Direito & Práxis
revista

Countermajoritarian, Representative, and Enlightened: The roles of constitutional tribunals in contemporary democracies

Contramajoritário, Representativo e Iluminista: Os papeis dos tribunais constitucionais nas democracias contemporâneas

Luís Roberto Barroso

Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro – RJ, brasil. Email: gabmlrb@stf.jus.br

Recebido em 27/09/2017 e aceito em 15/10/2017.

Como citar em *ahead of print:*

BARROSO, Luís Roberto. Countermajoritarian, Representative, and Enlightened: The roles of constitutional tribunals in contemporary democracies. Revista Direito e Práxis, *Ahead of print,* Rio de Janeiro, 2017. Disponível em: *link para o artigo*. acesso em xxxx. DOI: 10.1590/2179-8966/2017/30806.

Resumo:

O presente trabalho tem por propósito principal discutir os papeis das supremas cortes e tribunais constitucionais nas democracias contemporâneas. Procura demonstrar que essas cortes desempenham, além do papel contramajoritário tradicionalmente a elas reconhecido pela teoria constitucional, dois outros papeis: representativo e, esporadicamente, iluminista. Na construção do argumento, o artigo analisa os fenômenos da judicialização da política e do ativismo judicial, assim como o tema da difícil demarcação da fronteira entre direito e política nas sociedades plurais e complexas da atualidade. Embora apresente diversos exemplos da experiência constitucional dos Estados Unidos, o texto procura analisar os papeis das supremas cortes e cortes constitucionais na perspectiva de um constitucionalismo global, trabalhando com categorias que se tornaram correntes nas principais democracias do mundo.

Palavras-chave: Supremas cortes. Tribunais constitucionais. Direito e política. Judicialização. Ativismo judicial. Controle de constitucionalidade. Constitucionalismo global.

Abstract:

The primary purpose of this Article is to examine the roles of constitutional courts in contemporary democracies. It aims to demonstrate that such courts perform, in addition to the counter-majoritarian role traditionally recognized in constitutional theory, two other roles: representative and, occasionally, enlightened. In the construction of the argument, the essay analyzes the phenomena of the judicialization of politics and judicial activism, as well as the issue of the difficult demarcation of the border between law and politics in the complex and plural societies of today. Although it presents several examples of the constitutional experience of the United States, the Article's conclusions are generalizable, looking at the roles of constitutional courts from the perspective of a global constitutionalism whose categories have become common practice in the democracies of the world.

Keywords*:* Supreme courts. Constitutional courts. Law and politics. Judicialization. Judicial activism. Judicial review. Global constitutionalism.

I. Introdução: o Estado da arte do Direito Constitucional Contemporâneo[1]

1. O objeto do presente ensaio

O ensaio que se segue cuida de três temas distintos, mas conexos. O primeiro deles é a ascensão política e institucional do Poder Judiciário no mundo contemporâneo, marcada por fenômenos como a judicialização, o ativismo judicial e o esforço de justificação democrática da jurisdição constitucional. O segundo tema versa a tormentosa questão das relações entre direito e política, com a análise da concepção tradicional, que acreditava na separação plena, e do modelo real, em que as superposições entre ambos se revelam inevitáveis. Decisões de tribunais não se baseiam apenas no material jurídico, mas são influenciadas, em maior ou menor medida, por fatores extrajudiciais, subjetivos e objetivos. O terceiro e principal objeto da presente investigação é a demonstração de que Supremas Cortes e Cortes Constitucionais, no mundo democrático, desempenham três papeis diversos: contramajoritário, quando invalidam atos dos outros Poderes; representativo, quando atendem demandas sociais não satisfeitas pelas instâncias políticas; e iluminista, quando promovem determinados avanços sociais que ainda não conquistaram adesão majoritária, mas são uma imposição do processo civilizatório.

2. Um olhar de fora

No desenvolvimento do argumento, são utilizadas diversas referências colhidas na experiência constitucional americana. Lanço sobre ela, porém, um olhar de fora, de um observador externo, situando-a dentro do contexto mais amplo do constitucionalismo contemporâneo. O mundo do direito constitucional vive um momento de efervescência, que inclui intensa interlocução entre acadêmicos e juízes de diferentes países, o uso eventual de doutrina e precedentes estrangeiros por tribunais, o florescimento de cortes constitucionais e

[1] O presente texto consolida e expande ideias delineadas em três artigos anteriores: Constituição, democracia e supremacia judicial: direito e política no Brasil contemporâneo, *Revista Jurídica da Presidência 96:*5, 2010; A razão sem voto: o Supremo Tribunal Federal e o governo da maioria, *Revista Brasileira de Políticas Públicas 5:*24, 2015; e Reason without vote: the representative and majoritarian function of Constitutional Courts, Thomas Bustamante e Bernardo Gonçalves Fernandes (eds), *Democratizing Constitutional Law:* perspectives on legal theory and the legitimacy of constitutionalism, 2016.

internacionais, assim como a universalização do discurso dos direitos fundamentais, para citar alguns aspectos do fenômeno. Fala-se em um *constitucionalismo global*[2]. A expressão não se refere, ao menos na quadra atual, à instauração de uma ordem jurídica mundial única, com instituições supranacionais para fazê-la cumprir. Esta não é uma possibilidade real à vista. Vive-se, porém, um momento de migração de ideias constitucionais[3], de cosmopolitanismo[4], de um discurso transnacional[5]. Há um patrimônio comum compartilhado pelos países democráticos que se expressa em uma gramática e em uma semântica que os aproximam em valores e propósitos[6]. O pacote básico do constitucionalismo contemporâneo contém muitas ideias, conceitos e instituições que tiveram sua origem na prática dos Estados Unidos[7]. Ao circularem pelo mundo, no entanto, foram adquirindo novas cores e sabores, incorporando sotaques e agregando valores[8]. O ensaio que se segue analisa alguns processos típicos da atualidade do direito constitucional, sob uma perspectiva que não é local ou particular, mas que procura

[2] A propósito, *Global Constitutionalism* é o título de um seminário anual realizado pela *Yale Law School* desde 1996, reunindo juízes de cortes constitucionais de diferentes partes do mundo. Trata-se de um dos mais importantes encontros do gênero, com a leitura prévia de um conjunto de materiais por todos os participantes, em preparação para uma discussão marcada "por uma rara combinação de seriedade intelectual, franqueza, verve e o sentimento de um propósito comum" *("by a rare combination of intellectual seriousness, candor, verve, and a sense of common purpose").* V. https://www.law.yale.edu/centers-workshops/gruber-program-global-justice-and-womens-rights/global-constitutionalism-seminar. Acesso em 5 mar. 2017.

[3] Sujit Choudhry, Migration as a New Metaphor in Comparative Constitutional Law. *In*: Sujit Choudhry. (ed.), *The Migration of Constitutional Ideas*. New York: Cambridge University Press, 2005, p. 1-35. Sobre o tema, em língua portuguesa, v. Alonso Freire, O Supremo Tribunal Federal e a migração de ideias constitucionais: considerações sobre a análise comparativa na interpretação dos direitos fundamentais. In: Clèmerson Merlin Clève e Alexandre Freire (orgs.), *Direitos Fundamentais e Jurisdição Constitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 99-125.

[4] Vlad Perju, Cosmopolitanism in constitutional law. *Cardozo Law Review 35:*710, 2013.

[5] Luís Roberto Barroso, "Here, there, and everywhere": human dignity in contemporary law and in the transnational discourse. *Boston College International & Comparative Law Review 35:*331 (2012).

[6] Um estudo quantitativo feito com as constituições promulgadas ao longo das últimas seis décadas confirma a existência de várias tendências constitucionais globais. Uma delas é a presença de um conjunto nuclear de direitos constitucionais que são comuns à grande maioria das constituições nacionais, referidos como "direitos constitucionais genéricos" (*"generic constitutional rights*"). Dentre eles se destacam as liberdades de religião e de expressão, o direito de propriedade e as garantias de igualdade. V. David S. Law e Mila Versteeg, The Evolution and Ideology of Global Constitucionalism. *California Law Review* 99:1163 (2011).

[7] Apesar das diferenças importantes no que diz respeito às competências alargadas conferidas aos Presidentes e quanto ao desenho do Federalismo em cada país, a maioria das constituições na América Latina repetiu traços constitucionais essenciais do modelo americano até o final do século XIX. Essa similaridade, no entanto, diminui ao longo do século XX, especialmente após a Segunda Guerra Mundial. V. Zachary Elkins, Tom Ginsburg e James Melton, *The Endurance of National Constitutions*. Cambridge: Cambridge University Press, 2009, 25-26.

[8] Atualmente, sugere-se que a circulação mundial de ideias constitucionais surgidas originariamente nas principais democracias constitucionais teria feito emergir um "direito constitucional genérico", que pode ser definido como um conjunto de princípios, práticas, instituições e desafios comuns a todas as jurisdições, principalmente em temas envolvendo direitos civis e liberdades fundamentais. V. David S. Law, Generic Constitutional Law. *Minnesota Law Review* 89:652 (2005)

incorporar o conjunto de concepções que fizeram do constitucionalismo um projeto global[9].

3. Americanização e globalização do direito constitucional

Duas das primeiras Constituições escritas do mundo – a americana, de 1787, e a francesa, de 1791[10] – deram origem a dois modelos de constitucionalismo bastante diferentes. No modelo francês, que se irradiou pela Europa continental, a Constituição tinha uma dimensão essencialmente política, não comportando aplicação direta e imediata pelo Poder Judiciário[11]. O grande princípio era o da *supremacia do Parlamento*, sendo que as leis não eram passíveis de controle de constitucionalidade. Já o constitucionalismo americano, ao menos desde de *Marbury v. Madison*[12], julgado em 1803, caracterizou-se pelo reconhecimento de uma dimensão jurídica à Constituição, com a possibilidade de sua aplicação direta e imediata por todos os órgãos do Poder Judiciário[13]. O grande princípio aqui, desde o começo, foi o da

---

[9] Em livro com muitos *insights* relevantes sobre a importância da abertura intelectual para o mundo, Stephen Breyer identificou "an ever-growing need for American courts to develop an understanding of, and working relationships with, foreign courts and legal institutions". E, na conclusão da obra, assinalou: "This book shows how and why the Supreme Court must increasingly consider the world beyond our national frontiers. In its growing interdependence, this world of laws offers new opportunities for the exchange of ideas, together with a host of new challenges that bear upon our job of interpreting statutes and treaties and even our Constitution". V. Stephen Breyer, *The court and the world:* American law and the new global realities". New York: Alfred A. Knopf, 2015, p. 7 e 281.

[10] Embora pouco conhecida, a segunda Constituição escrita do mundo moderno foi editada pela Commonwealth Polônia – Lituânia, em 3 de maio de 1791, com breve duração de 19 meses. Assim, a Constituição francesa de 1791 foi, na verdade, a terceira Constituição escrita.

[11] Os revolucionários franceses de 1789 viam o Judiciário com suspeição, reputando-o contrário às reformas sociais e ligado ao Antigo Regime. Por isso mesmo, desde a primeira hora, foi proibido o controle de constitucionalidade (*judicial review*) de leis e atos administrativos, inicialmente por lei de agosto de 1790 e, na sequência, por dispoisção expressa da Constituição de 1791: "Courts cannot interfere with the exercise of legislative powers, supend the application of laws, nor can they infringe on administrative functions, or take cognizance of administrative acts of any kind" (Tit. III, Cap. V, art. 3º). Sobre o ponto, v. Alec Stone Sweet, Why Europe rejected American judicial review. *Michigan Law Review 101:*2744, 2003, p. 2744-2746.

[12] 5 U.S. 137 (1803).

[13] O *judicial review*, na verdade, remonta à experiência colonial, com as cartas coloniais e constituições estaduais. Embora a Constituição de 1787 não seja explícita a respeito, a prática foi "assumida" por seus autores (*Founding Fathers*) e justificada em uma longa passagem do Federalista nº 78, escrito por Alexander Hamilton. V. Saikrishna B. Prakash e John C. Yoo, The origins of judicial review. *The University of Chicago Law Review 70:*887 (2003), p. 915, 933 e 982. Para uma minuciosa revisão das origens históricas do *judicial review*, v. Mary Bilder, The corporate origins of judicial review. *The Yale Law Journal 116:*502, 2006-2007, p. 504: "(...) [J]udicial review arose from a longstanding English corporate practice under which a corporation's ordinances were reviewed for repugnancy to the laws of England. This English corporation law subsequently became a transatlantic constitution binding American colonial law by a similar standard of not being repugnant to the laws of England. After the Revolution, this practice of bounded legislation slid inexorably into a constitutional practice, as 'the Constitution' replaced 'the laws of England'."

supremacia da Constituição, em que juízes e tribunais, e especialmente a Suprema Corte, podiam exercer o controle de constitucionalidade e, consequentemente, deixar de aplicar as normas que considerassem incompatíveis com a Constituição. Antes de meados do século passado, supremas cortes ou cortes constitucionais com poderes para aplicar diretamente a Constituição e invalidar leis com ela incompatíveis eram uma raridade[14].

Após a Segunda Guerra Mundial, o modelo americano prevaleceu na maior parte do mundo democrático[15]. Embora a fórmula dos tribunais constitucionais, adotada na Europa, tenha estrutura e procedimentos diferentes do americano, o conceito subjacente é o mesmo: a Constituição é dotada de supremacia e os atos dos outros Poderes que sejam incompatíveis com ela podem ser invalidados por um tribunal. Como se sabe, sob inspiração de Hans Kelsen, a Constituição da Áustria, de 1920, previu um órgão específico, fora da estrutura ordinária do Poder Judiciário, para desempenhar o controle de constitucionalidade. Porém, foi com a implantação do Tribunal Constitucional Federal alemão, em 1951, que este formato de prestação de jurisdição constitucional se difundiu pelo mundo. Hoje em dia, mais de 80% dos países atribuem a cortes supremas ou a tribunais constitucionais o poder de invalidar legislação incompatível com a Constituição[16]. Também no seu conteúdo, muitas Constituições contemporâneas se aproximam, na essência, do padrão concebido na Filadélfia, em 1787. De fato, este é o estado da arte do direito constitucional na maior parte dos países democráticos: Constituições escritas que são dotadas de supremacia, estabelecem a separação de Poderes, definem direitos fundamentais e preveem o controle de constitucionalidade, a cargo de uma Suprema Corte ou de um Tribunal Constitucional. Esta relativa homogeneidade não encobre, é certo, a perda de influência da Constituição americana[17], as distinções ideológicas entre constituições contemporâneas[18], nem tampouco as discrepâncias na interpretação de dispositivos idênticos por tribunais diferentes[19].

---

[14] V. Dieter Grimm, *Constitutionalism: past, presente, and future*. Oxford: Oxford University Press, 2016, p. 199.

[15] V. Luís Roberto Barroso, The americanization of constitutional law and its paradoxes: constitutional theory and constitutional jurisdiction in the contemporary world. *ILSA – Journal of International & Comparative Law 16:*579, 2009-2010.

[16] Tom Ginsburg e Mila Versteeg, Why do countries adopt constitutional review?. *The Journal of Law, Economics & Organization 30:*587, 2013, p. 587.

[17] V. David. S. Law e Mila Versteeg. The declining influence of the United States constitution. *New York University Law Review* 87:762, 2012.

[18] De acordo com David S. Law e Mila Versteeg, The evolution and ideology of global constitucionalism. *California Law Review* 99:1163, 2011, do ponto de vista ideológico, as constituições na atualidade se dividem em dois grupos bastante distintos. O primeiro deles é formado por constituições que podem ser ditas como libertárias, no sentido

II. A Ascensão do Judiciário, Judicualização e Ativismo Judicial

1. A judicialização da vida

Simultaneamente à expansão da jurisdição constitucional no mundo, verificou-se, igualmente, uma vertiginosa ascensão política e institucional do Poder Judiciário. Sobretudo nos países de tradição romano-germânica, juízes e tribunais deixaram de ser uma espécie de departamento técnico especializado do governo para se transformarem em um verdadeiro Poder, que em alguma medida disputa espaço com os demais[20] e atua com grande importância na governança nacional.[21] Há causas de naturezas diversas para o fenômeno. A primeira delas foi o reconhecimento, após a 2ª Guerra Mundial, da importância de um Judiciário forte e independente como elemento essencial das democracias modernas, para a proteção dos direitos fundamentais e do Estado de direito. A segunda causa envolve uma certa desilusão com a política majoritária, em razão da crise de representatividade e de funcionalidade dos parlamentos em geral. Há uma terceira: atores políticos, muitas vezes, preferem que o Judiciário seja a instância decisória de certas questões polêmicas, em relação às quais exista desacordo moral razoável na sociedade. Com isso, evitam o próprio desgaste na deliberação de temas divisivos, como uniões homoafetivas, aborto ou mesmo descriminalização de drogas leves, como a maconha.

