao texto de Werneck Vianna, de relevo, ainda, analisarmos os ensinamentos do professor visitante da *New York University School of Law*,

John A. Ferejohn. Em um texto publicado em 2002, o citado autor relata que desde a Segunda Guerra Mundial houve uma mudança do Poder Legislativo e dos Tribunais, o que tem sido denominado de “judicialização”. Exemplo disso seria a atuação dos juízes interferindo no sistema de troca de gabinetes; cassando primeiros-ministros; perseguindo presidentes e, citando o caso dos Estados Unidos da América, a intervenção do Judiciário nas eleições de George W. Busn.

Ferejohn (2002) menciona, ainda, que há três maneiras pelas quais os tribunais assumiram novos papéis importantes. A primeira diz respeito à disposição dos juízes em limitar e regulamentar o exercício da atividade parlamentar, impondo, cada vez mais, limites para a sua atuação. Em segundo lugar, o autor disserta que os tribunais têm sido o local em que importantes políticas públicas são feitas. Por fim, asseverou que os juízes estão dispostos a regular o comportamento dos indivíduos, aplicando padrões aceitáveis para determinados grupos de interesse, partidos políticos etc.

Segundo Ferejohn (*op. cit.*), os parlamentares, prevendo que os tribunais provavelmente interviriam na legislação elaborada, passaram a antecipar, na nova legislação, as possíveis respostas das instituições jurídicas. A preocupação do parlamentar, agora, não é apenas com a política pública em discussão, mas também com a posição dos tribunais sobre uma determinada política. Segundo o autor, estamos vivendo a aplicação global de um fenômeno observado por Tocqueville, que é a transformação da política em questões jurídicas.

Como se vê, Ferejohn nos traz outro aspecto que os demais autores até aqui tratados não haviam tocado, ou seja, a possibilidade do Poder Judiciário atuar, além das políticas públicas propriamente ditas, mas também no próprio ato político, tal como no processo de elaboração de leis e, até, na escolha de ministros. Aqui, então, temos outra concepção da judicialização da política, com a variação, não da judicialização, mas sim do termo política.

Verifica-se, então, que os autores antes tratados, além de variarem o termo judicialização, estabeleciam a política apenas da *policy*¹¹. Ferejohn nos trouxe a estabilização do termo judicialização, mas varia o termo política, incluindo a *politics*¹². Incluiríamos, também, a *polity*¹³, uma vez que, eventualmente, a estrutura ou formação dessas instituições são questionadas judicialmente, tal como ocorreu com o questionamento sobre a criação de municípios e o número de vereadores em cada Câmara Municipal.

¹¹ Política Pública.

¹² Processos políticos.

¹³ Instituições Políticas.

Outros autores que tratam do tema são Maciel e Koerner (2002) que, analisando os trabalhos de Vianna e Arantes, trazem um interessante texto sobre os sentidos da judicialização da política. Além de Tate e Vallinder, já estudados, Maciel e Koerner asseveram que os juristas usam o “termo judicialização para se referirem à obrigação legal de que um determinado tema seja apreciado judicialmente” (MACIEL e KOERNER, 2002, p. s/p). Assim, a judicialização seria o ingresso de determinado tema em juízo, indicado que o autor da ação teria preferência por esse tipo de via.

Em que pese a assertiva da colocação dos autores, cremos que não haveria obrigação legal do Judiciário apreciar esse ou aquele tema, mesmo porque, em tese, o Judiciário não poderia agir de ofício. Não vemos, portanto, essa obrigação em qualquer tema. O que ocorre, ecidentemente, é que, se determinada disputa não for resolvida na arena política, a parte perdedora poderá levar essa discussão ao Judiciário, mas voluntariamente, não havendo, então, obrigação legal.

Segundo os mesmos autores, “no sentido constitucional, a judicialização do novo estatuto dos direitos fundamentais e a superação do modelo da separação dos poderes do Estado, que levaria à ampliação dos poderes de intervenção dos tribunais na política”. Asseveraram que, se considerado um processo prejudicial à Democracia, esse processo seria agravado pelo sistema misto de controle de constitucionalidade.

Conforme já havíamos destacado, fica evidente que o sistema misto de controle de constitucionalidade serviu de combustível para o processo de judicialização da política. Todavia, a possibilidade do cidadão comum recorrer ao Judiciário para pleitear os seus anseios não atendidos pelo Estado faz parte do processo histórico da evolução do próprio Judiciário. Da mesma forma, o fato de os direitos fundamentais estarem constitucionalizados – fruto também desse percurso histórico – não nos parece como causa da quebra do modelo de separação dos poderes do Estado. Evidentemente, não se está falando mais de uma separação de poderes prevista por Montesquieu, mas sim do Poder Judiciário que Tocqueville encontrou nos Estados Unidos da América.

Mais uma vez, não podemos esquecer que estamos tratando do termo judicialização da política, não do ativismo judicial. Pois bem, digamos que um juiz seja instado a se manifestar sobre um determinado direito fundamental constitucionalizado e desrespeitado pelo Poder público. A judicialização desse direito estaria desrespeitando a separação dos poderes? Cremos que não.

Quando Maciel e Koerner (*op. cit.*) iniciam a análise dos sentidos da judicialização da política, trouxeram à visão de Arantes¹⁴, que utilizou o termo judicialização da política para se referir ao ativismo do Ministério Público, ressaltando o seu aspecto negativo para a “integridade das funções políticas das instituições representativas, ou ainda, para a própria manutenção da independência funcional da instituição” (MACIEL e KOERNER, 2002, p. s/p). Em que pese a análise de Arantes estar voltada muito mais para os reflexos sociais da judicialização, trouxe um outro elemento, que é justamente deslocar o termo judicialização para o autor da ação e não propriamente para o Judiciário. Nesse texto, Arantes (2002) não tratou propriamente da judicialização da política, mas sim da colaboração do Ministério Público nessa judicialização, enfatizando que esse ativismo institucional do *Parquet* poderia trazer prejuízos para as instituições representativas, na medida em que considera a sociedade hipossuficiente para tratar dos seus próprios problemas.

Evidentemente, o tema é extremamente vasto, entretanto, como pretendemos trazer alguns sentidos em que o termo judicialização da política é utilizado, cremos que foram apresentadas as principais correntes que tratam dessa questão. É importante ressaltar que não estamos estudando o fenômeno da judicialização da política, apesar de termos traçado no início deste tópico os elementos que levaram ao seu surgimento. O que pretendemos foi justamente trabalhar as variações do conceito, o que é fundamental para diferenciá-lo do ativismo judicial.

Assim, apresentamos as variações em que o termo judicialização da política é utilizado. Como os autores dos vários sentidos em que o termo em estudo pode ser utilizado já foram citados, apenas para sistematizarmos o que foi dito até o presente momento, passaremos a apresentar somente essas variantes no quadro abaixo. Para tanto, faremos uma classificação entre variação da judicialização; variação da política e variação das partes. Vejamos o quadro:

Tabela 3: Variações da Judicialização da Política

VARIAÇÃO DA JUDICIALIZAÇÃO	VARIAÇÃO DA POLÍTICA	VARIAÇÃO DAS PARTES
1 - Variação Judicial: Judicialização da política seria a possibilidade do Poder Judiciário, através da revisão judicial, modificar ou	1 - Variação da Policy: Judicialização da Política seria o meio pelo qual os juízes conseguiriam interferir na elaboração de políticas públicas;	1 - Variação dos autores: Judicialização da Política seria um fenômeno corrente nos países de democracias avançadas, que propiciaria, através do

¹⁴ ARANTES. Rogério Bastos. **Ministério Público e política no Brasil**. São Paulo. Editora Sumaré, 2002.

<p>cassar as decisões tomadas pelos demais poderes;</p> <p>2 - Variação Judicial Constitucional: Judicialização da Política, no sentido constitucional, seria a judicialização do novo estatuto dos direitos fundamentais e à superação do modelo da separação dos poderes do Estado, que levaria à ampliação dos poderes de intervenção dos tribunais na política;</p> <p>3-Variação Extrajudicial: Judicialização da política ocorreria no âmbito extrajudicial quando “o processo pelo qual negociações extrajudiciais e fóruns de decisão passam a ser dominados por regras e procedimentos quase judiciais”.</p>	<p>2 - Variação da Politics: Judicialização da Política seria resultado da nova engenharia institucional, ocorrida após a Segunda Guerra Mundial, que permitiu aos Tribunais interferirem nas questões de escolhas políticas do Poder Executivo, bem como limitam e regulamentam o exercício da atividade parlamentar, impondo, cada vez mais, restrições para a sua atuação.</p>	<p>controle de constitucionalidade, a uma comunidade de intérpretes, participar da elaboração das leis, colocando-se no papel de guardiões dos valores fundamentais e contra a tirania da maioria;</p> <p>2 - Variação do autor: Judicialização da Política seria a intervenção do Ministério Público, em questões de natureza política, através de instrumentos como a Ação Civil Pública, o que afetaria negativamente a “integridade das funções políticas das instituições representativas, ou ainda, a própria manutenção da independência funcional da instituição”.</p>
---	--	---

Fonte: produção própria.

Como se pôde perceber pelos sentidos em que o termo Judicialização da Política pode ser utilizado, ora os autores ressaltam as consequências sociais desse fenômeno, ora enfatizam os seus reflexos nas instituições e, por fim, sobrelevam os motivos do seu surgimento. Seja como for, a literatura estudada acaba por trazer uma gama enorme de conceitos ou variações do que seria a Judicialização da Política.

Levando em conta essa enorme variedade de sentidos em que o termo Judicialização da Política pode ser utilizado, bem como o fato de precisarmos diferenciá-lo do conceito de ativismo judicial, não nos resta alternativa, senão, apresentarmos a nossa interpretação do que entendemos por Judicialização da Política, sem, contudo, ignorar a importância dos estudos citados anteriormente, inclusive, para a nossa interpretação sobre o que entendemos por Judicialização da Política.

Na medida em que os sentidos do termo judicialização da política foram sendo expostos, fizemos as nossas críticas sobre cada ponto levantado. Assim, é desnecessário repeti-las nesse momento. Dessa forma, levando em conta tudo o que foi estudado até o presente momento, passemos ao conceito funcional do que entendemos por Judicialização da Política:

Judicialização da Política é o ato pelo qual qualquer pessoa, através de ação judicial, submete à apreciação do Poder Judiciário demanda sobre questões atinentes a *Policy*, *Polity* ou *Politics*.

Definido o que entendemos por Judicialização da Política, possibilitando, assim, a sua diferenciação do termo Ativismo Judicial, passemos, então, a estudar a última expressão que poderia gerar alguma confusão com esses dois termos antes analisados. Trata-se da expressão Politização do Judiciário.

5 POLITIZAÇÃO DO JUDICIÁRIO

Como se viu até o presente momento, todos esses termos surgem a partir dos estudos sobre o Poder Judiciário. Muitas vezes esses conceitos são confundidos ou até mesmo tomados uns pelos outros. O fato é que, repita-se uma vez mais, são expressões completamente distintas. Mas então, o que seria a dita Politização do Judiciário? Poderia o Poder Judiciário se enveredar em negociações políticas em alguma medida? De qual politização se está falando?

A história mostra que o Poder Judiciário, em alguns momentos, adentrou o campo da *politics* para defender ou ampliar os seus próprios poderes. Taylor (*op. cit.*), citando Baum (1997), denomina esse movimento para ampliar ou assegurar a manutenção do poder de “Corrente Estratégica”. Exemplo disso pode ser encontrado na elaboração da própria Constituição Federal de 1988. Koerner e Freitas (2013, s/p) relataram que “*os ministros do STF foram importantes atores na Constituinte, construindo alianças com os parlamentares de centro e centro-direita, para que apoiassem a preservação do tribunal.*” Eis aqui um dos sentidos em que o termo Politização do Judiciário pode ser utilizado.

Note-se que, no caso mencionado por Koerner e Freitas, a politização se dá fora da função constitucional do Poder Judiciário. Há aqui uma politização institucional em busca de uma autopreservação e aumento de poder. Evidentemente, é uma questão de relevo, contudo, a nosso ver, essa forma de politização não afeta, ao menos em tese, a função judicante. Todavia, construir alianças com os parlamentares para apoiarem a preservação do tribunal não deixa de ser uma forma de Politização do Judiciário.

Outra forma de Politização do Judiciário é a que ocorre no âmbito interno dos tribunais. Dentro do Poder Judiciário, assim como em outros poderes, há a previsão de progressão na carreira, o que implica, além do aumento na remuneração, a possibilidade de assumir cidades maiores. Caso o juiz pretenda ascender dentro da carreira, nos termos do que estabelece o artigo

93 da Constituição Federal, essa ascensão poderá se ocorrer de duas maneiras, quais sejam: por merecimento ou por antiguidade. Vejamos o que diz aludido artigo:

Art. 93. Lei complementar, de iniciativa do Supremo Tribunal Federal, disporá sobre o Estatuto da Magistratura, observados os seguintes princípios: [...]

II - promoção de entrância para entrância, alternadamente, por antiguidade e merecimento, atendidas as seguintes normas:

a) é obrigatória a promoção do juiz que figure por três vezes consecutivas ou cinco alternadas em lista de merecimento;

b) a promoção por merecimento pressupõe dois anos de exercício na respectiva entrância e integrar o juiz a primeira quinta parte da lista de antiguidade desta, salvo se não houver com tais requisitos quem aceite o lugar vago;

c) aferição do merecimento conforme o desempenho e pelos critérios objetivos de produtividade e presteza no exercício da jurisdição e pela frequência e aproveitamento em cursos oficiais ou reconhecidos de aperfeiçoamento;

d) na apuração de antiguidade, o tribunal somente poderá recusar o juiz mais antigo pelo voto fundamentado de dois terços de seus membros, conforme procedimento próprio, e assegurada ampla defesa, repetindo-se a votação até fixar-se a indicação;

e) não será promovido o juiz que, injustificadamente, retiver autos em seu poder além do prazo legal, não podendo devolvê-los ao cartório sem o devido despacho ou decisão;

III - o acesso aos tribunais de segundo grau far-se-á por antiguidade e merecimento, alternadamente, apurados na última ou única entrância; [...].

Em uma olhada superficial, poder-se-ia afirmar que não há qualquer elemento de Politização do Judiciário pela forma de progressão na carreira da magistratura. No que respeita à promoção por antiguidade, de fato, não encontramos qualquer elemento que se pudesse classificar como politização. Contudo, em relação à promoção por merecimento, há elementos que indicam a Politização do Judiciário nesse ponto. Victor Nunes Leal (1997), não tratando especificamente da promoção por merecimento, mas sim da promoção de magistrados e promotores, já alertava para a figura do juiz partidário:

[...] o mecanismo das promoções e remoções e o emprego de diversos meios de sedução e compressão, difíceis de serem evitados ou reprimidos, tudo isso contribui para que, especialmente no interior, ainda se encontrem juízes e promotores partidários, sem falar nos serventários da justiça, quase sempre militantes apaixonados [...]. (NUNES LEAL, 1997, p. 231)

Tratando especificamente da promoção por merecimento, encontramos a opinião de alguns juízes que, academicamente ou nos seus pronunciamentos oficiais, criticaram a modalidade de promoção por merecimento, dado o seu caráter mais político do que técnico. Citemos a posição de Salete Maccalóz (2002), que foi desembargadora do Tribunal Regional Federal da 2ª Região e professora universitária. Ela ressalta a pessoalidade que ocorre nas

promoções por merecimento, tendo em vista que essas promoções são regidas por interesses familiares, por interesses econômicos e, muitas vezes, por interesses políticos. *In verbis*:

[...] As nomeações e as promoções são comandadas por interesses familiares, econômicos e partidários, principalmente nos tribunais superiores. Mesmo quando o candidato tem méritos pessoais, só consegue a nomeação se cumprir o “rito” das negociações [...]. (MACCALÓZ, 2002, p. 28)

Em sentido convergente ao de Maccalóz, temos os ensinamentos do também juiz federal e professor universitário Roberto Wanderley Nogueira (2003), que pontua:

[...] Sobre a apuração do merecimento dos Juizes para fins de promoção em suas carreiras, isto tornou-se uma pilhéria bisonha, pois ninguém mais, dentre os de boa vontade, sente-se reconfortado por indicação que tal. (sic) O orgulho decorre, presentemente, por mais curioso que isso possa parecer, das promoções decorrentes do emprego do critério somente objetivo de antiguidade. Não seria mesmo razoável exigir-se de Magistrados que transitassem dentro em uma política interna de relações sociais intimistas (subsistema das boas relações), de cuja verticalidade não haveria como produzir critérios de real merecimento, entendida em seu sentido corrente, em face dos elementos psicológicos que passaram a informá-los nessas tais circunstâncias em tudo perniciosas [...]. (NOGUEIRA, 2003, p. 299)

Para encerrar a questão referente à politização das promoções por merecimento, citemos, ainda, o discurso de posse do juiz Siro Darlan (2016), promovido a desembargador por antiguidade no Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Citado magistrado publicou em seu “blog” o discurso de sua posse como desembargador. Vejamos alguns trechos:

[...] Sonhei com um Tribunal de Justiça onde o critério de promoções obedeceria estritamente ao texto constitucional que determina o cumprimento nas promoções dos critérios da antiguidade e do merecimento, alternadamente, sem o intuito de ajudar ou prejudicar outros colegas. Vale lembrar, e é necessário lembrar, que este último critério determina que a aferição será realizada através de juízos sobre a presteza, a frequência e o aproveitamento do magistrado em cursos reconhecidos de aperfeiçoamento, porém, até hoje, não se estabeleceram, ou ao menos não se conhecem, os elementos objetivos, os dados concretos utilizados nessas aferições, o que propicia situações que acabam por indiciar protecionismo. Este quadro conduz a produção de juizes vulneráveis, subservientes e sujeitos ao poder das cúpulas dos tribunais, obrigando-os a serem dóceis e assépticos além de submeter alguns à vergonhosa procissão de beija-mão e lava-pés que antecedem as promoções e remoções e que além de servir para incensar a vaidade dos votantes, propicia a troca de favores entre votantes/senhores e votados/vassallos, o que torna corrompível, aos olhos do povo, o processo de promoção. Ingresso no Tribunal de Justiça sem nunca haver pedido voto a ninguém, e mesmo assim obtive 20 dos 25 votos, o que demonstra que os

Desembargadores sabem em quem devem votar, sem o humilhante pedido de mérito, que vicia o próprio conceito de merecimento [...].

Note-se, assim, que na opinião dos próprios magistrados há a Politização do Judiciário no que respeita às promoções por merecimento. Segundo esses mesmos juízes, por ausência de requisitos objetivos, a promoção por merecimento acaba por atender interesses familiares, econômicos e partidários. Assim, podemos concluir que a promoção por merecimento pode acarretar na Politização do Judiciário, porém, essa espécie de politização, diferentemente da politização apontada por Koerner e Freitas (2013), ocorre no âmbito interno do próprio Poder Judiciário.

Interessante notar do discurso de Siro Darlan que, a despeito de se tratar de uma politização interna do Poder Judiciário, essa questão pode afetar a imparcialidade do juiz. Ora, se é como Darlan aponta e o juiz passa a ser subserviente ao posicionamento desse ou daquele desembargador, a sua imparcialidade estará completamente afetada, o que implica na quebra de uma das principais garantias do cidadão que é justamente ser julgado por um juiz imparcial.

Ferreira Filho (1995), por seu turno, também tratando da questão da imparcialidade, coloca a Politização do Judiciário como consequência quase lógica da judicialização da política. Segundo o autor, a partir do momento em que os magistrados passaram a decidir questões políticas, começaram a se preocupar, também, com a opinião pública sobre suas decisões. Vejamos:

[...] Mas a justicialização da política tem como contrapartida inexorável a politização da justiça. O aspecto bem visível disto está no fato de que, hoje, há magistrados que notoriamente guiam seus votos pela “opinião pública”, o que realmente significa dizer pelos meios de comunicação de massa. Estes “profetizam” os votos dos membros de uma Corte – o Supremo Tribunal Federal, por exemplo – analisando posições jurídicas como se fossem opções ideológicas ou partidárias. E nisto são ajudados por membros do Judiciário que, em *off*, vazam informações, antecipam votos, movidos pelo desejo ou de agradar ou de justificar-se perante os “donos” da comunicação. [...] (FERREIRA FILHO, 1995, p. 10)

Trata-se aqui de mais uma forma de Politização do Judiciário voltada, agora, para a “opinião pública”, ou seja, o juiz deixa de aplicar o direito ao caso concreto e passa a aplicá-lo de forma responsiva aos anseios populares. Luiz Roberto Barroso (2013, s/p), no ano de sua posse, em 2013, sobre o tema declarou:

[...] Acredito que o poder que o Supremo exerce é representativo e portanto acho que o Supremo tem que ser transparente e deve contas à sociedade brasileira.

Agora, dever satisfações à sociedade e à opinião pública não significa ser subordinado ou submisso à opinião pública. A opinião pública não é uma instituição, é uma nuvem que se desloca e muda de forma [...].

O fato é que o Poder Judiciário tem uma série de garantias voltadas para que o juiz, ao julgar um determinado caso, não seja levado por pressões políticas. Essas garantias estão previstas no artigo 95 da Constituição Federal, que diz:

Art. 95. Os juízes gozam das seguintes garantias:

I - vitaliciedade, que, no primeiro grau, só será adquirida após dois anos de exercício, dependendo a perda do cargo, nesse período, de deliberação do tribunal a que o juiz estiver vinculado, e, nos demais casos, de sentença judicial transitada em julgado;

II - inamovibilidade, salvo por motivo de interesse público, na forma do art. 93, VIII;

III - irredutibilidade de subsídio, ressalvado o disposto nos arts. 37, X e XI, 39, § 4º, 150, II, 153, III, e 153, § 2º, I. [...]

Além dessas garantias o juiz tem uma série de vedações, todas voltadas à manutenção da imparcialidade, inclusive, sendo proibida qualquer atividade político-partidária, tal como está previsto no parágrafo único do artigo supracitado. *In verbis*:

[...] Parágrafo único. Aos juízes é vedado:

I - exercer, ainda que em disponibilidade, outro cargo ou função, salvo uma de magistério;

II - receber, a qualquer título ou pretexto, custas ou participação em processo;

III - dedicar-se à atividade político-partidária.

IV receber, a qualquer título ou pretexto, auxílios ou contribuições de pessoas físicas, entidades públicas ou privadas, ressalvadas as exceções previstas em lei;

V exercer a advocacia no juízo ou tribunal do qual se afastou, antes de decorridos três anos do afastamento do cargo por aposentadoria ou exoneração. [...].

Como se vê, a constituição brasileira traz inúmeras garantias e vedações ao magistrado, a fim de que ele possa julgar de forma imparcial. Essa questão já poderia ser vista em Hobbes (2001, p. 135) quando disserta: “*em nenhuma causa alguém pode ser aceito como árbitro, se aparentemente para ele resultar mais proveito, honra ou prazer com a vitória de uma das partes do que com a da outra*”.

Ada Pellegrini Grinover (2002, p. 51) ressalta que o “*caráter de imparcialidade é inseparável do órgão da jurisdição. O juiz coloca-se entre as partes e acima delas.*” Percebe-

se, assim, que a Politização do Judiciário, quando atinge a imparcialidade do juiz, afronta diretamente um dos elementos fundamentais do Poder Judiciário. Todavia, de todas as formas de Politização do Judiciário que tratamos até o presente momento, a que nos interessa no presente trabalho é aquela que é exercida através da função judicante.

Assim como o termo judicialização da política acaba por ter vários sentidos, com Politização do Judiciário não é diferente. Entretanto, no que respeita à judicialização é um ato externo ao Judiciário, ou seja, é, segundo a nossa definição, o ato de remeter ao Poder Judiciário a solução de determinada demanda. O Poder Judiciário, nessa questão é o sujeito passivo em relação à judicialização da política. Já a politização é ato interno e, no máximo, ligado à autopreservação da própria instituição em algumas situações. Segundo Ferraz (1994), o exercício de um papel político pelo Poder Judiciário – afastado do texto constitucional – afrontaria diretamente o princípio da separação dos poderes, bem como os princípios da neutralidade, imparcialidade e apartidarismos que essa instituição deve manter. Aliás, Hobbes (2001) afirma que se o juiz não tratar as partes com igualdade só lhes sobraria a guerra para resolver a questão posta ao árbitro imparcial:

[...] Se a alguém for confiado servir de juiz entre dois homens, é um preceito da lei de natureza que trate a ambos equitativamente. Pois sem isso as controvérsias entre os homens só podem ser decididas pela guerra. Portanto aquele que for parcial num julgamento estará fazendo todo o possível para afastar os homens do uso de juizes e árbitros, por conseguinte (contra a lei fundamental de natureza) estará sendo causa de guerra [...]. (HOBBS, 2001, p. 96)

Como se viu, a Politização do Judiciário pode ocorrer dentro de vários contextos e, com isso, assumir vários sentidos. Contudo, para os fins do presente trabalho, já que precisamos diferenciá-lo dos demais itens estudados, o sentido que nos interessa é justamente aquele em que juiz usa do seu poder de decidir para atingir interesses políticos, passando a ser parcial em seu julgamento, visando, justamente, beneficiar os seus partidários políticos, o que, segundo Hobbes, levaria o cidadão à guerra.

Em nossa definição de ativismo judicial, lançamos a premissa de que o ativismo ocorre quando o juiz, elaticendo as técnicas de hermenêutica jurídica ou ignorando-as completamente, faz da sua decisão um meio de satisfazer as suas convicções pessoais ou ideológicas. Rememoremos:

Ativismo Judicial é o comportamento funcional do juiz que, elaticendo ou abandonando por completo o campo possível de interpretação jurídica, acaba

por produzir decisão que entende socialmente adequada com base em suas convicções pessoais ou ideológicas.

Então, nesse ponto, o juiz que proferir uma decisão que se possa classificar como decorrente da politização judicial percorre todos os caminhos da decisão fruto do ativismo judicial, entretanto, adjetivando o seu último item, ou seja, a ideologia pode ser política em suas três vertentes: *policy*, *polity* e *politics*. Nesse aspecto, o ativismo judicial é o meio pelo qual a Politização do Poder Judiciário se concretiza, não se confundindo com ele.

Apenas para sistematizar o que foi dito até o presente momento, passemos a demonstrar, no quadro que se segue, quais os sentidos em que o termo Politização do Poder Judiciário pode ser utilizado:

Tabela 4: Sentidos da Politização do Judiciário

POLITIZAÇÃO EXTERNA	POLITIZAÇÃO INTERNA
1 – Politização Institucional: ocorre quando o Poder Judiciário, como instituição, acaba por fazer acordos políticos com outras instituições em busca de expandir ou manter os seus poderes.	1 – Politização pela Ascensão: ocorre quando os Juizes de instâncias inferiores passam a ser subservientes aos posicionamentos de membros das instâncias superiores com a finalidade de conseguirem os votos necessários para serem promovidos por merecimento.
2 – Politização Ativista: ocorre quando o juiz utiliza dos mecanismos do ativismo judicial em suas decisões, a fim de satisfazer interesses políticos de terceiros.	2 – Politização Populista: ocorre quando os membros da magistratura passam a pautarem as suas decisões sobre questões políticas com base na opinião pública, com receio da desaprovação popular sobre essas decisões.
	3 – Politização Ativista: ocorre quando o juiz utiliza dos mecanismos do ativismo judicial em suas decisões, a fim de satisfazer interesses políticos próprios.

Fonte: produção própria.

6 ATIVISMO JUDICIAL NA PERSPECTIVA DO DIREITO

Após esse percurso para diferenciarmos os conceitos primos tratados nos tópicos anteriores, passaremos a analisar qual é a concepção do ativismo judicial que a Ciência Jurídica tem ou desenvolveu. Para tanto, faremos uma revisão bibliográfica do que os autores do Direito entendem por ativismo judicial, ressaltando-se que, nessa área do conhecimento, a questão referente ao ativismo diz respeito, prioritariamente, às técnicas de interpretação da lei e da norma jurídica.

Assim, os autores que estudam o ativismo judicial no âmbito do Direito, partem da premissa de que a concepção do que seria lei/norma passou por vários estágios. O primeiro deles seria o denominado jusnaturalismo, sendo que essa concepção teria sido substituída pelo juspositivismo. Por fim, esses autores afirmam que hoje estaríamos vivendo em uma concepção sobre a legalidade ligada ao neoconstitucionalismo.

Esse fenômeno foi mais um, dentre outros, que desencadearam o “empoderamento” do Poder Judiciário, o que, por conseguinte, trouxe em seu bojo as questões referentes à Judicialização da Política, Politização do Judiciário e o Ativismo Judicial. Para alguns, portanto, o ativismo judicial é fruto do neoconstitucionalismo e, para outros, essa postura ativista dos juízes perante a interpretação da lei pode atingir as pilastras fundamentais da democracia, o que demandaria um freio ou contenção dessa atividade criativa dos juízes.

Os freios ou métodos de contenção da atividade criativa dos juízes seriam estabelecidos a partir de métodos ou sistemas de interpretações judiciais que poderiam ser considerados corretos. Surgem, assim, várias teorias ligadas à hermenêutica ou pretendendo limitar o ativismo ou tornar as decisões judiciais mais objetivas.

A fim de entendermos qual a concepção do Direito sobre o ativismo judicial, passemos a entender as questões referentes ao jusnaturalismo, juspositivismo e ao neoconstitucionalismo.

6.1 COMPREENSÃO DA LEI E DA NORMA

Antes de entendermos o que foram ou são o jusnaturalismo, juspositivismo e o neoconstitucionalismo, é de suma importância compreendermos o que a Ciência Jurídica entende sobre a lei e a norma propriamente dita. Bobbio (2001) destaca que norma jurídica é uma preposição e, quando se faz essa afirmação, pretende-se dizer que é um conjunto de palavras com um significado. Diante dessa lição, podemos dizer que, enquanto a lei é palavra escrita, a norma é o significado da lei.

Apenas para que a questão não fique tão abstrata, citemos um exemplo que é possível de ser encontrado em qualquer livro que trate do tema, porém, de autoria desconhecida: imaginemos que você está em uma cidade desconhecida e se depare com o acesso a uma praia aparentemente deserta. O único detalhe é que nesse acesso há uma placa dizendo: “Proibido usar Biquíni.” Alguns perguntariam: somente é possível usar maiô? Outros indagariam: trata-se de uma praia de nudismo? Temos aqui, portanto, duas normas possíveis, porém somente uma correta.

Com o exemplo acima, fica fácil perceber que a lei é a placa: “Proibido usar Biquíni.” O elemento normativo, por seu turno, em se tratando de uma praia de nudismo, seria “Proibido usar qualquer roupa”. Esse é o grande dilema do operador do Direito e, principal, de quem tem a incumbência de julgar, pois para verificar se se trata ou não de uma praia de nudismo, o intérprete, necessariamente, precisará colher outras informações dessa praia, já que somente pela placa não foi possível definir qual era a norma estampada na lei.

A Ciência Jurídica traz inúmeras classificações da lei e da norma. Não nos aprofundaremos nessa questão, pois o que nos interessa para o presente trabalho é que fique clara a diferença entre esses dois institutos. Dito isso, podemos dar início ao estudo, primeiramente, do que se trata o jusnaturalismo, ressaltando as limitações sobre o alcance desse estudo, uma vez que não se pretende exaurir o que disseram essas correntes jusfilosóficas, mas tão somente trazer os seus elementos básicos para a compreensão do caminho da interpretação legal pela qual o Direito passou.

6.2 JUSNATURALISMO

O jusnaturalismo ou direito natural está ligado à ideia de que o homem teria direitos, independente da vontade humana, ou seja, todos aqueles que estivessem vivendo em estado de natureza já lhes seriam garantidos certos direitos. A título de exemplo, o direito à vida independeria de regulamentação, pois o homem, ao nascer, já teria o direito à vida garantido. O direito natural seria universal, imutável e inviolável, tendo como pressuposto os valores do ser humano.

Hobbes (*op. cit.*), em seu livro *Leviatã*, reconhece que o homem em “estado de natureza” faria jus ao direito de liberdade e, para preservar esse direito natural, poderia fazer qualquer coisa, inclusive, usar a força. A partir dessa constatação, ele disserta que, para assegurar a paz e a segurança, os homens devem, conjuntamente, renunciarem às suas liberdades individuais em favor do soberano que, a partir daí, regularia esse direito natural individual.

Outro pensador que se debruçou sobre a questão referente à existência de um direito natural foi Jonh Locke (*op. cit.*). Para Locke, o estado de natureza seria uma situação de guerra, já que todos os homens poderiam utilizar a força para defenderem a sua vida, liberdade e bens. Assim, foi necessária a existência de um contrato social para a passagem do estado de natureza para uma sociedade política ou civil organizada, de modo que o estado de natureza seria regulado pelo soberano. Segundo Rousseau (2010), para os jusnaturalistas, o controle de constitucionalidade se justificaria justamente na questão do contrato social, já que é consequência natural dos caracteres universais e transcendentais das liberdades e direitos do homem. Quando o homem passou do estado de natureza para o estado civil, as constituições dos Estados foram fundadas sobre a base desse direito natural preexistente.

Bobbio (1999) salienta que o movimento jusnaturalista passou por duas fases. A primeira fase pregava a existência concomitantemente tanto do direito natural, quanto do direito positivo. Esse último era tomado como aquele que pode ser apreendido pelos sentidos, tornando-se um fenômeno jurídico concreto e verificável no mundo empírico, através das fontes do direito, mormente as de origem estatal. Conjuntamente, existia o direito natural, que era perene, eterno e imutável, o qual representava um valor metafísico de justiça.