---

de que elas representam uma tradição de liberdade negativa, exigindo, em sua maior parte, uma abstenção do Estado. O segundo é constituído por constituições que, ao contrário, exigem a intervenção do Estado na realização de direitos, especialmente os de cunho social. Embora haja essa polarização, as constituições que se enquadram em cada um desses dois grupos estão cada vez mais convergentes em seu conteúdo. Nas palavras dos autores, à p. 1164: "Nós mostramos que as Constituições do mundo estão crescentemente se dividindo em dois grupos distintos – um de caráter libertário e outro estatista. Dentro de cada grupo, as constituições esão ficando cada vez mais parecidas, mas os grupos entre si estão cada vez mais distintos um do outro. A dinâmica da evolução constitucional, em outras palavras, envolve a combinação entre convergência ideológica e polarização ideológica".

[19] Como sabido, a intepretação jurídica sofre influência decisiva da história, da religião, da cultura e do sistema jurídico de cada país, o que dificulta uma concordância universal sobre valores constitucionais e direitos fundamentais. Sobre o tema, v. Alan Richter, Dennis Davis e Cheryl Saunders (eds.) *An inquiry into the existence of global values through the lens of comparative constitutional law*. Oxford: Hart Publishing, 2015, p. 470: "Não obstante o crescimento exponencial das constituições nacionais que buscam, ao menos na sua textualidade, promover formas similares de direitos humanos, este estudo demonstrou que não há aplicação consistente de nenhum dos direitos que transcendem as fronteiras naturais".

[20] Esta mudança nas democracias romano-germânicas, onde tradicionamelmente se negava qualquer papel criativo aos juízes, é registrada com surpresa por C. Neal Tate e Torbjörn Vallinder (eds.), *The global expansion of judicial power*, New York: New York University Press, 1995, p. 519: "Ainda assim, é possível que se encontrem nesses países os casos contemporâneos mais significativos de expansão do poder judicial".

[21] Diana Kapiszewski, Gordon Silverstein, Robert A. Kagan. *Consequential Courts:* Judicial roles in global perspective. Cambridge: Cambridge University Press, 2013.

Mas há também razões estratégicas de natureza política para o fortalecimento das Cortes Constitucionais e Supremas Cortes ao redor do mundo, especialmente nas últimas décadas. Cientistas políticos têm oferecido explicações para o curioso interesse de elites políticas empoderarem Cortes Constitucionais e Supremas Cortes em momentos constituintes. Duas teorias geraram debates mais intensos. Uma delas, fundada em relevante estudo de Cortes do Leste Asiático feito por Tom Ginsburgh, é a de que o fortalecimento das Cortes, sempre associada ao entrincheiramento de direitos e liberdades fundamentais nas Constituições, é feito como uma forma de "seguro político"[22]. Elas seriam uma solução para o problema da incerteza política sobre o impacto distributivo futuro de novas instituições e direitos. Outra explicação é oferecida por Ran Hirschl, que afirma que o fortalecimento desses tribunais é uma forma encontrada pelas elites de preserver sua hegemonia em um futuro incerto[23]. Adiante se voltará ao ponto. Por ora, o que se pretende enfatizar é que esta posição proeminente assumida por juízes e tribunais deu lugar ao fenômeno da judicialização.

Judicialização significa que questões relevantes do ponto de vista político, social ou moral estão sendo decididas, em caráter final, pelo Poder Judiciário. Trata-se, como intuitivo, de uma transferência de poder para as instituições judiciais, em detrimento das instâncias políticas tradicionais, que são o Legislativo e o Executivo. Essa expansão da jurisdição e do discurso jurídico, embora mais comum em países como os Estados Unidos, constitui uma mudança drástica no modo de se pensar e de se praticar o Direito no mundo romano-germânico[24]. Fruto da conjugação de circunstâncias diversas[25], o fenômeno é mundial, alcançando até mesmo países que tradicionalmente seguiram o modelo inglês – a chamada democracia ao estilo de Westminster –, com soberania parlamentar e ausência de controle de constitucionalidade[26]. Na América Latina o fenômeno também é acentuado[27]. Exemplos

[22] Tom Ginsburg. *Judicial review in new democracies: Constitutional courts in Asian cases*. New York: Cambridge University Press, 2003.

[23] Ran Hirschl. *Towards juristocracy:* The origins and consequences of the new constitutionalism. Cambridge, MA: Harvard University Press, 2004.

[24] V. Alec Stone Sweet, *Governing with judges: constitutional polítics in Europe*. Oxford: Oxford University Press, 2000, p. 35-36 e 130. A visão prevalecente nas democracias parlamentares tradicionais de ser necessário evitar um "governo de juízes", reservando ao Judiciário apenas uma atuação como legislador negativo, já não corresponde à prática política atual. Tal compreensão da separação de Poderes encontra-se em "crise profunda" na Europa continental.

[25] Para uma análise das condições para o surgimento e consolidação da judicialização, v. C. Neal Tate e Torbjörn Vallinder (eds.), *The global expansion of judicial power*, New York: New York University Press, 1995, p. 117.

[26] V. Ran Hirschl, The new constitutionalism and the judicialization of pure politics worldwide, *Fordham Law Review 75:*721, 2006-2007, p. 721. A referência envolve países como Canadá, Israel, Nova Zelândia e o próprio Reino Unido.

numerosos e inequívocos de judicialização ilustram a fluidez da fronteira entre política e justiça no mundo contemporâneo, documentando que nem sempre é nítida a linha que divide a criação e a interpretação do Direito. Os precedentes podem ser encontrados em países diversos e distantes entre si, como Canadá[28], Estados Unidos[29], Israel[30], Turquia[31], Hungria[32] e Coreia[33], dentre muitos outros. Na América Latina[34], o fenômeno é particularmente intenso no Brasil[35] e na Colômbia[36]. Muitas vezes, decisões judiciais provocam reações intensas no Executivo ou no Legislativo[37].

Anote-se que, no Reino Unido, com a aprovação do *Human Rights Act*, de 1998, passou a ser possível a declaração, pelo Judiciário, da incompatibilidade entre uma lei inglesa e a Convenção Europeia de Direitos Humanos. Tal declaração, todavia, não acarreta a nulidade da lei, cabendo ao Parlamento a sua revogação ou modificação. No Canadá, por sua vez, a Carta de Direitos e Liberdades permite que os legislativos estaduais mantenham uma lei "nada obstante" (*"notwithstanding"*) tenha sido reconhecido que ela se encontra em violação à Carta. Sobre esta forma fraca de controle de constitucionalidade (*weak-form judicial review*), v. Stephen Gardbaum, *The new commonwealth model of constitutionalism:* theory and practice, Cambridge University Press, 2013; e Mark Tushnet, *Weak Courts, Strong Rights: Judicial Review and Social Welfare Rights in Comparative Constitutional Law*. Princeton, NJ: Princeton University Press, 2003.

[27] V. Alexandra Huneeus, Javier A. Couso e Rachel Sieder (eds.), *Cultures of legality*: Judicialization and political activism in Latin America. Cambridge: Cambridge University Press, 2010. V, também, Alan Angell, Line Schjolden e Rachel Sieder (eds.), *The judicialization of politics in Latin America*. New York: Springer, 2005.

[28] Decisão da Suprema Corte sobre a constitucionalidade de os Estados Unidos fazerem testes com mísseis em solo canadense. Este exemplo e os seguintes vêm descritos em maior detalhe em Ran Hirschl, The judicialization of políticas. In: Whittington, Kelemen e Caldeira (eds.), *The Oxford handbook of law and politics*, 2008, p. 124-5.

[29] Decisão da Suprema Corte que definiu a eleição de 2000, em *Bush v. Gore*.

[30] Decisão da Suprema Corte sobre a compatibilidade, com a Constituição e com os atos internacionais, da construção de um muro na fronteira com o território palestino.

[31] Decisões da Suprema Corte destinadas a preserver o Estado laico contra o avanço do fundamentalismo islâmico. A situação na Turquia mudou dramaticamente após o fracassado golpe de Estado de 2016, com graves implicações para o secularismo e a democracia.

[32] Decisão da Corte Constitucional sobre a validade de plano econômico de grande repercussão sobre a sociedade.

[33] Decisão da Corte Constitucional restituindo o mandato de presidente destituído por *impeachment*.

[34] Sobre o fenômeno na América Latina, v. Rachel Sieder, Line Schjolden e Alan Angell (eds.), *The judicialization of politics in Latin America*, New York: Palgrave Macmillan, 2005.

[35] V. Luís Roberto Barroso, Constituição, democracia e supremacia judicial: direito e política no Brasil contemporâneo. *Revista Jurídica da Presidência 96:*5, 2010.

[36] De acordo com Rodrigo Uprimny Yepes, Judicialization of politics in Colombia, *International Journal on Human Rights 6:*49, 2007, p. 50, algumas das mais importantes hipóteses de judicialização da política na Colômbia envolveram: a) luta contra a corrupção e para mudança das práticas políticas; b) contenção do abuso das autoridades governamentais, especialmente em relação à declaração do estado de emergência ou estado de exceção; c) proteção das minoriais, assim como a autonomia individual; d) proteção das populações estigmatizadas ou aqueles em situação de fraqueza política; e e) interferência com políticas econômicas, em virtude da proteção judicial de direitos sociais.

[37] Nos Estados Unidos, a decisão em *Citizens United v. Federal Election Commission*, invalidando os limites à participação financeira das empresas em campanhas eleitorais, foi duramente criticada pelo Presidente Barak Obama. V. *New York Times*, 24 jan. 2010, p. A-20. No Brasil, diante da decisão da Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal descriminalizando o aborto até o terceiro mês de gestação, a Câmara dos Deputados constituiu comissão especial para apresentar proposta de emenda à Constituição revertendo a decisão. V. Fernanda Calgaro, "Maia cria comissão para rever decisão do STF sobre aborto", *G1*, 30 nov. 2016. Disponível em http://g1.globo.com/politica/noticia/2016/11/maia-cria-comissao-para-rever-decisao-do-stf-sobre-aborto.html. Acesso em 21 jan 2017.

Nos Estados Unidos, a judicialização de questões políticas vem de longe, talvez desde sempre. Na passagem frequentemente lembrada de Alexis de Tocqueville, "é rara uma questão política nos Estados Unidos que não se transforme, mais cedo ou mais tarde, em uma questão judicial"[38]. Os exemplos se multiplicam, e incluem temas como segregação racial, divisão de distritos eleitorais, separação de Poderes, direitos dos acusados em processos criminais, liberdade de expressão, financiamento de campanha, ações afirmativas, proteção dos direitos de mulheres, *gays* e transexuais, em meio a muitos outros. Algumas decisões dividiram a sociedade, como na questão do aborto. Outras enfrentaram o poder político e econômico das grandes corporações, como as limitações e indenizações impostas à indústria do tabaco. Em alguns casos, tribunais procuraram enfrentar a crônica ineficiência ou inapetência dos outros órgãos de governo para lidar com assuntos de pouco apelo político, como a reforma do sistema prisional. Em todos estes casos, o discurso jurídico sobrepôs-se à linguagem parlamentar, e os tribunais funcionaram como substitutos do processo político convencional[39].

A judicialização, portanto, constitui um *fato* inelutável, uma circunstância decorrente do desenho institucional adotado na maior parte dos países democráticos. Esse arranjo inclui o acesso à justiça, a definição constitucional de direitos fundamentais e a existência de Supremas Cortes ou Cortes Constitucionais com o papel de dar-lhes cumprimento. Desnecessário dizer que a judicialização é potencializada nos países de Constituições mais analíticas, sobretudo as que consagram direitos econômicos e sociais, como é o caso da África do Sul, da Colômbia e do Brasil, por exemplo.

[38] Alexis de Tocqueville, *Democracy in America*, 1990, v. 1, p. 280. Na continuação da frase, escreveu Tocqueville: "Assim, todas as partes são obrigadas a tomar emprestadas, nas suas disputas diárias, as ideias e mesmo a linguagem peculiar aos processos juidiciais". Destacando este fato – de que o fenômeno aqui relatado é mais profundo do que a mera judicialização, por envolver também a linguagem, o formalismo jurídico e a substituição da política ordinária por decisões judiciais –, alguns autores propõem o emprego do termo *juridicização* (*juridification*). V. Gordon Silverstein, *Law's Allure:* how law shapes, constrains, saves, and kills politics. N. York: Cambridge University Press, 2009, p. 3-5. Outros autores europeus, por ele citados, seguem na mesma trilha, como Jürgen Habermas, Law as Medium and Law as Institution. In GuntherTeubner (ed)*, Dilemmas of Law in the Welfare State*, 1986, 203–220.

[39] V. Gordon Silverstein, *Law's Allure:* how law shapes, constrains, saves, and kills politics. N. York: Cambridge University Press, 2009, p. 2.

DOI: 10.1590/2179-8966/2017/30806| ISSN: 2179-8966

2. O ativismo judicial

Judicialização e ativismo judicial não são a mesma pessoa. São primos. Vêm da mesma família, frequentam os mesmos lugares, mas têm origens e causas imediatas diversas. *Ativismo judicial* é uma expressão cunhada nos Estados Unidos[40] e que foi empregada, sobretudo, como rótulo para qualificar a atuação da Suprema Corte durante os anos em que foi presidida por Earl Warren, entre 1954 e 1969[41]. Ao longo desse período, ocorreu uma revolução profunda e silenciosa em relação a inúmeras práticas políticas, conduzida por uma jurisprudência progressista em matéria de direitos fundamentais[42]. Todas essas transformações foram efetivadas sem qualquer ato do Congresso ou decreto presidencial[43]. A partir daí, por força de uma intensa reação conservadora, a expressão ativismo judicial assumiu, nos Estados Unidos,

[40] A locução "ativismo judicial" foi utilizada, pela primeira vez, em artigo de um historiador sobre a Suprema Corte americana no período do *New Deal*, publicado em revista de circulação ampla. V. Arthur M. Schlesinger, Jr., The Supreme Court: 1947, *Fortune*, jan. 1947, p. 208, *apud* Keenan D. Kmiec, The origin and current meanings of 'judicial activism', *California Law Review 92:*1441, 2004, p. 1446. A descrição feita por Schlesinger da divisão existente na Suprema Corte, à época, é digna de transcrição, por sua atualidade no debate contemporâneo: "Esse conflito pode ser descrito de diferentes maneiras. O grupo de Black e de Douglas acredita que a Suprema Corte pode desempenhar um papel afirmativo na promoção do bem-estar social; o grupo de Frankfurter e Jackson defende uma postura de auto-contenção judicial. Um grupo está mais preocupado com a utilização do poder judicial em favor de sua própria concepção do bem social; o outro, com a expansão da esfera de atuação do Legislativo, mesmo que isso signifique a defesa de pontos de vista que eles pessoalmente condenam. Um grupo vê a Corte como instrumento para a obtenção de resultados socialmente desejáveis; o segundo, como um instrumento para permitir que os outros Poderes realizem a vontade popular, seja ela melhor ou pior. Em suma, Black-Douglas e seus seguidores parecem estar mais voltados para a solução de casos particulares de acordo com suas próprias concepções sociais; Frankfurter-Jackson e seus seguidores, com a preservação do Judiciário na sua posição relevante, mas limitada, dentro do sistema americano".

[41] Jim Newton, *Justice for all*: Earl Warren and the Nation he made. N. York: Riverhead Books, 2006; Morton J. Horwitz, *The Warren Court and the pursuit of justice*, 1998; Richard H. Sayler, Barry B. Boyer e Robert E. Gooding, Jr (eds.), *The Warren Court:* a critical analysis. 1968; Epstein Lee; Thomas G. Walker, *Constitutional law for achanging America: institutional powers and constraints,* 995; Peter Charles Hoffer, Williamjames Hull Hoffer e N.E.H. Hull, *The Supreme Court: an essential history*, 2007; Robert J. Cottrol, Raymond T. Diamond e Leland B. Ware, *Brown v. Board of Education:* caste, culture, and the Constitution, 2003; Kermit L. Hall (editor), *The Oxford companion to the Supreme Court of the United States*, 2005; Grier Stephenson Jr., The judicial bookshelf, *Journal of Supreme Court History 31:*306; Michael E. Parrish, Review essay: Earl Warren and the American judicial tradition. *Law & Social Inquiry*, volume 7, oct. 1982. Em língua portuguesa, v. Sergio Fernando Moro, A corte exemplar: considerações sobre a Corte de Warren, *Revista da Faculdade de Direito da UFPR 36:*337, 2001.

[42] Alguns exemplos representativos: considerou-se ilegítima a segregação racial nas escolas (*Brown v. Board of Education*, 1954); foram assegurados aos acusados em processo criminal o direito de defesa por advogado (*Gideon v. Wainwright*, 1963) e o direito à não-auto-incriminação (*Miranda v. Arizona*, 1966); e de privacidade, sendo vedado ao Poder Público a invasão do quarto de um casal para reprimir o uso de contraceptivos (*Griswold v. Connecticut*, 1965). Houve decisões marcantes, igualmente, no tocante à liberdade de imprensa (*New York Times v. Sullivan*, 1964) e a direitos políticos (*Baker v. Carr*, 1962). Em 1973, já sob a presidência de Warren Burger, a Suprema Corte reconheceu direitos de igualdade às mulheres (*Richardson v. Frontiero*, 1973), assim como em favor dos seus direitos reprodutivos, vedando a criminalização do aborto até o terceiro mês de gestação (*Roe v. Wade*).

[43] Jim Newton, *Justice for all*: Earl Warren and the Nation he made. N. York: Riverhead Books, 2006, p. 405.

uma conotação negativa, depreciativa, equiparada ao exercício impróprio do poder judicial[44]. Todavia, depurada dessa crítica ideológica – até porque pode ser progressista ou conservadora[45] – 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[46]. Em muitas situações, sequer há confronto, mas mera ocupação de espaços vazios. Ativismo não precisa ter uma conotação ideológica ou partidarizada. Para citar um exemplo bem visível, o Tribunal Constitucional Federal alemão é mais ativista do que a Suprema Corte americana, mas bem menos politizado[47]. Dificilmente uma decisão como *Bush v. Gore*[48] teria vindo de Karlsruhe.

A judicialização, como demonstrado acima, é um fato, uma circunstância do desenho institucional das democracias contemporâneas. Já o ativismo é uma *atitude*, a escolha de um modo específico e proativo de interpretar a Constituição, expandindo o seu sentido e alcance. Normalmente, ele se instala em situações de retração do Poder Legislativo, de um certo descolamento entre a classe política e a sociedade civil, impedindo que determinadas

[44] V. Randy E. Barnett, Constitututional clichês, *Capital University Law Review 36:*493, 2007, p. 495; e Frank B. Cross and Stephanie A. Lindquist, The scientific study of judicial activism. *Minnesota Law Review 91:*1752, 2007, p. 1754: "The term "activism" has become devoid of meaningful content as it often reflects nothing more than an ideological harangue. Nevertheless, the underlying concern – that activist judges may act improperly – is legitimate in light of our commitment to democratic values". Keenan D. Kmiec, The origin and current meanings of 'judicial activism', *California Law Review 92:*1441, 2004, p. 1463 e s. afirma que não se trata de um conceito monolítico e aponta cinco sentidos em que o termo tem sido empregado no debate americano, no geral com uma conotação negativa: a) declaração de inconstitucionalidade de atos de outros Poderes que não sejam claramente inconstitucionais; b) ignorar precedentes aplicáveis; c) legislação pelo Judiciário; d) distanciamento das metodologias de interpretação normalmente aplicadas e aceitas; e e) julgamentos em função dos resultados.

[45] Como assinalado no texto, a expressão ativismo judicial foi amplamente utilizada para estigmatizar a jurisprudência progressista da Corte Warren. É bem de ver, no entanto, que o ativismo judicial precedeu a criação do termo e, nas suas origens, era essencialmente conservador. De fato, foi na atuação proativa da Suprema Corte que os setores mais reacionários encontraram amparo para a segregação racial (*Dred Scott v. Sanford*, 1857) e para a invalidação das leis sociais em geral (Era *Lochner*, 1905-1937), culminando no confronto entre o Presidente Roosevelt e a Corte, com a mudança da orientação jurisprudencial contrária ao intervencionismo estatal (*West Coast v. Parrish*, 1937). A situação se inverteu no período que foi de meados da década de 50 a meados da década de 70 do século passado. Todavia, depois da guinada conservadora da Suprema Corte, notadamente no período da presidência de William Rehnquist (1986-2005), coube aos progressistas a crítica severa ao ativismo judicial que passou a desempenhar. V. Frank B. Cross e Stefanie A. Lindquistt, The scientific study of judicial activism, *Minnesota Law Review 91:*1752, 2006-2007, p. 1753 e 1757-8; Cass Sunstein, Tilting the scales rightward, *New York Times*, 26 abr. 2001 ("um notável período de ativismo judicial direitista") e Erwin Chemerinsky, Perspective on Justice: and federal law got narrower, narrower, *Los Angeles Times*, 18 mai. 2000 ("ativismo judicial agressivo e conservador").

[46] Em importante trabalho sobre o tema, assim concluiu Carlos Alexandre de Azevedo Campos, *Dimensões do ativismo judicial*. São Paulo: Gen, 2014, p. 358: "Com efeito, é possível defender um Supremo ativista na tarefa de expandir os significados da Constituição, em face do poder político, para avançar posições de liberdade e igualdade e, ao mesmo tempo, repudiar suas posturas de soberania judicial: a dimensão antidialógica é a única manifestação aprioristicamente ilegítima de ativismo judicial".

[47] V. Dieter Grimm, *Constitutionalism: past, presente, and future*. Oxford: Oxford University Press, 2016, p. 210.

[48] 531 U.S. 98 (2000).

demandas sociais sejam atendidas de maneira efetiva. Ou pela necessidade de certos avanços sociais que não se consigam fazer por via da política majoritária. O oposto do ativismo é a *auto-contenção judicial*, conduta pela qual o Judiciário procura reduzir sua interferência nas ações dos outros Poderes[49]. A principal diferença metodológica entre as duas posições está em que, em princípio, o ativismo judicial legitimamente exercido procura extrair o máximo das potencialidades do texto constitucional, inclusive e especialmente construindo regras específicas de conduta a partir de enunciados vagos (princípios, conceitos jurídicos indeterminados)[50]. Por sua vez, a autocontenção se caracteriza justamente por abrir mais espaço à atuação dos Poderes políticos, tendo por nota fundamental a forte deferência em relação às suas ações e omissões[51].

Em tese, portanto, o ativismo judicial pode traduzir ora um comportamento legítimo, ora um comportamento ilegítimo. Quando se trate de proteger grupos historicamente vulneráveis, como mulheres, negros ou homossexuais, a atuação expansiva do Judiciário para assegurar seus direitos fundamentais contra discriminações é percebida como algo positivo pela maioria dos juristas e pela sociedade[52]. Ainda assim, à vista do desgaste do termo ativismo, é boa hora para se encontrar um novo termo para identificar essa atuação judicial quando virtuosa e humanista. Por outro lado, quando o juiz ou tribunal, em lugar de aplicar o direito vigente, ignora-o ou contorna-o de maneira artificial, com o propósito de promover os seus próprios valores, crenças ou preferências políticas, não haveria dúvida de se estar diante

---

[49] Por essa linha, juízes e tribunais (i) evitam aplicar diretamente a Constituição a situações que não estejam no seu âmbito de incidência expressa, aguardando o pronunciamento do legislador ordinário; (ii) utilizam critérios rígidos e conservadores para a declaração de inconstitucionalidade de leis e atos normativos; e (iii) abstêm-se de interferir na definição das políticas públicas.

[50] Ronald Dworkin, *Freedom's law*: the moral reading of the American Constitution, 1996**,** p. 2: "The moral reading proposes that we all – judges, lawyers, citizens – interpret and apply these abstract clauses (of the U. S. Constitution) on the understanding that they invoke moral principles about political decency and justice. (...) The moral reading therefore brings political morality into the heart of constitutional law".

[51] Para uma influente defesa da atuação *minimalista* dos tribunais, v. Cass R. Sunstein, *One case at a time:* judicial minimalism on the Suprem Court, 1999. De acordo com essa visão, decisões judiciais devem ser "limitadas em vez de abrangentes" (*"narrow rather than wide"*) e "rasas em vez de profundas" (*"shallow rather than deep"*). Ao revisitar o tema em texto posterior, Sunstein atenuou o argumento de que o minimalismo seja invariavelmente o melhor curso de ação. Afirmou, assim, que em certos contextos é necessário "ir bem além do minimalismo" (*"go well beyond minimalism"*) e que "in the most glorious moments in democratic life" as decisões refletem "theoretical depth, and they are wide rather than narrow" E cita como exemplos julgados como o que declarou a inconstitucionalidade da segregação racial, o que afirmou que a liberdade de expressão tem raízes no ideal democrático de autogoverno e o que assentou que o princípio da igualdade impede que as diferenças entre os sexos sejam fonte de sistemática desvantagems sociais. V. Cass R. Sunstein, Beyond judicial minimalism. *Tulsa Law Review 43:*825, 2007-2008, p. 825 e 841.

[52] Dificilmente se encontram, nos dias de hoje, autores críticos da decisão em *Brown v. Board of Education*. E é crescente o suporte para decisões como *Obergefell v. Hodges*.

de um comportamento judicial impróprio. Faz parte do conhecimento estabelecido que não é papel do Judiciário criar o direito, mas aplicar o direito em vigor.

As coisas, todavia, são um pouco menos simples do que se poderia supor à primeira vista. É que, para se saber se o juiz está criando ou aplicando o direito, é preciso determinar (i) o que é o direito e (ii) qual é o direito. A discussão sobre *o que é o direito* exigiria longo desvio por um sinuoso caminho repleto de sutilezas filosóficas, que não se poderá percorrer aqui. Entre elas: direito é o texto da norma, a intenção original de quem a criou ou o propósito para o qual foi criada? Direito é a aplicação pura e simples da lei ou a busca da justiça do caso concreto? Ou, quem sabe, a aplicação do direito é uma complexa combinação de valores ou princípios fundamentais, como justiça, segurança jurídica, legitimidade, igualdade e prudência?[53] Porém, mesmo deixando de lado essas complexidades, e assumindo a existência de norma expressa ou precedente específico sobre o tema a ser decidido, ainda assim nem sempre será objetiva a verificação de *qual é o direito* aplicável. Em muitas situações, a ambiguidade ou vagueza da linguagem, a colisão de normas ou de valores a ela subjacentes, bem como os desacordos morais razoáveis inflacionam de subjetividade a operação de dizer qual é o direito[54]. Já vai ficando distante o tempo em que se podia aceitar, sem maior questionamento, a crença de Hans Kelsen de que o juiz constitucional funcionaria como um "legislador negativo"[55]. O juiz contemporâneo, não apenas nos países do common law, mas também na tradição de direito civil, é, com frequência, coparticipante do processo de criação do direito. Não se trata de uma opção filosófica ou metodológica, mas de uma imposição da realidade da vida.

---

[53] Para uma análise das diferentes concepções sobre o que é o direito, bem como dos respectivos modelos de atuação judicial – que divide em legalismo, idealismo e pluralismo –, v. Gonçalo de Almeida Ribeiro, Judicial activism and fidelity to law. In Luís Pereira Coutinho, Massimo La Torre e Steven Smith (eds), *Judicial activism:* an interdisciplinary approach to the American and European Experiences, 2015.

[54] Para citar exemplos recorrentes, basta indagar se é legítimo: realizar pesquisas com células-tronco embrionárias, deixar de realizar transfusão de sangue em adepto da religião Testemunha de Jeová que se encontre sob risco de morte ou proibir a prática de arremesso de anão em casas noturnas.

[55] Segundo Kelsen, legisladores desempenham um papel "criativo" e "positvo", elaborando livremente as leis, limitados apenas pelos procedimentos impostos pela Constituição. Já o poder de invalidar as leis possui uma conotação estritamente "negativa". Em suas palavras: "To annul a law is to assert a general [legislative] norm, because the annulment of a law has the same character as it elaboration – only with a negative sign attached.... A tribunal which has the power to annul a law is, as a result, an organ of legislative power". V. Hans Kelsen, La garantie juridicitionnelle de la Constitution. *Revue du Droit Public 45:*197, 1928, p. 221-41**.** Sobre a visão kelseniana da jurisdição constitucional, v. Alec Stone Sweet, Why Europe rejected American judicial review. *Michigan Law Review 101:*2744, 2003, p. 2765-69.

3. Críticas à expansão do Judiciário e sua justificação

As críticas à ascensão do Judiciário e à sua atuação mais expansiva vêm de diversas frentes. Registram-se aqui três delas. A primeira consiste em uma *crítica ideológica*: o Judiciário é uma instância tradicionalmente conservadora das distribuições de poder e riqueza na sociedade. Nessa perspectiva, a judicialização funcionaria como uma reação das elites tradicionais contra a democratização, um antídoto contra a participação popular e a política majoritária[56]. A segunda crítica diz respeito às *capacidades institucionais* dos tribunais – que podem não ser o melhor *locus* para a tomada de decisões envolvendo aspectos técnicos ou científicos de grande complexidade – e ao risco de *efeitos sistêmicos* imprevisíveis e indesejáveis decorrentes dessas decisões. Ambas as circunstâncias recomendam cautela e deferência[57]. Uma terceira crítica diz respeito ao fato de que a judicialização limita, de um lado, a participação no debate aos poucos que têm acesso ao mundo jurídico – com seus ritos formais e custos elevados – e, por outro lado, oferece o risco de politização indevida da justiça. Ou seja: pode produzir apatia nas forças sociais[58] ou levar paixões a um ambiente que deve ser presidido pela razão[59]. Todas as críticas merecem ser levadas em conta com seriedade.

---

[56] V. Ran Hirschl, *Towrds juristocracy:* the origins and consequences of the new constitutionalism, 2004. Após analisar as experiências de Canadá, Nova Zelândia, Israel e África do Sul, o autor conclui que o aumento do poder judicial por via da constitucionalização é, no geral, "um pacto estratégico entre três partes: as elites políticas hegemônicas (e crescentemente ameaçadas) que pretendem proteger suas preferências políticas contra as vicissitudes da política democrática; as elites econômicas que comungam da crença no livre mercado e da antipatia em relação ao governo; e cortes supremas que buscar fortalecer seu poder simbólico e sua posição institucional" (p. 214). Nos Estados Unidos, em linha análoga, uma corrente de pensamento referida como "constitucionalismo popular" também critica a ideia de supremacia judicial. V., dentre muitos, Mark Tushnet, *Taking the constitution away from the courts*, 1999, p. 177, onde escreveu: "Os liberais (progressistas) de hoje parecem ter um profundo medo do processo eleitoral. Cultivam um entusiasmo no controle judicial que não se justifica, diante das experiências recentes. Tudo porque têm medo do que o povo pode fazer"; e Larry Kramer, *The people themselves*: popular constitutionalism and judicial review, 2004.

[57] V. Cass Sunstein e Adrian Vermeulle, Interpretation and institutions, *Public Law and Legal Theory Working Paper No. 28*, 2002: "Ao chamarmos atenção para as capacidades institucionais e para os efeitos sistêmicos, estamos sugerindo a necessidade de um tipo de virada institucional no estudo das questões de interpretação jurídicas" (p. 2). Sobre o tema, v. tb. Adrian Vermeule, Foreword: system effects and the constitution, *Harvard Law Review 123:*4, 2009.

[58] Rodrigo Uprimny Yepes, Judicialization of politics in Colombia, *International Journal on Human Rights 6:*49, 2007, p. 63: "O uso de argumentos jurídicos para resolver problemas sociais complexos pode dar a impressão de que a solução para muitos problemas políticos não exige engajamento democrático, mas em vez disso juízes e agentes públicos providenciais". A esse propósito, v. tb. Gordon Silverstein, *Law's Allure:* how law shapes, constrains, saves, and kills politics, 2009, p. 269: "O Direito pode salvar a política ao romper as barreiras que são parte do sistema americano; o Direito pode matar a política quando a deferência à autoridade judicial, aos precedentes e a padrões desconstrutivos retiram o vento das velas políticas". (*"Law can save politics by breaking through the barriers that are*

A jurisdição constitucional pode não ser um componente indispensável do constitucionalismo democrático, mas tem servido bem à causa, de uma maneira geral[60]. Ela é um espaço de legitimação discursiva ou argumentativa das decisões políticas, que coexiste com a legitimação majoritária. Isso vale para democracias tradicionais e pode ser vital para países de democratização mais recente, onde o amadurecimento institucional ainda precisa enfrentar uma tradição de hegemonia do Executivo e uma persistente fragilidade do sistema representativo[61]. As constituições contemporâneas desempenham dois grandes papéis: (i) expressar as decisões políticas essenciais em que se funda uma dada sociedade, inclusive e sobretudo no que diz respeito aos direitos fundamentais; e (ii) disciplinar o processo democrático, propiciando o governo da maioria e a alternância no poder[62]. De longa data se tem reconhecido que aí está o grande papel das supremas cortes e cortes constitucionais: proteger e promover os direitos fundamentais, assegurar o governo da maioria e resguardar as regras do jogo democrático. Eventual atuação contramajoritária do Judiciário em defesa dos elementos essenciais da Constituição se dará a favor e não contra a democracia[63].

Nas demais situações – isto é, quando não estejam em jogo os direitos fundamentais ou os procedimentos democráticos –, juízes e tribunais devem acatar as escolhas legítimas feitas pelo legislador, assim como ser deferentes com o exercício razoável de

---

a part of the American system; law can kill politics when deference to judicial authority, precedent cycles, and deconstructive patterns take the wind out of the political sails...").