O segundo movimento descrito por Bobbio era o que considerava o jusnaturalismo superior ao direito positivo. Para essa corrente de pensamento, o direito positivo derivaria do direito natural, o qual serviria de referencial valorativo e ontológico para o direito positivo. Seguindo esse raciocínio, o direito positivo deve ser justo e, se não o fosse, deixaria de apresentar juridicidade, sob pena de se confundir com força meramente arbitrária.

Percebe-se que a questão que fica entreaberta no direito natural está relacionada a saber o que é o direito justo. Castro (1954) ressalta que a doutrina jusnaturalista não oferece uma resposta satisfatória das diferenças existentes entre o direito, legitimidade e justiça. Para Castro, portanto, o jusnaturalismo confunde o campo do ser com o do dever ser. Nesse aspecto, os jusnaturalistas consideram que o direito injusto seria descaracterizado como um fenômeno jurídico. Aqui o autor traz o mesmo raciocínio indicado por Bobbio, ou seja, o direito injusto se confundiria com a força meramente arbitrária.

Castro (1954) afirmou que o jusnaturalismo não reconhecia a bipolaridade axiológica, ou seja, que todo valor era, obrigatoriamente, correlato de um desvalor. A questão é fácil de ser visualizada: a aplicação de uma pena de prisão para um determinado infrator pode ser vista como justa do ponto de vista do julgador. Entretanto, do ponto de vista dos familiares desse

infrator essa pena pode ser vista como injusta. Isso, segundo Castro, não autorizaria a afirmação dos jusnaturalistas de que o direito injusto não seria direito.

Por fim, Castro (*op. cit*) destaca que a compreensão da justiça como algo a-histórico, atemporal e a-espacial não seria concebível. O justo não pode ser concebido como um valor ideal, visto que já se demonstrou que o direito é objeto cultural e tanto quanto a justiça são valores histórico-sociais. O conceito de justiça, portanto, seria algo relativo, condicionado no tempo e no espaço.

Para a corrente jusnaturalista, portanto, o homem possuiria alguns direitos que independeriam de estarem previstos em qualquer regramento, uma vez que seriam direitos inerentes à condição de ser humano. Dentre esses direitos, podemos citar o direito à vida, à liberdade e, segundo Locke, à propriedade, desde que adquirida através do trabalho. O fato é que essa corrente de interpretação não conseguiu definir o que seria o conceito de justiça, uma vez que o considerava um conceito metafísico e, por conseguinte, não havia um balizador para medir se as decisões judiciais seriam justas ou injustas.

Em que pese essa concepção de direito natural ter dado lugar, em um primeiro momento, ao juspositivismo, ela influenciou os regramentos jurídicos do mundo após a Segunda Guerra Mundial. Exemplo disso seria a Declaração Universal dos Direitos do Homem que, em seus artigos 1º e 3º dizem, respectivamente, que: “todos os homens nascem livres e iguais em dignidade e direitos” e, que “todo o homem tem direito à vida, à liberdade e à segurança pessoal”.

Esses artigos, dentre outros, são reflexos diretos do jusnaturalismo, os quais se decidiu positivizar, a fim de que a humanidade não passasse novamente pelas atrocidades que ocorreram na Segunda Guerra Mundial. A questão dos direitos fundamentais, em alguma medida, terá reflexo no Ativismo Judicial, conforme será demonstrado mais adiante. Seja como for a concepção jusnaturalista, acabou por perder espaço para o juspositivismo, o qual passamos a estudar.

6.2.1 Juspositivismo

O Juspositivismo ou direito positivo, é uma corrente de interpretação jurídica que se opõe ao Jusnaturalismo ou ao direito natural. Essa corrente de pensamento considera apenas a lei emitida pelo Estado como a única fonte do Direito. Sendo assim, somente a partir da aplicação dessa lei ao caso concreto é que se pode analisar se essa decisão foi justa ou não. Daí a afirmação dessa corrente de que o seu método de análise é empírico. Nesse diapasão, a norma

tem apenas natureza formal, não se considerando a moral, a ética ou a política como meios de se alcançar o elemento normativo da legislação.

Dentro do próprio positivismo surgiram várias correntes interpretativas que divergiam sobre alguns de seus elementos. A primeira dessas correntes foi a denominada Positivismo exclusivo ou radical. Seu principal defensor foi Joseph Raz (1979), que defendia que a autoridade seria a única e exclusiva fonte do Direito. Para ele, exerce-se autoridade quando estão reunidas duas condições: 1) os destinatários do comando obedecem porque confiam nessa autoridade ou porque a temem; 2) as ordens da autoridade são obedecidas independentemente do juízo de valor que o destinatário faz sobre elas.

A segunda corrente, denominada Positivismo inclusivo ou moderado, defende a divisão do direito visto como *hard fact* e *social convention*. Um dos defensores dessa corrente, Coleman (2001), relata que o direito é o que está estabelecido na lei, entretanto, em algumas sociedades pode haver uma convenção social que deva ser levada em consideração para se interpretar a norma jurídica. A título de exemplo podemos citar que no Código Penal Brasileiro, até o ano de 2005, no capítulo denominado “Dos Crimes Contra a Liberdade Sexual”, nos artigos 210, 215 e 216, estava prevista a expressão “mulher honesta”, em um claro exemplo do que apontou Coleman, pois o julgador deveria definir o que seria uma “mulher honesta” para aplicar a lei ao caso concreto.

Assim, essa segunda corrente, a despeito de reconhecer que o direito é a lei emanada de um poder de Estado, flexibilizava a posição radical quando admitia que, em determinadas sociedades, não era possível aplicar a lei ao caso concreto, sem se socorrer desse elemento moral.

Temos, ainda, as lições do grande expoente do positivismo jurídico, Hans Kelsen (*op. cit.*), com o seu livro *Teoria Pura do Direito*. Kelsen, a bem da verdade, buscou fazer do direito uma ciência com neutralidade axiológica ou, ao menos, uma neutralidade jurídica. Para tanto, buscou afastar do campo jurídico todo e qualquer elemento estranho ao direito. Importante destacar que Kelsen não nega a existência da relação entre o direito e a política; entre o direito e a sociologia, dentre outros ramos das ciências sociais. O que ele pretende é dizer que o direito é uma ciência autônoma e eventuais problemas da Ciência Jurídica por ela serão resolvidos.

Assim, Kelsen disse que o objeto de estudo da Ciência Jurídica são as normas e tão somente elas. O estudo do comportamento humano somente seria objeto de estudo da Ciência Jurídica na medida em que esse comportamento constituísse o conteúdo da norma. Diante desses fatos, ele divide o estudo da Ciência Jurídica em dois ramos. O primeiro diz respeito ao

que denominou de *Teoria estática do direito*: nesse ramo é estudada a norma jurídica propriamente dita, bem como os sujeitos jurídicos dessa norma e sua capacidade processual, dentre outros elementos. Em um segundo ramo, que denominou de *Teoria dinâmica do direito*, o estudo é voltado para as normas que regulamentam o processo jurídico em que o direito é produzido. Aqui estaria o estudo das relações hierárquicas das normas.

No que respeita a essa última teoria, Kelsen entende que a validade das normas está condicionada a uma estrutura hierárquica piramidal, na qual se encontra no ápice a norma fundamental de um Estado. Essa norma fundamental não deriva a sua legitimidade de nenhuma outra fonte a não ser o próprio Estado que a constituiu. A norma fundamental deve trazer em seu bojo os regramentos de como as leis devem ser produzidas e por quem. No caso brasileiro especificamente, não há dúvida de que essa lei fundamental seria a Constituição Federal que, a despeito de ser considerada programática, traz os regramentos específicos sobre a elaboração de leis e suas respectivas competências.

Para Kelsen, a interpretação da norma pode ser dividida em duas espécies: a primeira seria a interpretação feita pelo jurista; e, a segunda, a interpretação exarada pelo órgão que tem a incumbência de aplicar a norma ao caso concreto. Segundo o autor, dentro da hierarquia das normas que propõe, uma norma em escala superior regula o ato pelo qual a norma inferior deve ser produzida e aplicada pelos tribunais. Contudo, Kelsen reconhece que essa aplicação pode deixar lacunas, o que daria ao aplicador da norma certa margem livre de apreciação ao aplicar a lei ao caso concreto. Nessa situação, o autor defende que a norma superior tem sempre um caráter de moldura a ser preenchida pelo ato de produção ou aplicação da norma.

Kelsen, portanto, prega que o próprio direito pode conduzir a mais de uma solução correta, desde que estejam dentro desse quadro de interpretação possível juridicamente. A escolha de quaisquer das interpretações do quadro normativo de Kelsen seria uma questão política do aplicador do direito e não da teoria do direito. Hart (2007), por seu turno, também positivista, em seu livro *O Conceito de Direito*, discorda do posicionamento de Kelsen no que respeita ao quadro interpretativo. Para ele, é inerente ao Direito uma linguagem “aberta”. Essa afirmação leva o autor a concluir que existem “casos claros”, em que o “conceito de direito” está plenamente presente. Entretanto, existem os “casos obscuros”, nos quais o “conceito de direito” não é reconhecível facilmente. Para Hart, a interpretação de casos claros é um ato cognitivo e a dos casos obscuros é um ato político. Assim, o autor destaca que muitas questões não possuem uma interpretação correta, não sendo possível, portanto, estabelecer um quadro de interpretações possíveis.

Não poderíamos deixar de citar a opinião de Carl Schmitt (1934, apud Macedo Jr., 1997, s/p). Segundo Schmitt, contrapondo-se aos ensinamentos de Kelsen, existiria o “jurista de tipo decisionista”. Para essa espécie de jurista, *“a fonte de todo o “direito”, isto é de todas as normas e os ordenamentos sucessivos, não é o comando enquanto comando, mas a autoridade ou soberania de uma decisão final, que vem tomada junto com o comando”*. Schmitt entende que, para Hobbes, *“a decisão soberana não pode ser explicada, portanto, do ponto de vista jurídico, nem com base numa norma, nem com base num ordenamento concreto; nem pode ser inserida no âmbito de um ordenamento concreto. Para o decisionista, ao contrário, é somente a decisão que funda tanto a norma como o ordenamento. A decisão soberana é o princípio absoluto. É o princípio (no sentido de arché) não é outra coisa senão decisão soberana”*.

Em suma, segundo Schmitt (1934, apud Macedo JR., 1994, s/p), o decisionista é aquele para quem *“todo o direito, todas as normas e leis, todas as interpretações de leis, todos os ordenamentos são substancialmente decisões do soberano, e soberano não é um monarca legítimo ou uma instância competente, mas exatamente aquele que decide como soberano. O direito é a lei e a lei é o comando que decide sobre controvérsias em torno do direito: “Auctoritas, non veritas facit legem.”*”. Nota-se que essa concepção, lembra os ensinamentos de Joseph Raz, dentro da linha de pensamento do positivismo radical.

Além dos apontamentos de Schmitt, o juspositivismo sofreu uma série de críticas, dentre elas a referente à separação entre o direito e a moral, defendida por essa corrente do pensamento jurídico. Contudo, a crítica mais ácida que sofreu foi a de que a defesa da completa separação entre a moral e o direito levou ou formalizou as atrocidades que ocorreram no holocausto. Apenas a título de exemplo, vejamos as críticas tecidas por Gutav Radbruch (1962, p. 416):

[...] Esta concepção da lei e sua validade, que chamamos Positivismo, foi a que deixou sem defesa o povo e os juristas contra as leis mais arbitrárias, mais cruéis e mais criminosas. Torna equivalentes, em última análise, o direito e a força, levando a crer que só onde estiver a segunda estará o primeiro [...].

Há outros elementos na teoria pura do direito e do juspositivismo que não trataremos no presente tópico, a despeito de serem de relevo para essas teorias. O que pretendemos foi justamente trazer uma noção da construção histórica do pensamento pelo qual passou a interpretação das leis e da norma no âmbito da Ciência Jurídica. Resta-nos, entretanto, tratar do sobredito neoconstitucionalismo, o qual seria, para alguns, a fase contemporânea pela qual a Ciência Jurídica estaria passando.

6.2.2 Neoconstitucionalismo

Antes de entendermos o que é o neoconstitucionalismo, precisamos compreender o que foi propriamente o constitucionalismo. O grande constitucionalista português, José Joaquim Gomes Canotilho (2000), ensina-nos que o constitucionalismo tratou-se de uma técnica específica de limitação do poder. A origem desse movimento se deu com a revolução norte-americana e, por conseguinte, com a independência dos Estados Unidos da América e a promulgação de sua Constituição, em 28/09/1787, bem como com a revolução Francesa, que culminou com a promulgação da Constituição Francesa de 03/09/1791. Para Canotilho, essas duas revoluções inauguram o movimento político-jurídico denominado constitucionalismo.

Ainda segundo Canotilho (2000), esse modelo de constituição inaugurado por essas duas revoluções consagra que o poder estatal deve ser disciplinado por um conjunto de normas escritas em um texto único, elaborado por um órgão designado com essa finalidade. Eis o surgimento da Constituição e do Poder Constituinte. Segundo apontado pelo autor, as características desse texto constitucional são, basicamente, duas: a) supremacia do texto constitucional em relação às normas inferiores e; b) texto constitucional rígido em relação à legislação infraconstitucional, ou seja, o seu modo de elaboração e modificação são realizados através de um procedimento mais complexo do que a alteração das leis infraconstitucionais.

Não se nega, entretanto, que existam países que tenham normas que regulamentam e/ou limitam os poderes de Estado sem, contudo, estarem escritas em apenas um único texto ou, ainda, não estejam escritas. A partir dessa questão é criada uma divisão das próprias normas constitucionais entre normas materialmente constitucionais, aquelas que tratam dos elementos do Estado e formalmente constitucionais, que assim são consideradas simplesmente por estarem no texto constitucional. Houve ainda a classificação entre constituições não escritas ou parcialmente não escritas; Constituições históricas; Constituição flexível, dentre inúmeras outras classificações (MORAES, 2004).

Digno de nota é a constatação feita por Issac Kramnick (1993), quando disse que a constituição norte-americana foi redigida em reação ao avanço democrático dos Estados Unidos que, após a independência, passou por uma disseminação do sufrágio e da valorização do Poder Legislativo. Com isso, os pobres teriam a real possibilidade de alcançarem as maiorias parlamentares e, por conseguinte, aprovarem leis de interesse dessa população. Segundo Kramnick, a criação de uma Federação, a adoção do presidencialismo e de um legislativo bicameral foi uma resposta direta à vontade da maioria. James Madison, em *O Federalista* (2003), disse claramente que o Legislativo deveria filtrar os anseios da sociedade e não espelhá-

los, o que, reflete, a bem da verdade, as intenções da elaboração de uma Constituição nos Estados Unidos, à época – de limitar o avanço das maiorias.

De toda sorte, a ideia central do constitucionalismo é a de supremacia da constituição, sendo esta a Lei Fundamental e superior a todas às demais de um Estado. Se o sistema é feito de forma hierarquizada, sendo o Poder Judiciário o órgão incumbido de interpretar a lei, a ele caberia fazer essa análise de compatibilidade entre a Constituição e as leis inferiores. Nasce, assim, o controle de constitucionalidade que pode ser realizado pelo método difuso ou concentrado. Apenas como nota, é importante destacar que houve quem defendesse que o controle de constitucionalidade deveria ser feito pelo próprio Parlamento e, também, quem defendesse que esse controle deveria ser feito pelo Poder Executivo.

Até esse momento do desenvolvimento do constitucionalismo não se falava em positivação de direitos fundamentais ou aplicação de princípios com carga normativa. O que se tinha eram as normas constitucionais consideradas como normas supremas e o confronto dessas normas infraconstitucionais com a Constituição de cada Estado. Essas são as pilstras básicas do constitucionalismo.

Importante verificar, entretanto, que se a constatação de Issac Kramnick está correta, o constitucionalismo que nasce para frear a vontade das maiorias – os pobres e seus anseios por liberdade, igualdade etc. – ao longo do tempo essa questão acaba sendo invertida, pois inúmeros direitos fundamentais foram sendo incorporados aos textos constitucionais. Com essa inversão de valores, portanto, começa a florescer o que hoje denominamos de neoconstitucionalismo.

A lei, assim, parte de um mundo metafísico, no qual o homem tem direitos independentemente de estarem ou não positivados pelo Estado, para a negação absoluta desse direito natural, quando então se reconhece como direito somente aquilo que o poder do Estado decidiu legislar. O neoconstitucionalismo, segundo Barroso (2007), surge a partir da Segunda Guerra Mundial, como forma de afastar as ideias positivistas que, como já se disse, em nome da estrita legalidade, teriam levado ou instrumentalizado às barbáries ocorridas no holocausto.

Assim como a literatura indica que Hans Kelsen foi o autor que se destacou em relação ao positivismo, destacam-se, no que respeita ao neoconstitucionalismo, Ronald Dworkin e Robert Alexy. Evidentemente, outros estudiosos escreveram sobre o assunto, contudo, esses autores trazem elementos referentes ao neoconstitucionalismo que serão importantes para entendermos algumas concepções do ativismo judicial.

Antes, porém, de analisarmos o que ensinaram os aludidos autores, Paolo Comanducci (2003) estabelece uma classificação sobre o neoconstitucionalismo, dando-nos um panorama

geral do que seria essa corrente jusfilosófica. Citado autor divide o neoconstitucionalismo em: a) **teórico**: nesse aspecto, a Constituição seria invasora, pois com uma gama de direitos fundamentais em seu texto – do qual se extraem regras e princípios – a interpretação das leis seria invadida por essas regras e princípios atinentes aos direitos fundamentais positivados na Constituição Federal; b) **ideológico**: o objetivo da constituição seria tornar efetivos esses direitos fundamentais positivados na constituição, sendo que a obediência ao Direito somente se justificaria se fosse para efetivar os direitos fundamentais. Assim, o princípio constitucional de limitação dos poderes ficaria em segundo plano; c) **metodológico**: havia a necessidade de conexão entre o direito e a moral.

Essa classificação de Paolo Comanducci reflete o pensamento do neoconstitucionalismo. Entretanto, de relevo, analisarmos também os ensinamentos de Ronald Dworkin e Robert Alexy. Ressaltamos, contudo, que a teoria desenvolvida pelos dois autores é ampla e demandaria outra dissertação para dar conta do assunto como um todo. De toda sorte nos restringiremos aos aspectos que, de uma forma ou de outra, podem influenciar na compreensão do ativismo judicial para o direito.

Passemos, então, a analisar primeiramente os ensinamentos de Ronald Dworkin (2002), em seu livro denominado *Levando os direitos a sério*. Nesse livro, o autor explora alguns elementos do neoconstitucionalismo, contrapondo-se à Hart (2007), visto no tópico anterior. Dworkin nega que as normas jurídicas possam ser identificadas por casos claros ou obscuros e, nega, também, que o direito seja formado apenas por regras, aplicadas por subsunção¹⁵.

A principal contribuição de Dworkin (2002) foi a sua diferenciação entre **regras**, aplicáveis por subsunção, e **princípios**, aplicados como “razão para decisões”. As regras são aplicadas porque são vigentes e válidas, ou não são aplicadas porque foram revogadas, ou, ainda, são inválidas – “regra do tudo ou nada”. Já os princípios, segundo o autor, devem ser sopesados no momento da sua aplicação ao caso concreto, uma vez que “*quando os princípios se inter cruzam [...], aquele que vai resolver o conflito tem de levar em conta a força relativa de cada um [...]*” (DWORKIN, 2002, p. 39)

É importante ressaltar que, para Dworkin, Alexy e os neoconstitucionalistas, o termo “princípio”, dentro do Direito, teve o seu sentido alterado ao longo do tempo. Em um primeiro momento, o “princípio” foi tomado por seu sentido denotativo, ou seja, início, origem. Em um segundo momento, passou a ser entendido como a viga-mestra, a argamassa do sistema jurídico,

¹⁵ Subsunção, para o direito, é adequar o caso concreto ao que está previsto na lei. Por exemplo, o artigo 121 do Código Penal prevê como crime: “Matar alguém.” Se uma pessoa tirar a vida de outra esse fato se subsumiu ao tipo penal em questão.

ou seja, o elemento que fazia com que as normas jurídicas formassem um sistema normativo. Por fim, a posição adotada pelos neoconstitucionalistas é a de que o princípio teria conteúdo normativo tal qual as regras. Logo, o sistema normativo é formado por regras e princípios.

A partir dos ensinamentos de Dworkin, Robert Alexy (2008), em seu livro *Teoria dos Direitos Fundamentais*, faz algumas críticas à teoria de Dworkin, principalmente no que se refere à denominada “regra de tudo ou nada.” Para Alexy o confronto entre regras se resolve realmente pela sua validade ou invalidade. Contudo, em alguns momentos, esse confronto pode não gerar a invalidade da regra, mas sim outra regra que Alexy denominou de regra de exceção, afastando-se, assim, a regra de tudo ou nada de Dworkin. A colisão entre princípios, por seu turno, resolve-se pela ponderação, não sendo aplicada a regra de validade ou invalidade. Alexy (2008) disse que os direitos fundamentais são regras/princípios. Se uma determinada regra/princípio se choca com outra regra/princípio, não se pode dizer que essa regra não é válida, já que carrega em seu bojo uma carga principiológica. Nesse caso, a questão deveria ser resolvida pela ponderação.

Os neoconstitucionalistas, de forma geral, entendem que o direito não pode mais ser aplicado pelo simples método de subsunção, mas sim pela ponderação, já que os direitos fundamentais positivados são regras/princípios e irradiam os seus efeitos pelas demais normas do ordenamento jurídico. Eis uma das grandes questões do neoconstitucionalismo, pois o princípio da ponderação coloca o julgador quase que na posição do legislador. Para Alexy (2014), existe a ponderação abstrata, aquela realizada pelo legislador para criar uma norma e, por conseguinte, estabelecer uma medida concretizadora no plano abstrato. De outro lado, toda norma abstrata necessita, na sua aplicação, de uma ponderação no caso concreto, essa, aplicada pelo Juiz ao analisar o caso posto em julgamento.

Alexy (2014) ressalta que, se o Juiz verificar que houve erro na ponderação anterior – legislativa –, deverá invalidar a norma abstrata. Segundo o autor, essa ponderação deverá se basear na identificação dos valores daquele caso; esses valores deverão ser sopesados e, por fim, deverá ser estabelecida uma regra resultante desse exercício de hermenêutica. Note-se que não se está falando de inconstitucionalidade, mas simplesmente de invalidação de uma regra legislativa levando em conta a ponderação e valores.

Ainda no campo dos valores, o neoconstitucionalismo religa o Direito à Moral. Para Hart (1987), positivista, a moral pode ser subdividida entre a moral positiva e a moral crítica. A moral positiva seriam os valores aceitos por determinado grupo de pessoas; e a moral crítica seria uma moral amplamente reconhecida por toda a sociedade e utilizada para criticar aqueles

que se desviassem dessas questões morais e também para criticar as instituições sociais, ambas externa ao direito para Hart. Os neoconstitucionalistas, inspirando-se nos ensinamentos de Hart, entendem que a moral crítica não é externa ao direito, mas sim sua parte integrante e subordinada a ela. A moral crítica, para essa corrente jusfilosófica, serviria como parâmetro de validade do Direito e para criticá-lo.

Alexy (2008) reconhece que os valores morais podem ser subjetivos, mas também reconhece a existência dessa moral crítica amplamente aceita pela sociedade. Esses valores, que podem ser encontrados nos textos constitucionais e, de certa forma, refletem os anseios sociais, são os denominados pela corrente neoconstitucionalista como valores morais objetivos ou a moral crítica acima mencionada. Essa moral crítica, portanto, seria parte integrante do Direito e serviria de baliza de validade das normas. Se uma norma afrontasse essa moral crítica, ela poderia ser considerada inválida.

Assim como na ponderação, não estamos tratando de uma invalidade por meio de um reconhecimento de inconstitucionalidade, mais sim pela afronta à moral crítica. Essa questão será de relevo quando da discussão sobre o ativismo judicial para o direito propriamente dito.

Cremos que essas são as principais linhas do neoconstitucionalismo, ressaltando que essa corrente jusfilosófica possui outros elementos dos quais não tratamos, já que não é o objeto do nosso estudo.

Com essas linhas gerais sobre as correntes interpretativas da lei pela qual passou a Ciência Jurídica, podemos compreender com mais profundidade o que é o ativismo judicial para o Direito.

6.3 ATIVISMO JUDICIAL PARA O DIREITO

Percebe-se que, até o presente momento, traçamos uma linha histórica do pensamento jurídico sobre a interpretação das leis, sem tratar, propriamente, do que seria o ativismo judicial para o Direito. Podemos, concluir, entretanto, que toda a celeuma sobre a interpretação da lei, para o Direito, orbita em torno das regras de hermenêutica jurídica, com raríssimas exceções. O Direito não está voltado em analisar o resultado social da decisão jurídica ou o contexto histórico/social em que essa decisão foi produzida, mas sim para a logicidade jurídica dessa decisão, seja no jusnaturalismo, no juspositivismo ou no neoconstitucionalismo.

As três correntes jusfilosóficas antes tratadas, de forma direta ou indireta, terão forte influência na percepção do ativismo judicial para o Direito. Nesse tópico, portanto, serão analisadas somente as opiniões dos autores do Direito. Em que pese ser interessante a divisão

entre Direito e Ciência Jurídica proposta por Kelsen, o presente trabalho analisará as opiniões externadas por juristas em artigos ou livros. Não buscaremos entender a opinião dos Juízes, Advogados e Promotores sobre o termo ativismo judicial pelos motivos que passamos a expor.

Primeiramente porque, para colher a opinião desses profissionais sobre o termo ativismo judicial, demandaria uma série de entrevistas, o que não é o objetivo do presente trabalho. Em segundo lugar, como a proposta é comparar a concepção de ativismo judicial entre o Direito e a Ciência Política, não teríamos Juízes, Advogados e Promotores com uma formação em Ciência Política que propiciassem uma comparação entre a formação jurídica e jurídico/política, o que tornaria impossível a comparação de opiniões entre os membros dessas carreiras, em que pese os profissionais do Direito estarem se interessando cada dia mais pela Ciência Política.

Assim, utilizaremos a literatura de autores ligados estritamente ao Direito que tenham, evidentemente, escrito artigos ou livros sobre o assunto. Não será critério de seleção o fato do autor do texto sobre ativismo exercer, cumulativamente, outras profissões do mundo jurídico, uma vez que os materiais de trabalho serão os artigos ou livros escritos por esses juristas. Dessa forma, cremos que poderemos extrair o que o Direito entende por ativismo judicial.

Feitos os esclarecimentos sobre as fontes de pesquisa que utilizaremos, podemos afirmar que o Direito, de forma geral, reconhece que a origem do termo ativismo judicial se deu com Arthur M. Schlesinger Jr., em janeiro de 1947, em um artigo da revista *Fortune*, tal como se demonstrou no início do presente trabalho. Essa constatação, bom que se diga, foi feita por Kmiec (*op cit*), que foi professor de Direito da Universidade da Califórnia, nos Estados Unidos da América.

Os estudos sobre ativismos judicial foram iniciados nos Estados Unidos. Nesse país, as discussões se deram em torno do conceito, a fim de delimitar o que seria esse fenômeno judicial. Os primeiros estudos partem para o que ficou conhecido como abordagem unidimensional. Um dos expoentes dessa corrente foi Cass Sunstein (2005), advogado e professor de Harvard, responsável pelo desenvolvimento da denominada teoria minimalista, a qual prega, em síntese, a intervenção mínima do Poder Judiciário. Para ele, o termo ativismo judicial está ligado à frequência com que a Corte anula as ações de outros poderes do governo, especialmente o legislativo, substituindo as decisões tomadas pelo processo democrático pelas suas próprias decisões.

Robert Jull (2000, p. 70-71), por seu turno, entende que “*o ativismo judicial ocorre quando o Judiciário ultrapassa a linha que separa as esferas judicial e legislativa*”, sendo “*que nos Estados Unidos a Constituição investe apenas o Congresso na função de poder legislativo*”.

Entretanto, a Corte Suprema continua a exercer poder legislativo por meio do uso de ficções e evasões”.

Robert Justin Lipkin (2008), que foi professor de Direito Constitucional da Universidade de Delaware, também nos Estados Unidos, ensaiando uma abordagem multidimensional, disse que o discurso constitucional está situado em uma estrutura superficial e outra profunda. Segundo o autor, a estrutura superficial seria o vocabulário usado na jurisdição constitucional. Nessa estrutura, portanto, as acusações de ativismo judicial estariam relacionadas às decisões que ultrapassariam os limites da autoridade judicial. Como se percebe, nesse aspecto, não há muita diferença da definição de Sunstein.

Para Lipkin (2008), entretanto, a questão referente ao ativismo judicial residiria no que denomina de estrutura profunda. Na estrutura profunda são analisados se os conceitos e justificações que estão na estrutura superficial continuam válidos ou se podem ser abandonados ou reconstruídos. O conceito de ativismo judicial, nessa perspectiva, estaria relacionado a outros conceitos, tais como os de precedentes. Dessa forma, uma decisão que, na estrutura superficial, possa parecer ativista, na estrutura profunda, pode não ser – se ela estiver de acordo com precedentes consagrados da Corte que aplicou princípios constitucionais abstratos e lhes conferiu conteúdo no caso concreto.

Entendemos que Lipkin (2008) pretendeu, no que denominou de estrutura profunda, aplicar os conceitos de ponderação de Alexy (2014), pois na medida em que afirmou que os conceitos da estrutura superficial possam ser abandonados ou recriados, traz o que Alexy (2014) nos ensinou em relação à ponderação. Seja como for, Lipkin (2008) defende uma concepção multidimensional do ativismo judicial. No exemplo citado, o critério para aferir se a decisão seria ou não ativista, estaria ligado ao fato de se ter seguido ou não os precedentes da Corte Constitucional.

Apesar de a literatura norte-americana sobre ativismo judicial não ter abandonado o conceito unidimensional, inicia-se a discussão da questão a partir de uma visão multidimensional do conceito. Willian P. Marshall (2002), professor de direito da Universidade da Carolina do Norte, analisa o ativismo judicial sob essa perspectiva multidimensional, identificando sete dimensões, as quais denomina de sete pecados do ativismo, quais sejam: 1) *Ativismo contramajoritário*: a insistência das Cortes em não respeitar as decisões tomadas pelos poderes compostos por agentes democraticamente eleitos; 2) *Ativismo não originalista*: a falha das Cortes em não decidir com fidelidade ao texto constitucional ou à intenção original do constituinte; 3) *Ativismo quanto aos precedentes*: a falha das Cortes em não respeitar os seus

próprios precedentes; 4) *Ativismo jurisdicional*: a falha das Cortes em aderir aos limites de sua jurisdição; 5) *Criatividade judicial*: a criação de novas teorias de direitos na doutrina constitucional; 6) *Ativismo “correcional”*: uso do poder judicial para impor obrigações afirmativas aos demais poderes ou tomar as instituições governamentais sob sua supervisão permanente; 7) *Ativismo partidário*: o uso do poder judicial para executar objetivos partidários.

Ainda nessa corrente multidimensional, temos os ensinamentos de Ernest Young (2002), professor de direito constitucional da Universidade de Duke Law, nos Estados Unidos. Para Young, o ativismo judicial teria muitas faces. São elas: 1) julgar retrospectivamente os atos dos poderes políticos; 2) julgar, afastando-se do sentido textual e histórico da norma; 3) imitar *holdings* ou maximalistas ao invés de estritos ou minimalistas; 4) afastar-se dos precedentes judiciais; 5) exercer amplos poderes remediais; 6) decidir casos de acordo com as preferências políticas partidárias dos juízes.

Digno de nota, ainda sobre essa corrente, são os ensinamentos de Keenan Kmiec (2004), professor de direito da Universidade da Califórnia e defensor do conceito multidimensional de ativismo judicial. Kmiec entende que existem cinco dimensões para o conceito de ativismo judicial: 1) invalidação de ações constitucionais plenamente defensáveis pelos demais poderes; 2) ignoram os precedentes; 3) os juízes legislam em vez de interpretar a lei; 4) afastamento de metodologias aceitas de interpretação; 5) julgamentos orientados por seus resultados (*result-oriented judging*).

Eis a explicação para que o conceito de ativismo judicial seja objeto de tanta polêmica e incertezas. Já nas discussões iniciais sobre o tema foram criadas várias interpretações sobre o conceito, dentre interpretações unidimensionais e multidivisionais. Não concordamos com a classificação do ativismo judicial em dimensões, uma vez que, verdadeiramente, tentam definir o conceito a partir dos resultados que ele, quando existente, provoca. Apenas a título de exemplo, não respeitar os precedentes – resultado – nem sempre é uma conduta ativista.

Dito isso, passamos a analisar as principais expressões vistas até o presente momento.

Em que pese o termo contramajoritário ser amplamente utilizado tanto na Ciência Política quanto no Direito, fica a seguinte reflexão: quando uma determinada minoria procura o Poder Judiciário para questionar o comportamento externado por uma maioria – aprovação de uma lei – o faz, regra geral, questionando a sua constitucionalidade. A essa atitude podemos tachar de contramajoritária. Pois bem, a pergunta que se faz é: se a constitucionalidade da lei aprovada pela maioria está sendo questionada, e a Constituição foi aprovada e emendada por

uma maioria qualificada, o Judiciário não estaria na defesa também de uma maioria do passado quando analisa a questão colocada pela minoria do presente?