[59] V. Luís Roberto Barroso, Constituição, democracia e supremacia judicial: direito e política no Brasil contemporâneo. *Revista Jurídica da Presidência 96:*5, 2010.

[60] V. Dieter Grimm, *Constitutionalism:* past, present, and future, 2016, p. 215: "[T]here is neither a fundamental contradiction nor a necessary connection between constitutional adjudication and democracy. Judicial review has a number of democratic advantages, but it also creates some democratic risks".

[61] Um dos principais críticos da *judicial review*, isto é, à possibilidade de cortes de justiça declararem a inconstitucionalidade de atos normativos, Jeremy Waldron, no entanto, reconhece que ela pode ser necessária para enfrentar patologias específicas, em um ambiente em que certas características políticas e institucionais das democracias liberais não estejam totalmente presentes. V. Jeremy Waldron, The core case against judicial review, *The Yale Law Journal 115:*1346, p. 1359 e s.

[62] Luís Roberto Barroso, *Curso de direito constitucional contemporâneo*, 2009, p. 89-90.

[63] Esta visão corresponde ao conhecimento convencional e tem prevalecido de longa data. Tom Ginsburg e Mila Versteeg, em trabalho baseado em alentada pesquisa empírica, afirmam não haver encontrado evidências suficientes que comprovem esta tese, que incluiu na categoria de "teorias idealizadas" (*"ideational theories"*). Segundo eles, a adoção da jurisdição constitucional (*constitutional review*) é motivada pela política eleitoral doméstica e funciona como uma forma de "seguro político" (*"political insurance"*). Isso significa, em essência, que os constituintes (*constitution-makers*) confiam ao Judiciário a proteção de determinados valores substantivos que desejam ver preservados, quando já não mais estiverem no poder. V. Tom Ginsburg e Mila Versteeg, Why do countries adopt constitutional review? *The Journal of Law, Economics & Organization 30:*587, 2013, p. 588 e 616. Seria possível argumentar que esses valores substantivos são precisamente os direitos fundamentais e as regras do jogo democrático. Mas não se vai abrir esta discussão aqui.

discricionariedade pelo administrador, abstendo-se de sobrepor-lhes sua própria valoração política[64]. Isso deve ser feito não só por razões ligadas à legitimidade democrática, como também em atenção às capacidades institucionais dos órgãos judiciários e sua impossibilidade de prever e administrar os efeitos sistêmicos das decisões proferidas em casos individuais. Não se deve cultivar o equívoco de supor que a judicialização possa substituir a política. Em uma democracia, política é gênero de primeira necessidade e seu *locus*, por excelência, é o Legislativo. É fato que certas práticas de retardamento, obstrução e barganha que têm lugar no processo político majoritário podem muitas vezes trazer frustração e desalento. Daí a tentação de substituí-lo pela promessa de que nos tribunais tudo será mais rápido, linear e transparente[65]. Mas a vida real não é simples assim. Primeiro, porque juízes não são imunes a erros[66]. E, ademais, se tribunais se enredassem no varejo da política, em breve incorporariam algumas das mesmas vicissitudes que pretendem superar[67].

Além de tudo isso, o fato de a última palavra acerca da interpretação da Constituição ser formalmente do Judiciário não o transforma no único – nem no principal – foro de debate e de reconhecimento da vontade constitucional a cada tempo. A jurisdição constitucional não deve suprimir nem oprimir a voz das ruas, o movimento social, os canais de expressão da sociedade. Ao contrário, deve funcionar como uma etapa de uma interlocução mais ampla com o legislador e com a esfera pública[68]. Nunca é demais lembrar que o poder emana do *povo*, não

---

[64] Na jurisprudência norte-americana, o caso *Chevron* é o grande precedente da teoria da *deferência administrativa* em relação à *interpretação razoável* dada pela Administração. De fato, em *Chevron USA Inc. vs. National Resources Defense Council Inc.* (467 U.S. 837 (1984) ficou estabelecido que, havendo ambiguidade ou delegação legislativa para a agência, o Judiciário somente deve intervir se a Administração (no caso, uma agência reguladora) tiver atuado *contra legem* ou de maneira irrazoável.

[65] V. Gordon Silverstein, *Law's Allure:* how law shapes, constrains, saves, and kills politics, 2009, p. 266: "Trabalhar no âmbito do sistema político pode ser lento e frustrante – e, por vezes, inútil. (...) Parte do fascínio do Direito (da judicialização) é precisamente a aparente promessa de ações decisivas relativamente rápidas e baratas, em lugar das barganhas, trocas, negociações e persuasão que podem, ao final, ser bloqueadas ou desviadas por todo o tipo de obstáculo político e institucional". (*"To work within the political system is slow and often frustrating – and sometimes futile. (...) Part of law's allure is precisely the apparent promise of relatively quick, relatively cheap, and relatively decisive action in place of the bargaining, tradeoffs, negotiations, and persuasion that might, in the end, be blocked or sidetracked by all sorts of political and institutional roadblocks"*).

[66] No Brasil, o Supremo Tribunal Federal, ao considerar inconstitucional a lei que estabelecia a cláusula de barreira para partidos políticos, contribuiu para a criação de um modelo de multipartidarismo disfuncional e fomentador da corrupção.

[67] A esse propósito, também na Suprema Corte do Brasil, em mais de uma ocasião, juízes foram acusados de utilizar o pedido de suspensão do julgamento para melhor exame (pedido de vista) com a finalidade de impedir a conclusão de processo de cujo resultado discordavam.

[68] V. Conrado Hubner Mendes, *Constitutional courts and deliberative democracy*, 2013, p. 3. O autor faz uma vigorosa defesa das cortes constitucionais como instâncias deliberativas, e conclui: "In that sense, there would be no ultimate authority on constitutional meaning but a permanent interactive enteprise".

dos juízes. O constitucionalismo democrático reconhece a legitimidade dos diferentes atores que se articulam pelo cumprimento da Constituição, sejam os representantes eleitos, a cidadania mobilizada ou os tribunais[69]. Cada um com sua lógica e mecanismos de ação. Trata-se de um jogo dialético e repleto de nuances, no qual ninguém é o dono da bola. A esse propósito, não parece sustentável – ou, pelo menos, não será universalizável – a crítica de que os tribunais sejam necessariamente porta-vozes das elites. Em muitos casos, têm eles avançado direitos fundamentais de negros, mulheres[70], *gays* e desfavorecidos[71], inclusive direitos econômicos e sociais[72], sendo que, em alguns países, por motivos diversos, o Judiciário é mais progressista do que o Legislativo[73].

III. Direito e Política: A tênue fronteira

1. A concepção tradicional

A separação entre Direito e política tem sido considerada como essencial no Estado constitucional democrático. Na política, vigoram a soberania popular e o princípio majoritário. O domínio da vontade. No Direito, vigora o primado da lei (*the rule of law*) e do respeito aos

[69] V. Robert Post e Reva Siegel, Roe rage: democratic constitutionalism and backlash. *Harvard Civil Rights and Civil Liberties Law Review 42:*373, 2007. *Faculty Scholarship Series*. 169. Acessível em: http://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/169, p. 379: "Democratic constitutionalism affirms the role of representative government and mobilized citizens in enforcing the Constitution at the same time as it affirms the role of courts in using professional reason to interpret the Constitution".

[70] V. Linda C. McClain e James E. Fleming, *Constitutionalism, judicial review, and progressive change. Texas Law Review 84:*433, 2005. Em resenha ao livro de Ran Hirschl, *Towards juristocracy*: the origins and consequences of the new constitutionalism, 2004, os autores argumentam que se a definição de "mudanças progressistas" ("*progressive change*") fosse feita de modo mais abrangente, para incluir avanços nas relações de gênero e de família, a conclusão seria outra.

[71] V. Luís Roberto Barroso e Aline Osorio, "Sabe con quien está hablando?": algunos apuntes sobre el principio de la igualdad en el Brasil contemporáneo. SELA 2015, *La desigualdad:* Seminario en Latinoamérica de Teoría Constitucional y Política, 2015, p. 11-27.

[72] Para uma reflexão profunda e original acerca da concretização dos direitos sociais, v. Katherine G. Young, *Constituting economic and social rights*, 2012. Para uma breve descrição de algumas experiências na África do Sul, v. Albie Sachs, *The strange alchemy of life and law*, 2011, p. 161-201.

[73] V. Luís Roberto Barroso, Reason without vote: the representative and majoritarian function of constitutional courts. In Thomas Bustamante e Bernardo Gonçalves Fernandes (eds.), *Democratizing constitutional law*, 2016, p. 71: "For many reasons, it is not unusual or surprising that the Judiciary, in certain contexts, is the best interpreter of the majority sentiment". V. tb., Luís Roberto Barroso, A ascensão política das supremas cortes e do Judiciário. *Consultor Jurídico*, 6 de jun. 2012: "[É] possível sustentar que, na atualidade brasielira, o STF está à esquerda do Congresso Nacional". Disponível em http://www.conjur.com.br/2012-jun-06/luis-roberto-barroso-ascensao-politica-supremas-cortes-judiciario. Acesso em 21 jan. 2017.

direitos fundamentais. O domínio da razão. A crença mitológica nessa distinção tem resistido ao tempo e às evidências. Ainda hoje, já avançado o século XXI, mantém-se a divisão tradicional entre o espaço da política e o espaço do Direito[74]. No plano de sua *criação*, não há como o Direito ser separado da política, na medida em que é produto do processo constituinte ou do processo legislativo, isto é, da vontade das maiorias. O Direito é, na verdade, um dos principais produtos da política, o troféu pelo qual muitas batalhas são disputadas[75]. Em um Estado de direito, a Constituição e as leis, a um só tempo, legitimam e limitam o poder político.

Já no plano da *aplicação* do Direito, sua separação da política é tida como possível e desejável. Tal pretensão se realiza, sobretudo, por mecanismos destinados a evitar a ingerência do poder político sobre a atuação judicial. Para blindar a atuação judicial da influência imprópria da política, a cultura jurídica tradicional sempre se utilizou de dois grandes instrumentos: a independência do Judiciário em relação aos órgãos propriamente políticos de governo; e a vinculação ao Direito, pela qual juízes e tribunais têm sua atuação determinada pela Constituição, pelas leis e pelas categorias convencionais próprias da teoria e da técnica jurídicas. Essa separação entre Direito e política é potencializada por uma visão tradicional e formalista do fenômeno jurídico. Nela se cultivam crenças como a da neutralidade científica, da completude do Direito e a da interpretação judicial como um processo puramente mecânico de concretização das normas jurídicas, em valorações estritamente técnicas[76]. Tal perspectiva esteve sob fogo cerrado ao longo de boa parte do século passado, tendo sido criticada por tratar questões políticas como se fossem linguísticas, e por ocultar escolhas entre diferentes possibilidades interpretativas por trás do discurso da única solução possível[77]. Mais recentemente, autores diversos têm procurado resgatar o formalismo jurídico, em uma versão

[74] V. Larry Kramer, *The people themselves*: popular constitutionalism and judicial review, 2004, p. 7.
[75] V. Keith E. Whittington, R. Daniel Kelemen e Gregory A. Caldeira (eds.), *The Oxford handbook of law and politics*, 2008, p. 3.
[76] O termo *formalismo* é empregado aqui para identificar posições que exerceram grande influência em todo o mundo, como a da Escola da Exegese, na França, a Jurisprudência dos Conceitos, na Alemanha, e o Formalismo Jurídico, nos Estados Unidos, cuja marca essencial era a da concepção mecanicista do direito, com ênfase na lógica formal e grande desconfiança em relação à interpretação judicial.
[77] Para Brian Z. Tamahana, *Beyond the formalist-realist divide*: the role of politics in judging, 2010, a existência do formalismo jurídico, com as características que lhe são atribuídas, não corresponde à realidade histórica. Segundo ele, ao menos nos Estados Unidos, essa foi uma invenção de alguns realistas jurídicos, que se apresentaram para combater uma concepção que jamais exisitiu, ao menos não com tais características: autonomia e completude do direito, soluções únicas e interpretação mecânica. A tese refoge ao conhecimento convencional e suscita polêmica.

requalificada, cuja ênfase é a valorização das regras e a contenção da discricionariedade judicial[78].

Não está em questão que as escolhas políticas devem ser feitas, como regra geral, pelos órgãos eleitos, isto é, pelo Congresso e pelo Presidente. Os tribunais desempenham um papel importante na vida democrática, mas não o papel principal. Órgãos judiciais, ensina o conhecimento convencional, não exercem vontade própria, mas concretizam a vontade política majoritária manifestada pelo constituinte e pelo legislador, ou materializada em costumes e precedentes. A atividade de interpretar e aplicar normas jurídicas é regida por um conjunto de princípios, regras, convenções, conceitos e práticas que dão especificidade ao mundo do Direito e à teoria jurídica. Este, portanto, o discurso padrão: juízes são independentes da política e limitam-se a aplicar o direito vigente, de acordo com critérios aceitos pela comunidade jurídica. Direito é, certamente, diferente da política. Mas não é possível ignorar que a linha divisória entre ambos, que existe inquestionavelmente, nem sempre é nítida, e certamente não é fixa.

2. O modelo real

Não há dúvida de que, pelo mundo afora, Cortes Constitucionais e Supremas Cortes terminam por interferir relevantemente no domínio da política e da formulação de políticas públics. De fato, tanto em democracias mais recentes (*e.g.* África do Sul e Brasil), como em democracias estabelecidas de longa data (*e.g.* Canadá e Nova Zelândia), elas têm sido chamadas para resolver questões divisivas como: (i) disputas entre políticos no poder e seus adversários; (ii) conflitos entre defensores de valores seculares e valores religiosos; (iii) conflitos entre centros de poder concorrentes dentro de governos nacionais ou entre governos centrais e governos subnacionais culturalmente ou politicamente divergentes; (iv) conflitos que

[78] V. Frederick Schauer, Formalism: legal, constitutional, judicial. In: Keith E. Whittington, R. Daniel Kelemen e Gregory A. Caldeira (eds.), *The Oxford handbook of law and politics*, 2008, p. 428-36; e Noel Struchiner, Posturas interpretativas e modelagem institucional: a dignidade (contingente) do formalismo jurídico. In: Daniel Sarmento (coord.), *Filosofia e teoria constitucional contemporânea*, 2009, p. 463-82. Sobre as ambiguidades do termo *formalismo*, v. Martin Stone, verbete "formalismo". In: Jules Coleman e Scott Shapiro (Eds), *The Oxford handbook of jurisprudence and philosophy of law*, 2002, p. 166-205.

decorrem da indignação popular em relação à corrupção; e (v) conflitos que refletem o fracasso do governo em reconhecer ou implementar direitos constitucionalmente prometidos.[79]

No mundo real, portanto, a despeito da vigorosa pretensão de autonomia que o Direito deve ter em relação à política, as superposições terminam sendo inevitáveis[80]. Por vezes, em razão das implicações imediatas da decisão. Se um tribunal declara inconstitucional a resolução de uma agência reguladora, a cobrança de um tributo ou a lei que regula o financiamento de campanha, há vencedores e perdedores na arena política. Outras vezes, a subjetividade do intérprete terá papel decisivo, como na atribuição de sentido a termos vagos ou ambíguos (punição inusual ou cruel, dignidade humana), na ponderação de normas aparentemente conflitantes (liberdade de expressão *versus* direito de privacidade, proteção da propriedade intelectual *versus* interesse dos consumidores) ou na solução de questões que envolvam desacordos morais razoáveis (suicídio assistido, pesquisas com células-tronco embrionárias). E, muito embora o juiz não deva projetar os seus próprios valores pessoais ao decidir, há uma dimensão mínima em que isso é inevitável: a da sua valoração do que seja correto, justo e legítimo.

Ainda há uma outra razão que retira, em medida significativa, a objetividade plena do Direito, sua capacidade de fornecer soluções *a priori* para os problemas da vida. A sociedade contemporânea tem a marca da complexidade. Fenômenos positivos e negativos se entrelaçam, produzindo uma globalização a um tempo do bem e do mal. De um lado, há a rede mundial de computadores, o aumento do comércio internacional e o maior acesso aos meios de transporte intercontinentais, potencializando as relações entre pessoas, empresas e países. De outro, mazelas como o tráfico de drogas e de armas, o terrorismo e a multiplicação de conflitos internos e regionais, consumindo vidas, sonhos e projetos de um mundo melhor. Uma era desencantada, em que a civilização do desperdício, do imediatismo e da superficialidade convive com outra, feita de bolsões de pobreza, fome e violência. Paradoxalmente, houve avanço da democracia e dos direitos humanos em muitas partes do globo, com redução da mortalidade infantil e aumento significativo da expectativa de vida.

---

[79] V. Diana Kapiszewski, Gordon Silverstein, Robert A. Kagan. *Consequential courts*: Judicial roles in global perspective. Cambridge: Cambridge University Press, 2013.