Independente da reflexão acima, o fato de o Judiciário aceitar os questionamentos de uma minoria não significa, necessariamente, que houve ativismo judicial, pois essa minoria pode estar correta em seus questionamentos, já que a lei pode, realmente, ser inconstitucional. Assim, estará presente a dita atuação judicial contramajoritária e não se poderá tachar essa decisão como fruto do ativismo judicial. Logo, a dita dimensão do ativismo contramajoritário nada define.

No que respeita ao denominado ativismo originalista, nossas críticas dizem respeito justamente à diferenciação entre a lei e a norma. Para se extrair a norma contida na lei é necessário interpretação do texto. Buscar o que o legislador original pretendeu é uma técnica de hermética, mas não a única. Logo, o operador do Direito pode se valer sim dessa técnica, porém pode considerar também outros elementos, tais como interpretação sistemática, gramatical, histórica etc. Isso não significa dizer que uma determinada interpretação que não leve em consideração a vontade original do legislador seja ativista, uma vez que a sociedade é dinâmica. Podemos citar, apenas a título de exemplo, o uso da expressão “mulher honesta”. Se fôssemos considerar a intenção do legislador sobre o que é “mulher honesta”, quando a editou, estaríamos mantendo uma concepção arcaica até a data da revogação dessa expressão, o que se deu somente em 2005.

A questão referente aos precedentes e à criatividade judicial são fatos interessantes. No que respeita aos precedentes, trata-se de técnica a fim de se alcançar a tão sonhada segurança jurídica. Portanto, se esses precedentes foram cunhados dentro de uma interpretação aceitável juridicamente, devem ser respeitados. Contudo, o desrespeito, por si só, não significa que houve ativismo, pois o direito é dinâmico, assim como a sociedade. Para se ter um exemplo, quando o termo “mulher honesta” surgiu no Código Penal como agravante nos crimes sexuais, os tribunais entendiam que essa expressão estaria ligada à virgindade. Quanto foi revogada, o sentido de “mulher honesta” era aquele correspondente à mulher que pagava as suas contas corretamente. Logo, desrespeitar esse precedente – se ainda estivesse vigente – não poderia ser configurado como ativismo, pois o contexto social em que essa expressão foi empregada mudou durante o decorrer do tempo.

A criatividade judicial, com a criação de novas doutrinas, da mesma forma, não pode ser tomada como ativista, pois assim como ocorreu com o termo citado acima, a variação de sentido dos termos jurídicos é fato recorrente. Outro exemplo diz respeito à previsão

constitucional sobre a inviolabilidade de domicílio. Inicialmente considerava-se “casa” somente a residência edificada e ocupada por uma determinada pessoa de forma permanente. Hoje, o conceito de “casa” foi expandido para barracos de lona; a parte não aberta ao público dos comércios, dentre outras definições. Nesse caso, houve criatividade judicial? Cremos que sim. Houve ativismo judicial nessa expansão do conceito de casa através da criatividade jurídica? Cremos que não.

Em relação às decisões de acordo com preferências políticas, parece tratar-se de um dos elementos da politização do Poder Judiciário que relatamos em tópico anterior. No que respeita ao julgamento orientado pelo resultado, trata-se sim de uma das características do ativismo judicial, o que se adequa ao nosso conceito de ativismo formulado no início do presente trabalho.

Percebe-se, assim, que o conceito de ativismo judicial, nos Estados Unidos da América, em boa medida, está ligado diretamente à questão da hermenêutica constitucional, atraindo muito do que os neoconstitucionalistas defendem. Esse fenômeno gerou muitas críticas sobre os denominados ativistas, ao ponto de Sunstein (2005) afirmar que seria quase um insulto quando se rotula a decisão de um juiz como ativista.

Essa discussão não se limitou aos estudiosos estadunidenses, sendo certo que o termo ativismo judicial foi objeto de discussão em várias partes do mundo. Passemos a verificar, então, a opinião de alguns autores de outras nacionalidades, iniciando-se por Mauro Cappelletti (1993). O autor é italiano e foi professor de Direito da Universidade de Florença, na Itália e também da Universidade de Stanford, Estados Unidos. Para Cappelletti, o juiz cria o direito a partir da atividade interpretativa. Em suas palavras:

[...] Os principais criadores do direito [...] podem ser, e frequentemente são, os juízes, pois representam a voz final da autoridade. Toda vez que interpretam um contrato, uma relação real [...] ou as garantias do processo e da liberdade, emitem necessariamente no ordenamento jurídico partículas dum sistema de filosofia social; com essas interpretações, de fundamental importância, emprestam direção a toda atividade de criação do direito. As decisões dos tribunais sobre questões econômicas e sociais dependem da sua filosofia econômica e social, motivo pelo qual o progresso pacífico do nosso povo, no curso do século XX, dependerá em larga medida de que os juízes saibam fazer-se portadores duma moderna filosofia econômica e social, antes de que superada filosofia, por si mesma produto de conciliações superadas [...]. (CAPPELLETTI, 1993, p. 5).

Cappelletti (1993) constatou que o fato de o juiz criar o direito não significa dizer que não terá limites nessa interpretação, pois qualquer sistema jurídico deve procurar estabelecer um limite nessa criatividade jurídica. Vejamos o trecho em que o autor fez tais afirmações:

[...] Quando se afirmar, como fizemos, que não existe clara oposição entre interpretação e criação do direito, torna-se, contudo, necessário fazer uma distinção, como dissemos acima, para evitar sérios equívocos. De fato, o reconhecimento de que é intrínseco em todo ato de interpretação certo grau de criatividade – ou, o que vem a dar no mesmo, de um elemento de discricionariedade e assim de escolha –, não deve ser confundido com a afirmação de total liberdade do intérprete. Discricionariedade não quer dizer necessariamente arbitrariedade, e o juiz, embora inevitavelmente criador do direito, não é necessariamente um criador completamente livre de vínculos. Na verdade, todo sistema jurídico civilizado procurou estabelecer e aplicar certos limites à liberdade judicial, tanto processuais quanto substanciais [...]. (CAPPELLETTI, 1993, p. 23)

Cappelletti (1993, p. 19) afirmou, também, que o ativismo judicial decorre do aumento da atividade estatal e, a expansão do Judiciário “*representa o necessário contrapeso num sistema democrático de check and balances à paralela expansão dos ramos políticos do Estado moderno*”. Outro autor europeu que se debruçou sobre o tema e, de certa forma, contrapondo-se a essa última afirmação de Cappelletti, não que tenha escrito com essa intenção, foi o francês Antonie Garapon (1999), que foi juiz na França. Garapon disse que há uma crise de legitimidade nas democracias ocidentais que tem provocado uma mudança social. O autor identificou que há um enfraquecimento do Estado provocado pelo mercado e, que esse enfraquecimento, provocou a transferência dos símbolos da democracia política para o Judiciário, que passou a ser visto como símbolo de moralidade pública e dignidade democrática.

Para Garapon, portanto, essa mudança não se deu somente na sociedade, mas no próprio Judiciário que se vê obrigado a encontrar novos significados para a sua atuação. Como o juiz trabalha com o direito, ele passar a sofrer os impactos desse novo significado e, com isso, tem-se o fenômeno do ativismo judicial. O autor adverte que a justiça passa a ser um serviço. Vejamos:

[...] A justiça não é mais considerada como mera representação do Estado, nem o juiz como um delegado dessa soberania. A justiça é considerada um serviço, sendo o Estado um provedor desse serviço, um usuário, um cliente e a decisão de justiça, um produto [...]. (GARAPON, 1999, p. 45)

O também francês Guy Canivet (2006), que foi magistrado na França, segue a mesma linha de Garapon, dizendo que a sociedade retirou a confiança do homem político e a depositou

nos juízes, que possuem a dignidade necessária para julgar as questões que lhes são colocadas pelos cidadãos. O autor identificou, ainda, que o legislativo lento provoca a procura pelo Judiciário como medida de se obter uma resposta mais imediatista do problema social colocado em debate.

Continuando as citações dos autores europeus, temos a opinião do espanhol Andrés Perfecto Ibañez (2003), que constatou que a mudança do comportamento jurisprudencial dos tribunais está ligada à inércia dos poderes Executivo e Legislativo, sendo que os tribunais acabam atuando nas lacunas deixadas por esses dois poderes. O autor ressaltou que essa mudança de comportamento do Poder Judicial foi impulsionada pela crise da escola positivista, bem como pela constitucionalização dos direitos fundamentais.

O Alemão Dieter Grimm foi juiz do Tribunal Constitucional de seu país. Para ele, o ativismo judicial é fruto do avanço do Judiciário na arena política. O autor ressaltou que o aumento da produção legislativa de regulação levou a uma expansão do controle judicial sobre os elementos regulados. Dessa forma, “*a crescente importância dos tribunais no último século tem sua principal razão no ativismo judicial. Os juízes conquistam cada vez mais terreno que era formalmente reservado à decisão política ou à auto-regulação social*” (GRIMM, 2004, p. 17).

Destaque-se, por fim, que Dworkin (2001), norte-americano, mesmo sendo um dos precursores do neoconstitucionalismo, que, de certa forma, alargou a margem de interpretação da Constituição, ao reconhecer os princípios com carga normativa, bem como ao reestabelecer a moral como elemento intrínseco ao Direito, fez duras críticas ao ativismo judicial, conforme se verifica pelo trecho abaixo:

[...] Um juiz ativista ignoraria o texto da Constituição, a história de sua promulgação, as decisões anteriores da Suprema Corte que buscaram interpretá-la e as duradouras tradições de nossa cultura política. O ativista ignoraria tudo isso para impor a outros poderes do Estado seu próprio ponto de vista sobre o que a justiça exige. O direito como integridade condena o ativismo e qualquer prática de jurisdição constitucional que lhe esteja próxima [...]. (DWORKIN, 2001, p. 451)

Essas críticas não foram somente de Dworkin. Lipkin (2008) disse que no ativismo, quando os juízes extraem seus próprios valores de dentro do texto constitucional, leva o processo democrático a um curto-circuito, já que o Governo por legisladores democraticamente eleitos é substituído por um governo de juízes não eleitos e politicamente irresponsáveis. Inúmeras outras críticas surgiram, sendo que parte da literatura se volta para tentar desenvolver

métodos de interpretação que limitassem a atuação de juízes, em uma tentativa de criar um modelo de autocontenção.

Com esse breve panorama sobre o ativismo judicial para o Direito, passemos a verificar, então, quais foram as tentativas de limitação da interpretação judicial através da criação de métodos de hermenêutica.

6.3.1 Metodologia de Interpretação Pretensamente Limitativa

Muito do que se tratará no presente item diz respeito diretamente aos conceitos multidimensionais estudados anteriormente. A literatura, após inúmeras críticas sobre o ativismo judicial, volta-se para tentar estabelecer uma metodologia de interpretação, a fim de colocar um limite na atuação judicial. Um dos primeiros métodos de interpretação foi denominado de “Originalismo”. Podemos citar como defensor desse método Robert Bork (1997), professor de Direito da Universidade de Yale, que sustentava que o intérprete da constituição deve tentar extrair o que os constituintes originários pensavam quando da edição do texto constitucional. Nota-se que essa concepção foi colocada por Ernest Young e William P. Marshall como elemento do conceito multidimensional de ativismo judicial.

Antonin Scalia (1998) foi juiz da Suprema Corte Americana e um defensor do originalismo, porém com um enfoque diferente. O autor declara que o que ele procura na Constituição é exatamente o que ele procura nas leis: “[...] *o significado original do texto, não o que os seus criadores queriam que ela significasse.* [...]” (SCALIA, 1998, p. 38).

Contraopondo-se ao originalismo, surgiu a “Teoria do Constitucionalismo Vivo.” William J. Brennan Jr. (1985), que também foi juiz da Suprema Corte Americana, era defensor dessa metodologia. Para ele, a interpretação do texto constitucional deve levar em conta o seu significado no exato momento em que esse exercício de hermética está sendo realizado. Para os adeptos dessa teoria, o texto constitucional está em permanente evolução, cabendo aos juízes extraírem os valores contemporâneos do texto constitucional.

Ainda que essa teoria pretenda trazer uma sistematização da interpretação sobre a lei, acabou por não colocar quaisquer limites quando disse que o julgador deve extrair do texto constitucional o seu sentido contemporâneo. Esse direcionamento, além de não limitar absolutamente nada, coloca nas mãos do julgador a livre iniciativa de estabelecer o significado da constituição no tempo, mas sem qualquer critério objetivo.

Como não poderia ser diferente, combatendo essas duas teorias, surge uma terceira denominada “Teoria do Processo Político”. Seu defensor, John Hart Ely (2001), asseverou que

nenhum dos métodos anteriores seria conciliável com o sistema democrático norte-americano. Para ele, o originalismo pregava que os juízes do futuro continuassem presos às vozes de pessoas que morreram há séculos. Em relação ao “Constitucionalismo Vivo”, argumenta que esse modelo colocava somente nas mãos do Poder Judiciário o direito de complementar o conteúdo aberto do texto constitucional, identificando valores que são importantes para toda a sociedade.

Ely (2001), então, propõe a sua tese com base em dois pressupostos: a) os juízes não refletem melhor os valores sociais do que os parlamentares; b) a interpretação judicial deve valorizar o papel do Poder Legislativo. Assim, o Poder Judiciário somente deve intervir quando o processo político não funcionar bem. Segundo o autor, o processo político não funciona bem quando: a) as classes dominantes sufocam os canais de mudança, a fim de que os que estão dentro do sistema não saiam e, os que estão fora, não entrem; b) a maioria não resguarda os interesses das minorias.

A nosso ver, em que pese a teoria de Ely (2001) tentar trazer uma sistematização para a interpretação da lei, acaba por depositar muito valor no próprio legislativo, órgão que produziu as leis que serão objeto de controle de constitucionalidade. No mais, não seria nada fácil verificar se o processo político está ou não funcionando, a despeito dos critérios apresentados pelo autor. No mínimo, até se chegar a essa conclusão, alguns anos teriam se passado e, com isso, o Poder Judiciário ficaria sem critério para avaliar se deve ou não declarar determinadas leis inconstitucionais.

Segundo Konrad Hesse (1991), autor que pretende estabelecer parâmetros para a interpretação jurídica constitucional e defensor do método conhecido como hermenêutico-concretizador, a interpretação da Constituição deve considerar as possibilidades interpretativas extraídas do texto, mas também da realidade em que a norma será aplicada, ou seja, o contexto social e histórico influencia a concepção que o intérprete tem da norma, de modo que não existe interpretação desvinculada do problema em concreto.

Hesse (1991) dá uma grande contribuição à hermenêutica constitucional quando estabelece alguns princípios nos quais o intérprete deve se balizar: 1) unidade da Constituição: a Constituição deve ser vista como um todo, de modo que a interpretação deve procurar evitar contradições entre normas constitucionais; 2) força normativa da Constituição: o intérprete deve extrair o máximo de eficiência da norma constitucional; 3) concordância prática: os direitos fundamentais e os valores constitucionais devem ser harmonizados, visando concretizar ao máximo os bens protegidos; 4) efeitos integrados: a Constituição deve ser vista como um todo

orgânico, um sistema normativo; 5) exatidão funcional: o intérprete não pode usar essa função para alterar a divisão de funções ou invalidar a competência atribuída pela Constituição a outros órgãos estatais.

Digno de nota, ainda, é a teoria desenvolvida por Peter Häberle (2002), denominada “Teoria da Sociedade Aberta dos Intérpretes da Constituição”. Rememoremos que Werneck Vianna (1999) usa a expressão “comunidade de intérpretes” quando fala do novo processo constitucional. Para Werneck Vianna, portanto, como há na Constituição inúmeros legitimados a questionarem a constitucionalidade das leis, eles seriam essa comunidade de intérpretes. Já fizemos nossas críticas sobre esse ponto de vista. Se Häberle analisasse a visão externada por Vianna, diria que essa é a visão de uma sociedade fechada de intérpretes da Constituição, pois restrita às partes de um determinado processo.

Häberle (2002) quebra a premissa de que a interpretação da Constituição seria monopólio apenas do Poder Judiciário. Para ele, todo aquele que vive a Constituição, direta ou indiretamente, interpreta-a. Logo, todas as pessoas e grupos teriam direito de serem reconhecidos como intérpretes legítimos da carta Magna. Häberle chega a citar em seu livro, de forma exemplificativa, as pessoas que estariam legitimadas como intérpretes constitucionais. O Juiz, nesse caso, deveria considerar as interpretações da Constituição dessa sociedade de intérpretes. No Brasil, podemos dizer que essa prática, guardadas as devidas proporções, está presente quando o Judiciário pede audiências públicas ou aceita o *amici curiae*¹⁶ para julgar casos de grande impacto social.

O modelo proposto por Häberle, a nosso ver, resolve a questão referente à margem de discricionariedade que o juiz tem ao decidir determinado caso, pois, se deve reconhecer a opinião dos demais intérpretes, há claramente uma limitação do campo de atuação do magistrado. Outro ponto relevante dessa teoria é justamente democratizar o sistema de interpretação da Constituição, uma vez que, ao fim e ao cabo, são os próprios cidadãos que vivem o sistema constitucional. Como ponto negativo, vemos que a implementação dessa teoria seria praticamente impossível. Imagine se a cada ação declaratória de constitucionalidade ou de inconstitucionalidade o juiz fosse obrigado a colher a opinião dessa comunidade de intérprete. Os julgamentos não teriam fim.

Por fim, Alexy (2008) também criou uma metodologia de interpretação, a qual já estudamos. Dworkin (2002), especificamente sobre o tema, criou uma nova teoria que denominou de Juiz Hércules. Em suas palavras:

¹⁶ Amigo da Corte.

[...] Podemos, portanto, examinar de que modo um juiz filósofo poderia desenvolver, nos casos apropriados, teorias sobre aquilo que a intenção legislativa e os princípios jurídicos requerem. Descobriremos que ele formula essas teorias da mesma maneira que um árbitro filósofo construiria as características de um jogo. Para esse fim, eu inventei um jurista de capacidade, sabedoria, paciência e sagacidade sobre-humanas, a quem chamarei de Hércules. Eu suponho que Hércules seja juiz de alguma jurisdição norte-americana representativa. Considero que ele aceita as principais regras não controversas que constituem e regem o direito em sua jurisdição. Em outras palavras, ele aceita que as leis têm o poder geral de criar e extinguir direitos jurídicos, e que os juízes têm o dever geral de seguir as decisões anteriores de seu tribunal ou dos tribunais superiores cujo fundamento racional (*rationale*), como dizem os juristas, aplica-se ao caso em juízo. (DWORKIN, 2002, p. 165)

Para Dworkin (2002), portanto, existem os casos fáceis, os quais não demandam maiores complicações para o julgador. A grande questão do autor diz respeito aos casos difíceis, em que as regras jurídicas nem sempre são evidentes para sua aplicação ao caso concreto. Nesse momento é que entra em ação o juiz Hércules, pois ele não deve criar um direito para aquele caso concreto, mas sim encontrar quais são os direitos de cada uma das partes com base em princípios norteadores do Estado Democrático de Direito. Vejamos mais um trecho de sua obra:

[...] Hércules deve começar por perguntar-se por que uma lei tem o poder de alterar direitos jurídicos. Ele encontrará a resposta em sua teoria constitucional: esta pode determinar, por exemplo, que uma assembleia legislativa democraticamente eleita é o órgão apropriado para a tomada de decisões coletivas sobre a conduta que se pode considerar criminosa. Mas essa mesma teoria imporá responsabilidades ao poder legislativo: irá impor não apenas restrições que refletem os direitos individuais, mas também um dever geral de lutar por metas coletivas que definam o bem-estar público. Este fato propicia a Hércules um bom teste neste caso difícil. Ele poderia perguntar-se qual a interpretação que vincula de modo mais satisfatório a linguagem utilizada pelo poder legislativo a suas responsabilidades institucionais como juiz [...]. (DWORKIN, 2002, p. 168-169)

Dworkin (2002) disse que sempre haverá uma única resposta correta para o caso concreto, cabendo ao aplicador do direito, com base em princípios, encontrá-la. Não nega a existência de divergências entre juízes, advogados e cidadãos, mas estabelece que a busca dessa resposta correta é uma postura do Juiz Hércules. *In verbis*:

[...] O leitor entenderá agora por que chamei nosso juiz de Hércules. Ele deve construir um esquema de princípios abstratos e concretos que forneça uma justificação coerente a todos os precedentes de direito costumeiro e, na medida em que estes devem ser justificados por princípios, também um esquema que

justifique as disposições constitucionais e legislativas [...]. (DWORKIN, 2002, p. 182)

Feito esse breve relato sobre os diferentes métodos de interpretação que pretenderam limitar a discricionariedade do Juiz no momento de decidir, cremos que estamos habilitados a verificar como se deu o ativismo judicial no Brasil, o que faremos no próximo tópico.

6.3.2 Ativismo Judicial no Brasil

Conforme se verificou até o presente momento, a Segunda Guerra Mundial foi um marco do desenvolvimento das teorias sobre a interpretação jurídica, passando-se do juspositivismo para o que hoje conhecemos como neoconstitucionalismo. Ocorre que, no Brasil, levando-se em conta que o país passou por mais de vinte anos de ditadura Militar, somente a partir de 1988, com a promulgação da Constituição Federal, começou-se a colher os frutos do avanço na teoria da interpretação jurídica já vivenciada na Europa e nos Estados Unidos da América após a Segunda Guerra Mundial. Nesse sentido, temos a seguinte constatação de Clarissa Tassinari (2013, p. 30):

[...] Em que pese o movimento constitucionalizante engendrado na Europa com o pós-Segunda Guerra Mundial tenha tido ampla absorção por todo o mundo, os países da América Latina vivenciaram um entrave a tudo isso. Não se pode esquecer que o contexto latino-americano, na sequência do fim desta grande guerra, é marcado por sofrer golpes ditatoriais (Brasil, em 1964) [...]. A partir da promulgação da Constituição de 1988, a chamada Constituição Cidadã, o constitucionalismo brasileiro começou a assimilar os avanços trazidos pelo pós-guerra no continente europeu [...].

Já tratamos no presente trabalho de toda a evolução pela qual o Brasil passou em relação, primeiramente, ao aprimoramento do Poder Judiciário e, em um segundo momento, do percurso pelo qual o país passou até se chegar à promulgação da Constituição de 1988. Tratamos, ainda, no Brasil e no mundo, da evolução pela qual passou a judicialização da política e do controle de constitucionalidade. Todos esses temas, obviamente dizem respeito ao presente tópico, já que o Brasil foi influenciado por esses movimentos políticos e filosóficos.

Dito isso, é importante ressaltar que, no Brasil, somente a partir de 1988 pôde-se começar a cogitar da prática, pelo Supremo Tribunal Federal, do ativismo judicial. Souza Junior (2013) constatou que o decréscimo das lideranças legislativas e executivas acabou por transferir a resolução de determinados problemas para o STF. Vejamos:

[...] O descrédito nas lideranças legislativa e executiva do país que em regra têm o expediente de tratar de temas que emergem como necessidades sociais à medida que a sociedade se relaciona, reforçam a recorrência ao Supremo Tribunal Federal para a resolução de casos que, constitucionalmente não seriam de sua alçada, mas que lhe recai a análise e concretização considerando sua função maior e final de guardião da Constituição e dos direitos fundamentais [...]. (SOUZA JUNIOR, 2013, s/p)

Seja pela questão levantada acima ou mesmo pelo fato de que o controle de constitucionalidade difuso ou concentrado acabou por facilitar o acesso à justiça, a verdade é que as supremas cortes do mundo passaram a ser mais demandadas, tanto por instituições, quanto pelo cidadão comum. Essa questão, como se viu, é um dos elementos que gerou a judicialização da política que, por seu turno, propiciou, no nosso entender, o ativismo judicial, praticado, com mais notoriedade pelas Supremas Cortes de cada país. Nada mais conveniente, então, do que verificarmos qual seria a opinião de um dos Ministros do STF sobre o tema. Luiz Roberto Barroso (2010), dentre os membros da Corte Constitucional, além de um acadêmico respeitado, é um dos ministros que mais escreve sobre o tema. Vejamos o que ele entende por ativismo judicial.

[...] A ideia de ativismo judicial está associada a uma participação mais ampla e intensa do Judiciário na concretização dos valores e fins constitucionais, com maior interferência no espaço de atuação dos outros dois Poderes. A postura ativista se manifesta por meio de diferentes condutas, que incluem: (i) a aplicação direta da Constituição a situações não expressamente contempladas em seu texto e independentemente de manifestação do legislador ordinário; (ii) a declaração de inconstitucionalidade de atos normativos emanados do legislador, com base em critérios menos rígidos que os de patente e ostensiva violação da Constituição; (iii) a imposição de condutas ou de abstenções ao Poder Público, notadamente em matéria de políticas públicas [...]. (BARROSO, 2010, p. 6)

Em se tratando de opinião de membros da Suprema Corte do país, vejamos a opinião do hoje decano do STF, o ministro Celso de Mello (2008, s/p), em discurso proferido em solenidade no próprio Supremo Tribunal Federal:

[...] Nem se censure eventual ativismo judicial exercido por esta Suprema Corte especialmente porque, dentre as inúmeras causas que justificam esse comportamento afirmativo do Poder Judiciário, de que resulta uma positiva criação jurisprudencial do direito, inclui-se a necessidade de fazer prevalecer a primazia da Constituição da República, muitas vezes transgredida e desrespeitada por pura, simples e conveniente omissão dos poderes públicos [...].

No mesmo discurso, Celso de Mello, ressaltando a necessidade do STF ter uma posição ativa no que respeita à efetividade da Constituição, disse que: *“práticas de ativismo judicial, Senhor Presidente, embora moderadamente desempenhadas por esta Corte em momentos excepcionais, tornam-se uma necessidade institucional, quando os órgãos do Poder Público se omitem ou retardam, excessivamente, o cumprimento de obrigações a que estão sujeitos por expressa determinação do próprio estatuto constitucional, ainda mais se se tiver presente que o Poder Judiciário, tratando-se de comportamentos estatais ofensivos à Constituição, não pode se reduzir a uma posição de pura passividade.”* (MELLO, 2008, s/p)

Interessante notar que o hoje Ministro da Justiça, Sérgio Fernando Moro (2001), publicou um texto denominado “A corte Exemplar: Considerações sobre a Corte de Warren”, no qual trata de vários casos em que a Suprema Corte Americana teria tido uma postura ativista. Analisando a questão da segregação racial, Moro (2001, p. 342) disse que *“Warren, servindo-se de estudos psicológicos modernos, todos citados na nota nº 11 do julgado, defendeu que a doutrina “separados, mas iguais” estabelecida em Plessy não tinha lugar em matéria educacional.”* Moro, então, cita o seguinte trecho do julgado mencionado:

Separá-los [as crianças negras] de outros de idade e qualificações similares só em virtude da raça negra gera um sentimento de inferioridade de seu *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. 342)

Em relação a esse julgado, Moro (2001, p. 343) disserta que ele ilustra a necessidade de: *“a) de proteção de grupos social e politicamente vulnerável, evocando a referida nota de nº 4 de Carolene; b) de interpretação evolutiva da Constituição, colocando em dificuldades doutrinas como o “originalismo”, então com algum prestígio nos Estados Unidos e segundo a qual a interpretação da Constituição deve ser orientada pela intenção de seus autores; c) de considerar amplamente os fatos envolvidos na decisão constitucional, fazendo uso inclusive de dados fornecidos por ciências não jurídicas.”*

Por fim, Moro defende que o juiz constitucional não deve desconhecer seus limites, uma vez que, quanto mais ativista for, maiores serão os questionamentos de interferência judicial no regime democrático, e arremata:

[...] A Corte de Warren prova, todavia, que algum ativismo judicial pode mostrar-se benéfico, contribuindo não para o enfraquecimento da jurisdição constitucional e da democracia, mas para o seu próprio fortalecimento [...]. (MORO, 2001, p. 354)

Luiz Flávio Gomes (2009), ex-juiz, entende que há duas espécies de ativismo judicial. O que ele denominou de inovador e o revelador. Em suas palavras:

[...] É preciso distinguir duas espécies de ativismo judicial: há o ativismo judicial inovador (criação, ex novo, pelo juiz de uma norma, de um direito) e há o ativismo judicial revelador (criação pelo juiz de uma norma, de uma regra ou de um direito, a partir dos valores e princípios constitucionais ou a partir de uma regra lacunosa, como é o caso do art. 71 do CP, que cuida do crime continuado). Neste último caso o juiz chega a inovar o ordenamento jurídico, mas não no sentido de criar uma norma nova, sim, no sentido de complementar o entendimento de um princípio ou de um valor constitucional ou de uma regra lacunosa [...].

Silvio Dobrowolski (1995) foi desembargado do Tribunal Regional Federal da 4ª Região. Para ele, o Judiciário deve agir como poder constituído que é, sendo sua função precípua proteger os direitos fundamentais e promover o bem de todos. Para justificar essas afirmações, cita os artigos 1º, 3º e 5º da Constituição Federal. Vejamos o que o autor disse:

[...] o Judiciário, nos tempos atuais 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 juizes”, observando, todavia, as normas legisladas e a separação dos poderes, a Justiça tem de elevar-se à condição do autêntico poder, cumprindo essas tarefas ao modo especificado. De outra forma, não conseguirá controlar os excessos do Legislativo e do Executivo avantajados no Estado social, nem reprimir os abusos dos superpoderes econômicos e sociais da sociedade tecnológica de massas [...]. (DOBROWOLSKI, 1995, p. 54)

Werneck Vianna, Maria Alice Rezende de Carvalho e Marcelo Baumann Burgos (2018) são autores de um estudo promovido pela Associação dos Magistrados Brasileiros denominado “Quem Somos A magistratura que Queremos.” Nesse estudo, há interessantes estatísticas sobre a magistratura. Destacamos dois questionamentos que dizem respeito ao ativismo judicial. O primeiro deles se refere aos precedentes. Vejamos inicialmente qual foi a pergunta feita aos magistrados entrevistados: “*O (a) magistrado (a) deveria poder decidir sem se pautar necessariamente pelo sistema de súmula e precedentes vinculantes?*” Vejamos as tabelas com as respostas:

Tabela 5: Juizes de Primeiro Grau em Atividade

Opções	Ramo da Justiça				Total
	Justiça Estadual	Justiça Federal	Justiça Trabalhista	Justiça Militar	
Discorda muito	593 24,4%	76 39,8%	17 13,4%	1 6,7%	687 24,9%
Discorda pouco	559 23,0%	57 29,8%	26 20,5%	3 20,0%	645 23,3%
Concorda pouco	802 33,0%	41 21,5%	42 33,1%	7 46,7%	892 32,3%
Concorda muito	476 19,6%	17 8,9%	42 33,1%	4 26,7%	539 19,5%
Total	2430 100,0%	191 100,0%	127 100,0%	15 100,0%	2763 100,0%

Fonte: Tabela 54.1 – Juizes de Primeiro Grau em Atividade: VIANNA *et al* (2008).

Tabela 6: Juizes de Segundo Grau em Atividade

Opções	Ramo da Justiça				Total
	Justiça Estadual	Justiça Federal	Justiça Trabalhista	Justiça Militar	
Discorda muito	81 27,7%	8 53,3%	8 23,5%	0 0,0%	97 28,0%
Discorda pouco	62 21,2%	3 20,0%	6 17,6%	1 16,7%	72 20,7%
Concorda pouco	97 33,2%	3 20,0%	14 41,2%	4 66,7%	118 34,0%
Concorda muito	52 17,8%	1 6,7%	6 17,6%	1 16,7%	60 17,3%
Total	292 100,0%	15 100,0%	34 100,0%	6 100,0%	347 100,0%

Fonte: Tabela 54.2 – Juizes de Segundo Grau em Atividade: VIANNA *et al* (2008).

Tabela 7: Juizes e Desembargadores Inativos

Opções	Ramo da Justiça				Total
	Justiça Estadual	Justiça Federal	Justiça Trabalhista	Justiça Militar	
Discorda muito	60 18,2%	5 27,8%	7 15,6%	3 42,9%	75 18,8%
Discorda pouco	49 14,9%	2 11,1%	7 15,6%	0 0,0%	58 14,5%
Concorda pouco	115 35,0%	5 27,8%	15 33,3%	2 28,6%	137 34,3%
Concorda muito	105 31,9%	6 33,3%	16 35,6%	2 28,6%	129 32,3%
Total	329 100,0%	18 100,0%	45 100,0%	7 100,0%	399 100,0%

Fonte: Tabela 54.3 – Juizes e Desembargadores Inativos: VIANNA *et al* (2008).

Tabela 8: Ministros de Tribunais Superiores

Opções	Nº absoluto	%
Discorda muito	8	40,0
Discorda pouco	1	5,0
Concorda pouco	5	25,0
Concorda muito	6	30,0
Total	20	100,0

Fonte: Tabela 54.4 – Ministros de Tribunais Superiores: VIANNA *et al* (2008).

Interessante notar que esse questionamento vai ao encontro daqueles que defendem que o desrespeito aos precedentes seria uma dimensão do ativismo judicial. Se considerarmos os itens “concorda muito” e “concorda pouco”, a maioria dos entrevistados concorda que o magistrado não deve seguir os precedentes, mesmo a súmula vinculante. Destacamos que 11

dos 20 ministros dos Tribunais Superiores entrevistados concordam muito ou pouco, que não se deve seguir os precedentes.