[80] O termo "política" está sendo utilizado em uma acepção ampla, que transcende uma conotação partidária ou de luta pelo poder. Tal como aqui empregado, refere-se a qualquer influência extrajurídica capaz de afetar o resultado de um julgamento.

No plano doméstico, os países procuram administrar, da forma possível, a diversidade entre pessoas, marcada pela multiplicidade cultural, étnica, religiosa e ideológica. Buscam-se arranjos institucionais e regimes jurídicos que permitam a convivência harmoniosa entre diferentes, fomentando a tolerância e regras que propiciem que cada um viva, de maneira não excludente, as suas próprias convicções. Ainda assim, não são poucas as questões suscetíveis de gerar conflitos entre visões de mundo antagônicas. No plano internacional, elas vão de mutilações sexuais à imposição de religiões oficiais e conversões forçadas. No plano doméstico, em numerosos países, as controvérsias incluem o casamento de pessoas do mesmo sexo, a interrupção da gestação e o ensino religioso em escolas públicas. Quase tudo transmitido ao vivo, em tempo real. A vida transformada em *reality show*. Sem surpresa, as relações institucionais, sociais e interpessoais enredam-se nos desvãos dessa sociedade complexa e plural, sem certezas plenas, verdades seguras ou consensos apaziguadores. E, num mundo em que tudo se judicializa mais cedo ou mais tarde, tribunais e cortes constitucionais defrontam-se com situações para as quais não há respostas fáceis ou eticamente simples. Alguns exemplos:

> a) pode um casal surdo-mudo utilizar a engenharia genética para gerar um filho surdo-mudo e, assim, habitar o mesmo universo existencial que os pais?
> b) uma pessoa que se encontrava no primeiro lugar da fila, submeteu-se a um transplante de fígado. Quando surgiu um novo fígado, destinado ao paciente seguinte, o paciente que se submetera ao transplante anterior sofreu uma rejeição e reivindicava o novo fígado. Quem deveria recebê-lo?
> c) pode um adepto da religião Testemunha de Jeová recusar terminantemente uma transfusão de sangue, mesmo que indispensável para salvar-lhe a vida, por ser tal procedimento contrário à sua convicção religiosa?
> d) pode uma mulher pretender engravidar do marido que já morreu, mas deixou o seu sêmen em um banco de esperma?
> e) pode uma pessoa, nascida fisiologicamente homem, mas considerando-se uma transsexual feminina, celebrar um casamento entre pessoas do mesmo sexo com outra mulher?

Nenhuma dessas questões é teórica. Todas elas correspondem a casos concretos levados aos tribunais. A característica comum a elas é a ausência de uma solução inequívoca

DOI: 10.1590/2179-8966/2017/30806| ISSN: 2179-8966

que pudesse ser colhida na legislação ou nos precedentes. As dificuldades decorrem de fatores diversos, já mencionados anteriormente, que incluem (i) a ambiguidade ou vagueza da linguagem, (ii) os conflitos entre normas ou entre os valores nela abrigados, assim como (iii) desacordos morais razoáveis. Em muitas situações, pessoas esclarecidas e bem intencionadas veem o mundo de perspectivas totalmente diversas. Surgem, então, os *casos difíceis*, como tal entendidos aqueles que não têm uma solução pré-pronta no ordenamento jurídico, à disposição do intérprete[81]. A solução, portanto, precisa ser construída lógica e argumentativamente pelo juiz, que se torna, assim, coparticipante do processo de criação do Direito. Tal papel pode parecer natural e óbvio para um jurista anglo-saxão, mas tem uma dose de extravagância para um europeu continental. A legitimação da decisão, assim, à falta de um precedente ou de uma norma, se transfere para a argumentação jurídica, para a capacidade do intérprete de demonstrar a racionalidade, a justiça e a adequação constitucional da solução que construiu[82]. Surge aqui o conceito interessante de *auditório*[83]. A legitimidade da decisão vai depender da capacidade do intérprete convencer o auditório a que se dirige de que aquela é a solução correta e justa[84]. O tema apresenta grande fascínio, mas não será possível fazer o desvio aqui.

3. Fatores que influenciam as decisões judiciais

Na concepção tradicional, há uma visão frequentemente idealizada de que o Direito é imune às influências políticas, por força de diferentes institutos e mecanismos. Basicamente, eles consistiriam, como já observado, na independência do Poder Judiciário – autonomia

---

[81] Casos difíceis não têm uma solução claramente definida pela lei ou por precedentes. Sobre o tema, v. H. L. A. Hart, *The concept of the law*, 1988 (a 1ª edição é de 1961); e Ronald Dworkin, Hard cases. *Harvard Law Review 88:*1057 (1975); e Aharon Barak, "A Judge on Judging: e Role of a Supreme Court in a Democracy" (2002). Faculty Scholarship Series. Paper 3692. http://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/3692.

[82] Sobre o tema, v. Robert Alexy, *A theory of legal argumentation*, 2010; Neil MacCormick, *Legal reasoning and legal theory*, 2003; e Manuel Atienza, *Curso de argumentación jurídica*, 2012.

[83] V. Chaim Perelman e Lucie Olbrechts-Tyteca, *Tratado da argumentação:* a nova retórica, 1996, p. 22: "É por essa razão que, em matéria de retórica, parece preferível definir o auditório como *o conjunto daqueles que o orador quer influenciar com sua argumentação*. Cada orador pensa, de uma forma mais ou menos consciente, naqueles que procuram persuadir e que constituem o auditório ao qual se dirigem seus discursos".

[84] Tribunais, em geral, e cortes constitucionais, em particular, precisam ser capazes de convencer os demais atores políticos, nos outros Poderes e na sociedade, do acerto de seus pronunciamentos. V. Mark C. Miller, *The view of the courts from the hill:* interactions between Congress and the Federal Judiciary, 2009, p. 7.

administrativa, financeira e garantias aos juízes, como a vitaliciedade – e na vinculação dos juízes ao sistema jurídico. Julgar é diferente de legislar e de administrar e os tribunais não podem fugir de doutrinas, conceitos e princípios manejados pela comunidade jurídica em geral. Há uma visão bem oposta a esta, que se poderia denominar de uma concepção cética, que descrê da autonomia do Direito, professada por movimentos teóricos de expressão, como o realismo jurídico, a teoria crítica e boa parte das ciências sociais contemporâneas. Decisões judiciais refletem as preferências pessoais dos juízes, proclama o realismo jurídico; são essencialmente políticas, verbera a teoria crítica; são influenciadas por inúmeros fatores extrajurídicos, registram os cientistas sociais. Nessa linha, proclamam essas correntes, o juiz produzirá, em última análise, a solução que melhor atenda às suas preferências pessoais, à sua ideologia ou a fatores externos. Ele sempre agirá assim, tenha ou não consciência disso.

O modelo real, como não é difícil de intuir, não estará em nenhum dos dois extremos. O Direito pode e deve ter uma vigorosa pretensão de autonomia em relação à política. Isso é essencial para a subsistência do conceito de Estado de direito e para a confiança da sociedade nas instituições judiciais. A realidade, contudo, revela que essa autonomia será sempre relativa. Existem razões institucionais, funcionais e humanas para que seja assim. Decisões judiciais, com frequência, refletirão fatores extrajurídicos. Por longo tempo, a teoria do Direito procurou negar esse fato, a despeito das muitas evidências. Pois bem: a energia despendida na construção de um muro de separação entre o Direito e a política deve voltar-se agora para outra empreitada[85]. Cuida-se de entender melhor os mecanismos dessa relação intensa e inevitável, com o propósito relevante de preservar, no que é essencial, a especificidade e, sobretudo, a integridade do Direito.

Sobre os diferentes fatores aptos a influenciar uma decisão judicial, sobretudo da Suprema Corte, há uma vasta literatura produzida sobretudo nos Estados Unidos[86]. É possível

[85] V. Barry Friedman, The politics of judicial review, *Texas Law Review 84:*257, 2005, p. 267 e p. 269, onde averbou: "Se, como os juristas vêm crescentemente reconhecendo, direito e política não podem ser mantidos separados, ainda precisamos de uma teoria que possa integrá-los, sem abrir mão dos compromissos com o Estado de direito que esta sociedade tanto preza".

[86] V. Jeffrey A. Segal e Harold J. Spaeth, *The Supreme Court and the attitudinal model revisited*, 2002; Lee Epstein e Jack Knight, *The choices justices make*, 1998; Richard Posner, How judges think?,, 2008, p. 19-56, identifica "nove teorias de comportamento judicial": ideological, estratégica, organizacional, econômica, psicológica, sociológica, pragmática, fenomenológica e legalista . V. tb. Cass Sunstein, David Schkade, Lisa M. Ellman e Andres Sawicki, *Are judges political? An empirical analysis of the Federal Judiciary*, 2006. No Brasil, merece destaque o trabalhos de Patricia Perrone Campos Mello, *Nos bastidores do STF*, 2016, cuja terminologia – legalista, ideológico e institucional – é aqui utilizada.

agrupar os múltiplos elementos apontados por diferentes autores em três grandes categorias ou modelos. O primeiro deles é o *modelo legalista*, que identifica a influência decisiva dos materiais jurídicos nos pronunciamentos dos tribunais. Portanto, a Constituição, as leis, os precedentes, as doutrinas aplicáveis, os princípios próprios e os conceitos fundamentais naturalmente têm um papel de destaque que não pode ser minimizado. Em segundo lugar, os autores identificam o denominado *modelo ideológico*. Juízes são inevitavelmente influenciados por sua visão de mundo, suas convicções pessoais, seu ponto de observação da vida. Por evidente, um juiz não pode ser partidarizado ou ter interesse nos processos que julga. Mas como toda e qualquer pessoa, ele terá uma concepção do bem, do justo, e ela estará presente, consciente ou inconscientemente, nas suas decisões. Por fim, há o que pode denominar de *modelo institucional*, que reúne fatores externos ao processo, ao Direito e à própria subjetividade do juiz. Entre eles estão as relações entre Poderes, as influências da sociedade, da mídia e da opinião pública, a viabilidade de cumprimento da decisão, entre outros. Não deve ficar de fora, a propósito, um fator igualmente capaz de interferir com a formulação de decisões que é a relação entre julgadores nos órgãos colegiados[87].

Não será difícil intuir que nenhum dos três modelos prevalece em sua pureza: a vida real é feita da combinação dos três. Sem embargo das influências ideológicas, institucionais e mesmo estratégicas, o Direito conservará sempre um grau relevante de autonomia[88]. O aprofundamento na compreensão desses fatores e modelos constitui uma fronteira fascinante na interseção entre o direito constitucional, a ciência política e as ciências comportamentais. Deixa-se aqui o registro importante, mas não será possível fazer o desvio para explorar este domínio.

---

[87] Sobre o tema, v. José Carlos Barbosa. Notas sobre alguns fatores extrajurídicos no julgamento colegiado. Caderno de doutrina e jurisprudência da Escola da Magistratura da 15ª Região, *1:*79 (2005). Disponível em http://bdjur.stj.jus.br/dspace/handle/2011/22668. Acesso em 2 abr 2017.

[88] Este é, também, o ponto de vista de Michael Dorf, em *No litmus test:* Law versus politics in the twentieth century, 2006, xix. O autor defende uma posição intermediária entre os extremos representados pelo realismo e pelo formalismo. Em suas palavras: "Os realistas prestam um serviço importante ao corrigirem a visão exageradamente mecânica que os formalistas têm do direito. Mas vão longe demais ao sugerirem que não há nada de especificamente *jurídico* na metodologia de decisão empregada pelos tribunais e outros atores jurídicos".

IV. Os papeis desempenhados pelas supremas cortes e tribunais constitucionais

A missão institucional das supremas cortes e tribunais constitucionais é fazer valer a Constituição diante de ameaças oferecidas pelos outros Poderes ou mesmo por particulares. Na rotina da vida, a situação mais corriqueira se dá quando determinada lei, isto é, um ato do Poder Legislativo, é questionado em face do texto constitucional. Na grande maioria dos casos, ao exercer o controle de constitucionalidade, as cortes constitucionais mantêm a legislação impugnada, julgando improcedente o pedido. Isto se deve à primazia que a Constituição deu ao Legislativo para a tomada de decisões políticas e à deferência que os tribunais devem aos atos dos outros ramos do governo, em nome do princípio da separação de Poderes. Como consequência, uma quantidade relativamente pequena de leis é declarada inconstitucional.

É oportuna aqui a observação de que nos Estados Unidos a *judicial review* é um conceito que, como regra geral, se restringe à possibilidade de uma corte de justiça, e particularmente a Suprema Corte, declarar uma lei inconstitucional. Em outros países, sobretudo os de Constituições mais analíticas, como Alemanha, Itália, Espanha, Portugal e Brasil, a *jurisdição constitucional*, termo mais comumente utilizado, abriga um conceito mais abrangente, que inclui outros comportamentos dos tribunais, diferentes da pura invalidação de atos legislativos. Estas outras atuações alternativas dos tribunais podem incluir: (i) a aplicação direta da Constituição a determinadas situações, com atribuição de sentido a determinada cláusula constitucional;[89] (ii) a interpretação conforme a Constituição, técnica que importa na exclusão de determinado sentido possível de uma norma, porque incompatível com a Constituição, e na afirmação de uma interpretação alternativa, esta sim em harmonia com o texto constitucional;[90] e (iii) a criação temporária de normas para sanar hipóteses conhecidas como de *inconstitucionalidade por omissão*, que ocorrem quando determinada norma constitucional depende de regulamentação por lei, mas o Legislativo se queda inerte, deixando de editá-la.[91]

[89] Por exemplo: a liberdade de expressão protege a divulgação de fatos verdadeiros, não podendo ser afastada pela invocação do chamado direito ao esquecimento.

[90] Por exemplo: é legítima a reserva de vaga de um percentual de cargos públicos para negros, desde que sejam aprovados em concurso público, preenchendo os requisitos mínimos estabelecidos.

[91] Por exemplo: até que o Congresso aprove lei disciplinando a greve de servidores públicos, como prevê a Constituição, será ela regida pela lei que disciplina a greve no setor privado.

São três os papeis desempenhados pelas supremas cortes e tribunais constitucionais quando acolhem o pedido e interferem com atos praticados pelo Poder Legislativo. O primeiro deles é o papel *contramajoritário*, que constitui um dos temas mais estudados pela teoria constitucional dos diferentes países. Em segundo lugar, cortes constitucionais desempenham, por vezes, um papel *representativo*, atuação que é largamente ignorada pela doutrina em geral, que não parece ter se dado conta da sua existência. Por fim, e em terceiro lugar, supremas cortes e tribunais constitucionais podem exercer, em certos contextos limitados e específicos, um papel *iluminista*. Nos Estados Unidos, como a jurisdição constitucional é sempre vista em termos de *judicial review* (controle de constitucionalidade das leis), o acolhimento do pedido envolverá, como regra, a invalidação da norma e, consequentemente, de acordo com a terminologia usual, uma atuação contramajoritária. Como se verá um pouco mais à frente, este papel contramajoritário poderá – ou não – vir cumulado com uma dimensão representativa ou iluminista.

1. O papel contramajoritário

Supremas cortes e tribunais constitucionais, na maior parte dos países democráticos, detêm o poder de controlar a constitucionalidade dos atos do Poder Legislativo (e do Executivo também), podendo invalidar normas aprovadas pelo Congresso ou Parlamento. Esta possibilidade, que já havia sido aventada nos *Federalist Papers* por Alexander Hamilton,[92] teve como primeiro marco jurisprudencial a decisão da Suprema Corte americana em Marbury v. Madison, julgado em 1803.[93] Isso significa que os juízes das cortes superiores, que jamais receberam um voto popular, podem sobrepor a sua interpretação da Constituição à que foi feita por agentes políticos investidos de mandato representativo e legitimidade democrática. A

[92] V. Federalist nº 78: "A constitution is, in fact, and must be regarded by the judges as, a fundamental law. It, therefore, belongs to them to ascertain its meaning, as well as the meaning of any particular act proceeding from the legislative body. If there should happen to be an irreconcilable variance between the two, that which has the superior obligation and validity ought, of course, to be preferred; or, in other words, the Constitution ought to be preferred to the statute, the intention of the people to the intention of their agents".
[93] 5 U.S. 137 (1803).

essa circunstância, que gera uma aparente incongruência no âmbito de um Estado democrático, a teoria constitucional deu o apelido de "dificuldade contramajoritária"[94].