Na pergunta posterior, os autores fazem a seguinte indagação aos magistrados: “*No caso limite de temas sensíveis para a sociedade, sobre os quais não se constitui uma maioria parlamentar, os magistrados podem interpretar criativamente as leis, desde que levem em conta as consequências de suas decisões, de acordo com o ideal de bem comum?*” Vejamos as tabelas de respostas:

Tabela 9: Juízes de Primeiro Grau

Opções	Ramo da Justiça				Total
	Justiça Estadual	Justiça Federal	Justiça Trabalhista	Justiça Militar	
Discorda muito	382 17,3%	43 24,9%	16 13,3%	4 26,7%	445 17,7%
Discorda pouco	328 14,8%	41 23,7%	18 15,0%	0 0,0%	387 15,4%
Concorda pouco	755 34,1%	53 30,6%	44 36,7%	4 26,7%	856 34,0%
Concorda muito	746 33,7%	36 20,8%	42 35,0%	7 46,7%	831 33,0%
Total	2211 100,0%	173 100,0%	120 100,0%	15 100,0%	2519 100,0%

Fonte: Tabela 61.1 – Juízes de Primeiro Grau: VIANNA *et al* (2008).

Tabela 10: Juízes de Segundo Grau em Atividade

Opções	Ramo da Justiça				Total
	Justiça Estadual	Justiça Federal	Justiça Trabalhista	Justiça Militar	
Discorda muito	36 13,7%	4 28,6%	4 12,9%	2 33,3%	46 14,7%
Discorda pouco	33 12,6%	2 14,3%	2 6,5%	0 0,0%	37 11,8%
Concorda pouco	91 34,7%	6 42,9%	13 41,9%	2 33,3%	112 35,8%
Concorda muito	102 38,9%	2 14,3%	12 38,7%	2 33,3%	118 37,7%
Total	262 100,0%	14 100,0%	31 100,0%	6 100,0%	313 100,0%

Fonte: Tabela 61.2 – Juízes de Segundo Grau em Atividade: VIANNA *et al* (2008).

Tabela 11: Juízes e Desembargadores Inativos

Opções	Ramo da Justiça				Total
	Justiça Estadual	Justiça Federal	Justiça Trabalhista	Justiça Militar	
Discorda muito	38 12,9%	2 15,4%	9 22,0%	0 0,0%	49 13,8%
Discorda pouco	31 10,5%	3 23,1%	4 9,8%	1 16,7%	39 11,0%
Concorda pouco	91 30,8%	2 15,4%	15 36,6%	2 33,3%	110 31,0%
Concorda muito	135 45,8%	6 46,2%	13 31,7%	3 50,0%	157 44,2%
Total	295 100,0%	13 100,0%	41 100,0%	6 100,0%	355 100,0%

Fonte: Tabela 561.3 – Juízes e Desembargadores Inativos: VIANNA *et al* (2008).

Tabela 12: Ministros de Tribunais Superiores

Opções	Nº absoluto	%
Discorda muito	2	11,1
Discorda pouco	1	5,6
Concorda pouco	7	38,9
Concorda muito	8	44,4
Total	18	100,0

Fonte: Tabela 61.4 – Ministros de Tribunais Superiores: VIANNA *et al* (2008).

Esse último questionamento se amolda ao nosso conceito de ativismo judicial. É importante ressaltar que, para os magistrados, esse fenômeno é perfeitamente possível e, até mesmo desejável, já que, em média, em todas as instâncias, mais de 70% (setenta por cento)

concordam muito ou pouco com a preposição. Portanto, para a grande maioria dos magistrados do país, o ativismo judicial não é uma afronta às instituições democráticas e, ao que parece, as decisões com base nos resultados, desde que de acordo com o ideal de bem comum, são até incentiváveis.

Continuando as citações sobre o ativismo judicial, temos a opinião de Lênio Luiz Streck (2016), que foi promotor de justiça do Estado do Rio Grande do Sul. O autor, analisando a questão referente à pílula do câncer¹⁷ – que ocorreu em São Carlos/SP – disse que a sua concessão pelo Judiciário foi uma atitude ativista do Judiciário paulista. Vejamos, então, qual é a visão do autor sobre o ativismo judicial:

[...] Um exemplo explícito de ativismo: foi ativista de concessão da pílula contra o câncer, que provocou uma corrida ao Judiciário. No mais, decisões *contra legem* são práticas ativistas, porque, nesse caso, o juiz se assenhora da lei e coloca os seus juízos pessoais no lugar dos do constituinte e/ou do legislador ordinário. Também é ativista decisão que confunde explicitamente os conceitos de texto e norma, remetendo o direito aos cânones formalistas. [...] (STRECK, 2016, s/p)

Ana Paula de Barcellos (2008) é professora de Direito Constitucional da Universidade Estadual do Rio de Janeiro, exercendo exclusivamente o magistério superior. Analisando o ativismo judicial, mesmo em relação ao método de ponderação, a autora entendeu que o juiz, ao sopesar os princípios por esse método, acaba agindo com certa carga de ativismo, já que essa questão é extremamente subjetiva. Em suas palavras:

[...] a ponderação pode ser descrita como uma técnica de decisão própria para casos difíceis (do inglês ‘hard cases’), em relação aos quais o raciocínio tradicional da subsunção não é adequado. A estrutura geral da subsunção pode ser descrita da seguinte forma: premissa maior – enunciado normativo – incidindo sobre premissa menor – fatos – e produzindo como consequência a aplicação da norma ao caso concreto. O que ocorre comumente nos casos difíceis, porém, é que convivem, postulando aplicação, diversas premissas maiores igualmente válidas e de mesma hierarquia que, todavia, indicam soluções normativas diversas e muitas vezes contraditórias. A subsunção não tem instrumentos para produzir uma conclusão que seja capaz de considerar todos os elementos normativos pertinentes; sua lógica tentará isolar uma única norma para o caso [...]. (BARCELLOS, 2008, p. 55)

¹⁷ A USP, localizada na cidade de São Carlos/SP, desenvolveu uma pílula que ficou conhecida como “Pílula do Câncer”. Quando essa questão se tornou pública, houve uma série de ações judiciais com o objetivo de que o Estado fornecesse essas pílulas aos pacientes diagnosticados com câncer. Foram concedidas inúmeras liminares para que o Estado fornecesse essas pílulas, mesmo sem qualquer comprovação científica sobre a sua eficiência para o tratamento do câncer.

Daniel Sarmiento (2007) foi Procurador da Fazenda e da República. Hoje é advogado e professor de Direito Constitucional da Universidade Estadual do Rio de Janeiro. Ao tratar do tema ativismo judicial, o autor disse que os juízes, na euforia de tentarem fundamentar as suas decisões nos princípios, acabam por incidir no decisionismo. *In verbis*:

[...] E a outra face da moeda é o lado do decisionismo e do "oba-oba". Acontece que muitos juízes, deslumbrados diante dos princípios e da possibilidade de através deles, buscarem a justiça – ou que entendem por justiça – passaram a negligenciar no seu dever de fundamentar racionalmente os seus julgamentos. Esta "euforia" com os princípios abriu um espaço muito maior para o decisionismo judicial. Um decisionismo travestido sob as vestes do politicamente correto, orgulhoso com seus jargões grandiloquentes e com a sua retórica inflamada, mas sempre um decisionismo. Os princípios constitucionais, neste quadro, converteram-se em verdadeiras "varinhas de condão": com eles, o julgador de plantão consegue fazer quase tudo o que quiser.

Esta prática é profundamente danosa a valores extremamente caros ao Estado Democrático de Direito. Ela é prejudicial à democracia, porque permite que juízes não eleitos imponham as suas preferências e valores aos jurisdicionados, muitas vezes passando por cima de deliberações do legislador. Ela compromete a separação dos poderes, porque dilui a fronteira entre as funções judiciais e legislativas. E ela atenta contra a segurança jurídica, porque torna o direito muito menos previsível, fazendo-o dependente das idiossincrasias do juiz de plantão, e prejudicando com isso a capacidade do cidadão de planejar a própria vida com antecedência, de acordo com o conhecimento prévio do ordenamento jurídico [...]. (SARMENTO, 2007, p.14)

Vanice Valle *et al.* (2009) é procuradora da cidade do Rio de Janeiro e professora universitária. A autora ressaltou o caráter ambíguo do termo, asseverando que a questão do ativismo reside na dificuldade do processo de interpretação constitucional, bem como na questão referente a saber quais seriam os casos fáceis e difíceis. Vejamos:

[...] O problema na identificação do ativismo judicial, a partir dessa característica, reside nas dificuldades inerentes ao processo de interpretação constitucional. Afinal, o parâmetro utilizado para qualificar uma decisão como expressando ou não ativismo, reside numa controvertida posição sobre qual é a correta leitura de um determinado dispositivo constitucional. Mais do que isso, não é a mera atividade de controle de constitucionalidade, e por via de consequência, o repúdio ao ato do poder legislativo, que permite por si só a identificação do ativismo como traço marcante de um órgão jurisdicional, mas a reiteração dessa mesma conduta de desafio aos atos de outro poder, diante dos casos difíceis. O problema então reside essencialmente no caráter sempre controverso da delimitação do que são casos difíceis [...]. (VALLE *et al.*, 2009, p. 19)

Elival da Silva Ramos (2010, p. 129), professor de direito da USP, disse que o ativismo é claramente negativo, “*por importar na desnaturação da atividade típica do Poder Judiciário, em detrimento dos demais Poderes.*” O autor, então propõe um conceito de ativismo judicial, nos seguintes termos:

[...] o exercício da função jurisdicional para além dos limites impostos pelo próprio ordenamento que incumbe, institucionalmente, ao Poder Judiciário fazer atuar, resolvendo litígios de feições subjetivas (conflitos de interesses) e controvérsias jurídicas de natureza objetiva (conflitos normativos) [...]. (RAMOS, 2010, p. 129)

Daniel Giotti de Paula (2011), Procurador da Fazenda Nacional, analisou o ativismo judicial indagando se ainda existe separação dos poderes. Para ele não mais se entende que a política e o direito são campos separados. Vejamos:

[...] com a proliferação de direitos fundamentais nas modernas Constituições e a assunção de que eles são princípios que podem colidir em casos específicos, sendo uma exigência social a máxima aplicação de cada um dos direitos fundamentais, uma nova concepção de separação de poderes é necessária. Não mais se entende que direito e política são campos totalmente separados e cuja conexão deve ser reprimida para o bom funcionamento do Estado [...]. (PAULA, 2011, p. 273)

Luiz Guilherme Marinoni (2000), advogado e professor da Universidade Federal do Paraná, analisando o papel do juiz da democracia contemporânea, especificamente na questão processual, disse que o papel do juiz não é mais o de um juiz passivo, mas sim de um juiz em busca de um processo justo:

[...] Com o surgimento da democracia social, intensifica-se a participação do Estado na sociedade e, por consequência, a participação do juiz no processo, que não deve mais apenas estar preocupado com o cumprimento das regras do jogo, cabendo-lhe agora zelar por um processo justo, capaz de permitir (a) a justa aplicação das normas de direito material, (b) a adequada verificação dos fatos e a participação das partes em um contraditório real e (c) a efetividade da tutela dos direitos, pois a neutralidade é mito, e a inércia do juiz, ou o abandono do processo à sorte que as partes lhe derem, não é compatível com os valores do Estado atual. Um processo verdadeiramente democrático, fundado na isonomia substancial, exige uma postura ativa do magistrado [...]. (MARINONI, 2000, p. 101)

Com esses posicionamentos, cremos que traçamos um panorama razoável do que o direito entende por ativismo judicial. É bem verdade que as opiniões são amplas e, de certa forma, há uma variedade grande de classificações e definições do que seria o ativismo judicial. Contudo, entendemos que há certo padrão que os autores seguem, o qual nos permitiu

sistematizar o ativismo judicial em algumas categorias, as quais passamos a demonstrar no quadro que se segue:

Tabela 13: Categorias do Ativismo Judicial para o Direito

SEPARATISTAS	Para essa corrente, o simples fato de o juiz anular ou interferir nas decisões dos demais poderes já seria uma atitude ativista, pouco importando as razões que levaram o juiz a decidir dessa ou daquela maneira. O critério para definir se a decisão foi ativista ou não é identificar se houve ou não interferência nas decisões tomadas pelos demais poderes.
HERMENEUTAS	Para essa corrente, deve-se analisar se o juiz, ao decidir, utilizou corretamente as técnicas de hermenêutica jurídica. Somente será possível definir se a decisão é ou não ativista após se fazer essa análise de hermenêutica.
CONSTITUCIONALISTAS MODERADOS	É papel do juiz criar o direito com a finalidade de concretização dos valores constitucionais, porém, não se trata de liberdade plena de criação, pois, cada ordenamento jurídico deve estabelecer determinados limites para essa criatividade. Logo, somente poderá ser considerado ativismo o juiz que ultrapassar esses limites.
NEOCONSTITUCIONALISTAS	Os novos preceitos constitucionais relegaram ao Poder Judiciário o dever de fazer prevalecer a primazia da Constituição, aplicando os seus princípios em busca do bem comum. Para essa corrente, aplicando os princípios constitucionais em busca do bem comum, o juiz tem o dever de ser ativista.
LACUNISTAS	Essa corrente reconhece que o Poder Legislativo, além da sua notória lentidão, perdeu o seu prestígio, transferindo-o para o Poder Judiciário. Diante desse novo contexto, o juiz se vê obrigado a atuar nas lacunas deixadas pelo legislativo. Assim, será ativista o juiz que atuar preenchendo essas lacunas deixadas pelo Poder Legislativo. Essa corrente não vê o ativismo judicial de forma negativa, pois entende que essa transferência de prestígio determinou que o Judiciário adotasse uma nova postura.

Fonte: Produção Própria.

Estabelecidas quais são as categorias em que o ativismo judicial pode ser enquadrado para o Direito, passemos a verificar, no tópico que se segue, o que a Ciência Política entende pelo termo ativismo judicial.

7 ATIVISMO JUDICIAL NA PERSPECTIVA DA CIÊNCIA POLÍTICA

Para perquirirmos o que o Direito entende pelo termo ativismo judicial, utilizamos somente artigos e livros escritos pelos operadores do direito. No presente tópico, em que buscaremos extrair o que a Ciência Política entende pelo termo ativismo judicial, utilizaremos apenas autores – internacionais e nacionais – ligados à Ciência Política. Diferentemente do que ocorre no Direito, se perceberá que, em regra, os autores dentro da Ciência Política são professores universitários com dedicação exclusiva.

Iniciando o estudo proposto, pode-se dizer que a literatura em ciência política, de forma geral, reconhece que demorou a voltar os olhos para Poder Judiciário como um Poder Político. Taylor (2007, p. 233), professor de Ciência Política da USP, declara que, “*com exceção de Stepan (2000), que incorpora o Judiciário como um fator “demos-constraining” (antimojoritário), poucos cientistas políticos consideram a atuação do Judiciário ao estudarem a tomada de decisões pelo sistema político brasileiro*”.

Também tratando do Judiciário no que respeita à tomada de decisões, Tomio e Carvalho (2013, s/p), ambos professores universitários, dizem que “*a literatura corrente na área de Ciência Política avançou muito no que tange os estudos dos tribunais constitucionais e sua atuação no âmbito do processo decisório. Diversos trabalhos demonstram o aumento considerável da participação do Poder Judiciário na vida pública*”. Citados autores, destacam, assim como fez Taylor, que há uma prevalência de estudos voltados para a questão contramajoritária na Ciência Política. Vejamos:

[...] No geral, a teoria contra-majoritária, defendida nos artigos federalistas, ilumina o campo de estudo. Nessa perspectiva, os tribunais passam a ser analisados como um efetivo poder de veto às ações legislativas dos poderes representativos: poder Executivo e poder Legislativo [...]. (TOMIO; CARVALHO, 2013, s/p)

Na linha de análise sobre a questão contramajoritária, Shapiro (1986), que foi professor do departamento de Ciência Política de Harvard, dentre outras universidades, em um livro intitulado: *Courts: A Comparative and Political Analysis*, constata que a expansão do Judiciário não estaria vinculada somente à história norte-americana, mas também à denominada era Warren da Suprema Corte Americana. O autor cita como principal exemplo de decisão

contramajoritária o caso *Brown v. Board of Education*. Apenas para relembrarmos, esse caso tratou da questão da segregação racial nas escolas dos Estados Unidos.

Boa parte dos estudos em Ciência Política, portanto, nos Estados Unidos, concentraram-se na questão da atuação contramajoritária do Poder Judiciário. No que respeita ao ativismo judicial propriamente dito, Koerner (2016), em um texto denominado “O ativismo judicial como problema intelectual e político nos Estados Unidos: uma análise crítica”, trouxe um compilado dos pensamentos dos cientistas políticos sobre o termo ativismo judicial. Passamos a citar essas concepções, extraídas da obra acima mencionada, no quadro abaixo:

Tabela 14: Compilado de posições sobre o Ativismo Judicial para a Ciência Política

“Para Marvin Shick (1982), o elemento central do ativismo seria a noção de que os juízes devem decidir os casos, sem evitar questões relevantes ou complexas, e que o Poder Judiciário deveria ser utilizado amplamente, expandindo o escopo e o volume da litigação e interpretação constitucional.”
“Bradley Canon (1982) propôs uma estrutura para a análise do ativismo judicial aplicada a decisões da Suprema Corte em direito constitucional, na qual fossem removidos ou minimizados os componentes ideológicos ou motivações associadas ao termo.”
“Jackson (1992) parte das doutrinas dos neoconservadores William Rehnquist (nomeado <i>Chief Justice</i> por Reagan) e Edwin Meese (<i>Attorney General</i> do governo Reagan) para concluir sobre as dificuldades em estabelecer uma definição rigorosa sobre o que devem fazer os juízes e os representantes eleitos. No entanto, formula um <i>framework for comparative analysis</i> , tomando como base o modelo institucional norte americano e as categorias formuladas por aqueles autores. Nelas se supõe uma clara divisão entre o campo das políticas públicas, próprio à decisão majoritária, e o da proteção de direitos fundamentais, próprio à decisão judicial.”
“Holland (1991) considera o ativismo como a adoção de técnicas e objetivos não compatíveis com o papel apropriado das cortes. O caso <i>Lochner</i> seria indicativo de que o ativismo judicial emerge quando os juízes não se sentem mais restringidos pelo direito (<i>law</i>), e sua imaginação é capturada por doutrinas variadas como o positivismo jurídico, o historicismo e a jurisprudência sociológica.”
“No modelo proposto por Tate e Vallinder (1995), o ativismo é uma das condições para a judicialização da política, e é definido como a orientação do juiz para contrariar a política majoritária.”
“O livro de Lindquist e Cross (2009), <i>Measuring judicial activism</i> , propõe estabelecer um conceito operacional de ativismo judicial, pois eles consideram que o termo capturaria um importante aspecto dos governos contemporâneos, em que as cortes têm se envolvido em políticas públicas e levam o Legislativo a adotar as políticas determinadas por elas. Apesar da dificuldade de mensuração, poder-se-ia reconhecer “mais ou menos” ativismo, com variações entre

países e ao longo do tempo. O ativismo seria um polo de uma escala contínua, cujo oposto seria a contenção judicial.” (Lindquist e Cross, 2009, p. 30-31).
“Yung (2011) propõe uma maneira sistemática de medir os níveis relativos de ativismo dos juízes com base na propensão de o juiz privilegiar o seu próprio julgamento, colocando-o acima de outro ator constitucionalmente significativo. Ele simplesmente mede a taxa na qual os juízes privilegiaram sua própria visão sobre a de outros.”
“Já em 1955, McWhinney criticava os termos ativismo e contenção judicial, apontando que eles não eram excludentes nem contrapostos, pois ambos poderiam ser encontrados até num mesmo voto.”
“Roosevelt III (2006) indica que a contenção judicial supõe uma espécie de aplicação direta da Constituição, o que seria uma fantasia, em particular em casos relevantes e controversos. O significado claro não está presente em nenhuma das decisões constitucionais controvertidas, pois elas tratam justamente de situações em que não há consenso nem a respeito de quais serão as bases a partir das quais o debate poderá ser colocado.”

Fonte: Koerner (2016).

Ran Hirschl (2008) é professor de Ciência Política e Direito da Universidade de Toronto, no Canadá. O autor destacou que há uma expansão no controle da política para além das questões jurídicas, englobando o que ele denomina de “megapolítica”. Hirschl (2008) entende que “megapolítica” seriam as questões de guerra e paz; mudanças de regime e definição do corpo político. Esse seria um fenômeno da sociedade moderna e devido ao *Welfare State*, bem como a delegação de poderes do Legislativo para o Judiciário, além de um voluntarismo dos juízes quanto ao julgamento de questões políticas.

Koerner (2013) debate sobre o ativismo judicial, porém, ressalta que colocar o problema do ativismo na prática judicial seria demasiadamente simplificador do problema, pois relegaria ao segundo plano a questão institucional, política e social dos tribunais. Em suas palavras:

[...] O problema do ativismo é demasiadamente simplificador da prática judicial, por colocar em segundo plano o caráter institucional, política e socialmente inserido dos tribunais. Refere-se a processos objetivos, mas não se esclarece a maneira pela qual eles incidem sobre a ordem constitucional. Os agentes históricos são colados a identidades institucionais e que lhes são atribuídas, juízes ou políticos, separados e contrapostos. Enfim, não tematiza as práticas e os processos efetivos pelos quais o problema se constituiu historicamente [...]. (KOERNER, 2013, s/p)

Werneck Vianna *et al.* (2010) coloca a judicialização da política e o ativismo judicial em um mesmo bojo, quando ressalta que os efeitos da legislação trabalhista na expansão do Poder Judiciário, bem como o controle de constitucionalidade, instituiu a já citada comunidade de intérpretes. Esse controle de constitucionalidade, segundo Vianna, imprimiu uma dinâmica

aos trabalhos do Supremo Tribunal Federal, colocando-o na qualidade de guardião da Constituição Federal. Por fim, afirma que a mediação das relações sociais e agenda do *Welfare State* foram fatores importantes na expansão das competências do Poder Judiciário.

Werneck Vianna (2008, p. 5), em relação ao ativismo judicial, declara que “[...] *quando bem compreendido, estimula a emergência de institucionalidades vigorosas e democráticas e reforça a estabilização da nossa criativa arquitetura constitucional. Quando mal compreendido, entretanto, este ativismo é sempre propício à denúncia de um governo de juízes, de uma justiça de salvação, referida casuisticamente aos aspectos materiais em cada questão a ser julgada [...]*”.

Taylor (2007), em uma lúcida constatação, analisando o desinteresse – em geral – dos cientistas políticos pelo Poder Judiciário, aponta que os estudos nessa área do conhecimento colocam o Judiciário “*juntamente com a autoridade monetária e as agências reguladoras – como um tema marginal e tido como acessível somente a especialistas. [...] Essa postura, no entanto, é um erro que afeta significativamente a relação entre análises dos cientistas políticos e o real funcionamento do sistema político. [...] No decorrer da última década, o Judiciário Federal revelou-se um importante ator político: tribunais federais repetidamente interromperam imensos leilões de privatização; [...]*” (TAYLOR, 2007, p. 234),

Em que pese Taylor (2007), no texto citado, não tratar propriamente do ativismo judicial, mas sim da interferência do Judiciário nas tomadas de decisões dos demais poderes, suas constatações, a nosso ver, integram o que a Ciência Política tem chamado de ativismo judicial, quando declara que concorda “*com a conclusão de Gibson (1983) de que as decisões dos juízes são uma função do que eles preferem fazer, moderadas pelo que acham que devem fazer, mas constrangidas pelo que percebem que é viável fazer [...]*”. (TAYLOR, 2007, p. 243).

Taylor, então, conclui:

[...] Mas é preciso reconhecer a importância dessa função política judicial e mais, sua inevitabilidade. Embora o conceito da separação dos poderes conduza a três instituições claramente distintas, as funções judiciais, legislativas e executivas dessas instituições não são caprichosamente separadas em nítidas caixas institucionais como às vezes supomos. Existe uma sobreposição das funções das três instituições, como o Quadro 2 ilustra, diante da qual não é de surpreender que o Judiciário tenha algum efeito no processo de formação de políticas públicas. Afinal, como disse Ehrmann: “A autoridade do Judiciário para declarar leis e atos oficiais inconstitucionais é [...] um ato judicial que dá aos juízes uma participação óbvia no processo político, [deixando pouco espaço] para a proposição de que os juízes apenas apliquem a lei” [...]. (TAYLOR, 2007, p. 249)

Iniciativa interessante, dentro da Ciência Política, foi a de Fabrício Ricardo de Limas Tomoio e Ernani Carvalho (2013) com o “Dossiê Política, Direito e Judiciário”, no qual se pretende compilar alguns estudos sobre o Poder Judiciário em vários aspectos, dentre eles o ativismo judicial. Vejamos o que dizem os autores:

[...] Nesse sentido, a iniciativa deste dossiê "Política, Direito e Judiciário" é seguir contribuindo para a consolidação dessa área de investigação, divulgar a produção recente sobre a temática e estimular novos estudos teóricos, empíricos e comparados que aprofundem o conhecimento (causas e efeitos): (i) do processo decisório interno do Judiciário, seu funcionamento (*policymaking*), suas decisões (*policy outcomes*) e a eficiência ou eficácia da prestação jurisdicional entendida como política pública; (ii) da participação crescente das instituições judiciárias (*judicialização*) na política, vetando, alterando e, eventualmente, substituindo as decisões dos atores políticos e institucionais vinculados aos poderes Executivo e Legislativo; (iii) do comportamento dos atores jurídicos, crenças de autoridades judiciais e as bases do ativismo do poder Judiciário [...]. (TOMOIO; CARVALHO, 2013, s/p)

Carvalho (2004, p. 120), por seu turno, disse que “*essa nova arquitetura institucional propiciou o desenvolvimento de um ambiente político que viabilizou a participação do Judiciário nos processos decisórios.*” Continua dizendo que “*alguns tribunais, diante da inércia dos políticos e da impossibilidade de negarem uma decisão, são obrigados a pôr um fim em conflito que deveriam ser resolvidos no âmbito político*”. Então o autor elenca seis condições para o surgimento e consolidação do ativismo judicial: 1) um sistema político democrático; 2) o princípio da separação dos Poderes; 3) o exercício de direitos políticos; 4) o uso dos tribunais por grupos de interesse; 5) o uso dos tribunais pela oposição; e 6) a inefetividade das instituições majoritárias.

Arantes (2015) como já se disse, fazendo uma análise do Poder Judiciário nos Estados Unidos e na França, ressaltou que “*a judicialização de políticas públicas é outro fenômeno que vem atraindo a atenção dos analistas. [...] uma vez que “juizes e tribunais têm sido chamados a assegurar direitos nas mais diversas áreas como saúde, educação e outros serviços de relevância pública. A controvérsia básica que se instala nesses julgamentos diz respeito a quão legítima e eficiente pode ser a decisão judicial que altere o status quo da política, seja para beneficiar um, alguns ou muitos*” (ARANTES, 2015, p.55).

Podemos perceber, até o presente momento, que o estudo do ativismo judicial, na perspectiva da Ciência Política, está muito mais voltado para a questão referente à atuação contramajoritária do Poder Judiciário. Entretanto, cremos que conseguimos identificar um

padrão sobre o que a Ciência Política entende por ativismo judicial, o qual sintetizamos no quadro abaixo:

Tabela 15: Categorias do Ativismo Judicial para a Ciência Política

CONTRAMAJORITÁRIO	Para essa corrente os Tribunais têm servido de pedra da salvação das minorias, sendo que quando a vontade das minorias derrotadas na seara política é atendida judicialmente, há nessa postura do Poder Judiciário uma atitude que pode ser classificada como ativista.
VETO PLAYERS	O Poder Judiciário tem, cada vez mais, influenciado no processo de elaboração de políticas públicas, muitas vezes vetando ou alterando a política pública elaborada e executada pelos demais poderes.
INSTITUCIONALISTAS	Essa corrente entente que colocar o problema do ativismo na prática judicial seria demasiadamente simplificador, pois relegaria ao segundo plano a questão institucional, política e sócio-histórica dos tribunais.
CONSTITUCIONALISTA	Para essa corrente, o sistema constitucional, além de prever um número relevante de atores constitucionais, relegou ao Poder Judiciário o dever de proteger os direitos fundamentais, o que amplia o leque de interpretação constitucional.

Fonte: Produção Própria.

Diante desse breve panorama do que a Ciência Política entende pelo termo ativismo judicial, passemos a analisar essa questão de forma comparada com o Direito.

8 ATIVISMO JUDICIAL NA PERSPECTIVA COMPARADA ENTRE O DIREITO E A CIÊNCIA POLÍTICA

Até o presente momento, pôde-se perceber que, tanto para o Direito, quanto para a Ciência Política, o termo em estudo é ambíguo, tendo inúmeras variações, fato que se constatou em ambas as ciências. Foi possível verificar, também, que em ambas as ciências, considerando os conceitos de ativismo judicial e de judicialização da política que formulamos, houve confusão entre um e outro termo. Ora denominava-se ativismo o que era judicialização e vice-versa. Vejamos um exemplo de cada ciência.

No Direito, podemos citar Cass Sunstein (2005), que entendeu que o ativismo judicial está ligado à frequência com que a Corte anula as ações de outros poderes do governo, especialmente o legislativo, substituindo as decisões tomadas pelo processo democrático por suas próprias decisões. Tendo em vista os conceitos estabelecidos no presente trabalho, o que foi descrito por Cass Sunstein como ativismo estaria muito mais ligado ao conceito de judicialização da política do que ao ativismo judicial propriamente dito.

Já na Ciência Política, podemos citar o modelo proposto por Tate e Vallinder, citado por Koerner (2016, p. 246), que consideram que o *“ativismo é uma das condições para a judicialização da política e é definido como a orientação do juiz para contrariar a política majoritária.”* Levando-se em conta os nossos conceitos, entendemos que é justamente o oposto, ou seja, a judicialização da política é a condição para o surgimento do ativismo judicial. No que respeita à segunda afirmação, como já se disse, a decisão contramajoritária nem sempre será ativista.

Fica fácil perceber, assim, que tentar a comparação pelos conceitos que as duas ciências produziram seria praticamente impossível, dada a variedade de sentidos que foram criados. Entretanto, ao longo dos estudos, percebemos que, ao tratar do ativismo judicial, as duas ciências tiveram percursos absolutamente distintos, o que acabou tendo reflexo no que elas entendem por ativismo judicial, em que pese as inúmeras variações que foram encontradas. Portanto, passemos a analisar esse percurso a partir da perspectiva do institucionalismo histórico.

8.1 ESCLARECIMENTOS PRELIMINARES

É importante esclarecer, de início, que para adotarmos alguns dos elementos do institucionalismo histórico, a fim de compararmos as trajetórias que a Ciência Política e o Direito percorreram em torno do termo ativismo judicial, necessariamente estamos considerando as duas ciências como instituições. Os autores dessa metodologia desenvolveram alguns conceitos de instituições, tal como vemos em Hall e Taylor (2003, p. 196), que, analisando a literatura sobre o tema, entenderam instituições como:

[...] os procedimentos, protocolos, normas e convenções oficiais e oficiosas inerentes à estrutura organizacional da comunidade política ou da economia política. Isso se estende das regras de uma ordem constitucional ou dos procedimentos habituais de funcionamento de uma organização até as convenções que governam o comportamento dos sindicatos ou as relações entre bancos e empresas. Em geral, esses teóricos têm a tendência a associar

as instituições às organizações e às regras ou convenções editadas pelas organizações formais [...].

Não cremos que a Ciência Política e o Direito se enquadrariam nesse conceito de instituição, no sentido de organizações formais. Note-se que, a despeito das duas ciências estarem institucionalizadas dentro das Universidades, não há uma fonte única da qual possa emanar regras e convenções. Existem inúmeras Universidades com cadeiras de Ciência Política e de Direito pelo mundo que estabelecem as suas próprias regras e os seus respectivos campos de pesquisas. Por esses motivos, para os fins de desenvolvimento do presente trabalho, preferimos adotar o conceito de instituição exposto por Thelen e Streeck¹⁸ (2005, p. 9), que entendem a instituição como:

[...] blocos construtivos da ordem social: elas representam as expectativas sancionadas, ou seja, coletivamente aplicadas com respeito ao comportamento de categorias específicas de atores ou à performance de certas atividades. Normalmente elas envolvem direitos mutuamente relacionados e obrigações para o ator, distinguindo entre ações apropriadas e inapropriadas, “certas” e “erradas”, “possíveis” e “impossíveis” e, desse modo, organizando o comportamento em padrões previsíveis e confiáveis [...].

Assim, adotaremos esse último conceito de instituição para os fins do presente trabalho. Esclarecido o que entendemos por instituição, passemos a verificar outro elemento do institucionalismo histórico, que é justamente o caminho percorrido por cada uma das ciências em análise, no que diz respeito ao termo ativismo judicial. Estamos falando do *path dependence*. O mesmo que ocorreu com a definição de instituição se repete com o conceito em questão, uma vez que surgiram inúmeros significados para o *path dependence*. Assim, adotamos o conceito estabelecido por Stinchcombe¹⁹ (1968, p. 195) que entendeu o *path dependence* como:

[...] causação histórica, na qual as dinâmicas desencadeadas por um evento ou processo em um ponto no tempo reproduzem-se e se reforçam mesmo na ausência da recorrência do evento ou processo original [...].