A despeito de resistências teóricas pontuais[95], esse papel contramajoritário do controle judicial de constitucionalidade tornou-se quase universalmente aceito. A legitimidade democrática da jurisdição constitucional tem sido assentada com base em dois fundamentos principais: a) a proteção dos direitos fundamentais, que correspondem ao mínimo ético e à reserva de justiça de uma comunidade política[96], insuscetíveis de serem atropelados por deliberação política majoritária; e b) a proteção das regras do jogo democrático e dos canais de participação política de todos[97]. A maior parte dos países do mundo confere ao Judiciário e, mais particularmente à sua suprema corte ou corte constitucional, o *status* de sentinela contra o risco da tirania das maiorias[98]. Evita-se, assim, que possam deturpar o processo democrático ou oprimir as minorias. Há razoável consenso, nos dias atuais, de que o conceito de democracia transcende a ideia de governo da maioria, exigindo a incorporação de outros valores fundamentais. A imagem frequentemente utilizada para justificar a legitimidade da jurisdição constitucional é extraída do Canto XIV da Odisseia, de Homero: para evitar a tentação do canto das sereias, que levava as embarcações a se chocarem contra os recifes, Ulysses mandou colocar cera nos ouvidos dos marinheiros que remavam e fez-se amarrar ao mastro da embarcação[99]. Sempre me fascinou o fato de que ele evitou o risco sem se privar do prazer.

Um desses valores fundamentais é o direito de cada indivíduo a igual respeito e consideração[100], isto é, a ser tratado com a mesma dignidade dos demais – o que inclui ter os seus interesses e opiniões levados em conta. A democracia, portanto, para além da dimensão procedimental de ser o governo da maioria, possui igualmente uma dimensão substantiva, que inclui igualdade, liberdade e justiça. É isso que a transforma, verdadeiramente, em um projeto

---

[94] A expressão se tornou clássica a partir da obra de Alexander Bickel, *The least dangerous branch:* the Supreme Court at the bar of politics, 1986, p. 16 e s. A primeira edição do livro é de 1962.

[95] E.g., Jeremy Waldron, The core of the case against judicial review. *The Yale Law Journal 115:*1346, 2006; Mark Tushnet, *Taking the Constitution away from the courts*, 2000; e Larry Kramer, *The people themselves:* popular constitutionalism and judicial review, 2004.

[96] A equiparação entre direitos humanos e reserva mínima de justiça é feita por Robert Alexy em diversos de seus trabalhos. V., *e.g.*, *La institucionalización de la justicia*, 2005, p. 76.

[97] Para esta visão processualista do papel da jurisdição constitucional, v. John Hart Ely, *Democracy and distrust*, 1980.

[98] A expressão foi utilizada por John Stuart Mill, *On Liberty*, 1874, p. 13: "A tirania da maioria é agora geralmente incluída entre os males contra os quais a sociedade precisa ser protegida (...)".

[99] V., *e.g.*, John Elster, *Ulysses and the sirens*, 1979.

[100] Ronald Dworkin, *Taking rights seriously*, 1997, p. 181. A primeira edição é de 1977.

coletivo de autogoverno, em que ninguém é deliberadamente deixado para trás. Mais do que o direito de participação igualitária, democracia significa que os vencidos no processo político, assim como os segmentos minoritários em geral, não estão desamparados e entregues à própria sorte. Justamente ao contrário, conservam a sua condição de membros igualmente dignos da comunidade política[101]. Em quase todo o mundo, o guardião dessas promessas[102] é a suprema corte ou o tribunal constitucional, por sua capacidade de ser um fórum de princípios[103] – isto é, de valores constitucionais, e não de política – e de razão pública – isto é, de argumentos que possam ser aceitos por todos os envolvidos no debate[104]. Seus membros não dependem do processo eleitoral e suas decisões têm de fornecer argumentos normativos e racionais que a suportem.

Este papel contramajoritário é normalmente exercido pelas supremas cortes com razoável parcimônia. De fato, nas situações em que não estejam em jogo direitos fundamentais e os pressupostos da democracia, a Corte deve ser deferente para com a liberdade de conformação do legislador e a razoável discricionariedade do administrador. Nos Estados Unidos, por exemplo, segundo dados de 2012, em pouco mais de 220 anos houve apenas 167 decisões declaratórias da inconstitucionalidade de atos do Congresso[105]. É interessante observar que, embora o período da Corte Warren (1953-1969) seja considerado um dos mais ativistas da história americana, diversos autores apontam para o fato de que sob a presidência de William Rehnquist (1986-2005) houve intenso ativismo de índole conservadora, tendo como protagonistas os *Justices* Antonin Scalia, indicado por Ronald Reagan, e Clarence Thomas,

---

[101] V. Eduardo Mendonça, *A democracia das massas e a democracia das pessoas:* uma reflexão sobre a dificuldade contramajoritária, tese de doutorado, UERJ, mimeografada, 2014, p. 84.

[102] A expressão consta do título do livro de Antoine Garapon, *O juiz e a democracia:* o guardião das promessas, 1999.

[103] V. Ronald Dworkin, *A matter of principle*, 1985, p. 69-71. "O controle de constitucionalidade judicial assegura que as questões mais fundamentais de moralidade política serão apresentadas e debatidas como questões de princípio, e não apenas de poder político. Essa é uma transformação que não poderá jamais ser integralmente bem-sucedida apenas no âmbito do Legislativo".

[104] John Rawls, *Political liberalism*, 1996, p. 212 e s., especialmente p. 231-40. Nas suas próprias palavras: "(A razão pública) se aplica também, e de forma especial, ao Judiciário e, acima de tudo, à suprema corte, onde haja uma democracia constitucional com controle de constitucionalidade. Isso porque os Ministros têm que explicar e justificar suas decisões, baseadas na sua compreensão da Constituição e das leis e precedentes relevantes. Como os atos do Legislativo e do Executivo não precisam ser justificados dessa forma, o papel especial da Corte a torna um caso exemplar de razão pública". Para uma crítica da visão de Rawls, v. Jeremy Waldron, Public reason and 'justification' in the courtroom, *Journal of Law, Philosophy and Culture 1:*108, 2007.

[105] V. Kenneth Jost, *The Supreme Court from A to Z*, 2012, p. **xx.** Um número bem maior de leis estaduais e locais foi invalidado, superior a 1200, segundo o mesmo autor. Na Alemanha, apenas cerca de 5% das leis federais foram invalidadas. C. Neal Tate e Torbjörn Vallinder (eds.), *The global expansion of judicial power*, 1995, p. 308.

maioria parlamentar e (iii) à captura eventual por interesses especiais. A doutrina, que antes se interessava pelo tema da dificuldade contramajoritária dos tribunais constitucionais, começa a voltar atenção para o déficit democrático da representação política[112].

Esta crise de legitimidade, representatividade e funcionalidade dos parlamentos gerou, como primeira consequência, em diferentes partes do mundo, um fortalecimento do Poder Executivo[113]. Nos últimos anos, porém, em muitos países, tem-se verificado uma expansão do Poder Judiciário e, notadamente, das supremas cortes. Nos Estados Unidos, este processo teve mais visibilidade durante o período da Corte Warren, mas a verdade é que nunca refluiu inteiramente. Apenas houve uma mudança de equilíbrio entre liberais e conservadores. O ponto aqui enfatizado é que, em certos contextos, por paradoxal que pareça, cortes acabem sendo mais representativas dos anseios e demandas sociais do que as instâncias políticas tradicionais. Algumas razões contribuem para isso. A primeira delas é o modo como juízes são indicados. Em diversos países, a seleção se dá por concurso público, com ênfase, portanto, na qualificação técnica, sem influência política. Porém, mesmo nos Estados Unidos, onde a escolha tem uma clara dimensão política, há um mínimo de qualificação profissional que funciona como pressuposto das indicações.

Uma outra razão é a vitaliciedade, que faz com que juízes não estejam sujeitos às circunstâncias de curto prazo da política eleitoral. Ademais, juízes não atuam por iniciativa própria: dependem de provocação das partes e não podem decidir além do que foi pedido. E finalmente, mas não menos importante, decisões judiciais precisam ser motivadas. Isso significa que para serem válidas, jamais poderão ser um ato de pura vontade discricionária: a ordem jurídica impõe ao juiz de qualquer grau o dever de apresentar razões, isto é, os

---

Princeton, NJ: Princeton Univesity Press, 2002. Em língua portuguesa, v. Pedro Abramovay, *Separação de Poderes e medidas provisórias*, 2012, p. 44 e s.

[112] V., *e.g.*, Mark A. Graber, The countermajoritarian difficulty: from courts to Congress to constitutional order, *Annual Review of Law and Social Science 4:*361-62 (2008). Em meu texto *Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito:* o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil, *Revista de Direito Administrativo 240:*1, 2005, p. 41, escrevi: "Cidadão é diferente de eleitor; governo do povo não é governo do eleitorado. No geral, o processo político majoritário se move por interesses, ao passo que a lógica democrática se inspira em valores. E, muitas vezes, só restará o Judiciário para preservá-los. O *deficit* democrático do Judiciário, decorrente da dificuldade contramajoritária, não é necessariamente maior que o do Legislativo, cuja composição pode estar afetada por disfunções diversas, dentre as quais o uso da máquina administrativa, o abuso do poder econômico, a manipulação dos meios de comunicação".

[113] Esta concentração de poderes no Executivo se deu até mesmo em democracias tradicionais e consolidadas, do que é exemplo a Constituição da 5ª República francesa, que retirou poderes da Assembleia Nacional e transferiu para um presidente eleito. V. C. Neal Tate e Torbjörn Vallinder (eds.), *The global expansion of judicial power*, 1995, p. 519.

fundamentos e argumentos do seu raciocínio e convencimento. Convém aprofundar um pouco mais este último ponto. Em uma visão tradicional e puramente majoritária da democracia, ela se resumiria a uma *legitimação eleitoral* do poder. Por esse critério, o fascismo na Itália ou o nazismo na Alemanha poderiam ser vistos como democráticos, ao menos no momento em que se instalaram no poder e pelo período em que tiveram apoio da maioria da população. Mas a legitimidade não se mede apenas no momento da investidura, mas também pelos meios empregados no exercício do poder e os fins a que ele visa.

Cabe aqui retomar a ideia de democracia deliberativa, que se funda, precisamente, em uma *legitimação discursiva*: as decisões políticas devem ser produzidas após debate público livre, amplo e aberto, ao fim do qual se forneçam as *razões* das opções feitas. Por isso se ter afirmado, anteriormente, que a democracia contemporânea inclui votos e argumentos[114]. Um *insight* importante nesse domínio é fornecido pelo jusfilósofo alemão Robert Alexy, que se refere à corte constitucional como *representante argumentativo da sociedade*. Segundo ele, a única maneira de reconciliar a jurisdição constitucional com a democracia é concebê-la, também, como uma representação popular. Pessoas racionais são capazes de aceitar argumentos sólidos e corretos. O constitucionalismo democrático possui uma legitimação discursiva, que é um projeto de institucionalização da razão e da correção[115].

Cabe fazer duas observações adicionais. A primeira delas é de caráter terminológico. Se se admite a tese de que os órgãos representativos podem não refletir a vontade majoritária, decisão judicial que infirme um ato do Congresso pode não ser contramajoritária. O que ela será, invariavelmente, é contra-legislativa, ou contra-congressual ou contra-parlamentar. A segunda observação é que o fato de não estarem sujeitas a certas vicissitudes que acometem os dois ramos políticos dos Poderes não é, naturalmente, garantia de que as supremas cortes se inclinarão em favor das posições majoritárias da sociedade. A verdade, no entanto, é que uma observação atenta da realidade revela que é isso mesmo o que acontece. Nos Estados Unidos, décadas de estudos empíricos demonstram o ponto[116].

---

[114] Para o aprofundamento dessa discussão acerca de legitimação eleitoral e discursiva, v. Eduardo Mendonça, *A democracia das massas e a democracia das pessoas:* uma reflexão sobre a dificuldade contramajoritária, mimeografado, 2014, p. 64-86.

[115] V. Robert Alexy, Balancing, constitutional review, and representation, *International Journal of Constitutional Law 3:*572, 2005, p. 578 e s.

[116] Corinna Barret Lain, Upside-down judicial review,*The Georgetown Law Review 101:*113, 2012-2103, p. 158. V. tb. Robert A. Dahl, Decision-making in a democracy: the Supreme Court as a national policy-maker, *Journal of Public*

A esse propósito, é bem de ver que algumas decisões emblemáticas da Suprema Corte americana tiveram uma dimensão claramente representativa a legitimá-las. Uma delas foi *Griswold v. Connecticut*,[117] proferida em 1965, que considerou inconstitucional lei do Estado de Connecticut que proibia o uso de contraceptivos mesmo por casais casados. Ao reconhecer um *direito de privacidade* que não vinha expresso na Constituição, mas podia ser extraído das "penumbras" e "emanações" de outros direitos constitucionais, a Corte parece ter tido uma atuação que expressava o sentimento majoritário da época. Assim, embora a terminologia tradicional rotule esta decisão como contramajoritária – na medida em que invalidou uma lei estadual (o Connecticut Comstock Act de 1879) –, ela era, seguramente, *contra-legislativa*, mas provavelmente não contramajoritária. Embora não haja dados totalmente seguros nem pesquisas de opinião do período, é possível intuir que a lei não expressava o sentimento majoritário em meados da década de 60[118] – cenário da revolução sexual e do movimento feminista –, de modo que a decisão foi, na verdade, *representativa*.

Outro exemplo de atuação representativa da Suprema Corte americana foi a decisão em *Lawrence v. Texas*,[119] de 2003, invalidando lei do Estado do Texas que criminalizava relações íntimas entre homossexuais. Ao reverter julgado anterior, no caso *Bowers v. Hardwick*,[120] o acórdão lavrado pelo *Justice* Anthony Kennedy assentou que os recorrentes tinham direito ao respeito à sua vida privada e que, sob a cláusula do devido processo legal substantivo da 14ª Emenda, tinham protegida a sua liberdade de manter relações sexuais consentidas. Embora grupos religiosos tenham expressado veemente opinião contrária,[121] parece fora de questão que a maioria da população americana – e mesmo, provavelmente, do

---

Law 6: 279, 1957, p. 285; e Jeffrey Rosen, *The most democratic branch:* how the courts serve America, 2006, p. xii: "Longe de proteger as minorias contra a tirania das maiorias ou contrabalançar a vontade do povo, os tribunais, ao longo da maior parte da história americana, têm se inclinado por refletir a visão constitucional das maiorias". V. tb. Robert McCloskey, *The American Supreme Court*, 1994, p. 209: "We might come closer to the truth if we said that the judges have often agreed with the main current of public sentiment because they were themselves part of that current, and not because they feared to disagree with it."

[117] 381 U.S. 479 (1965)

[118] V. Jill Lepore, To have and to hold: reproduction, marriage, and the Constitution. *The New Yorker Magazine*, 25 mai. 2015: "Banir contracpetivos numa época em que a esmagadora maioria dos americanos os utilizava era, evidentemente, ridículo". (*"Banning contraception at a time when the overwhelming majority of Americans used it was, of course, ridiculous"*). A decisão em *Griswold* veio a ser estendida em Eisenstadt v. Baird, julgado em 1972, aos casais não casados.

[119] 539 U.S. 558 (2003).

[120] 478 U.S. 186 (1986).

[121] V. Carpenter Dale, Flagrant conduct: the story of Lawrence v. Texas: how a bedroom arrest decriminalized gay Americans, 2012, p. 268.

próprio Estado do Texas – não considerava legítimo tratar relações homossexuais como crime. De modo que também aqui, embora rotulada de contramajoritária, a decisão do Tribunal foi mesmo é contra-legislativa. Mas certamente representativa de uma maioria que, já nos anos 2000, se tornara tolerante em relação à orientação sexual das pessoas.

No Brasil, coube à jurisdição constitucional uma série de decisões apoiadas pela maioria da população que não tiveram acolhida na política majoritária. Esse foi o caso da decisão do Supremo Tribunal Federal que reconheceu a constitucionalidade da proibição de contratar cônjuge, companheiro ou parentes para o exercício de funções de confiança e de cargos públicos na estrutura do Poder Judiciário (nepotismo)[122], proibição que foi, posteriormente, estendida pela jurisprudência do Tribunal para os Poderes Executivo e Legislativo[123]. Na mesma linha, a Corte declarou a inconstitucionalidade do financiamento privado das campanhas eleitorais, por ter verificado que, como estava estruturado, tal financiamento reforçava a influência do poder econômico sobre o resultado das eleições e distorcia o sistema representativo[124]. Em outro caso importante, afirmou a possibilidade de prisão, após a confirmação da condenação pelo tribunal de segunda instância, mesmo quando ainda cabíveis recursos especial e extraordinário para os tribunais superiores[125]. Os três julgados contaram com amplo apoio popular e representam mudanças que poderiam ter sido promovidas no âmbito da política majoritária, mas não foram[126].

---

[122] STF, Pleno, ADC 12, rel. Min. Ayres Britto, DJe, 18.12.2009.

[123] STF, Súmula Vinculante nº 13: "A nomeação de cônjuge, companheiro ou parente em linha reta, colateral ou por afinidade, até o terceiro grau, inclusive, da autoridade nomeante ou de servidor da mesma pessoa jurídica investido em cargo de direção, chefia ou assessoramento, para o exercício de cargo em comissão ou de confiança ou, ainda, de função gratificada na administração pública direta e indireta em qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, compreendido o ajuste mediante designações recíprocas, viola a Constituição Federal.