¹⁸ No original: “building-blocks of social order: they represent socially sanctioned, that is, collectively enforced expectations with respect to the behavior of specific categories of actors or to the performance of certain activities. Typically they involve mutually related rights and obligations for actors, distinguishing between appropriate and inappropriate, ‘right’ and ‘wrong’, ‘possible’ and ‘impossible’ actions and thereby organizing behavior into predictable and reliable patterns”.

¹⁹ No original: “historical causation, in which dynamics triggered by an event or process at one point in time reproduce and reinforce themselves even in the absence of the recurrence of the original event or process”.

Feitos esses esclarecimentos metodológicos, verificaremos qual foi o caminho percorrido pela Ciência Política até se chegar à análise do ativismo judicial propriamente dito, o que faremos no tópico que se segue.

8.2 *PATH DEPENDENCE* DA CIÊNCIA POLÍTICA

Em que pese os grandes clássicos como *O Espírito das Leis*, de Montesquieu; *Os Federalistas*, de Madison e outros, além de *A Democracia na América*, de Tocqueville, atentarem de alguma maneira para o Poder Judiciário como um poder político, como bem observa Taylor (2007), o Poder Judiciário, para a Ciência Política, foi colocado “*juntamente com a autoridade monetária e as agências reguladoras – como um tema marginal e tido como acessível somente a especialistas [...] Essa postura, no entanto, é um erro que afeta significativamente a relação entre análises dos cientistas políticos e o real funcionamento do sistema político [...]*” (TAYLOR 2007, p. 234).

Vejamos uma vez mais outro trecho do texto acima indicado, quando Taylor (2007, p. 233), disserta que, “*com exceção de Stepan (2000), que incorpora o Judiciário como um fator “demos-constraining” (antimajoritário), poucos cientistas políticos consideram a atuação do Judiciário ao estudarem a tomada de decisões pelo sistema político brasileiro.*” A constatação feita por Taylor (*op. cit.*), como já se viu, é referendada por Tomio e Carvalho (2013, s/p), quando dizem que “[...] *no geral, a teoria contra-majoritária, defendida nos artigos federalistas, ilumina o campo de estudo [...]*”.

De saída, fica evidente, nas palavras dos seus próprios membros, que a Ciência Política, por um longo período, não voltou os seus estudos para a análise do Poder Judiciário como um poder político, a despeito de Tocqueville já ter levantado essa questão em *A Democracia na América*. Quando a Ciência Política volta o olhar para o Poder Judiciário, toma-o, em um primeiro momento, como um poder contramajoritário.

Tomio e Carvalho (*op cit*) constatam, entretanto, que a Ciência Política avançou muito no que diz respeito aos estudos dos tribunais e suas respectivas atuações no processo decisório.

In verbis:

[...] A literatura corrente na área de Ciência Política avançou muito no que tange os estudos dos tribunais constitucionais e sua atuação no âmbito do processo decisório. Diversos trabalhos demonstram o aumento considerável da participação do poder Judiciário na vida pública (SHAPIRO, 1981; TATE & VALLINDER, 1995; CLAYTON & GILLMAN, 1999; SWEET, 2000; WORLD BANK, 2003; SADEK, 2004; TAYLOR, 2008; CARVALHO, 2009). (TOMIO; CARVALHO (2013, s/p)

Dos trabalhos citados pelos autores como relevantes estudos sobre os tribunais dentro da Ciência Política, já analisamos os trabalhos de Shapiro, Tate e Vallinder, Taylor, Carvalho e Sadek. Analisamos também os trabalhos de Ran Hirschl e Werneck Vianna, dentre outros. Destaca-se, entretanto, que os autores aqui mencionados realmente produziram trabalhos com um viés contramajoritário, o que se verifica também em outros trabalhos quando destacam um aumento da intervenção do Judiciário em políticas públicas, tal como ressaltou Taylor (*op. cit.*), dizendo que o Judiciário tem sido procurado como arena de disputa política, influenciando, assim, na elaboração de políticas públicas. Rememoremos:

[...] No decorrer da última década, o Judiciário Federal revelou-se um importante ator político: tribunais federais repetidamente interromperam imensos leilões de privatização; [...]. (TAYLOR 2007, p. 237)

O que se vê, de forma geral nos estudos que analisamos, é que a questão contramajoritária realmente ilumina o campo de estudo do Judiciário na Ciência Política. A conclusão dos autores acima citados, a nosso ver, explicaria a escassez de literatura, em Ciência Política, sobre o ativismo judicial propriamente dito, pois o caminho trilhado pela Ciência Política constrange os autores a continuarem seguindo essas linhas basilares. O mesmo podemos dizer em relação aos autores que demonstram certo desinteresse na ideia de estudarem o ativismo judicial, uma vez que são constrangidos a seguirem o que a Ciência Política já vinha fazendo, ou seja, estudar o Judiciário sob a perspectiva da questão contramajoritária ou outras linhas de pesquisa já consolidadas.

Note-se que, para entender o ativismo judicial, inevitavelmente é necessário adentrar na questão da hermenêutica jurídica, o que segundo Taylor (2007, p. 234), “*pode ser tido como acessível somente a especialistas*”. Essa constatação pode explicar o fato de muitos cientistas políticos simplesmente colocarem o ativismo judicial no mesmo bojo da judicialização da política, pois, entendendo que a questão referente à hermenêutica jurídica é acessível somente aos juristas, preferem não adentrar nessa seara.

Para ilustrar o que estamos dizendo, recorremo-nos novamente ao texto de Maciel e Koener (2002, p. 117), no qual os autores analisaram alguns sentidos em que o termo judicialização da política foi utilizado, dizendo que “*no sentido constitucional, a judicialização refere-se ao novo estatuto dos direitos fundamentais e à superação do modelo da separação dos poderes do Estado, que levaria à ampliação dos poderes de intervenção dos tribunais na política*”.

Maciel e Koener encontraram na literatura o posicionamento acima sobre o que seria a judicialização da política. Sempre tomando por base o nosso conceito “controle” de ativismo judicial, poderíamos dizer que essa definição está muito mais próxima do conceito de ativismo judicial do que da judicialização da política. Entendemos que com essa postura – colocar o ativismo no mesmo bojo da judicialização da política e vice-versa – o autor não é levado a se imiscuir na questão da hermenêutica jurídica, que seria uma matéria reservada aos especialistas.

A Ciência Política, entretanto, não se limitou a ver o Poder Judiciário apenas na questão contramajoritária, pois como bem lembra Arantes (2015, p. 48), *“disso não resulta necessariamente que o STF exerça principalmente uma função contramajoritária, como demonstram algumas das análises citadas acima. A performance de nossa corte suprema se aproxima mais da hipótese formulada por Stone Sweet (2000) segundo a qual onde houver extensiva constitucionalização de direitos, a função de controle não se restringirá à de “legislador negativo” mas constituirá uma “massive, vitually open-ended delegation of policy-making authority” para o tribunal.”*

Arantes (2015), então, tratando do fenômeno da expansão do Poder Judiciário, disse que *“há pelo menos dois enfoques acerca desse tipo de expansão do Judiciário, não excludentes e complementares entre si.”*:

[...] O primeiro, mais sociológico, associa a expansão do Judiciário e suas dificuldades atuais, respectivamente, ao desenvolvimento e crise do chamado Estado de Bem-Estar Social no século XX. O segundo, mais institucional, associa a expansão do Judiciário à ampliação do acesso à Justiça para direitos coletivos, especialmente a partir da década de 1970 [...]. (ARANTES, 2015, p. 49)

Percebe-se, assim, que há, além da questão contramajoritária, outro enfoque de interesse da Ciência Política, que é justamente entender como se deu a expansão do Poder Judiciário. Essa corrente estaria mais ligada aos “Institucionalistas”, que citamos em nossa classificação, pois, para eles, a questão relativa ao ativismo judicial ficaria em um segundo plano. Fica evidente que o trabalho de Arantes (2015) é voltado para entender como se deu a expansão do Poder Judiciário, entretanto, ele chama a atenção para outro campo de pesquisa que a Ciência Política tem demonstrado interesse. Em suas palavras:

[...] A judicialização de políticas públicas é outro fenômeno que vem atraindo a atenção dos analistas. Provocados por ações do Ministério Público, de atores sociais e às vezes de simples indivíduos, juízes e tribunais têm sido chamados

a assegurar direitos nas mais diversas áreas como saúde, educação e outros serviços de relevância pública [...]. (ARANTES, 2015, p. 55)

No que respeita à judicialização da política, Tomio e Carvalho (2013, s/p) dissertam que “*a literatura nacional tem avançado no sentido de compreender a dinâmica desse processo de judicialização da política. Os debates em torno das instituições judiciais e sua relação com o poder, a profissionalização das carreiras jurídicas, a análise dos processos políticos-jurídicos, o Direito e a Economia Política, para destacar alguns temas que os pesquisadores brasileiros têm desenvolvido.*” Ressaltam, ainda, que as associações internacionais e nacionais colocam o tema em destaque:

[...] As associações internacionais e nacionais promovem e estimulam o debate ao concederem espaço privilegiado ao tema. A grande reputação dessas associações, como: The American Political Science Association (APSA), International Political Science Association (IPSA), The European Consortium for Political Research (ECPR), Latin American Association of Political Science (LASA), La Asociación Latinoamericana de Ciencia Política (Alacip), Associação Brasileira de Ciência Política (ABCP), Associação Nacional de Pós-graduação em Ciências Sociais (Anpocs), entre tantas outras, reforçam a importância do tema e sua projeção em termos de significância internacional [...].

Assim, talvez retroalimentado pelo percurso dos estudos sobre o Poder Judiciário, dentro da Ciência Política, os trabalhos encontrados orbitam realmente em torno da questão contramajoritária, quando dizem que as minorias procuram o Judiciário como a arena que lhes seja mais favorável. Há também vários estudos sobre a expansão do Poder Judiciário, analisando as várias etapas pelas quais o Judiciário passou, mormente sobre o controle de constitucionalidade. Por fim, existem vários estudos sobre a judicialização da política, asseverando-se que o Judiciário tem cada vez mais interferido nas políticas públicas. Em relação à judicialização da política, muitos autores colocam o ativismo judicial dentro dessa área e, não raro, utilizam os dois termos de forma indiscriminada, tal como já ressaltamos.

Pode-se concluir, assim, que com algumas exceções, a Ciência Política prefere não tratar da questão do ativismo judicial propriamente dito, seja por conta do caminho que essa ciência percorreu em relação aos estudos sobre o Poder Judiciário, seja pelo fato de que os autores consideram o ativismo judicial “*como um tema marginal e tido como acessível somente a especialistas*”. (TAYLOR, 2007, p. 234)

De forma similar ao que foi dito até o presente momento, temos a conclusão de Gavin Drewry (1998, p. 201):

[...] Os cientistas políticos ignoram as dimensões legais de sua disciplina por sua conta e risco. Mas tendo dito isso, não é realista esperar que os cientistas políticos se transformem em advogados, ou vice-versa. O caminho a seguir consiste em incluir uma cobertura adequada dos aspectos legais nos currículos de ciências sociais; em colaboração de pesquisa mais interdisciplinar; e, mais modestamente, advogados e cientistas políticos que passem a ler as literaturas uns dos outros. Este escritor oferece suas opiniões com a devida humildade, a partir de sua própria perspectiva nacional, em um país onde o abismo entre a lei e a ciência política é particularmente amplo. Ainda assim, espera-se que este capítulo forneça algum encorajamento e orientação modesta nessa direção. [...]

Dessa forma, quando os autores tratam sobre o ativismo, o fazem dentro da judicialização da política, analisando somente os resultados sociais das decisões judiciais. Exemplo disso são as inúmeras afirmações de que o Judiciário tem cada vez mais interferido na elaboração de políticas públicas, muitas vezes vetando ou alterando a política pública elaborada e executada pelos demais poderes, sem, contudo, analisarem se a decisão extrapolou ou não os limites de uma interpretação juridicamente possível.

Não estamos dizendo com isso que não existam trabalhos em Ciência Política que analisam também a questão da hermenêutica jurídica. O que estamos afirmando é que o caminho trilhado por essa ciência constringe os seus autores a permanecerem olhando o Judiciário pelos campos já explorados.

Por fim, citemos Shapiro (1993, *apud* Almond, 1998, p. 75), que relata que: “*a ciência política sem análise legal está seriamente carente de poder explicativo; e a análise jurídica sem o contexto institucional e processual político é formalista e estéril*”.

Passemos a verificar, então, qual o caminho percorrido pelo Direito em relação ao ativismo judicial.

8.3 PATH DEPENDENCE DO DIREITO

No que respeita ao caminho percorrido pelo Direito em relação ao termo ativismo judicial, nós o analisamos no tópico “Ativismo Judicial na Perspectiva para o Direito”. No presente item, portanto, o foco será repassar esse caminho de forma genérica, com a finalidade de demonstrar que o Direito está preocupado principalmente com a questão da hermenêutica jurídica e, de certa forma, ignora os resultados sociais da decisão ativista e o contexto social em que foi produzida.

Sendo assim, podemos dizer que os estudos sobre ativismo judicial para o Direito nascem em torno da questão da hermenêutica. Isso fica evidente quando tratamos das correntes jusfilosóficas do jusnaturalismo, juspositivismo e do neoconstitucionalismo. Cada uma dessas

correntes, ao seu modo, externou as suas respectivas visões sobre a lei e a norma. Na corrente jusnaturalista, seria difícil se cogitar em ativismo, uma vez que se pregava a existência de um direito natural, independentemente da vontade humana. Com o juspositivismo, ao revés, tudo o que não fosse extraído do próprio direito positivo poderia ser tido como ativista. Por fim, com o neoconstitucionalismo – em resposta ao juspositivismo – houve um alargamento da interpretação jurídica, que, para alguns autores, nos levou quase que a um jusnaturalismo positivado.

Com o alargamento da possibilidade interpretativa, surgiram, então, inúmeras teorias com a finalidade de colocar um limite ou estabelecer uma metodologia de interpretação. Apenas para citarmos alguns exemplos, surgiram as teorias “Originalistas”, teoria do “Constitucionalismo Vivo”, teoria da “Sociedade aberta de Intérpretes da Constituição”, dentre outras. Note-se que seja pelo caminho percorrido em relação ao jusnaturalismo, juspositivismo, neoconstitucionalismo e as teorias limitativas, esses movimentos teóricos estavam preocupados, preponderantemente, com a hermenêutica jurídica e em estabelecer algum limite para essa interpretação jurídica.

É possível verificar, na grande maioria dos trabalhos sobre ativismo judicial para o Direito, que o caminho trilhado pela Ciência Jurídica também constrangeu os juristas a permanecerem na trilha de discutir o ativismo judicial somente no campo da hermenêutica, sendo verificado um desinteresse pelos resultados sociais dessas decisões ou pelo contexto histórico em que elas foram produzidas. O Direito se contenta em identificar se a decisão extrapolou ou não os limites de uma interpretação juridicamente possível e, em alguma medida, em desenvolver teorias sobre as quais seriam esses limites.

Existem trabalhos que acabam por analisar a questão da hermenêutica e dos resultados sociais de uma decisão ativista e do contexto histórico em que ela foi produzida. Contudo, o que estamos demonstrando é que o caminho trilhado pela Ciência Jurídica, em relação ao ativismo judicial, constrange os autores do Direito, de certa forma, a se contentarem apenas com a análise teórica dos limites da interpretação judicial.

Interessante notar, entretanto, que, no Direito, encontramos um constrangimento institucional não da Ciência Jurídica propriamente dita. Foi possível verificar que na instituição do Poder Judiciário a maioria dos juízes são a favor de uma conduta ativista de seus membros, o que fica claro no trabalho de Werneck Vianna *et al* (2008). Essa constatação, entretanto, não prejudicou a nossa análise, já que procuramos colher também as opiniões de professores

universitários sem vínculo com o Poder Judiciário. A posição adotada pelos juízes foi colocada no que classificamos como “Neoconstitucionalistas”.

Podemos concluir, assim, que os estudos sobre ativismo judicial, no Direito, preponderantemente estão ligados à hermenêutica jurídica, havendo um desinteresse sobre os resultados sociais dessa decisão ativista e do contexto social em que ela foi produzida.

8.4 CONCLUSÃO SOBRE A COMPARAÇÃO

Em termos comparativos, portanto, podemos dizer que estamos diante de duas faces de uma mesma moeda. O Direito, constringido pelo caminho que seguiu até o presente momento, acaba dando ênfase somente para a questão da hermética jurídica, demonstrando um desinteresse pelos resultados sociais das decisões ativistas e pelo contexto social em que elas foram produzidas. A Ciência Política, por seu turno, em um primeiro momento, ignorou o Poder Judiciário e, quando passa a analisá-lo, toma-o como uma instituição contramajoritária, produzindo uma série de pesquisas que constatam que o Poder Judiciário cada vez mais tem interferido na elaboração de políticas públicas, sem, contudo, analisar se as decisões que interferiram nessas políticas extrapolaram ou não os limites de uma interpretação juridicamente possível, ignorando, portanto, a questão referente à hermenêutica jurídica.

Conforme Shapiro (*op cit*), a Ciência Política, ao analisar o Poder Judiciário, deve, no mínimo, perquirir os mecanismos de decisão, a fim de verificar se a interferência em determinada política foi ou não legítima, sob pena de produzir resultados que não explicam realmente o evento estudado. O Direito, por seu turno, ao não olhar para o contexto em que a decisão tida por ativista foi produzida e para os seus resultados sociais, pode considerar uma decisão como ativista quando, na verdade, diante do contexto social em que está inserida, pode não receber essa classificação.

Diante do que foi exposto no presente tópico, cremos que conseguimos demonstrar qual foi o caminho percorrido tanto pela Ciência Política quanto pelo Direito em relação ao ativismo judicial, evidenciando-se, assim, as suas diferentes concepções em relação ao termo em estudo.

Passemos a responder, então, se o ativismo judicial é um remédio ou um veneno para a Democracia.

9 ATIVISMO JUDICIAL: REMÉDIO OU VENENO PARA A DEMOCRACIA?

Como se demonstrou o uso do termo ativismo judicial é relativamente novo, tendo gerado inúmeras controvérsias, inclusive sobre os seus sentidos e alcance. Entretanto, as críticas

sobre o termo ou o fenômeno propriamente dito ocorrem, basicamente, afirmando que o ativismo seria uma afronta à democracia, uma vez que o governo dos representantes eleitos pelo povo estaria sendo substituído pelo governo dos juízes que, em regra, não são eleitos.

A resposta para a questão, aparentemente simples, envereda por dois caminhos tortuosos. O primeiro deles diz respeito à definição do que seria ativismo judicial. Apesar da confusão terminológica que encontramos em relação a esse termo, utilizaremos o nosso conceito de ativismo judicial para os fins do presente tópico. Em relação ao segundo item contido na questão – Democracia – procuraremos encontrar uma definição para ser utilizada no presente trabalho, uma vez que não poderíamos responder a indagação proposta sem saber o que é a Democracia.

Estabelecidos esses parâmetros conceituais, passaremos a analisar como a dita separação dos poderes ou de funções ocorreu no caso brasileiro, procurando identificar, na Constituição Federal, quais são as funções precípua de cada um dos poderes e quais seriam os elementos do *check on the balance* previstos na Carta Magna. Essa constatação será importante para delimitarmos quais as searas de atuação de cada um dos poderes e quais os seus respectivos limites.

Superadas essas questões, poderemos, então, responder se o ativismo judicial é o remédio ou um veneno para a Democracia brasileira. Como a questão do ativismo judicial já foi enfrentada, passemos a verificar, no tópico que se segue, o que podemos entender por Democracia.

9.1 DEMOCRACIA

Até o presente momento verificou-se que várias expressões e conceitos acabam tendo sentidos diferentes, a depender do ponto de vista de quem os analisa. No caso do termo Democracia, conforme se demonstrará, não será diferente. Entretanto, levando-se em conta o objetivo desse tópico, procuraremos priorizar as visões de Democracia que digam respeito ao caráter da representatividade, já que, justamente nesse ponto, são dirigidas as críticas em relação ao ativismo judicial, sem prejuízo, obviamente, de adentrarmos em outros pontos de vista.

Diante disso, podemos dizer que é ponto comum dentre os estudiosos sobre a Democracia considerar que a sua origem tenha ocorrido em Atenas, há cerca de 2400 anos. Dunn (2005, p. 50) afirmou que “*a democracia em Atenas surgiu das lutas entre ricos proprietários de terra e famílias pobres que tinham perdido ou corriam o risco de perder suas terras e que, portanto, estavam sob a ameaça de serem levadas a trabalho compulsório por*

dívidas acumuladas”. Citado autor disse que a Democracia não surgiu de forma consciente, mas por várias iniciativas políticas de Sólon, tais como a codificação das leis e a modificação do acesso aos tribunais, o que permitiu maior acesso aos pobres, além da abolição dos escravizados por dívidas e do trabalho compulsório. Após Sólon, Dunn relata que Clístenes trouxe para Atenas o que viria a se chamar democracia – quando ele organizou a “*escolha política conduzindo-a para fora do grupo dos bem-nascidos e relativamente ricos e consignando-a, clara e decididamente, a todo demos ateniense*” (DUNN, 2005, p. 52).

Dahl (2012) relatou que em Atenas o povo – *demos* – quando necessitava resolver as questões atinentes à cidade, reunia-se em assembleia, oportunidade em que todos os cidadãos livres tinham a possibilidade de emitir a sua opinião sobre os assuntos debatidos. Além de comparecerem às assembleias, os cidadãos atenienses deveriam integrar os órgãos de gestão da cidade.

Após a invasão do exército da Macedônia em Atenas, tanto Dahl (2012) quanto Dunn (2005) afirmaram que a democracia permaneceu adormecida por mais de 2000 anos até ressurgir na Europa, com as Revoluções Inglesa e Francesa e, na América, com a Constituição dos Estados Unidos da América.

Essas são as origens da democracia reconhecida pela literatura. Evidentemente, quando se fala na democracia ateniense, estamos falando de uma democracia direta e participativa, na qual envolvia pequenas cidades e os ditos cidadãos eram chamados a participarem diretamente das decisões de interesse da cidade. Ainda hoje o nosso sistema constitucional prevê elementos de consulta direta propriamente dita, além dos mecanismos do plebiscito e do referendo popular.

A teoria democrática, como se disse, ressurgiu a partir do século XVII e, para citarmos ou recitarmos alguns autores dessa época, podemos mencionar Hobbes, Locke e Rousseau – como pensadores que trataram do tema. Entretanto, já no século XIX, Stuart Mill (2009), contrariando a ideia de democracia participativa, apresenta um modelo de Democracia representativa. Bobbio (2000, p. 55) define um Estado representativo como um regime “*no qual as principais deliberações políticas são tomadas por representantes eleitos, importando pouco se os órgãos de decisões são o parlamento, o presidente da república, o parlamento mais os conselhos regionais, etc.*”.

Schumpeter (2008) entende que a ideia clássica de que a Democracia visaria uma espécie de bem comum seria impraticável dentro de uma sociedade com grande volume demográfico ou geográfico. Para o autor, há inúmeros interesses econômicos, sociais, culturais

e morais que impediriam a busca por esse bem comum. Assim, ele desenvolve a teoria denominada minimalista, na qual as eleições seriam disputadas por uma elite política em busca de seus interesses pessoais. Satisfeitos esses interesses em um primeiro plano, como a disputa entre essas elites depende dos votos da população, os anseios dos eleitores seriam atendidos em um segundo plano, como forma de capitanear esses votos. Assim, para Schumpeter, a Democracia se resumiria à disputa eleitoral dessas elites, ou seja, um método pelo qual se elegem os políticos.

Outros autores aderiram a essa corrente minimalista, apresentando alguns elementos que os países devem ter para serem considerados democráticos. Mainwaring, Brinks e Pérez-Liñan (2001, p. 645) afirmaram que o regime pode ser considerado democrático quando apresentarem as seguintes características: “(a) que promove eleições competitivas livres e limpas para o Legislativo e o Executivo; (b) que pressupõe uma cidadania adulta abrangente; (c) que protege as liberdades civis e os direitos políticos; (d) no qual os governos eleitos de fato governam e os militares estão sob controle civil”.

Schedler (2002) critica a concepção que considera a democracia tão somente pelo caráter eleitoral. O autor disse que a ideia de realização de eleições não é o suficiente para caracterizar o país como uma democracia, citando que, em 2001, no mundo, foi possível constatar 58 países com sistemas de “autoritarismo eleitoral”. Em outras palavras, existem países que realizam eleições periódicas, porém, são governados de forma autoritária.

Robert Dahl (2012), por seu turno, disserta que o ideal de democracia, na sociedade contemporânea, seria inalcançável ou utópica. Assim, para ele, o mais próximo que poderíamos chegar de uma democracia seria o que ele denomina da Poliarquia. Dentro desse modelo, no qual se prioriza a competição e participação, o cidadão deve ter o direito de: 1) formular preferências; 2) expressar individualmente ou coletivamente a outros e aos governos as suas preferências e 3) ter suas preferências igualmente consideradas na conduta do governo, ou seja, consideradas sem discriminação decorrente do conteúdo ou da fonte da preferência.

Ainda segundo Dahl (2002), para que os três direitos acima sejam possíveis e, por conseguinte, para que a Poliarquia exista, é necessário que estejam presentes oito garantias, quais sejam: 1) Liberdade de formar e aderir a organizações; 2) Liberdade de expressão; 3) Direito de voto; 4) Elegibilidade para cargos públicos; 5) Direitos de líderes políticos disputarem apoio e votos; 6) Garantia de acesso a fontes alternativas de informação; 7) Eleições livres e idôneas; 8) Instituições para fazer com que as políticas governamentais dependem de eleições e de outras manifestações de preferência.

Podemos concluir, assim, que na Democracia contemporânea é fundamental que “*as principais deliberações políticas*” sejam “*tomadas por representantes eleitos*” (BOBBIO, 2000, p. 55), dentro de eleições livres que garantam a competição e a participação dos cidadãos que pretendam se candidatar a cargos públicos elegíveis.

Passemos a verificar, no tópico que se segue, como se dá a questão referente à separação dos poderes na Constituição Federal brasileira.

9.2 SEPARAÇÃO DOS PODERES NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL

A Constituição Federal, em seu artigo 2º, estabelece que “são Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário”. Moraes (2004, p. 382) argumenta que “*a Constituição Federal, visando, principalmente evitar o arbítrio e o desrespeito aos direitos fundamentais do homem, previu a existência dos Poderes do Estado e da Instituição do Ministério Público, independentes e harmônicos entre si, repartindo entre eles as funções estatais e prevendo prerrogativas e imunidades para que bem pudessem exercê-las, bem como criando mecanismos de controles recíprocos, sempre como garantia da perpetuidade do Estado democrático de Direito*”.

Iniciando a análise sobre as atribuições de cada um desses poderes, a Constituição Federal prevê, em seu artigo 44, que o Poder Legislativo “é exercido pelo Congresso Nacional, que se compõe da Câmara dos Deputados e do Senado Federal.” Já no artigo 48, a Carta Magna passa a dispor sobre as atribuições do Congresso Nacional. Moraes (2004) disse que o Poder Legislativo tem as funções típicas e as funções atípicas, sendo que as funções típicas seriam as de:

[...] *legislar e fiscalizar*, tendo ambas o mesmo grau de importância e merecedoras de maior detalhamento. Dessa forma, se por um lado a Constituição prevê regras de processo legislativo, para o Congresso Nacional elaborar as normas jurídicas, de outro, determina que a ele compete fiscalizar contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial do Poder Executivo (CF, art. 70). (MORAES, 2004, p. 388)

No que se refere às funções atípicas do Poder Legislativo, Moraes (2004, p. 388) pontua que “*constituem-se em administrar e julgar. A primeira ocorre, exemplificativamente, quando o Legislativo dispõe sobre sua organização e operacionalidade interna, provimento de cargos, promoções de seus servidores; enquanto a segunda ocorrerá, por exemplo, no processo e julgamento do Presidente da República por crime de responsabilidade*”.

Já o Poder Executivo está previsto no artigo 76 e seguintes da Constituição Federal, nos quais se lê que: “o Poder Executivo é exercido pelo Presidente da República, auxiliado pelos Ministros de Estado.” O artigo 84 prevê quais são as atribuições do Presidente da República. Nesse ponto, Moraes (2004, p. 436) esclarece que “na estrutura do Poder Executivo verifica-se a existência de duas funções primordiais diversas, quais sejam, a de Chefe de Estado e de Chefe de Governo.” e disserta:

[...] Assim, como chefe de Estado, o representa pois nas suas relações internacionais (art. 84, VII e VIII, XIX), bem como corporifica a unidade interna do Estado.

Como chefe de Governo, a função presidencial corresponde à representação interna, na gerência dos negócios internos, tanto os de natureza política (participação no processo legislativo), como nos de natureza eminentemente administrativa (art. 84, I, II, III, IV, V, VI, IX a XXVII). Assim, o Chefe de Governo exercerá a liderança da política nacional, pela orientação das decisões gerais e pela direção da máquina administrativa [...]. (MORAES, 2004, p. 436)

O artigo 84, inciso IV, da Constituição Federal, diz que compete ao Presidente da República “sancionar, promulgar e fazer publicar as leis, bem como expedir decretos e regulamentos para sua fiel execução”. Nesse ponto, Moraes (2004, p. 442) esclareceu que:

[...] O exercício do poder regulamentar do Executivo situa-se dentro da principiologia constitucional da Separação dos Poderes (CF, arts. 2º; 60, §4º, III), pois, salvo em situações de relevância e urgência (medidas provisórias), o Presidente da República não pode estabelecer normas gerais criadoras de direitos ou obrigações, por ser função do Poder Legislativo. Assim, o regulamento não poderá alterar disposição legal, nem tampouco criar obrigações diversas das previstas em *disposição legislativa* [...].

Destacariamos, ainda, o disposto no artigo 84, incisos XIV, XV e XVI, da Constituição Federal, que dizem, respectivamente, que é de competência do Presidente da República: “nomear, após aprovação pelo Senado Federal, os Ministros do Supremo Tribunal Federal e dos Tribunais Superiores, os Governadores de Territórios, o Procurador-Geral da República, o presidente e os diretores do banco central e outros servidores, quando determinado em lei; nomear, observado o disposto no art. 73, os Ministros do Tribunal de Contas da União; nomear os magistrados, nos casos previstos nesta Constituição, e o Advogado-Geral da União; [...]”.

Por fim, o Poder Judiciário está previsto nos artigos 92 e seguintes da Constituição Federal. Moraes (2004, p. 463) pontua que “[...] o Poder Judiciário é um dos três poderes clássicos previstos pela doutrina e consagrados como poder autônomo e independente de

importância crescente no Estado de Direito, pois como afirmou Sanches Viamonte, sua função não consiste somente em administrar a justiça, sendo mais, pois seu mister é ser o verdadeiro guardião da constituição, com a finalidade de preservar, basicamente, os princípios da legalidade e igualdade, sem os quais os demais tornariam-se vazios [...]”.

No que respeita à sua função típica, portanto, compete ao Poder Judiciário aplicar a lei ao caso concreto, desde que provocado em decorrência de um conflito de interesse. Em relação à sua função atípica, Moraes (2004) afirmou que o Poder Judiciário possui as funções administrativas e legislativas. Vejamos:

[...] São de natureza administrativa, por exemplo, concessão de férias aos seus membros e serventuários, prover, na forma prevista nessa Constituição, os cargos de juiz de carreira na respectiva jurisdição.
São de natureza legislativa a edição de normas regimentais, pois compete ao Poder Judiciário elaborar seus regimentos internos, com a observância das normas de processo e das garantias processuais das partes, dispondo sobre a competências e o funcionamento dos respectivos órgãos jurisdicionais e administrativos [...]. (MORAES, 2004, p. 466)

Destaca-se que os artigos 1º e 3º da Constituição Federal trazem, respectivamente, os fundamentos e os objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, os quais devem ser observados pelos três poderes. Vejamos primeiramente os fundamentos previstos no artigo 1º e incisos, que são: “I - a soberania; II - a cidadania; III - a dignidade da pessoa humana; IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa; V - o pluralismo político.”

Os objetivos estão previstos no artigo 3º e incisos, quais sejam: “I - construir uma sociedade livre, justa e solidária; II - garantir o desenvolvimento nacional; III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.”

Além dos artigos da Constituição Federal propriamente ditos, temos o Preâmbulo que seria uma carta de intenções do Poder Constituinte, cuja redação é a que se segue:

[...] Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembleia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL [...].

Alexandre de Moraes (2004, p. 51) relata que “o *preâmbulo de uma Constituição pode ser definido como documento de intenções do diploma, e consiste em uma certidão de origem e legitimidade do novo texto e uma proclamação de princípios,*” e, arremata dizendo que:

[...] O preâmbulo, portanto, por não ser norma constitucional, não poderá prevalecer contra texto expresso da Constituição Federal, e tampouco poderá ser paradigma comparativo para declaração de inconstitucionalidade, porém, por traçar as diretrizes políticas, filosóficas e ideológicas da Constituição, será uma de suas linhas mestras interpretativas. [...] (MORAES, 2004, p. 51)

Não consideramos que a função administrativa de cada um dos poderes seja uma função atípica no que respeita ao Legislativo e ao Judiciário. Ao nosso entender, trata-se de função inerente à própria sistemática da Separação dos Poderes, pois não seria concebível que o Executivo administrasse os bens e pessoas ligadas ao Poder Judiciário ou ao Legislativo.