[124] STF, Pleno, ADI 4650, rel. Min. Luiz Fux, Pleno, *DJe*, 24 fev. 2016.

[125] STF, Pleno, HC 126.292, Rel. Min. Teori Zavascki, j. 17.02.2016, DJe, 07.02.2017; ADCs 43 e 44 MC, Rel. Min. Marco Aurélio, j. 05.10.2016.

[126] A confirmação da vedação ao nepotismo foi considerada uma "vitória da sociedade" pelo então presidente nacional da Ordem dos Advogados do Brasil. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=visualiza_noticia&id_caderno=&id_noticia=2322>, acesso em 31 mar. 2017. Manifestações semelhantes foram veiculadas no portal do Supremo Tribunal Federal. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=115820>, acesso em 31 mar. 2017. No que respeita ao financiamento privado de campanha, pesquisa de opinião demonstrou que 74% da população eram contra tal modalidade de financiamento e que 79% estavam convictos de que ele estimulava a corrupção. SOUZA, André. Datafolha: Três em cada quatro brasileiros são contra o financiamento de campanha por empresas privadas. *O Globo,* Rio de Janeiro, 06 jul. 2015. Disponível em http://oglobo.globo.com/brasil/datafolha-tres-em-cada-quatro-brasileiros-sao-contra-financiamento-de-campanha-por-empresas-privadas-16672767. Acesso em 05 ago. 2015. Por fim, a decisão que reconheceu a possibilidade de prisão antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória rendeu acusações ao STF de que o tribunal estaria se curvando à opinião pública. VASCONCELLOS,

A função representativa das cortes pode ser constatada também em outras ordens constitucionais. A título de ilustração, a Corte Constitucional da Colômbia reconheceu o direito à água como direito fundamental de todos os cidadãos colombianos. Atribuiu ao Estado o dever de assegurar seu fornecimento em quantidade e qualidade adequadas. Além disso, determinou que os cidadãos hipossuficientes fazem jus ao volume mínimo de 50 litros de água ao dia, ainda que não possam custeá-lo[127]. No Quênia[128], recente decisão da Suprema Corte declarou a inconstitucionalidade de artigo do Código Penal que criminalizava a difamação, com pena de até dois anos de prisão[129]. A decisão foi tida como um relevante avanço na proteção da liberdade de expressão dos quenianos, já que a disposição penal era frequentemente utilizada por políticos e autoridades públicas para silenciar críticas e denúncias de corrupção veiculadas por jornalistas ou mesmo por cidadãos comuns. No Canadá, a Suprema Corte reconheceu, em 1988, o direito fundamental ao aborto, invalidando dispositivo do Código Penal que criminalizava o procedimento[130]. Seu caráter representativo é evidenciado por pesquisas de opinião que apontavam que, já em 1982 (*i.e.,* 6 anos antes da decisão), mais de 75% da população canadense entendia que o aborto era uma questão de escolha pessoal da mulher[131].

LUCHETE e GRILLO. Para advogados, STF curvou-se à opinião pública ao antecipar cumprimento de pena. *Conjur*, 17 fev. 2016. Disponível em http://www.conjur.com.br/2016-fev-17/advogados-stf-curvou-opiniao-publica-antecipar-pena. Acesso em 21 mar. 2017.

[127] O direito fundamental à água é objeto de diversas decisões proferidas pela Corte Constitucional da Colômbia, tais como T-578/1992, T-140/1994, T-207/1995. A sentença T-740/2011 produz uma consolidação da matéria, relacionando tal direito aos direitos à dignidade, à vida e à saúde. No caso, a entidade prestadora do serviço de fornecimento de água potável havia suspendido o serviço em virtude do não pagamento das tarifas devidas por uma usuária. A Corte entendeu ilegítima a suspensão, por se tratar de usuária hipossuficiente, e determinou à entidade: (i) o restabelecimento do fornecimento; e (ii) a revisão das cobranças, com base na capacidade econômica da beneficiária, a fim de possibilitar o adimplemento das prestações. Em caso de impossibilidade de pagamento, a Corte estabeleceu, ainda, como mencionado acima, (iii) a obrigação da entidade de fornecer, ao menos, 50 litros de água ao dia, por pessoa, ou de disponibilizar uma fonte pública de água que assegure a mesma quantidade do recurso.

[128] A Constituição do Quênia, promulgada em 2010, tem sido considerada como responsável por notáveis progressos no que diz respeito à efetivação de direitos fundamentais e combate à corrupção. O país também contou com a boa sorte de ter um Chief Justice transformador. Ndung'u Wainaina "Only Judiciary Can Save This Country." *The Nairobi Law Monthly,* February 4, 2015. Available at http://nairobilawmonthly.com/index.php/2015/02/04/only-judiciary-can-save-this-country/

[129] Corte Superior do Kenya, *Jacqueline Okuta & another v Attorney General & 2 others* [2017] eKLR, Disponível em: < http://kenyalaw.org/caselaw/cases/view/130781/>.

[130] Suprema Corte do Canadá, *Morgentaler, Smoling and Scott v. The Queen*, [1988] 1 S.C.R. 30. Disponível em: <https://scc-csc.lexum.com/scc-csc/scc-csc/en/item/1053/index.do>.

[131] Disponível em: <http://www.nytimes.com/1982/12/13/world/canadian-doctor-campaigns-for-national-abortion-clinics.html>

3. O papel iluminista

Além do papel representativo, descrito no tópico anterior, supremas cortes desempenham, ocasionalmente, um papel iluminista. Trata-se de uma competência perigosa, a ser exercida com grande parcimônia, pelo risco democrático que ela representa e para que cortes constitucionais não se transformem em instâncias hegemônicas. Ao longo da história, alguns avanços imprescindíveis tiveram de ser feitos, em nome da razão, contra o senso comum, as leis vigentes e a vontade majoritária da sociedade[132]. A abolição da escravidão ou a proteção de mulheres, negros, homossexuais, transgêneros e minorias religiosas, por exemplo, nem sempre pôde ser feita adequadamente pelos mecanismos tradicionais de canalização de reinvindicações sociais. A seguir, breve justificativa do emprego do termo *iluminista* no contexto aqui retratado.

Iluminismo designa um abrangente movimento filosófico que revolucionou o mundo das ideias ao longo do século XVIII[133]. As *Lumières*, na França, o *Enlightment*, na Inglaterra, o *Illuminismo* na Itália ou *Aufklärung*, na Alemanha, foi o ponto culminante de um ciclo histórico iniciado com o Renascimento, no século XIV, e que teve como marcos a Reforma Protestante, a formação dos Estados nacionais, a chegada dos europeus à América e a Revolução Científica. A *razão* passa para o centro do sistema de pensamento, dissociando-se da fé e dos dogmas da teologia cristã. Nesse ambiente, cresce o ideal de conhecimento e de liberdade, com a difusão de valores como a limitação do poder, a tolerância religiosa, a existência de direitos naturais inalienáveis e o emprego do método científico, entre outros. Estava aberto o caminho para as revoluções liberais, que viriam logo adiante, e para a democracia, que viria bem mais à frente,

---

[132] Contra a ideia de que Cortes possam atuar como instrumento da razão, v. Steven D. Smith, Judicial activism and "reason". In Luís Pereira Coutinho, Massimo La Torre e Steven D. Smith (eds.), *Judicial activism:* an interdisciplinary approach to the American and European Experiences, 2015, p. 30: "And thus judicial discourse, once it is detached from the mundane conventions of reading texts and precedents in accordance with their natural or commonsensical meanings, loftily aspires to be the realization of "reason" but instead ends up degenerating into a discourse of mean-spirited denigration". O texto manifesta grande inconformismo contra a decisão da Suprema Corte em *United States v. Windsor* (133 S. Ct. 1675, 2013), que considerou inconstitucional a seção do *Defense of Marriage Act (DOMA)* que limitava o casamento à união entre homem e mulher.

[133] Além da *Encyclopédie*, com seus 35 e volumes, coordenada por Diderot e D'Alambert e publicada entre 1751 a 1772, foram autores e obras marcantes do Iluminismo: Montesquieu, *O espírito das leis* (1748), Jean-Jacques Rousseau, *Discurso sobre a desigualdade* (1754) e *O contrato social* (1762); Voltaire, *Dicionario filosófico* (1764); Immanuel Kant, *O que é Iluminismo* (1784); John Locke, *Dois tratados de governo*, (1689); David Hume, *Tratado sobre a natureza humana* (1739); Adam Smith, *A riqueza das nações* (1776) e Cesare Beccaria, *Dos delitos e das penas* (1764), em meio a outros.

já na virada do século XX. Historicamente, portanto, o Iluminismo é uma ideia associada à razão humanista, a direitos inalienáveis da condição humana, à tolerância, ao conhecimento científico, à separação entre Estado e religião e ao avanço da história rumo à emancipação intelectual, social e moral das pessoas.

É nesse sentido que o termo é empregado neste tópico: o de uma razão humanista que conduz o processo civilizatório e empurra a história na direção do progresso social e da liberação de mulheres e homens. Para espancar qualquer maledicência quanto a uma visão autoritária ou aristocrática da vida, Iluminismo, no presente contexto, não guarda qualquer semelhança com uma postura análoga ao *despotismo esclarecido*[134] ou aos *reis filósofos* de Platão.[135] A analogia mais próxima, eventualmente, seria com uma tradição filosófica que vem de Tomás de Aquino, Hegel e Kant de que a história é um fluxo contínuo na direção do bem e do aprimoramento da condição humana[136]. A razão iluminista aqui propagada é a do pluralismo e da tolerância, a que se impõe apenas para derrotar as superstições e os preconceitos, de modo a assegurar a dignidade humana e a vida boa para todos. As intervenções humanitárias que o papel iluminista dos tribunais permite não é para impor valores, mas para assegurar que cada pessoa possa viver os seus, possa professar as suas convicções, tendo por limite o respeito às convicções dos demais.

Retomando os exemplos esboçados acima. Houve tempos, no processo de evolução social, em que (i) a escravidão era natural; (ii) mulheres eram propriedade dos maridos; (iii) negros não eram cidadãos; (iv) judeus eram hereges; (v) deficientes eram sacrificados; e (vi)

[134] A expressão se refere aos monarcas absolutos que, na segunda metade do século XVIII, procuraram incorporar ao seu governo algumas ideias advindas do Iluminismo, distinguido-se, assim, do modelo tradicional. A ideia de contrato social começa a superar a de direito divino dos reis, mas o poder remanesceria com o monarca, que teria maior capacidade de determinar e de realizar o melhor interesse dos seus súditos. Exemplos frequentemente citados são os de Frederico, o Grande, que governou a Prússia de 1740 a 1786; Catarina II, imperatriz da Rússia de 1762 a 1796; e José II, de Habsburgo, imperador do Sacro Império Romano-Germânico. Também se inclui nesta lista o Marquês de Pombal, primeiro-ministro de Portugal de 1750 a 1777. V. o verbete *Enlightened despotism*, in ENCYCLOPEDIA OF THE ENLIGHTENMENT (Alan Charles Kors ed., Oxford University Press, 2005).

[135] V. Platão, *A República*, 2015 (a edição original é de cerca de 380 a.C), Livro VI. Na sociedade ideal e justa, cujo delineamento procurou traçar nesta obra, Platão defendeu a ideia de que o governo deveria ser conduzido por reis-filósofos, escolhidos com base na virtude e no conhecimento. No comentário de Fredeick Copleston, *A history of Philosophy*, v. I, 1993, p. 230: "O princípio democrático de governo é, de acordo com Platão, absurdo: o governante deve governar em virtude do conhecimento, e este conhecimento há de ser o conhecimento da verdade".

[136] Sobre o ponto, v. o notável artigo de Paulo Barrozo, The great alliance: history, reason, and will in modern law, *Law and Contemporary Problems 78:*235, 2015, p. 257-258.

homossexuais eram mortos[137]. Mas a história da humanidade é a história da superação dos preconceitos, do obscurantismo, das superstições, das visões primitivas que excluem o outro, o estrangeiro, o diferente. Ao longo dos séculos, ao lado da vontade do monarca, da vontade da nação ou da vontade das maiorias, desenvolveu-se uma razão humanista que foi abrindo caminhos, iluminando a escuridão, empurrando a história. Desde a antiguidade, com Atenas, Roma e Jerusalém, o Direito "sempre foi encontrado na interseção entre história, razão e vontade".[138]

Com a limitação do poder e a democratização do Estado e da sociedade, procurou-se abrigar a vontade majoritária e a razão iluminista dentro de um mesmo documento, que é a Constituição. O poder dominante, como regra geral, emana da vontade majoritária e das instituições através das quais ela se manifesta, que são o Legislativo e o Executivo. Vez por outra, no entanto, é preciso acender luzes na escuridão, submeter a vontade à razão. Nesses momentos raros, mas decisivos, as cortes constitucionais podem precisar ser os agentes da história. Não é uma missão fácil nem de sucesso garantido, como demonstram alguns exemplos da própria experiência americana.

Brown v. Board of Education[139], julgado pela Suprema Corte dos Estados Unidos em 1954, é o exemplo paradigmático de decisão iluminista, pelo enfrentamento aberto do racismo então dominante no Congresso e na sociedade[140]. Em decisão unânime articulada pelo novo

---

[137] Durante a Inquisição, homossexuais foram condenados à morte na fogueira. V. o verbete *Death by burning*, in *Wikipedia*, https://en.wikipedia.org/wiki/Death_by_burning: "Na Espanha, os primeiros registros de execuções pelo crime de sodomia são dos séculos 13 e 14, e é importante observar que o modo preferido de execução era a morte na fogueira".

[138] V. Paulo Barrozo, The great alliance: history, reason, and will in modern law, *Law and Contemporary Problems 78:*235, 2015, p. 270.

[139] 347 U.S. 483 (1954). O julgamento de *Brown* foi, na verdade, a reunião de cinco casos diversos, originários de diferentes estados: *Brown* propriamente dito, *Briggs v. Elliott* (ajuizado na Carolina do Sul), *Davis v. County School Board of Prince Edward County* (ajuizado na Virginia), *Gebhart v. Belton* (ajuizado em Delaware), and *Bolling v. Sharpe* (ajuizado em Washington D.C.).

[140] A decisão envolveu a declaração de inconstitucionalidade de diversas leis e, nesse sentido, ela tem uma dimensão contramajoritária ou, mais propriamente, contra-legislativa. Ademais, há autores que consideram que em meados da década de 50, já fosse majoritária na sociedade americana a posição contrária à segregação racial nas escolas. V. Corinna Barret Lain, Upside-down Judicial Review. *The Georgetown Law Journal 101:*113, 2012, p. 121-22, com remissão a Michael J. Klarman, Cass R. Sunstein e Jack Balkin. Isso faria com que *Brown* fosse uma decisão *representativa*, na categorização proposta neste trabalho. O argumento é questionável, sendo certo que, à época, leis de 17 estados previam a segregação racial, enquanto 16 a proibiam**.** Além disso, em primeiro grau de jurisdição, os autores das cinco ações foram derrotados. Em apelação, o Tribunal de Delaware assegurou o direito de 11 crianças frequentarem escolas juntamente com brancos. E o de Kansas reconheceu que a segregação produzia consequências negativas para as crianças negras. V. Jesse Greespan, *10 Things You Should Know About Brown v. Board of Education*, May 16, 2014, in HISTORY.COM, disponível em **http://www.history.com/news/10-things-you-should-know-about-brown-v-board-of-education**. Seja como for, mesmo que a posição fosse de fato majoritária,

Chief Justice, Earl Warren, nomeado por Eisenhower, a Corte considerou que "havia uma intrínseca desigualdade na imposição de escolas separadas para negros e brancos" (*"separate educational facilities are inherently unequal"*), em violação à 14ª Emenda à Constituição americana, que impõe a igualdade perante a lei. A decisão enfatizou a importância da educação nas sociedades modernas e afirmou que a segregação trazia para as crianças negras "um sentimento de inferioridade quanto ao seu *status* na comunidade". E, baseando-se em estudos de ciências sociais, concluiu que a segregação trazia significativas desvantagens psicológicas e sociais para as crianças negras[141]. O caráter iluminista do julgado se manifestou na superação do senso comum majoritário – que escondia o preconceito por trás da doutrina do "separados, mas iguais"[142] – e na consequente mudança de paradigma em matéria racial, tendo funcionado como um catalisador do moderno movimento pelos direitos civis[143]. As reações do *status quo* vieram de formas diversas: resistência ao cumprimento da decisão[144], a crítica política – a Corte teria agido como "uma terceira câmara legislativa"[145] e a crítica doutrinária: *Brown* não teria observado "princípios neutros" de interpretação constitucional[146].

---

ela não tinha como superar o bloqueio dos Senadores do sul a qualquer legislação federal nesse sentido. Gordon Silverstein, *Law's Allure:* how law shapes, constrains, saves, and kills politics, 2009, p. 270-1.