Consideramos, assim, que no Executivo a função atípica está ligada à possibilidade de edição de Medidas Provisórias e a nomeação de membros do Poder Judiciário. Em relação ao Legislativo, a função atípica estaria ligada à possibilidade de julgamento dos membros dos demais Poderes no caso de Impeachment. Já em relação ao Judiciário, não consideramos como atípica a possibilidade de edição de normas regimentais, pois, a nosso ver, essa questão está intrinsicamente ligada à capacidade de autoadministração. Assim, dos três poderes, apenas o Judiciário não teria uma função atípica propriamente dita.

Traçado esse panorama sobre a Democracia e a Separação dos Poderes, passemos a reposta da indagação feita.

9.3 A RESPOSTA

Importante destacar, de início, que é função precípua do Poder Judiciário extrair a norma contida na lei e aplicá-la ao caso concreto. Aquela visão de que o juiz é apenas a boca da lei não mais se aplica na sociedade contemporânea. A letra da lei precisa ser interpretada pelo Poder Judiciário de modo que essa interpretação se faça em harmonia com todo o sistema jurídico. Essa é naturalmente a função do Poder Judiciário.

É evidente que o juiz pode se deparar com casos simples, em que a questão se resolve apenas com a aplicação de regras e, eventualmente, com a extração de alguma exceção dessa regra. Em outros casos, considerados difíceis, o juiz deverá recorrer aos princípios e aplicar a ponderação para resolver a questão posta em julgamento. A linha de ruptura, ao nosso entender, está quando o juiz precisa recorrer aos princípios, pois, se considerá-los de forma muito ampla,

poderá quase que legislar; e, de outro lado, se não aplicá-los, estará incorrendo em erro no seu mister.

Não somos adeptos à ideia de um juiz Hércules, porém, o juiz deve ter esse espírito de procurar realmente a melhor interpretação que se possa extrair daquele comando legal, evitando ser influenciado por suas convicções pessoais ou ideológicas. A despeito de aparentemente se tratar de uma tarefa complexa, cremos que é perfeitamente possível ser guiado pelo espírito do juiz Hércules. Esse dilema é enfrentado por qualquer cientista sério em sua pesquisa, uma vez que sempre está em busca de uma neutralidade axiológica.

Portanto, o juiz, ao assim agir, estará afastando o ativismo judicial de suas decisões, respeitando, dessa forma, o princípio da Separação dos Poderes. Todavia, é importante ressaltar que a humanidade, após as atrocidades que ocorreram na Segunda Guerra Mundial, criou uma gama de direitos fundamentais inerentes ao fato de ser humano, os quais estão estampados na “Declaração Universal dos Direitos Humanos”. Mais de cinquenta países, dentre eles o Brasil, assinaram a aludida declaração. Evidentemente, os três poderes estão obrigados a respeitarem as diretrizes dessa declaração.

A Constituição Federal dedicou um título inteiro denominado “dos Direitos e Garantias Fundamentais.” Dentro desse título, consta o artigo 5º, que, além de inúmeros incisos, em seu *caput* diz: “*todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...]*”.

Imaginemos que determinada lei, Medida Provisória ou Regulamento etc. – que viole os direitos fundamentais – seja editada ou pelo Legislativo ou pelo Executivo. O Poder Judiciário não será chamado, simplesmente, a verificar a compatibilidade de tal regramento com o ordenamento jurídico, mas sim como a última trincheira para a proteção desses direitos fundamentais violados. Nesse passo, o Judiciário não age como simples intérprete natural da lei, mas sim como poder político. Se o juiz puder resolver a questão dentro de uma interpretação jurídica razoável, deve fazê-lo. Caso o juiz não possa resolver a questão dentro das regras de interpretação possível juridicamente, o ativismo judicial, nessa situação, além de desejável é necessário.

A Suprema Corte Americana proferiu algumas decisões que foram consideradas ativistas, mas na perceptiva de proteção dos direitos fundamentais. Entretanto, ao longo dos anos, a despeito dessas decisões serem consideradas ativistas, não sofreram críticas e, algumas

delas, marcaram o início da correção de muitas injustiças que foram praticadas nos Estados Unidos da América. Moro (2001) citou algumas:

[...] **Combatendo a segregação racial.** [...] *Brow v. Boardo of Education*, de 1954, na qual foi reputada inconstitucional a segregação racial predominante nas escolas públicas no Sul dos Estados Unidos, talvez seja a mais importante decisão da Corte de Warren. [...]

[...] **Reordenação de distritos eleitorais.** [...] Em *Baker v. Carr*, de 1962, a Corte reviu o precedente de *Colegrove v. Green*, de 1949, admitindo que a ordenação dos distritos eleitorais era matéria sujeita à revisão judicial e não mais uma “questão política.

Admitida a possibilidade do controle judicial, a Corte, em *Reunolds v. Simms*, de 1964, formulou o princípio “um homem, um voto . [...]

[...] **Liberdade de expressão e outros direitos preferenciais.** (...) *New York Times v. Sullivan*, de 1964, [...] policiais do Estado do Alabama processaram por danos contra honra o jornal *The New York Times* por publicar anúncio pago que solicitava auxílio financeiro para defesa de MARTIN LUTHER KING e que continha diversas declarações errôneas quanto a conduta de policiais em relação ao Dr. KING.

A Corte entendeu que a liberdade de expressão em assuntos públicos deveria de todo modo ser preservada. Estabeleceu que a conduta do jornal estava protegida pela liberdade de expressão salvo se provado que a matéria falsa tivesse sido publicada maliciosamente ou com desconsideração negligente em relação à verdade. [...]

[...] **Direito de privacidade.** [...] Em *Griswold v. Connecticut*, DE 1965, ela invalidou lei estadual que proibia a comercialização ou utilização de anticoncepcionais, reconhecendo a existência de um *right of privacy* (direito de privacidade) não previsto expressamente da Carta de Direitos. O Juiz WILLIAN DOUGLAS argumentou que várias normas constitucionais, como, por exemplo, a que proíbe invasão de domicílio sem ordem judicial ou a que garante o direito a não autoincriminação, criariam “zonas de privacidade” imunes às intervenções do poder público, que deveriam ser estendidas para proteger as decisões tomadas no seio da relação matrimonial, inclusive as relativas à utilização ou não de métodos anticoncepcionais. [...]

[...] **Casos criminais.** O exemplo óbvio é *Gideon v. Wainright*, de 1963, que reconheceu aos acusados perante tribunais estaduais o direito a assistência judiciária provida pelos Estados e não tivessem condições de contratar um advogado. Tal direito era reconhecido pela Sexta Emenda à Constituição norte-americana aos acusados perante cortes federais. Questão que se colocava era se tal direito era extensível às cortes estaduais. [...].

Podemos concluir, assim, que quando se trata de direitos fundamentais, erigidos pela sociedade moderna como o mínimo de direitos que deve ser assegurado ao ser humano, o Poder Judiciário, na qualidade de entidade política que é, acaba por ser a última trincheira de proteção desses direitos. Se para protegê-los a única saída é lançar mão de uma decisão ativista, assim deve agir. Todavia, levando em conta que em uma democracia representativa “*as principais deliberações políticas devem ser tomadas por representantes eleitos*” (BOBBIO, 2000, p. 55)

– não havendo confronto dessas políticas com os direitos fundamentais, o juiz deve agir com o espírito do juiz Hércules. Evidentemente, se essa política não seguiu as regras do jogo, é dever do magistrado aplicar corretamente o direito ao caso concreto, pouco importando se a política em análise será ou não anulada.

Respondendo, portanto, à questão referente ao ativismo judicial para a democracia, podemos dizer que o ativismo é o remédio para a democracia quando possibilita ao Poder Judiciário, como última trincheira, a defesa dos direitos fundamentais. Todavia, é veneno quando também possibilita ao Poder Judiciário, órgão não eleito, imiscuir-se em políticas públicas legalmente implementadas e desenvolvidas pelos órgãos democraticamente eleitos.

10 CONSIDERAÇÕES FINAIS

No presente trabalho, partimos da análise do texto de Arthur M. Schlesinger Jr., escrito em janeiro de 1947, em um artigo da revista *Fortune*. A literatura que trata do assunto afirma que nesse texto foi utilizada, pela primeira vez, a expressão “Ativismo Judicial.” Ao longo da análise de referido texto, constatamos que o autor não pretendeu criar esse conceito, tratando-se de efeito produzido. Entretanto, a despeito de não pretender criar um conceito, o autor trouxe as características dos juízes que ele entendia como ativista. A partir dessas características, extraímos a nossa interpretação sobre os conceitos de “Ativismo Judicial” e de “Autocontenção”, ambos no seu sentido original.

Procuramos demonstrar, também, que a Judicialização da Política é um fenômeno inerente à própria expansão do Poder Judiciário. Em que pese as inúmeras variações que o termo apresentou, com base nos trabalhos estudados, bem como considerando todo o percurso histórico que foi reconstruído sobre o fenômeno, conseguimos formular a nossa interpretação sobre o conceito de Judicialização da Política, o que propiciou diferenciá-lo do conceito de Ativismo Judicial e de Politização do Poder Judiciário.

Em relação à comparação entre o que o Direito e a Ciência Política entendem pelo termo Ativismo Judicial, foi possível demonstrar que são duas faces de uma mesma moeda, uma vez que o Direito, constrangido pelo percurso que traçou até o presente momento, preocupa-se em analisar prioritariamente a questão da hermenêutica jurídica nos estudos sobre o Ativismo Judicial, revelando um desinteresse pelo contexto social em que essa decisão foi produzida, assim como pelos seus resultados sociais. A Ciência Política, por seu turno, no que respeita aos estudos sobre o Ativismo Judicial, aparenta certo desinteresse pela hermenêutica e prioriza os estudos dos tribunais sob o ponto de vista contramajoritário, bem como prioriza os estudos

sobre os resultados sociais dessas decisões ativistas, sobretudo em relação à intervenção do Judiciário na elaboração de políticas públicas.

Em resposta à pergunta sobre o ativismo ser um remédio ou um veneno para a democracia, entendemos que ele é um remédio no que diz respeito à proteção sobre os direitos fundamentais, uma vez que o Judiciário agiria como última fronteira de defesa desses direitos; e, um veneno, quando possibilita ao Judiciário imiscuir-se em políticas públicas corretas e legalmente implementadas pelos órgãos eleitos democraticamente.

Entendemos que o sentido original do termo Ativismo Judicial pode ser utilizado contemporaneamente sem qualquer alteração, uma vez que o que se modificou ao longo da história do conceito, não foi o conceito em si, mas um de seus componentes, que é justamente a hermenêutica jurídica. Como seu viúvo, a interpretação sobre a lei e a norma passou pelos movimentos jusfilosóficos denominados jusnaturalismo, juspositivismo e neoconstitucionalismo.

Por tudo o que foi dito, podemos concluir que identificar uma decisão judicial como ativista é uma tarefa complexa que, necessariamente, passará pela análise se o juiz ultrapassou ou não os limites de uma interpretação juridicamente possível. Contudo, essa é uma tarefa necessária, principalmente se se pretende saber se o Judiciário está ou não interferindo ilegitimamente em uma determinada política pública. Cremos que essa tarefa não é exclusivamente dos juristas, mas também dos cientistas políticos que tratam do assunto²⁰.

Resta saber, entretanto, se com base na interpretação do conceito que propusemos sobre o Ativismo Judicial, o Poder Judiciário, tem, de fato, produzido decisões que podem ser classificadas como fruto do Ativismo Judicial.

Se positiva essa primeira indagação, esse eventual ativismo estaria relacionado aos direitos fundamentais ou o Poder Judiciário, e, de fato, tem interferido na elaboração das Políticas Públicas através de decisões ativistas?

²⁰ Já é possível encontrarmos trabalhos, na Ciência Política, que, de certa forma, procuram analisar a questão referente à hermenêutica jurídica. Podemos citar o trabalho de Cunha Filho e Engelmann (2013). Esses autores publicaram um texto denominado “Ações Judiciais, Conteúdo Político: uma proposta de análise para o caso brasileiro.”, no qual analisam várias decisões judiciais do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, comparando a fundamentação dessas decisões com as doutrinas jurídicas que legitimam a intervenção do Judiciário em determinadas políticas públicas.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

_____. De la ponderación y la subsunción: una comparación estructural. LYNETT, Eduardo Montealegre; PIZARRO, Nathalia Bautista; PEÑA, Luis Felipe Vergara (comp.). **La ponderación en el derecho**. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2014.

ALMOND, Gabriel A. **The History of the Discipline**. Oxford: A New Handbook of Political Science. Edited by Robert E. Goodin and Hans-Dieter Klingemann, 1998.

ARANTES, Rogério B. **Judiciário: entre a Justiça e a Política**. In: Lucia Avelar; Antônio Octavio Cintra. (Org.). **Sistema político brasileiro: uma introdução**. 3 ed. São Paulo: UNESP, 2015.

_____. **O controle de constitucionalidade das leis no Brasil: a construção de um sistema híbrido**. 1994. Dissertação (Mestrado em Ciências Políticas) Departamento de Ciência Política da USP. São Paulo, 1994.

_____. **The Puzzle of Judicial Behavior**. Ann Arbor: The University of Michigan Press, 1997.

ARISTOTELES. **A Política**. Trad. Roberto Leal Ferreira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

BARCELLOS, Ana Paula de. Alguns Parâmetros Normativos para a Ponderação Constitucional. In: **A Nova Interpretação Constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas**. Luís Roberto Barroso (Org.). 3.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção de um novo modelo**. São Paulo: Saraiva, 2009.

_____. 2013. **STF deve ser imune às paixões da opinião pública**. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2013-nov-03/stf-imune-paixoes-opiniao-publica-ministro-barroso>. Acesso em: 10 maio 2019.

_____. Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito. (O Triunfo Tardio do Direito Constitucional no Brasil). **Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado (RERE)**, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, n. 9, março/abril/maio, 2007. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com.br>. Acesso em: 03 jun. 2019.

_____. **Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática**. 2010. Tese. Disponível em: <http://www.plataformademocratica.org/Publicacoes/12685_Cached.pdf>. Acesso em: 16 jun.2019.

BAUM, Lawrence. **A Suprema Corte Americana**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1987.

BOBBIO, Norberto. **O Futuro da Democracia**. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2000.

_____. **O Positivismo Jurídico:** lições de filosofia do direito. São Paulo: Ícone, 1999.
BOBBIO, Norberto. **Teoria da Norma Jurídica.** 1.ed. : Edipro, 2001.

BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola e PASQUINO; Gianfranco. **Dicionário de Política.** v.1, São Paulo: Editora UNB, 1998.

BORK, Robert. The Tempting of America. **The Political Seduction of The Law.** New York: Touchstone , 1997.

BRENNAN Jr., Willian J. **The Constitution of The United States: Contemporary Ractificcationsl.** Text and Teching Symposium. Georgetown University. Washington, D.C. Collections of the manuscript Division, Library of Congress. October 12, 1985.

CANIVET, Guy. **Activisme judiciaire et prudence interpretative:** introduction générale. Archives de Philosophie du Droit, Paris, v. 50, p. 7-32, 2006.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição.** 4.ed. Coimbra: Almedina, 2000.

CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes legisladores?** Porto Alegre: S. A. Fabris, 1993.

CARVALHO, Ernani Rodrigues de. Em busca da judicialização da política no Brasil: apontamentos para uma nova abordagem. **Revista de Sociologia e Política,** Curitiba, n. 23, p. 127-139, nov./ 2004.

CARVALHO, Ernani. **Trajetória da revisão judicial no desenho constitucional brasileiro:** tutela, autonomia e judicialização. Sociologias, Porto Alegre, ano 12, nº 23, jan./abr. 2010, p. 176-207.

CASTRO, Auto de. **A ideologia jusnaturalista:** dos estoicos à O. N. U. Salvador: S. A. Artes Gráficas, 1954.

COLEMAN, Jules. **The practice of principle:** in defense of a pragmatist approach to legal theory. Oxford: Oxford University, 2001.

COMANDUCCI, Paolo. Formas de (neo)constitucionalismo: un análisis metateórico. In: CARBONELL, Miguel (Ed.). **Neoconstitucionalismo(s).** Madrid: Trotta, 2003, p. 75- 98.

DAHL, Robert. **Democracia e Seus Críticos.** 1.ed. São Paulo: Editora Martins Fontes, 2012.

DAHL, Robert. **Poliarquia.** São Paulo: Edusp. 2012.

DAMASCENO, João Batista. **Justiça como Poder: Judicialização da Política, Politização da Justiça e Pessoalização da Jusrisdição.** 2005. Tese (Mestrado em Ciências Políticas). Programa de Pós-Graduação em Ciência Política, Instituto de Filosofia e Ciência Sociais, da Universidade Federal do Rio de Janeiro. 2005.

DANTAS, Ivo. **O valor da Constituição.** Rio de Janeiro: Renovar, 1996.

DARLAN, Siro, **Blog do Siro Darlan**. 2016. Disponível em: <http://www.blogdosirodarlan.com/?p=1935>. Acesso em 10 maio 2019.

DOBROWOLSKI, Silvio. A Necessidade de Ativismo Judicial no Estado Contemporâneo. **Sequência** – estudos jurídicos e políticos, Florianópolis – SC, v.16, n.31. 1995. Disponível em: <https://periodicos.ufsc.br/index.php/sequencia/article/view/15778>. Acesso em: 22 jun. 2019.

DREWRY Gavin. Legal Perspectives. **A New Handbook of Political Science**. Oxford: Edited by Robert E. Goodin and Hans-Dieter Klingemann, 1998.

DUNN, John. **Setting the people free: The story of democracy**. Londres: Atlantic Books, 2005.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Trad. Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

_____. **Uma questão de princípio**. Tradução de Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2001, p. 451

ENGELMANN, Fabiano, CUNHA FILLHO, Marcio Camargo. Ações Judiciais, Conteúdo Político: um proposta de análise para o caso brasileiro. **Rev. Sociol. Polit**, v. 21, nº 45, p. 57-72, mar./ 2013.

ELY, John Hart. **Democracy and Distrust**. Harvard University Press. Cambridge, Massachusetts and London: England, 2001.

FEREJOHN JOHN. **JUDICIALIZING POLITICS, POLITICIZING LAW**. 2002, Disponível em: https://www.researchgate.net/publication/241802794_Judicializing_Politics_Politicizing_La. Acesso em: 22 mar. 2019.

FERRAZ JR., Tércio Sampaio. O Judiciário frente à divisão dos Poderes: um princípio em decadência? In: **Revista da USP**. São Paulo, n. 21, 1994, p. 13-21.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. Poder Judiciário na Constituição de 1988: judicialização da política e politização da justiça. **Revista Jurídica** 1/21-42. São Paulo: Procuradoria Geral do Município de São Paulo, 1995.

GARAPON, Antoine. **O juiz e a democracia: o guardião das promessas**. Rio de Janeiro: Revan, 1999.

GOMES, Luiz Flávio. **O STF está assumindo um ativismo judicial sem precedentes?** Jus Navigandi, Teresina, 4/06/2009. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/12921>>. Acesso em: 16 jun. 2019.

GRIMM, Dieter. **Judicial Activism, in Judges in Contemporary Democracy**. Na International Conversation. Edited by Robert Badinter and Stephen Breyer. New York University Press, New York and London, 2004.

GRINOVER, Ada Pellegrini. **Teoria Geral do Processo**. 18 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2002, p 51-52.

HÄBERLE, Peter. Hermenêutica constitucional. **A sociedade aberta dos intérpretes da constituição. Contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da constituição.** Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editora, 2002.

HALL, P. A.; TAYLOR, R. C. R. **As três versões do neo-institucionalismo.** São Paulo, Lua Nova, v. 58, p. 193-22, 2003.

HART, Herbert Lionel Adolphus. **O conceito de direito.** 6.ed. Rio de Janeiro: Caloustre. 2007. _____. **Direito, liberdade, moralidade.** Trad. Gérson Pereira dos Santos. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris, 1987.

HESSE, Konrad. **A Força Normativa da Constituição.** Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editora, 1991.

HIRSCHL, Ran. **The Judicialization of Mega-Politics and the Rise of Political Courts.** Toronto, Annu. Rev. Polit. Sci. 2008.

HOBBS, Thomas. **Leviatã.** Trad. Pietro Nassetti. São Paulo: ed. Martin Claret, 2001.

IBAÑEZ, Perfecto Andrés. Democracia com juizes. **Revista do Ministério Público.** Lisboa, ano 24, n. 94, p. 31-47, jun./ 2003.

JULL, Robert. **Some Reflections on Judicial Activism.** Library of Congress: USA, 2000.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito:** introdução à problemática científica do direito. Trad. J. Cretella Jr. e Agnes Cretella. 2. ed. rev. da tradução. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

KMIEC Keenan D., **The Origin and Current Meanings of Judicial Activism:** California. 92 Cal. L. Rev. 1441 (2004).

KOERNER, Andrei. O ativismo judicial como problema intelectual e político nos Estados Unidos: uma análise crítica. São Paulo: **Lua Nova.** 99, 233-255, 2016.

_____. Ativismo Judicial? Jurisprudência constitucional e política no STF pós-88. **Novos estudos.** – CEBRAP nº 96. São Paulo. 2013. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.1590/S0101-33002013000200006>. Acesso em 27 jun. 2019.

KOERNER Andrei; FREITAS Lígia Barros de. São Paulo. **Lua Nova.** 88, p.141-184. 2013

KRAMNICK, Isaac. Apresentação. MADISON, James; HAMILTON, Alexander; JAY, John. **Os artigos federalistas.** Trad. Maria Luiza X. de A. Borges. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1993.

LEAL, Victor Nunes. **Coronelismo, enxada e voto o município e o regime representativo no Brasil.** Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1997.

LIMONCIC, Flávio. **Os inventores do New Deal**. Estado e sindicato nos Estados Unidos dos anos de 1930. 2003. Tese de Doutorado apresentado ao Programa de Pós-Graduação em História Social da Universidade Federal do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro: UFRJ, junho de 2003.

LIPKIN, Robert Justin. We are all judicial activists now. **University of Cincinnati Law Review**, n. 77, 2008.

LOCKE, John. **Dois tratados sobre o governo civil**. Trad. Júlio Fischer, São Paulo: Martins Fontes, 1998.

MACCALÓZ, SALETE. **O Poder Judiciário, os meios de comunicação e opinião pública**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

MACEDO JR. Ronaldo Porto. O decisionismo jurídico de Carl Schmitt. **Lua Nova**, n. 32. São Paulo, 1994. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.1590/S0102-64451994000100011>. Acesso em: 24 jun. 2019.

_____. Constituição, soberania e ditadura em Carl Schmitt. **Lua Nova**, n.42. São Paulo, 1997. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.1590/S0102-64451997000300005>. Acesso em: 24 jun. 2019.

MACIEL. Débora Alves, KOERNER Andrei. Sentidos da Judicialização da Política: duas Análises. **Lua Nova**, n. 57, 2002, p. 113-134.

MADISON, James; HAMILTON, Alexander; JAY, John. **O Federalista**. Trad. Hiltomar Martins Oliveira. Belo Horizonte: Líder, 2003.

MAINWARING, S.; BRINKS, D.; PÉREZ LIÑÁN, A. Classificando Regimes Políticos na América Latina, 1945-1999. In: **Dados** – Revista de Ciências Sociais, Rio de Janeiro, v. 44, n. 4, 2001, p. 645-687.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Novas linhas do processo civil**. 4 ed., rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2000.

MARSHALL, William P. Conservatives and the Seven Sins of Judicial Activism. **Colorado Law Review**, 73 (4), 2002, p.104.

MARTIN Douglas (March 1, 2007). "Arthur M. Schlesinger Jr., a Partisan Historian of Power, Is Dead at 89". **The New York Times**, 2007. Disponível em: <https://www.nytimes.com/2007/03/01/washington/01schlesinger.html>. Acesso em: 19 fev. 2018.

_____. (March 2, 2007). "Arthur M. Schlesinger Jr., a Partisan Historian of Power, Is Dead at 89". **The New York Times**, 2007. Disponível em: <https://www.nytimes.com/2007/03/01/washington/01schlesinger.html>. Acesso em: 19 fev. 2018.

MARTINS, Ives Gandra da Silva; MENDES, Gilmar Ferreira. **Controle Concentrado de Constitucionalidade**. São Paulo: Saraiva, 2001.

MAZZUCHELLI, Frederico. A crise em Perspectiva: 1929 e 2008. **Dossiê Crise Econômica. Novos Estudos.** CEBRAP, n. 82, São Paulo, 2008.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Mandado de Segurança, Ação Popular, Ação Civil Pública, Mandado de Injunção, "Habeas Data"**. 29.ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2006.

MELLO, Celso. Discurso de Celso de Mello. (2008). Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/discursoCM29abr.pdf>. Acesso em: 20 jun. 2019.

MILL, J. S. **Considerations on Representative Government**. 1ª edição 1861. The Floating Press, 2009.

MONTESQUIEU, C. S. **O Espírito das Leis**. Trad. Cristina Murachco. 3.ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 16.ed. São Paulo. Atlas, 2004.

MOREIRA ALVES, José Carlos. Força Vinculante das Decisões do Supremo. Declaração de Constitucionalidade. Juizados Especiais. Valorização dos Recursos Processuais. **Revista dos Tribunais**, Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política, Ano 5 , n. 18, São Paulo, 1997.

MORO, Sérgio Fernando. A Corte Exemplar: Considerações sobre a Corte de Warren, **Revista da Faculdade de Direito da UFPR**, v. 36, 2001.

NELSON, William E. Marbury v. Madison. **The Origins and Legacy of Judicial Review**. University Press of Kansas, 2000.

NOGUEIRA, Roberto Wanderley. **Justiça acidental: nos bastidores do Poder Judiciário**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 2003.

PAULA, Daniel Giotti de. Ainda Existe Separação de Poderes? A Invasão da Política pelo Direito no Contexto do Ativismo Judicial e da Judicialização da Política. In: FELLET, A. L. F.; PAULA, D. G.; NOVELINO, M. (org.) **As Novas Faces do Ativismo Judicial**. Salvador: Jus Podivm, 2011, p. 273.

PÊCHEUX, Michel. **Semântica e Discurso: Uma crítica à Afirmação do Óbvio**. Campinas: Pontes, 1988.

PLATÃO. **A República**. Trad. Enrico Corvisieri. São Paulo: Nova Cultural, 2004.

RADBRUCH, Gustav. **Filosofia do Direito**. Trad.L. Cabral de Moncada.Coimbra: Antonio Amado, 1962, p 415-418.

RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo judicial – Parâmetros dogmáticos**. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 129.

RAZ, Joseph. **The authority of law**. Essays on law and morality. 1979. Oxford Scholarship. Online. 2012.

ROOSEVELT, Franklin D. (1941). **Public Papers of the Presidents of the United States: F.D. Roosevelt, 1938, v.7** [S.l.: s.n.] p. xxix (acesso em 19 fev. 2018).

ROUSSEAU, Dominique. **Droit du contentieux consitutionnel**. Montchrestien: Paris, 2010.

SARMENTO, Daniel. Ubiquidade Constitucional: Os Dois Lados da Moeda. In NETO, Cláudio Pereira de Souza; SARMENTO, Daniel (Org.) **A Constitucionalização do Direito: Fundamentos Teóricos e Aplicações Específicas**. Coordenadores. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2007, p. 144.

SCALIA, Antonin. A mater of interpretation. **Federal courts and the law**. Princeton University Press: Princeton New Jerseu, 1998.

SCHEDLER, A. The Menu of Manipulation. In: **Journal of Democracy**, v. 13, n. 2, 2002, p. 36-50.

SCHLESINGER, Arthur M. Jr. **A Life in the Twentieth Century: Innocent Beginnings, 1917-1950**" Boston/USA: Ed. First Mariner Boolks, 2000.

_____. **Fortune**, January of 1947, v. XXXV, n. 01, p 73/79, 201/202, 204/206, 211/212.

SCHUMPETER, Joseph A. **Capitalism, Socialism and Democracy**. New York. Harper Perennial, 2008.

SHAPIRO, Martin. **Courts: A Comparative and Political Analysis**. University of Chicago Press: New edition editon, 1986.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. São Paulo: Ed. Malheiros, 2002.

SKINNER, Quentin. Meaning and understanding in the history of ideas. **History and Theory**, v.8, n.1, 1969, p 3-53.

SOUZA JUNIOR, Arthur Bezerra. **O ativismo judicial no supremo tribunal federal na garantia do direito à saúde**. 2013. Dissertação de Mestrado apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Nove de Julho – UNINOVE, no ano de 2013. Disponível em: <https://bibliotecatede.uninove.br/bitstream/tede/1222/2/Arthur%20Bezerra%20De%20Souza%20Junior.pdf> . Acesso em 16 jun. 2019.

STEPAN, Alfred. Brazil's Decentralized Federalism: Bringing Government Closer to the Citizens?. **Daedalus**. v. 129, n. 2, 2000, p. 145-169.

STINCHCOMBE, A. **Constructing social theories**. Chicago: University of Chicago Press, 1968.

STRECK, Lênio Luiz. O Rubicão e os quatro ovos do condor: de novo, o que é ativismo? **Revista CONJUR**, 07 jan. 2016. Disponível em:<<http://www.conjur.com.br/2016-jan-07/senso-incomum-rubicao-quatro-ovos-condor-ativismo#author>>. Acesso em: 16 jun. 2019.

SUNSTEIN, Cass R. **Radicals in Robes**. Why Extreme Right Wing Courts Are Wrong For America. Cambridge: Basic Books, 2005.

SWEET, A. Stone. **Governing with Judges: Constitutional Politics in Europe**. Oxford: Oxford University Press, 2000.

TATE, C.N; VALLINDER, T (Orgs). **The Global expansion of judicial power**. Nova York: Nova York University Press, 1995.

TASSINARI, Clarissa. **Jurisdição e Ativismo Judicial: Limites da Atuação do Judiciário**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

TAYLOR. MATTHEW M. O Judiciário e as Políticas Públicas no Brasil. **Revista de Ciências Sociais**, Rio de Janeiro, v. 50, n. 2, 2007, p. 229-257.

TREVELYAN, George Mc Caulay. **A Revolução Inglesa**. Brasília: Ed. UNB. 1988.

THELEN, K.; STREECK, W. Introduction: institutional change in advanced political economies. In: THELEN, K.; STREECK, W. (Eds.). **Beyond continuity: institutional change in advanced political economies**. Oxford: Oxford University Press, 2005, p. 1-39.

TOMOIO Fabrício Ricardo de Limas; CARVALHO Ernani. Dossiê Política, Direito e Judiciário. **Rev. Sociol. Polit.**, Curitiba , v.21, n. 45, mar./ 2013. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.1590/S0104-44782013000100002>. Acesso em 04 jul. 2019.

TOCQUEVILLE, Alexis. **O Antigo Regime e a Revolução**. Brasília: Ed. UNB, 1997.

_____. **A Democracia na América**. Leis e Costumes. Trad. Eduardo Brandão. São Paulo: Ed. Martins Fontes, 2005.

THEODORO JUNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil**. v.1, 44.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 364.

USP. Universidade do Estado de São Paulo. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. Biblioteca Virtual da USP: Disponível em: <http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Declara%C3%A7%C3%A3o-Universal-dos-Direitos-Humanos/declaracao-universal-dos-direitos-humanos.html>. Acesso em: 04 maio 2019.

USP. Universidade do Estado de São Paulo: Biblioteca Virtual da USP: Constituição dos Estados Unidos da América. Disponível em: <http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Documentos-antiores-%C3%A0-cria%C3%A7%C3%A3o-da-Sociedade-das-Na%C3%A7%C3%B5es-at%C3%A9-1919/constituicao-dos-estados-unidos-da-america-1787>. Acesso em: 04 maio 2019.

USP. Universidade do Estado de São Paulo: Biblioteca Virtual da USP: Bill of Rights. Disponível em: <http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Documentos-antiores-%C3%A0-cria%C3%A7%C3%A3o-da-Sociedade-das-Na%C3%A7%C3%B5es-at%C3%A9-1919/a-declaracao-inglesa-de-direitos-1689.html>. Acesso em: 04 maio 2019

VALLE, Vanice Regina Lírio do (org.). **Ativismo Jurisprudencial e o Supremo Tribunal Federal**: laboratório de Análise Jurisprudencial do STF. Brasília/DF: Ed. Juruá, 2009.

VIANNA, Luiz Werneck et al. **A judicialização da política e das relações sociais no Brasil**. Rio de Janeiro: Revan, 1999.

VIANNA, L. J. W.; BURGOS, M. T. B.; SALLES, P. **A Constitucionalização da legislação do trabalho no Brasil**. Brasília: Fundação Astrojildo Pereira, 2010, p. 224

VIANNA. Werneck, CARVALHO; Maria Alice Rezende de; BURGOS Marcelo Baumann. **Quem Somos A magistratura que Queremos**. Associação dos Magistrados Brasileiros denominado. 2018.

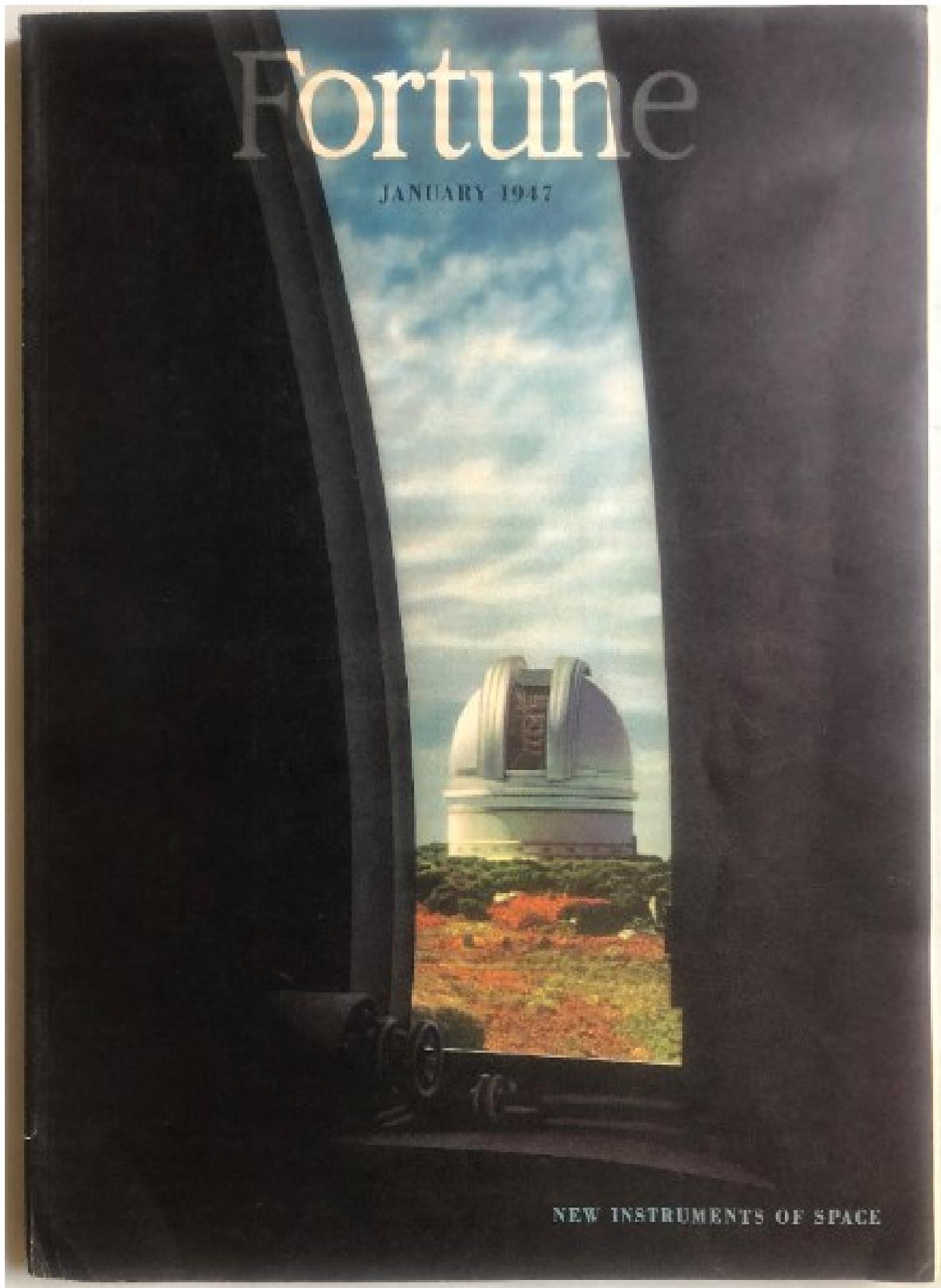
VIANNA, L. J. W. O ativismo judicial mal compreendido. **Boletim CEDES**, p. 1 - 2, 05 jul. 2008.

VIDAL, Camila Feix. O Movimento Conservador Norte-Americano da Década de 1950 e a Percepção Conservadora a Respeito da Sociedade, Economia e Política Externa.. **Revista do Programa de Pós-Graduação em Sociologia da Universidade Federal de Sergipe**. Sergipe. 2013

YOUNG, Ernest A. Judicial Activism and Conservative Politics. **Colorado Law Review**, 73 (4), 2002, p.1144.

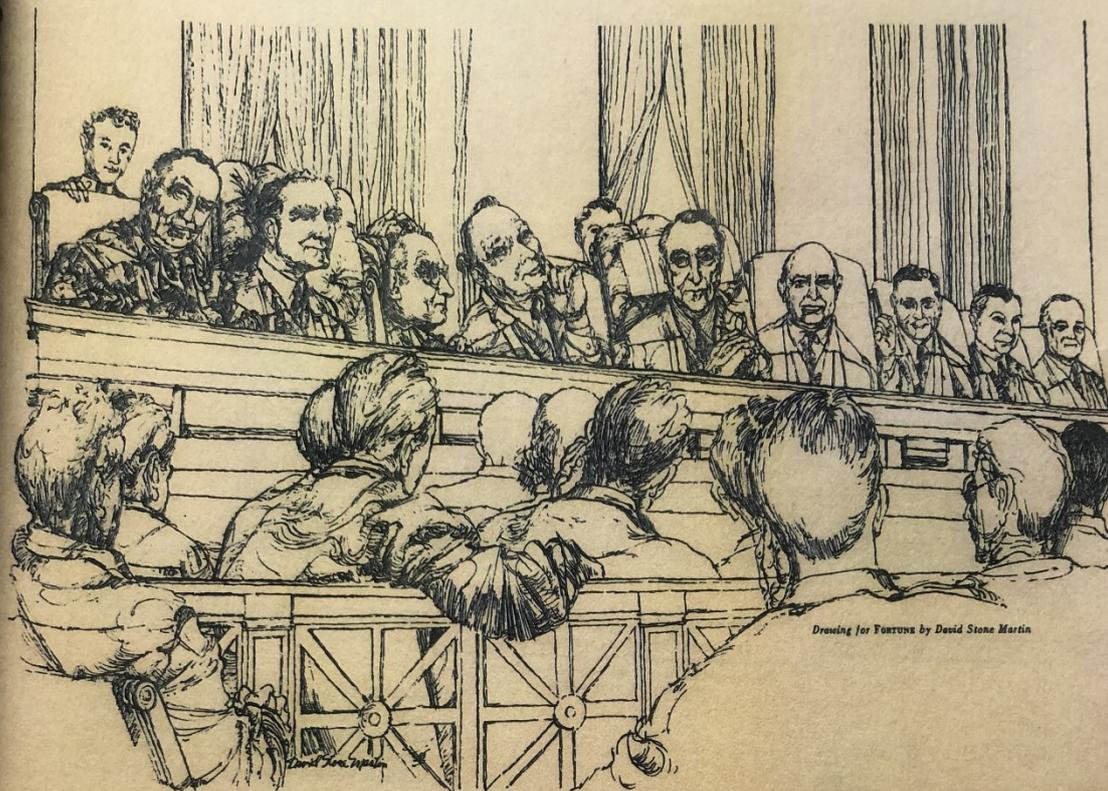
ZIZEK, S. O espectro da ideologia. In: ZIZEK, S. **Um mapa da ideologia**. Rio de Janeiro: Contraponto, 1996.

ANEXOS



JANUARY, 1947
VOLUME XXXV
NUMBER 1

Fortune



Drawing for Fortune by David Stone Martin

THE SUPREME COURT: 1947

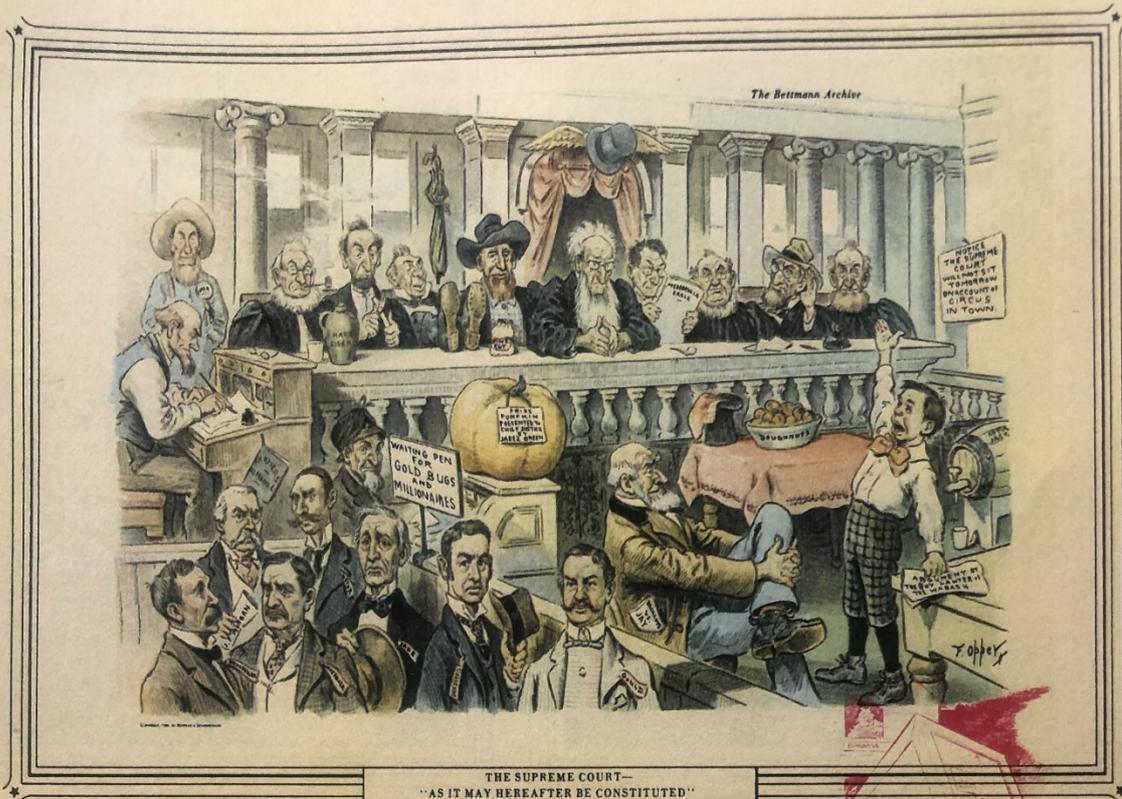
NINE YOUNG MEN, APPOINTED BY DEMOCRATIC PRESIDENTS, WILL BE ON THE BENCH IN A REPUBLICAN ERA. THE JUSTICES ARE NOT DIVIDED ON POLITICAL ISSUES BUT ON THE UNDERSTANDING OF THEIR FUNCTION

by Arthur M. Schlesinger Jr.

Whatever Roosevelt's Supreme Court has turned out to be, rubber stamp is not precisely the word for it. From left to right as they sit on the bench these are independent men: Rutledge, with his honest and friendly face, rocking and squirming in his chair; Murphy, grinning or glum under bushy eyebrows; Frankfurter, quick, smiling, alert, ready to pounce; Black, far back in his chair, gazing urbanely at the speaker or at the ceiling; Vinson, weighed down by jowls and eyelids; Reed, bald, earnest, kindly; Douglas, with his ungovernable cowlick and restlessness, looking as if he wished he were somewhere else; Jackson, preoccupied, grim, but controlled; Burton, exuding concern, sobriety, and high principle.

These are young men by Supreme Court standards: the oldest cannot qualify for a pension till 1952. Because their decisions will help shape the nation for years to come, it is important to know the issues now dividing them—a division brought dramatically into the open by Mr. Justice Jackson's outburst against Mr. Justice Black. Indeed, the Court cannot help but be an intensely personal affair. Its balance wheel is the Saturday conference, where each expresses his opinion, from the Chief down, then each votes, from the junior Justice up. Perhaps no discussions in the world proceed at higher intellectual tension.

Two of the Justices—Frankfurter and Black—are men of unusual intellectual ability and personal force. Two others—



THE SUPREME COURT—
 "AS IT MAY HEREAFTER BE CONSTITUTED"
 If the silverites ever get a chance to put their Populistic and revolutionary platform into force.

The country has periodically despaired of the Court. Jefferson, Jackson, Lincoln, two Roosevelts, clashed with conservative Courts. Conservatives predicted catastrophe when liberal justices brought the Constitution up to date. Today's storm does not surprise historians.

A BIG ORDER:
 Talbot,
 Scripps-Howard Newspapers



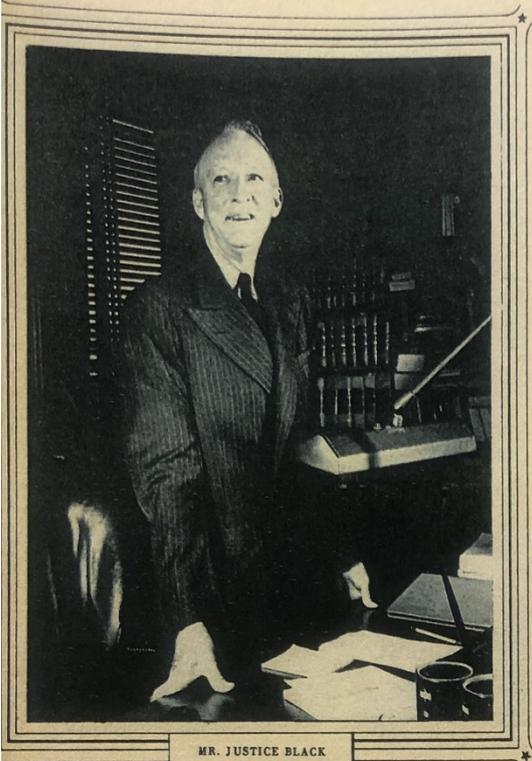
"OYEZ, OYEZ, THE HONORABLE SUPREME COURT OF THE UNITED STATES—"
 Fitzpatrick in St. Louis Post-Dispatch

Jackson and Douglas—are able, ambitious, and combative. Murphy's peculiarities of temperament give him a semi-mystical urge toward isolated positions. Reed, Rutledge, and Burton, though not dominating intellects, are in no one's vest pocket.

The judicial activists

Hugo L. Black, Roosevelt's first appointment to the Court, looks younger than his sixty years. A slight, gray-haired man, with soft, courteous ways, a pleasing smile, and a Rooseveltian cigarette holder, Black has come far from humble beginnings. He has had to fight hard for everything he has got—in politics, in education, and in life—and the experience has left its mark, not at all on his manners, but on his ideas and his will. The Klan was but one phase in a painful process of self-education. The New Deal and Justice Brandeis were more important; and Black's own trenchant intelligence brought him to a position of honest intellectual radicalism. With the exception of Frankfurter he is the best-read man on the Court.

As a New Deal Senator, Black displayed the qualities of intellectual force and personal implacability that have characterized his performance on the Court. Intense, stubborn, suspicious, he tends to distrust the motives of those who oppose him; and people who remember his cold, bitter manner in the Senate sympathize with Jackson's remark, "I would not stand for any



MR. JUSTICE BLACK



MR. JUSTICE DOUGLAS

JUDICIAL ACTIVISTS

Accent on Economics

Courteous and friendly in person, cold and tough where issues are concerned, Hugo Black leads the wing that believes the Court must intervene actively to protect the defenseless and underprivileged, even if it thereby comes close to judicial correction of legislative error.

Engaging, ambitious, smart, sly, Bill Douglas is the Court's bird in the gilded cage. His critics call him a legal opportunist who values results more than he does the law. His friends are booming him for President, and even some critics concede he might make a good one.

more of his bullying." But his emotions center around ideas, not personalities. He works hard, and his clear, driving intelligence hits legal fundamentals. He is an honorable person, not given to petty politicking.

Black's closest associate is the youngest member of the Court, forty-eight-year-old William O. Douglas. Relaxed, loosely dressed, constantly scratching his tousled faded blond head, Douglas inspires fanatical loyalty in some people and absolute mistrust in others. He has executive vigor, intelligence, simplicity, and considerable charm; but he is also wary by instinct, highly ambitious, and fond of intrigue.

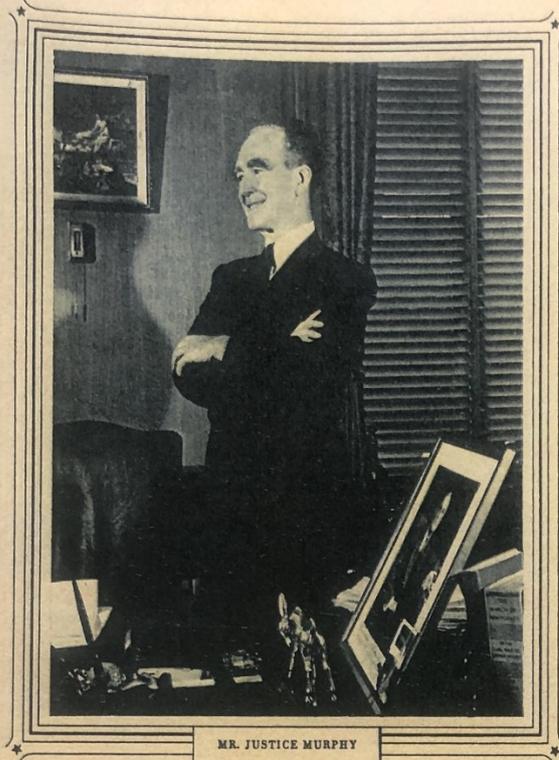
Douglas' position is complicated by the fact that few believe he has abandoned his presidential aspirations. No Justice gets better publicity. His special appeal is to "hardboiled" liberals who propose to escape the usual sense of liberal futility by concentrating on results at the expense of scruples. A group of writers—Richard Neuberger, Fred Rodell, Eliot Janeway—have constituted themselves a Douglas clique. Amusing little anecdotes about the Justice even make frequent appearances in Leonard Lyons' column. His political backers include men like Tom Corcoran, Thurman Arnold, Harold Ickes, Abe Fortas; and the recurrent Douglas boom, whenever a vacancy occurs in a top government job, is a familiar feature in the Washington landscape. This group has staged small *démarches* at regular

intervals since 1940 to make him Vice President, head of WPB, manpower director, Secretary of War, Federal Loan Administrator, economic stabilizer, and Secretary of the Interior. He is now being pushed for Secretary of State if Byrnes should resign.

Most of these efforts were too little and too late; but they have contributed to the tension of the Court. Chief Justice Waite once wrote wisely of another Justice who hankered after the White House: "It was said that he permitted his ambitions in that direction to influence his judicial opinions. I am not one of those who believe he did so consciously, but one who occupies this position should keep himself above suspicion." This suspicion Douglas has been unable to shake.

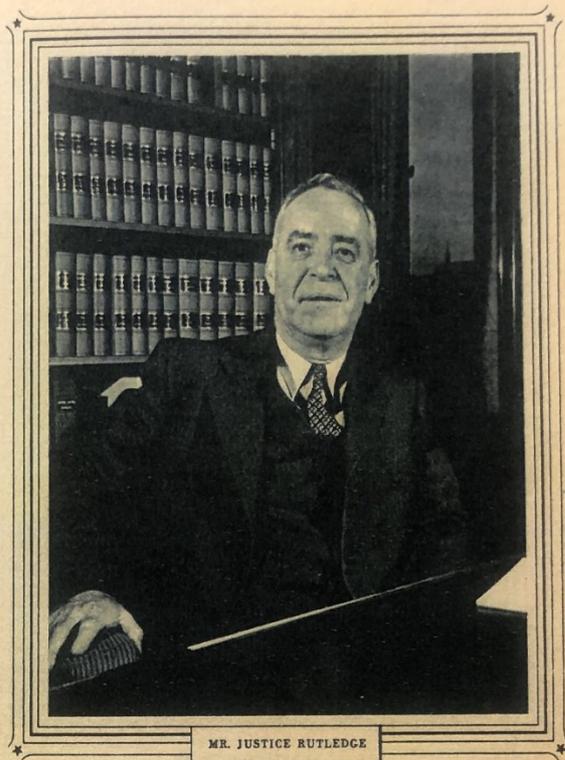
Douglas ordinarily followed Black's lead up to the last term, when he struck out on curious pro-states'-rights, anti-OPA, and pro-business tacks of his own (all of which his detractors promptly ascribed to political considerations). But the rate of agreement between Black and Douglas has fallen steadily. By the 1945 term, according to the calculations of Dr. C. Herman Pritchett of the University of Chicago, they agreed on only 71 per cent of the non-unanimous opinions. During their first three terms together on the Court they had never once been on opposite sides of a decision.

Frank Murphy and Wiley Rutledge go even further than Black and Douglas in the protection of civil liberties and of



MR. JUSTICE MURPHY

Tense, dramatic, self-intoxicated, Frank Murphy makes personal liberties and minority rights his specialty. "Freedom of religion has a higher dignity . . . than municipal or personal convenience. In these days men have no loftier responsibility than [its] preservation."



MR. JUSTICE RUTLEDGE

With equal passion if with fewer fireworks, Wiley Rutledge joins Murphy in affirming the Court's power to protect individuals. Slow, hard-working, sports-loving Rutledge is the only member of the Court besides Vinson who had had serious prior judicial experience.

JUDICIAL ACTIVISTS

Accent on Liberties

defendants in criminal cases. Murphy, the former Governor of Michigan and former Attorney General, is now fifty-six years old. Beetle-browed, his red hair turning to gray, his voice sinking to a whisper and rising to a dramatic roar, Murphy is a strange, complicated, self-dedicated figure. His egotism is vast and somewhat messianic. Someone once said, "His life is a living drama written, screened, played, reviewed, and audienced by Frank Murphy." His legal competence is questioned more often than that of any other Justice. Yet his devoted concern for individual rights has produced some of the most impassioned writing in recent Court history.

Rutledge, a former law-school dean and circuit-court judge, is fifty-two years old, an honest, likable man. He thinks through issues with painful honesty and then inclines to publish his whole process of decision—a method that sometimes gives his opinions the air of including all his preliminary notes.

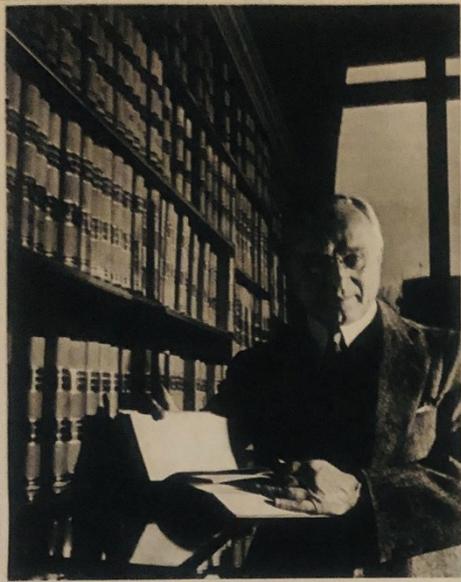
Champions of self-restraint

Opposite the quiet and somber figure of Hugo Black stands the warm and impetuous figure of Felix Frankfurter. An immigrant boy who came to this country from Austria at the age of twelve, Frankfurter has had a career quite as impressive in its testimony to the opportunities of American life as Black's. From his office in the Harvard Law School he picked out the bright young men

in the graduating classes and sent them to Washington as clerks for Supreme Court Justices or as government lawyers. He was a great and beloved teacher, as well as an unsurpassed student of the Constitution and the Court. Some regard his judicial career as an anticlimax. "It is as if Walter Lippmann should become President," observed one eminent judge.

A rapid, sensitive, sparkling personality, generous in temperament, irrepressible in speech, given to gusts of enthusiasm or outrage, he cannot help but play an electric role in any gathering. Some find his manners on the Court irritating: he talks too much in conference, he procrastinates in writing opinions, he lectures his brethren, he harasses the attorneys. He knows more legal history than his colleagues and seldom lets them forget it. In the heat of argument he often cannot resist satirical or self-righteous remarks that offend more than he realizes. Moreover, his personal relationships tend to fall in a master-disciple pattern that creates emotional problems when the disciples strike out on their own.

Robert H. Jackson has often differed from Frankfurter on specific cases but is in agreement with him on the function of the Court. Fifty-four years old, he is another complex character, winning in manner, intellectually vivacious and even cocky, a persuasive advocate, the best writer on the Court, but given to playing with ideas rather than possessing them. Like Douglas,



MR. JUSTICE FRANKFURTER



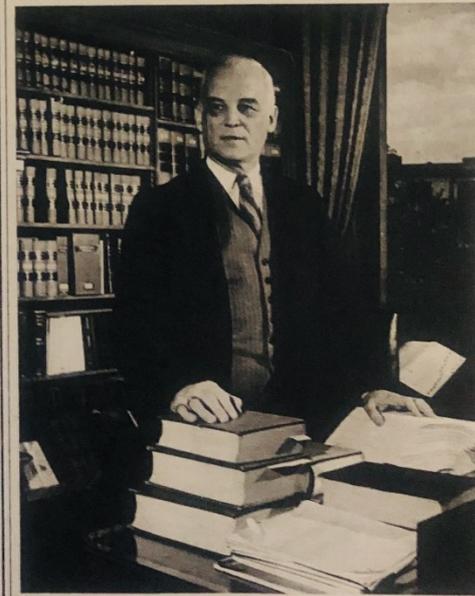
MR. JUSTICE JACKSON

CHAMPIONS OF SELF-RESTRAINT

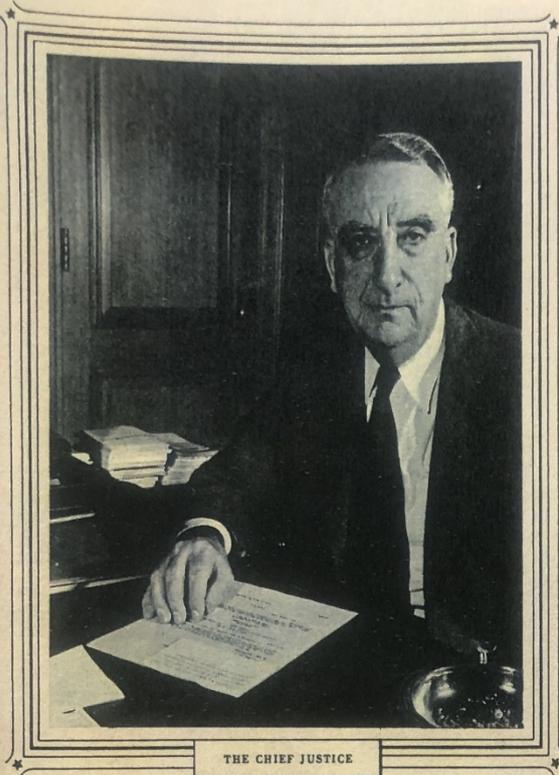
An ex-professor at the Harvard Law School, lively, learned, and contentious, Felix Frankfurter tries to keep the Supreme Court from intervening in the realm of policy by demanding deference to the legislative will. "We should not, however unwittingly," he has written, "slip into the judgment seat of legislatures." In this belief he handed down his celebrated decision upholding the flag-salute law. Though this opinion made some feel he had abandoned his liberalism, it rested squarely on a profound Jeffersonian faith in popular rule.

Robert Jackson's prolonged absence at the war-crimes trial irritated some of his brethren. Ordinarily a shrewd and unruffled advocate, he never presented a case so badly as he did his own against Black from Nürnberg. The result was to persuade the public that the Court split was an altercation between personalities, not a debate over issues. His book, *The Struggle for Judicial Supremacy*, sets forth the argument on the historical record against judicial activism.

High-minded, conservative Harold Burton has just finished his freshman year, a Republican caught in the cross fire of embattled New Dealers. The Moderator of the Unitarians, he has thus far managed to keep out of the internecine war on the Supreme Court. His views on the responsibility of the Court and the nature of the judicial function are probably closer to Frankfurter than to Black and Douglas.

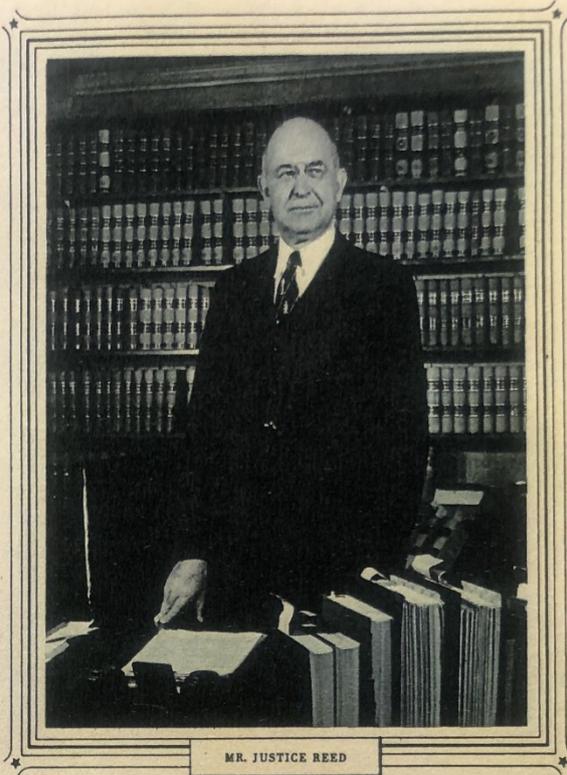


MR. JUSTICE BURTON



THE CHIEF JUSTICE

Strong, patient, capable Fred Vinson has never had a tougher assignment. The job of pulling the Court together was too much for individualistic Harlan Stone. But Vinson comes from a border state, knows how to avoid feuds. Washington believes in his chances.



MR. JUSTICE REED

Nice, dull, friendly Stanley Reed stands firmly in the center of the ideological controversy and thus becomes the key man on many decisions. Nonphilosophical by instinct, he tries to settle cases on minimum grounds and dislikes getting into complicated higher issues.

BALANCE OF POWER

he has had ulterior ambitions. Roosevelt dangled too many possibilities before him—the governorship of New York, the chief justiceship, even perhaps the presidency.

The passion of his Nürnberg attack on Black was an index of frustration. It was the act of a weary and sorely beset man, committed to a harassing task in a remote land, tormented by the certainty that the chief justiceship had now passed forever out of his reach. Only someone who has lived the unreal life of an army of occupation can understand the violence of his response to the fragmentary reports of Washington intrigue; he reacted as a G.I. would to rumors of his wife's infidelity. His appeal to Congress did not adequately define the basic issue. Because it cannot be stated in readily verifiable terms, he seized on the weak side issue of Black's former law partner.

The statement thereby obscured and trivialized his own case. Its language was intemperate. Its logic was faltering. Some of its facts and more of its implications were wrong. Chief Justice Stone had, in fact, sat on the *North American* case from which Jackson said he had disqualified himself; Justice Roberts sat on many cases argued by his former law partner, Robert McCracken. Jackson himself sat on cases argued by Solicitor General Charles Fahy, with whom his relations were more recent and cordial than Black's with his law partner of 1927. Black himself had shown a sense of propriety in refusing to sit on cases

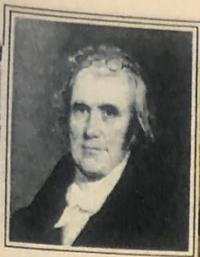
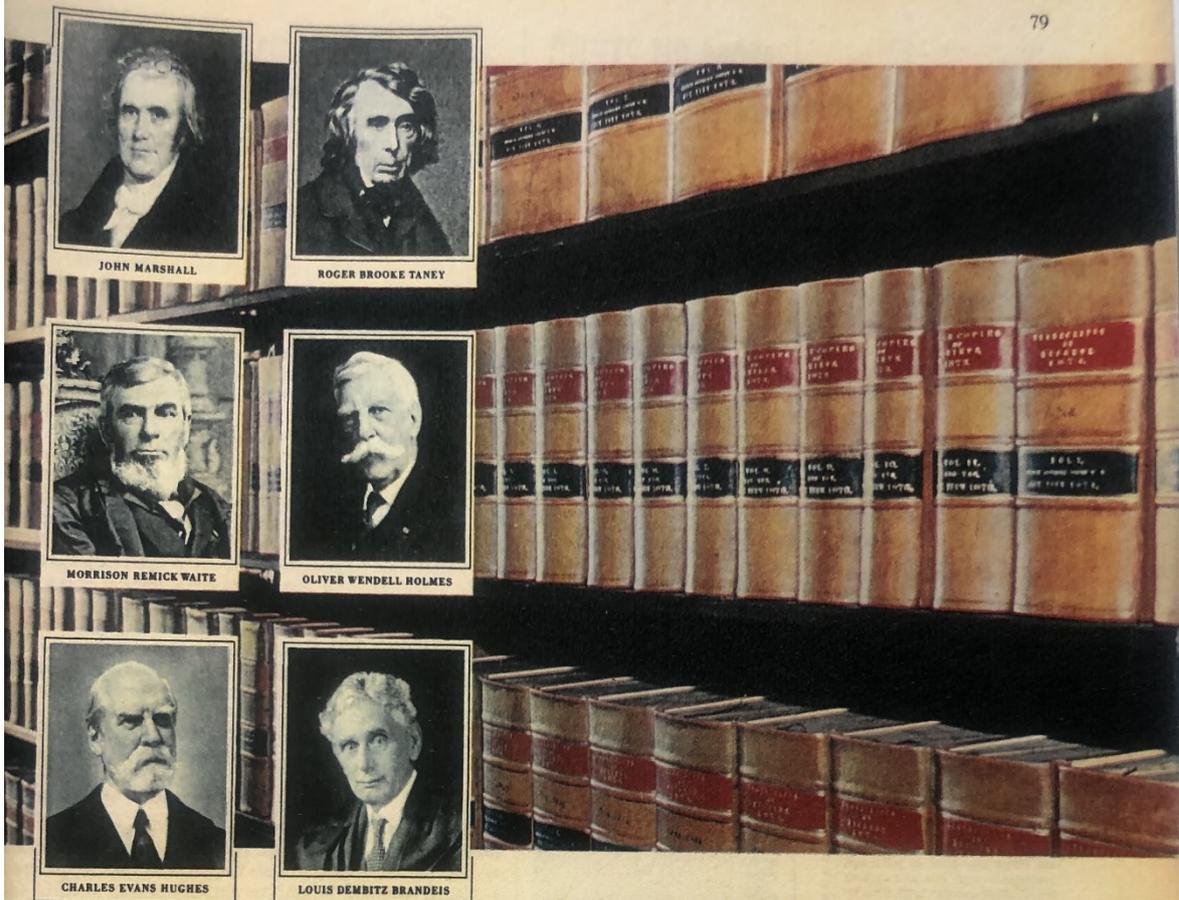
involving the Federal Communications Commission because one of the commissioners is his brother-in-law. If Jackson's objection were made into a principle, a plaintiff could rapidly eliminate the votes of Justices whose opposition he feared by hiring their past associates.

Harold Burton is the junior member of the Court. An earnest, proud, public-spirited man, fifty-eight years old, his white hair receding from a naturally high forehead, his eyes dark-circled, Burton has still not got deeply involved in the conflict. He is the only Republican and probably the only real conservative on the bench.

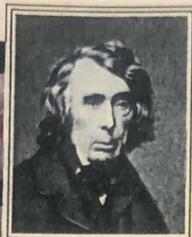
Stanley Reed, the former Solicitor General, was the second Roosevelt appointment. A bald Kentuckian with shining head, slow and affable, sixty-two years old, he stands squarely in the middle of the Court. The natural instincts of a man from a border state combine with the *ad hoc* disposition of a country lawyer to keep him out of the shooting; but his position as swing man makes him the object of special solicitude on the part of his brethren as well as of the lawyers before the Court.

The great debate

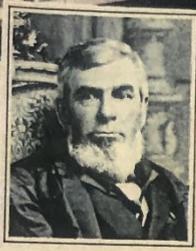
Observers found it ironic that public bitterness should have shown up between Black and Jackson, because theirs was a secondary fight. Personal tension arose first between Douglas and



JOHN MARSHALL



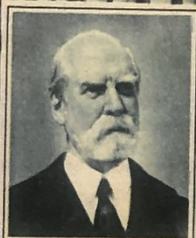
ROGER BROOKE TANEY



MORRISON REMICK WAITE



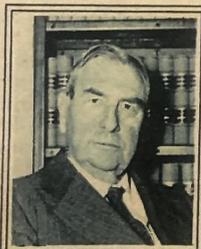
OLIVER WENDELL HOLMES



CHARLES EVANS HUGHES



LOUIS DEMBITZ BRANDEIS



HARLAN FISKE STONE



BENJAMIN N. CARDOZO

THE CONSTITUTION IS BOOKS

"The Constitution," remarked Charles Evans Hughes, "is what the judges say it is." Every great Justice has reinterpreted the Constitution. Every great Justice, from Marshall and Taney to the present, has been attacked for doing so. The spirit of Holmes, Brandeis, Stone, and Cardozo rules today's Court. Frankfurter and Black express divergent elements in a common liberal tradition.

Frankfurter. Black and Frankfurter are the intellectual protagonists and have scolded each other in dissents; but their personal relations started out well and continue amiable. The Black-Jackson fight developed purely as a subquarrel. The bad feeling between Jackson and Murphy is left over from their days together in the Department of Justice.

In the comradely days of the New Deal, Frankfurter and Douglas got along well. Frankfurter once favored his appointment to the Harvard Law School, and welcomed his arrival on the Court. But friction was perhaps inevitable in the contrast of two somewhat disruptive personalities. Frankfurter had an undoubted desire to dominate the Court, and Douglas' record at SEC shows him to be an inveterate schemer. Douglas' controlled, cagey behavior annoyed the more candid and outgoing Frankfurter, just as Frankfurter's professorial pedantries annoyed the more colloquial Douglas. Both men remained influential in White House inner councils, and each may have suspected the other's evil influence in the Florentine palace politics that went on around Roosevelt.

No outsider knows what incidents took place in conference. But soon after Frankfurter wrote the Court's 1941 decision in the *Meadowmoor Dairy* case that picketing "enmeshed with violence" could be constitutionally restrained by injunction, the friends of Douglas took up the cry that Frankfurter had turned

[Continued on page 201]

Acknowledgments on page 212

The Supreme Court: 1947

[Continued from page 79]

conservative, and the friends of Frankfurter replied that Douglas was an unprincipled opportunist.

There are issues of principle between Black and Douglas, on one hand, and Frankfurter and Jackson, on the other; but these issues might not have grown to their present overshadowing proportions had it not been for the personal animosities. On basic questions of the power to govern, this Court stands united. The problem of the constitutionality of New Deal legislation would not flutter a hair (even Burton's) in Saturday conference today. Since the questions at issue deal on the whole with the interpretation of legislation, they do not involve the Court in decisions that a legislature cannot revise, yet the clash of judicial personalities has transformed them from mere marginal divergences into a fundamental conflict over the proper function of the judiciary in a democracy.

This conflict may be described in several ways. The Black-Douglas group believes that the Supreme Court can play an affirmative role in promoting the social welfare; the Frankfurter-Jackson group advocates a policy of judicial self-restraint. One group is more concerned with the employment of the judicial power for their own conception of the social good; the other with expanding the range of allowable judgment for legislatures, even if it means upholding conclusions they privately condemn. One group regards the Court as an instrument to achieve desired social results; the second as an instrument to permit the other branches of government to achieve the results the people want for better or worse. In brief, the Black-Douglas wing appears to be more concerned with settling particular cases in accordance with their own social preconceptions; the Frankfurter-Jackson wing with preserving the judiciary in its established but limited place in the American system.

Yale on how to be a judge

The Black-Douglas view is founded upon a realistic analysis of the workings of the judiciary. This analysis rests upon ideas particularly dominant at the Yale Law School. It owes much to the brilliant and iconoclastic writings of Thurman Arnold, a former professor at the Yale Law School, and of Fred Rodell and Walton H. Hamilton, both present members of the faculty. Douglas himself used to teach at the Yale Law School, and Black has sent his son there.

The Yale thesis, crudely put, is that any judge chooses his results and reasons backward. The resources of legal artifice, the ambiguity of precedents, the range of applicable doctrine, are all so extensive that in most cases in which there is a reasonable difference of opinion a judge can come out on either side without straining the fabric of legal logic. A naive judge does this unconsciously and conceives himself to be an objective interpreter of the law. A wise judge knows that political choice is inevitable; he makes no false pretense of objectivity and consciously exercises the judicial power with an eye to social results.

Even though this Court has, on the whole, abstained from invalidating laws of Congress, it is still inescapably vested with political power through its obligation to pronounce on the meaning of laws. The most carefully drawn statute has its silences and ambiguities; it cannot provide for every concrete case. As the wisest American judge, Learned Hand, once put it, the words a judge must construe are "empty vessels into which he can pour nearly anything he will."

The Yale school believes that the liberal case against the 1936 Court was based on a false and naive issue. The proper

[Continued on page 202]

COSTS NO MORE

Don't Be Satisfied with Ordinary Wasteful DISPLAYS

SPEARHEAD
YOUR DISTRIBUTION PROMOTION PLANS WITH LEADERSHIP AT "POINT OF SALE"

May We Suggest...

Now is the time to employ our counsel and services to insure best acceptance, maximum use, consistent results... We are a Display Agency and cooperate fully with your advertising agency to "Pipe-in" the force of national advertising.

FREE



36 Pages... 420 Pictures... on Exhibit of Performance... Write for a copy of it today on your business letterhead.

Interview with Principals • No obligation
AMERICA'S LARGEST ORGANIZATION
SPECIALIZING IN
MERCHANDISE PRESENTATION

W. L. STENSGAARD
AND ASSOCIATES, INC.
308 N. JUSTINE STREET • CHICAGO 7, ILL.

OF INTEREST to PIPE SMOKERS



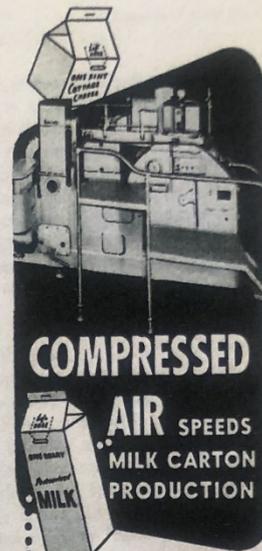
SOME years ago, LYON'S OWN MIXTURE was created for A. E. LYON, our President, who sought for his own smoking a blend of selected tobaccos equal to the finest imported mixtures.

But—requests for this excellent pipe mixture grew to such volume we decided to make it available to pipe smokers generally. At most good tobacco shops, in glass humidior jars,

8 oz. . . \$2.00 1 lb. . . \$4.00

PHILIP MORRIS & Co., Ltd., Inc.
New York, N. Y.

LYON'S
OWN
Smoking Mixture



On modern packaging machines, cartons, packages and cans are blown swiftly along from one operation to another by jets of compressed air. This application of air simplifies conveyor mechanisms and protects the appearance of finished packages. Consider compressed air for use with your products. Jobs shown below can often be done faster, at lower cost, with Quincy Compressors. More than one hundred manufacturers of machines and equipment that utilize compressed air equip their products with Quincy Compressors. Quincy builds air compressors exclusively in a complete line of sizes ranging from 1 to 80 c.f.m. in both air and water-cooled models. Call in a Quincy Specialist to help you select the correct size and type compressor to meet your requirements. Write Dept. F-17, Quincy Compressor Co., Quincy, Illinois.

Quincy Compressors for many jobs
• DRIVING • CHUCKING • LIFTING
• STARTING • INFLATING • PUMPING
• BRAKING • BLOWING • SPRAYING
• PRESSING • FILLING • AGITATING
• CONTROLLING



Quincy
COMPRESSORS
QUINCY COMPRESSOR CO.
Quincy, Illinois
Branch Offices: New York • Chicago
San Francisco • St. Louis

The Supreme Court: 1947

[Continued from page 201]

criticism should have been, not that the old Court indulged in judicial legislation, for this is inevitable, but that it indulged in *reactionary* judicial legislation. The Court cannot escape politics: therefore, let it use its political power for wholesome social purposes. Conservative majorities in past Courts have always legislated in the interests of the business community; why should a liberal majority tie its hands by a policy of self-denial that conservatism will never follow when it is in power?

Judicial self-restraint, they conclude, is at best a mirage. In a time of social crisis like the present, it becomes a positive danger. If any decision of the Court can reduce persecution, redress injustice, or promote the general welfare, it would surely be contrary to the spirit of the Bill of Rights to renounce these results for the sake of abstractions. "Under our constitutional system," wrote Hugo Black, "courts stand against any winds that blow as havens of refuge for those who might otherwise suffer because they are helpless, weak, outnumbered, or because they are nonconforming victims of prejudice and public excitement." Every resource must be mobilized today to preserve American democracy. The power of the Court to protect the underdog, they argue, must be affirmed and vindicated.

The basic cynicism about the possibility of an objective judiciary combines with the sense of social urgency to direct more attention to immediate results than to a system of law. As Professor Rodell observed of Black, "His heart is with the widow or the worker who lost a leg, and not with the niceties of legal logic . . . He sees the law always as a means to an end—the achievement of social justice, especially for the otherwise unprotected—instead of an end in itself." In approaching a

case this group tends less to unravel legal right and wrong in any technical sense than to settle the particular case in what they regard as the spirit of the American democratic tradition. Thus Black and Douglas vote less regularly for doctrines than for interests—for the trade union against the employer, for the government against the large taxpayer, for the administrative agency against the business, for the injured workman, for the unprotected defendant, against the patent holder—so that, in the phrase of Professor Thomas Reed Powell, "the less favored in life will be the more favored in law."

In defense of judging

It is hard to quarrel with either the historical or the psychological observations that underly this theory of judicial activism. It is particularly inappropriate, for example, for persons who greatly admired the pre-Roosevelt Court to work up huge moral indignation over Black, Douglas, and Murphy. It is not clear that Black's solicitude for labor unions is per se more reprehensible than Pierce Butler's, say, for railroad companies.

Indeed, the attitude of the old majority and the attitude of the Black-Douglas group appear logically indistinguishable in their assertion of judicial power (except that the old majority was more reckless in its use of the constitutional veto). Where the old Court tended to strike down state and federal measures of liberal economic regulation and to sustain state and federal measures of personal regulation, the Black-Douglas group tends to sustain liberal economic regulation and strike down laws affecting personal liberties. The Frankfurter-Jackson tendency,

[Continued on page 204]

Beauty . . . BEYOND COMPARE



. . . that's

Royalchrome

• Designers and metal-wise craftsmen have spent years developing Royalchrome into furniture of distinction. The quality it typifies . . . not only in the beauty of its surface appearance . . . but in the depth of its durability, assures satisfaction that lasts not for months . . . but for years! Royal Metal Mfg. Co., 175 North Michigan Avenue, Chicago 1, Illinois.

ROYAL METAL MFG. CO.

CHICAGO • NEW YORK • PRESTON, ONT.



... HAS FAITH IN MASSACHUSETTS

Along with many of the nation's foremost manufacturers, the General Electric Company is planning substantial expansion of its facilities in Massachusetts.

G E has earmarked several million dollars for enlargement and acquisition of plants in the near future — an investment which reflects the confidence of private industry in the future of the Old Bay State.

G E has good reasons for its faith in Massachusetts — fast, economical transportation to all major markets of the country — research facilities second-to-none close at hand — fine seaports — and other reasons *important to YOUR business*. It's worth your while to investigate!

INVESTIGATE THE BAY STATE!

Write for the ACTION BOOKLET, "The Open Book,"
Massachusetts Development and Industrial Commission,
20 Somerset St., Boston 8, Mass. Dept. A

THERE'S **ACTION** NOW IN
MASSACHUSETTS

HEART OF NEW ENGLAND'S
MASS MARKET OF EIGHT MILLION...

The Supreme Court: 1947

[Continued from page 202]

on the other hand, is to give the legislature discretion in both fields—in other words, to resist judicial supremacy, either of the right or of the left, in the name of deference to the legislative will.

Several factors complicate the problem. Black, for example, will invoke deference to the legislature when it does something he supports; or Frankfurter will strike down laws when such action is within the well-established limitations of the Court. Black has sought to confine the due-process clause outside the civil-liberties field to procedural matters, such as the fairness of a trial, while Frankfurter and Jackson have used it against state legislation. Frankfurter, moreover, has not always been consistent on questions of judicial legislation, notably in the *Hucheson* case, which in effect exempted labor unions from the antitrust laws. All the Justices would admit that the close cases always involve legislation—and most of the cases before the Supreme Court get there because they are close.

The question is what standards shall control judicial law-making, what determines the "results" with which the judge begins. The adherents of Frankfurter feel that Black and Douglas, by substituting their own for the legislative preference, tend toward a state of judicial despotism that threatens the democratic process. All legislation in a democracy, they point out, is the product of compromise among conflicting interests. The rough intrusion of the Court into this delicate equipoise may well upset a precarious balance of social forces. It should therefore be undertaken only in cases where the Constitution is clearly violated or where political or economic unity is clearly threatened. In every other case, the judge must consciously suppress his personal views and endeavor only to ascertain the intent of the legislature wherever it leads.

When the Court sets out to revise the results of legislative compromise on a broad front, it must assume all the risks of entering the political arena. The price of policy making, according to the advocates of self-denial, must inevitably be political reprisal, as the old Court discovered when it tried to usurp the functions of government. The obligation of the Court, they argue, is not to make wise policy decisions; it is to sustain and strengthen the process of political compromise. If the legislature makes mistakes, it is up to the legislature to remedy them. Any other course will sap the vigor of our democracy by encouraging legislatures in an irresponsibility based on an expectation that the courts will backstop their wild pitches.

The people and their liberties

The two positions have thus far produced similar results on the subject of economic regulation since most regulatory measures have been more or less acceptable on their merits to Black and Douglas. The more publicized divergence has consequently come on the subject of civil liberties. There are, for example, the flag-salute cases, involving the constitutionality of regulations requiring school children to salute the flag in defiance of their religious scruples as Jehovah's Witnesses. The dramatic overtones of these cases—a persecuted sect, wartime unity, and so on—brought them publicity that the issues probably did not merit. They were freak cases, without broad practical implications. Indeed, the Supreme Court had three times unanimously dismissed flag-salute appeals on the ground that they did not involve substantial federal questions; and the Court that did so included such loyal friends of civil liberties as Brandeis, Cardozo, Hughes, and Stone. The 1940 case—*Minersville School*

[Continued on page 206]

**BECOME
A MEMBER**
of the world's most famous
After-Shave Club

★ For a refreshing, enjoyable finish to your morning shave, join the discriminating men who use Aqua Velva. Cooling, bracing—Aqua Velva leaves your face feeling smoother and more fit—helps prevent chapping. And it has a clean, pleasant scent you'll like.

Aqua Velva is the world's most popular after-shave lotion. Use it regularly for the utmost in after-shave pleasure.

The J. B. Williams Co., Glastonbury, Conn., U.S.A., makers of fine shaving preparations for over 100 years.



A FEW OF THE MEMBERS
Sir Cedric Hardwicke
Albert Spalding
Brig. Gen.
John J. Bradley,
U.S.A., Ret.
Norman Rockwell
James Thurber
Wilfred Pelletier



The Supreme Court: 1947

[Continued from page 204]

District v. Gobitis—reached the Court only because the Third Circuit had nullified the local flag-salute law.

All the Justices except Stone concurred in Frankfurter's *Gobitis* opinion upholding the law. Then came the celebrated double take of Black, Douglas, and Murphy—due, according to their friends, to a revision of their blind faith in Frankfurter as a champion of civil liberties; according to their critics, to a recognition of the unpopularity of the *Gobitis* decision. In *West Virginia v. Barnette* the Court reversed itself.

Frankfurter's dissent in this case has a depth and an urgency that make it a great democratic document. He sought to invoke the old Jeffersonian confidence in the people—the belief that any act of a legislature, so long as there is reasonable doubt about its unconstitutionality, should be upheld. The fact that at one time or another thirteen Justices (including Black, Douglas, and Murphy) had seen nothing unconstitutional about the flag-salute law shows at least that its status was not an open-and-shut matter. Hence the obligation of the judge—whatever his own views about the wisdom of the law—was to regard it as a legitimate legislative choice. "Were my purely personal attitude relevant," Frankfurter wrote, "I should wholeheartedly associate myself with the general libertarian views in the Court's opinion . . . As a member of this Court I am not justified in writing my private notions of policy into the Constitution, no matter how deeply I cherish them or how mischievous I may deem their disregard."

Frankfurter did not like the result of the *Gobitis* decision. He would not have voted for the flag-salute law as a member of the Minersville school board. But he did not find his personal views on its wisdom relevant to the Court's action on its constitutionality. Black and Douglas, on the other hand, after their "long reflection," decided that they did not like the result—so they set about changing it.

Self-denial has thus said: the legislature gave the law; let the legislature take it away. The answer of judicial activism is: in actual practice the legislature will not take it away—at least until harm, possibly irreparable, is done to defenseless persons; therefore the Court itself must act. Self-denial replies: you are doing what we all used to condemn the old Court for doing; you are practicing judicial usurpation. Activism responds: we cannot rely on an increasingly conservative electorate to protect the underdog or to safeguard basic human rights; we betray the very spirit and purpose of the Constitution if we ourselves do not intervene. On statutes involving civil liberties, activism adds, the Court has a special responsibility. As Stone pointed out in *United States v. Carolene Products Co.*, such laws require "more exacting judicial scrutiny . . . than . . . other types of legislation" because they threaten the very processes that are relied on for the repeal of the other types of legislation.

The Stone doctrine does indeed furnish the activists with strong logical grounds for intervention on behalf of personal rights, particularly when laws restrict political agitation. For this reason, though the civil-liberty cases have supplied the most widely discussed of the Court's past disagreements, they are actually less explosive in their future implications than cases involving social and economic legislation.

The people and their economy

The new Republican Congress is likely to pass laws on social and economic questions, particularly with regard to trade unions, that eight members of the Court may well regard as unwise and

[Continued on page 208]

Maryland has winning ways . . .

Gentle land, Maryland,
Land of this rare, costly beer!
This pale, dry golden beer
That costs more to brew and to buy.
A few cents can make quite a difference—
Let your tongue discover its goodness!

**"Maryland's Masterpiece!"
NATIONAL PREMIUM
BEER**

BREWED AND BOTTLED BY THE NATIONAL BREWING CO. OF BALTIMORE IN MARYLAND

The Supreme Court: 1947

[Continued from page 206]

dangerous. The record suggests that the Black-Douglas group may well choose to override legal "niceties" to emasculate or veto the measures they consider mischievous; that the activist Justices will intervene to save the New Deal as their conservative predecessors intervened to stop it.

In the case that gave coal miners portal-to-portal pay, Jackson, dissenting, charged Black with endorsing as Justice an interpretation of the Fair Labor Standards Act different from the one he had given as manager of the bill in the Senate; for congressional intent, then, Black was apparently substituting judicial afterthoughts—which happened to correspond to a change in front on the part of the United Mine Workers. In the administrative field Black and Douglas have generally sustained the liberal agencies and have generally voted against the more conservative ICC. The blood, sweat, and tears with which the activists have worked upon the doctrine that picketing is a form of free speech will perhaps achieve what they conceive to be desirable results, but at the expense of legal clarity and common sense. If the Republican Congress enacts, say, Senator Ball's bill outlawing the closed shop, should the Supreme Court step in to correct what even the New York *Herald Tribune* regards as an error in national policy; or is this any different from Justice McReynolds and the New Deal?

To Frankfurter and Jackson any a priori commitment, whether to the business community or to labor, is ultimately fatal to the Court. Jefferson, the philosopher of American democracy, repeatedly attacked the notion of an independent judiciary with power over basic policy; and it is squarely in his spirit that Frankfurter observes, if the Court does assume such power, "then indeed judges should not have life tenure and they should be made directly responsible to the electorate." The appeal to Jefferson is confirmed by the appeal to history. As Justice Jackson observed in his *Struggle for Judicial Supremacy*, "in no major conflict with the representative branches on any question of social or economic policy has time vindicated the Court."

"Courts," Stone once remarked, "are not the only agency of government that must be assumed to have the capacity to govern." And again: "The only check upon our own exercise of power is our own sense of self-restraint. For the removal of unwise laws from the statute books appeal lies not to the courts but to the ballot and to the processes of democratic government." The civil-liberty questions that have raised these issues in the Court have had no great practical significance. But if the Black-Douglas attitude of judicial activism is employed as systematically on behalf of the trade unions, say, as the old Court employed it on behalf of the business community, the political reprisals will be likely to be sharp and disastrous.

On this issue Frankfurter and Jackson are surely right. The larger interests of democracy in the U.S. require that the Court contract rather than expand its power, and that basic decisions on all questions save the fundamental rights of political agitation be entrusted as completely as possible to institutions directly responsive to popular control.

Holmes versus Brandeis

The debate between self-denial and activism can continue endlessly. But one point should be made: it is not a debate between conservatives and liberals. On their substantive views the entire Court, except for Burton, is made up of New-Dealers. They disagree over the role the Court is to play in bringing about the kind of society they all want.

In some sense the split on the Court today is the activation

of latent differences between the old team of liberal dissenters—Holmes and Brandeis. In the minority the two stood shoulder to shoulder, as any members of the current Court would if faced by a majority that challenged their views on the power to govern—as Black and Frankfurter stood together till 1941.

But there were concealed divergences. Holmes believed that if the American people wanted to go to hell, he could not see anything in the Constitution to stop them. Brandeis, in the words of his official biographer, was "like his conservative colleagues . . . inclined by the pressures and drives of his own nature to translate his own economic and social views into the Constitution." Where Holmes would sustain legislation though it seemed to him "futile or even noxious," Brandeis would require it to conform to certain standards of social wisdom. Thus in a case like *Meyer v. Nebraska*, where Holmes voted to uphold the right of a state to forbid the teaching of German in schools, the two men divided as Frankfurter and Black might divide today.

This point can be pushed too far. Holmes faltered less often in the quest for judicial self-abnegation than Frankfurter (who now occupies his seat, warmed for a few years by Cardozo). Brandeis was more reverent in his feeling for the system of law than Black is, less crude in applying merely humane criteria. In cases involving a conflict of laws, Brandeis could, for example, decide against a widow, an orphan, and a workingman, because he approached them as problems in federalism, not in social exploitation. Yet Brandeis had great respect for Black; and when Douglas was appointed, Brandeis said to him, "I wanted you to be here in my place."

A broad truth remains. Holmes wanted to make sure that the people could embody their desires in law, whatever the nature of the desires, while Brandeis could never relieve himself of a sense of responsibility for the results of judicial decision. This is the essence of the current struggle. Perhaps it has expressed itself too often on a level of personal irritability. But close observers of the Court say that Frankfurter and Black, for all their fine intelligence, lack as yet the essential detachment and serenity that make a Holmes or a Brandeis.

The Court and Mount Olympus

The unity on basic issues is thus obscured by the vivid sense of profound differences in legal approach. Though these differences do not dictate decisions in particular cases (some lawyers, for example, prefer Frankfurter's reasoning and Black's conclusions, and do not always find the two incompatible), the differences do go to the marrow of the personal relationships on the Court and aggravate the lack of mutual confidence. The advocates of self-denial, with their belief in the autonomy of the judicial process, cannot in their hearts resist the feeling that the activists are unprincipled; while the activists, with their skepticism about judicial objectivity, cannot in their hearts resist the feeling that self-denial is a cover for conservatism.

Discord rose to crescendo last June. The new Chief Justice was saluted by an editorial barrage against the Court he was about to take over. What chance has Fred Vinson to resolve the situation?

In part, as Vinson well knows, the current fall in prestige results from widespread popular ignorance of Court history. From the days of John Marshall, conservatives have perceived the potentialities of the Court as a bulwark against change; and they have propagated the theory that it is an institution almost religious in its sanctity, and beyond passion or politics. Newspapers, condemning the present Court on the ground that it has

[Continued on page 211]

The Supreme Court: 1947

[Continued from page 208]

overruled previous decisions and that it is convulsed by internal conflicts, earnestly believe this situation to represent a calamitous descent from Olympus.

The record shows that the Court has always overturned its own decisions, from *Hudson and Smith v. Guestier* in 1810, which overruled a decision of 1808. Sometimes these have been frank reversals; sometimes they have been reversals concealed by the legal stratagem of "distinguishing" the previous case and narrowing its applicability. Justice Roberts made the wisecrack so widely quoted against the Court about its decisions being like "a restricted railroad ticket, good for this day and train only"; but he himself made one of the great turnabouts in judicial history when he switched votes on the constitutionality of minimum-wage legislation between June, 1936, and March, 1937. Precedent has always been a weapon in the armory of legal debate; by itself it determines nothing.

Personal bitterness among Justices has an equally long history. Supreme Court records are filled with angry dissents, crammed with predictions of the disaster that will flow in the wake of the majority decision. The only innovation of the present Court was contributed by Mr. Justice Jackson in his blast against Mr. Justice Black, issued from Nürnberg.

The fact is, of course, that the legend of universal past esteem is being trotted out today, not just by the honestly confused, but by those who wish to discredit the kind of Court that would unanimously sustain New Deal legislation. Some of the harshest language comes from people who regarded criticism of the Court as sacrilegious when uttered from another direction in 1936. Every important shift in the majority of the Court has speeded up the process of judicial adaptation and thereby brought down from conservatives identical prophecies of doom. Vinson, who has studied the Court's history, knows how seriously to take the stock charges against it.

What can the Chief Justice do?

The Chief Justice's influence lies essentially in his management of the Saturday conference. Charles Evans Hughes kept things moving briskly and efficiently, confining discussion to issues, forbidding fruitless argument, and adjourning promptly at four-thirty. Harlan Stone, a veteran dissenter with a New Englander's faith in town-meeting democracy, found it hard to cut off talk until everyone had spoken his fill. Especially in his last two years, conferences began to spill over to Monday, sometimes to Tuesday and Wednesday. As the discussion was prolonged, argument tended to degenerate into wrangling, which greatly increased opportunities for mutual irritation.

Stone's respect for the other person's view made him tolerant on the question of multiple concurrences and dissents. In the time of Chief Justice Taft, even Holmes and Brandeis might vote against a decision in conference without writing a dissent, and sometimes without even formally registering their disagreement. Similarly, an opinion of the Court, instead of expressing the clear-cut views of two or three Justices, would be diluted until it was palatable for all the Justices who concurred in the result. Holmes, gazing mournfully upon the wreck of one of his own original drafts, described this process as pulling out all the plums and leaving the dough; but the system did produce a greater impression of unity, even if it sacrificed individualities of style and doctrine.

His own experience had shown Stone the value of dissents in opening up new lines of constitutional reasoning. He was also under pressure, as a result of Roosevelt's 1937 indictment of the

[Continued on page 212]



"ARIZONA'S VALLEY OF THE SUN
is the perfect spot to combine
business with pleasure."

"I'll go along with you on the pleasure angle, John. This *has* been my most enjoyable vacation—and *you* certainly seem to find plenty of time to join me in relaxing—in spite of that new branch office you're setting up here in Phoenix. But aren't you overestimating the business end? Are the opportunities really as great as you thought they were?"

"Man, they're better! The longer I stay here, the more enthusiastic I become. Everything's on the increase here . . . population, bank debits, retail sales, construction, agricultural production . . . all way above the national average. I'd bank on Phoenix and the Valley of the Sun as one spot in this country that will enjoy continued prosperity."

"Sounds good. I'd better do some investigating for my own outfit. Seems too good to be true! First time I ever found such good investment opportunities in a place that's also made to order for winter vacations."

"This isn't just a vacation spot, Frank! It's a place to live the way a man should. America's warmest, driest climate, beautiful scenery, every opportunity for fun. What more could a man want?"

You just can't help talking like Chamber of Commerce ad copy, when you really get to know Arizona's Valley of the Sun. Many an executive has come as a winter visitor, and stayed to found a business, to make a home. Come out and see for yourself. The desert is especially delightful in April, and accommodations are less in demand then. For a pictorial preview of resort life and the whole area, have your secretary send 35c to the

Valley of the Sun Club PHOENIX, ARIZONA

One of the
Treasures
of all time

HARWOOD'S
Blended
CANADIAN WHISKY
90.4 Proof

IMPORTED
Harwood's
Blended Canadian Whisky
Blended and Bottled by
James Harwood & Co. Ltd.
Vancouver, British Columbia,
Canada
90.4 PROOF
BOTTLED, BLENDING AND BOTTLED UNDER
THE SUPERVISION OF THE CANADIAN GOVERNMENT.

Sole UNITED STATES Importers: R. C. WILLIAMS & CO., Inc., NEW YORK, N. Y.

The Supreme Court: 1947

[Continued from page 211]

Court, not to fall behind in the dispatch of business. Fearing to clutter the docket, he would not let cases hang over long enough to allow emotions to subside and compromises to emerge. When Stone's name was mentioned for the chief justiceship in 1929, Taft had written with percipience that his appointment would be a "great mistake, for the reason that Stone is not a leader and would have a great deal of trouble in massing the Court."

Vinson comes to the Court with unusual experience behind him. No other Chief Justice has held such important posts in all branches of the government. During the war his slow, drawing, anecdotal common sense, masking a thoroughly capable administrative intelligence, won him a succession of jobs of ascending importance, and he grew under the impact of responsibility. His heavy-lidded, sunken face, the skin lying in impassive folds, gives an impression of patience and strength. He has seen through some of the toughest administrative wrangles in the government.

In Vinson's favor is the chastening effect that public outcry always has on the Supreme Court. Of course Jackson and Black have hardly forgiven each other, but both are now on their good behavior. Even the realists must appreciate the necessity from their own viewpoint of preserving the prestige of the Court as an institution.

But Vinson has never had to face such an independent and restive group as his brethren on the Court. It will be hard for him to cope intellectually with men like Black and Frankfurter: his mind does not move fast in the same way, and he is uneasy among abstractions. Where Hughes could dominate by superior clarity and knowledge, Vinson will have to follow the example of Chief Justices like Taft and Waite and hope to influence the Court by a certain massive instinct for practicality.

As someone close to the Court observed, "Frankfurter will watch the way he reasons; Black the way he votes." Vinson may well end by joining his fellow Kentuckian Stanley Reed in a middle bloc. He could then use the balance of power as a means of bringing pressure to avoid inessential clashes of high principle and reduce the passion for multiple opinions, which, by sustaining a result without sustaining a single line of reasoning, produce so many headaches for lawyers when they endeavor to advise clients.

But Vinson knows he is not playing with unruly boys. It would be disastrous if, for example, he tried overnight to restore Hughes's iron hand, though he has already shown administrative skill in conference. The Court still has its quota of frustrated ambitions. Vinson may yet sympathize with Stone's remark on Bymes's resignation: "I told him that I was sorry to lose him but glad we had one member of the Court who could make up his mind about his own career."

This Court's achievements have already been impressive in its accommodation of the Constitution to current needs, in its affirmation of the power to govern, and in its vigilance to protect the rights of individuals and minorities. The conflict on the Court, if it can be restrained from intellectual and personal extremes, may lead to a debate in the most fruitful tradition of American political thought. The tension between self-denial and activism is a historic element in our judicial system. Its wise resolution could easily make this Court, with its remarkable abilities and its agreement on a wide range of constitutional fundamentals, one of the great creative Courts of history.

Acknowledgments:

Page 79 (Top to bottom) left row: Brown Bros.; Library of Congress; Carl Mydans—Life; Underwood & Underwood. Right row: Library of Congress; Underwood & Underwood; Harris & Ewing; New York Times Studio