[141] Na nota de rodapé n. 11, a decisão cita os seguintes estudos: K.B. Clark, Effect of Prejudice and Discrimination on Personality Development (Mid-century White House Conference on Children and Youth, 1950); Witmer and Kotinsky, Personality in the Making (1952), c. VI; Deutscher and Chein, The Psychological Effects of Enforced Segregation A Survey of Social Science Opinion, 26 J.Psychol. 259 (1948); Chein, What are the Psychological Effects of Segregation Under Conditions of Equal Facilities?, 3 Int.J.Opinion and Attitude Res. 229 (1949); Brameld, Educational Costs, in Discrimination and National Welfare (MacIver, ed., 1949), 44-48; Frazier, The Negro in the United States (1949), 674-681. *And see generally* Myrdal, An American Dilemma (1944).

[142] Plessy v. Ferguson, 163 US 537 (1896).

[143] V. Brown v. Board of Education, *Leadership Conference on Civil and Human Rights*: "The *Brown* case served as a catalyst for the modern civil rights movement, inspiring education reform everywhere and forming the legal means of challenging segregation in all areas of society". In http://www.civilrights.org/education/brown/?, acesso em 17 jan. 2017.

[144] A decisão não explicitou o modo como seria executada para por fim à segregação racial nas escolas públicas. No ano seguinte, em um julgamento conhecido como Brown II (Brown v. Board of Education 349 U.S. 294 (1955), a Suprema Corte delegou às cortes distritais a missão de dar cumprimento à decisão da Suprema Corte, cunhando a expressão que se tornaria célebre (e problemática): "com toda a velocidade recomendável" (*"with all deliberate speed"*. *Deliberate* também pode ser traduzido para o português como cautelosa.

[145] Learned Hand, The Bill of Rights (Atheneum 1977), 1958, p. 55. V. tb. Michael Klarman, *The Supreme Court , 2012 Term - Comment: Windsor and Brown: Marriage Equality and Racial Equality*, 127 Harv. L. Rev. 127, 143 (2013).

[146] Herbert Wechsler, Toward Neutral Principles of Constitutional Law. *Harvard Law Review 73:*1, 1959, p. 34: "Dada uma situação em que o Estado precisa escolher entre negar a integração àqueles indivíduos que a desejam ou impô-la àqueles que querem evitá-la, é possível sustentar, com base em princípios neutros, que a Constituição exige que a reinvindicação dos que querem a integração deve prevalecer?".

Outras importantes decisões da Suprema Corte americana podem ser consideradas iluministas na acepção aqui utilizada. *Loving v. Virginia*[147], julgado em 1967, considerou inconstitucional lei que interditava os casamentos entre pessoas brancas e negras. A decisão, também unânime, reverteu o precedente firmado em *Pace v. Alabama*[148], de 1883. Desde os tempos coloniais, diversos estados possuíam leis anti-miscigenação. Em 1967, quando da decisão em *Loving*, todos os 16 estados do sul tinham leis com esse conteúdo[149]. É possível, embora não absolutamente certo, que a maioria da população americana fosse contrária a tais leis, o que transformaria a decisão em representativa, no âmbito nacional, embora iluminista em relação aos estados do sul, por impor, heteronomamente, uma concepção de igualdade diversa da que haviam praticado até então. Cabe lembrar, uma vez mais, que o termo iluminista está sendo empregado para identificar decisão que não corresponde à vontade do Congresso nem ao sentimento majoritário da sociedade, mas ainda assim é vista como correta, justa e legítima. Alguém poderá perguntar: e quem certifica o caráter iluminista da decisão? Por vezes, os próprios contemporâneos vivem um processo de tomada de consciência após a sua prolação, captando o espírito do tempo (*Zeitgeist*). Quando isso não ocorre, cabe à história documentar se foi iluminismo ou, ao contrário, um descompasso histórico.

Duas últimas decisões aqui apontadas como iluministas apresentam as complexidades dos temas associados a convicções religiosas. Em relação a elas, a palavra iluminismo chega mais perto das suas origens históricas. Em *Roe v. Wade*[150], julgado em 1973, a Suprema Corte, por 7 votos a 2, afirmou o direito de uma mulher praticar aborto no primeiro trimestre de gravidez, com total autonomia, fundada no direito de privacidade. Posteriormente, em *Planned Parenthood v. Casey*[151] (1992), o critério do primeiro trimestre foi substituído pelo da

---

[147] 388 U.S. 1 (1967).
[148] 106 U.S. 583 (1883).
[149] O acórdão de *Loving v. Virginia* consignou, em sua nota de rodapé n. 5: "After the initiation of this litigation, Maryland repealed its prohibitions against interracial marriage, Md.Laws 1967, c. 6, leaving Virginia and 15 other States with statutes outlawing interracial marriage: Alabama, Ala.Const., Art. 4, § 102, Ala.Code, Tit. 14, § 360 (1958); Arkansas, Ark.Stat.Ann. § 55-104 (1947); Delaware, Del.Code Ann., Tit. 13, § 101 (1953); Florida, Fla.Const., Art. 16, § 24, Fla.Stat. § 741.11 (1965); Georgia, Ga.Code Ann. § 53-106 (1961); Kentucky, Ky.Rev.Stat.Ann. § 402.020 (Supp. 1966); Louisiana, La.Rev.Stat. § 14:79 (1950); Mississippi, Miss.Const., Art. 14, § 263, Miss.Code Ann. § 459 (1956); Missouri, Mo.Rev.Stat. § 451.020 (Supp. 1966); North Carolina, N.C.Const., Art. XIV, § 8, N.C.Gen.Stat. § 14-181 (1953); Oklahoma, Okla.Stat., Tit. 43, § 12 (Supp. 1965); South Carolina, S.C.Const., Art. 3, § 33, S.C.Code Ann. § 20-7 (1962); Tennessee, Tenn.Const., Art. 11, § 14, Tenn.Code Ann. § 36-402 (1955); Texas, Tex.Pen.Code, Art. 492 (1952); West Virginia, W.Va.Code Ann. § 4697 (1961)".
[150] 410 U.S. 113 (1973).
[151] 505 U.S. 833 (1992).

viabilidade fetal, mantendo-se, todavia, a essência do que foi decidido em *Roe.* A decisão é celebrada por muitos, em todo o mundo, como a afirmação de uma série de direitos fundamentais da mulher, incluindo sua autonomia, seus direitos sexuais e reprodutivos e a igualdade de gênero. Não obstante isso, a sociedade americana, em grande parte por impulso religioso, continua agudamente dividida entre os grupos pró-escolha e pró-vida[152]. Há autores que afirmam que a decisão da Suprema Corte teria interrompido o debate e a tendência que se delineava a favor do reconhecimento do direito ao aborto, provocando a reação social (*backlash*) dos segmentos derrotados[153]. Talvez. Mas aplica-se aqui a frase inspirada de Martin Luther King Jr, de que "é sempre a hora certa de fazer a coisa certa"[154].

Em *Obergefell v. Hodges*, decidido em 2015, a Suprema Corte julgou que o casamento é um direito fundamental que não pode ser negado a casais do mesmo sexo e que os estados devem reconhecer como legítimos os casamentos entre pessoas do mesmo sexo celebrados em outros estados. Por 5 votos a 4, a maioria dos Ministros entendeu tratar-se de um direito garantido pelas cláusulas do devido processo legal e da igualdade inscritas na 14ª Emenda à Constituição. A decisão foi o ponto culminante de uma longa história de superação do preconceito e da discriminação contra homossexuais, que atravessou os tempos. Na própria Suprema Corte houve marcos anteriores, aqui já citados, como *Bowers v. Hardwick*[155], que considerou legítima a criminalização de relações íntimas entre pessoas do mesmo sexo, e *Lawrence v. Texas*[156], que superou este entendimento, afirmando o direito de casais homossexuais à liberdade e à privacidade, com base na cláusula do devido processo legal da 14ª Emenda à Constituição. Em seu voto em nome da maioria, o *Justice* Anthony Kennedy

[152] De acordo com pesquisas realizadas pelo Gallup, de 1995 a 2008, a maioria dos americanos se manifestou em favor do direito de escolha. De 2009 a 2014, ocorreu uma inversão, com a prevalência dos que opinaram em favor da posição pró-vida. V. Lydia Saad, "More Americans 'Pro-Life' Than 'Pro-Choice' For First Time". In: http://www.gallup.com/poll/118399/More-Americans-Pro-Life-Than-Pro-Choice-First-Time.aspx. Em 2015, ainda segundo o Gallup, o número dos que defendem a posição em favor do direito de escolha voltou a prevalecer. V. Lydia Saad, "Americans Choose 'Pro-Choice' For First Time in Seven Years'". In: http://www.gallup.com/poll/183434/americans-choose-pro-choice-first-time-seven-years.aspx.

[153] Cass R. Sunstein, Three Civil Rights Fallacies. *California Law Review 79:*751, 1991, p. 766: "By 1973, however, state legislatures were moving firmly to expand legal access to abortion, and it is likely that a broad guarantee of access would have been available even without *Roe. (...) [T]*he decision may well have created the Moral Majority, helped defeat the equal rights amendment, and undermined the women's movement by spurring opposition and demobilizing potential adherents". Sobre o tema, v. tb. Robert Post e Reva Siegel, *Roe* rage: democratic constitutionalism and backlash. *Harvard Civil Rights-Civil Liberties Law Review 42:*373, 2007.

[154] Martin Luther King Jr., *The Future of Integration*. Palestra apresentada em Oberlin, 22 out. 1964. No original: "*The time is always right to do what's right*".

[155] 478 U.S. 186 (1986).

[156] 539 U.S. 558 (2003).

exaltou a "transcendente importância do casamento" e sua "centralidade para a condição humana". Merece registro a crítica severa e exaltada do falecido *Justice* Antonin Scalia, acusando a maioria de fazer uma "revisão constitucional", criar liberdades que a Constituição e suas emendas não mencionam e "roubar do povo (...) a liberdade de se autogovernar". *Obergefell* representa um contundente embate entre iluminismo e originalismo. De acordo com algumas pesquisas, uma apertada maioria da população apoiava o casamento entre pessoas do mesmo sexo[157], significando que a decisão da Suprema Corte, em verdade, poderia ser considerada representativa, ainda que contra-legislativa.

A verdade, porém, é que mesmo decisões iluministas, capazes de superar bloqueios institucionais e empurrar a história, precisam ser seguidas de um esforço de persuasão, de convencimento racional. Os derrotados nos processo judiciais que envolvam questões políticas não devem ter os seus sentimentos e preocupações ignorados ou desprezados. Portanto, os vencedores, sem arrogância, devem continuar a expor com boa-fé, racionalidade e transparência suas motivações. Devem procurar ganhar, politicamente, o que obtiveram em juízo[158]. Já houve avanços iluministas conduzidos pelos tribunais que não prevaleceram, derrotados por convicções arraigadas no sentimento social. Foi o que se passou, por exemplo, em relação à pena de morte. Em *Furman v. Georgia*[159], julgado em 1972, a Suprema Corte considerou inconstitucional a pena de morte, tal como aplicada em 39 Estados da Federação[160]. O fundamento principal era o descritério nas decisões dos júris e o impacto desproporcional sobre as minorias. Em 1976, no entanto, a maioria dos Estados havia aprovado novas leis sobre

---

[157] V. Justin McCarthy, U.S. Support for Gay Marriage Stable After High Court Ruling. In: http://www.gallup.com/poll/184217/support-gay-marriage-stable-high-court-ruling.aspx, 17 jul. 2015. A pesquisa realizada pelo Gallup, em que se baseia a matéria, aponta um percentual de apoio de 58%. Pesquisa da Associated Press exibiu índices mais apertados: 42% a favor e 40% contra. Curiosamente, quando perguntados, na mesma pesquisa, se apoiavam ou não a decisão da Suprema Corte, 39% disseram-se a favor e 41% contra. V. David Crary e Emily Swanson, AP Poll: Sharp Divisions After High Court Backs Gay Marriage. In: http://www.lgbtqnation.com/2015/07/ap-poll-sharp-divisions-after-high-court-backs-gay-marriage/, 19 jul. 2015.

[158] Gordon Silverstein, *Law's Allure:* how law shapes, constrains, saves, and kills politics, 2009, p. 268: "O uso mais efetivo para as decisões judiciais é quando elas funionam como um ariete, quebrando barreiras políticas e institucionais. Mas a omissão em dar continuidade ao debate sobre o tema, utilizando a arte política da persuasão, coloca esses ganhos em risco se – e quase inevitavelmente, quando – o Judiciário mudar, novos juízes assumirem e novas correntes de interpretação ou novas preferências judiciais emergirem".

[159] 408 U.S. 238 (1972).

[160] Para um estudo da questão, v. Corinna Barret Lain, Upside-down judicial review, (January 12, 2012). Disponível no sítio Social Science Research Network - SSRN: http://ssrn.com/abstract=1984060 or http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.1984060, p. 12 e s.

pena de morte, contornando o julgado da Suprema Corte. Em *Gregg v. Georgia*[161], a Suprema Corte terminou por reconhecer a validade da nova versão da legislação penal daquele Estado.

O constitucionalismo é produto de um conjunto de fatores históricos que incluem o contratualismo, o iluminismo e o liberalismo. Supremas Cortes de Estados democráticos devem atuar com fidelidade aos valores subjacentes a esses movimentos políticos e filosóficos que conformaram a condição humana na modernidade, assim como suas instituições. Porém, a realização da justiça, como qualquer empreendimento sob o céu, está sujeita a falhas humanas e a acidentes. Por vezes, em lugar de conter a violência, ser instrumento da razão e assegurar direitos fundamentais, tribunais podem eventualmente fracassar no cumprimento de seus propósitos. Na história americana, pelo menos duas decisões são fortes candidatas a símbolo das trevas, e não das luzes. A primeira foi *Dred Scott v. Sandford*[162], de 1857, em que a Suprema Corte afirmou que negros não eram cidadãos americanos e, consequentemente, não tinham legitimidade para estar em juízo postulando a própria liberdade. A decisão é considerada, historicamente, o pior momento da Suprema Corte[163]. Também merece figurar do lado escuro do constitucionalismo americano a decisão em *Korematsu v. United States*[164], julgado em 1944, quando a Suprema Corte validou o ato do Executivo que confinava pessoas de origem japonesa, inclusive cidadãos americanos, em campos de internação (e encarceramento). A decisão, que afetou 120.000 pessoas[165], é generalizadamente criticada[166], tendo sido referida como "uma mancha na jurisprudência americana"[167].

---

[161] 428 U.S. 153 (1976).

[162] 60 U.S. 393 (1857).

[163] Robert A. Burt, What was wrong with *Dred Scott*, what's right about *Brown. Washington and Lee Law Review 42:*1, 1985, p. 1 e 13: "No Supreme Court decision has been more consistently reviled than *Dred Scott v. Sandford.* Other decisions have been attacked, even virulently, by both contemporary and later critics; (...) But of all the repudiated decisions, *Dred Scott* carries the deepest stigma. (...)*Dred Scott* may have proven the Supreme Court's unreliability as a wise guide, as a moral arbiter, for a troubled nation".

[164] 323 U.S. 214 (1944).

[165] Evan Bernick, "Answering the Supreme Court's Critics: The Court Should Do More, Not Less to Enforce the Constitution". *The Huffington Post*, 23 out. 2015. Disponível em: http://www.huffingtonpost.com/evan-bernick/answering-the-supreme-cou_b_8371148.html. Acesso em 18 jan. 2016.

[166] Noah Feldman. "Why Korematsu Is Not a Precedent". *The New York Times*, 18 nov. 2016. Disponível em: https://www.nytimes.com/2016/11/21/opinion/why-korematsu-is-not-a-precedent.html?_r=0. Acesso em 18 jan. 2016.

[167] V. Carl Takei, "The incarceration of Japanese Americans in World War II Does Not Provide a Legal Cover for Muslim Registry. *Los Angeles Times*, 27 nov. 2016. Disponível em: http://www.latimes.com/opinion/op-ed/la-oe-takei-constitutionality-of-japanese-internment-20161127-story.html. Acesso em 18 jan. 2016.

No Brasil, o Supremo Tribunal Federal proferiu diversas decisões que podem ser consideradas iluministas no sentido exposto acima. A Corte, por exemplo, reconheceu as uniões entre pessoas do mesmo sexo como entidade familiar e estendeu-lhes o regime jurídico aplicável às uniões estáveis heteroafetivas, com base no direito à não discriminação em razão do sexo e na proteção constitucional conferida à família[168]. Em 2016, julgou inconstitucional norma que regulava a vaquejada, antiga manifestação cultural do nordeste do país em que uma dupla de vaqueiros, montada a cavalos, busca derrubar o touro em uma área demarcada. Apesar da popularidade da prática, o Tribunal entendeu que ela ensejava tratamento cruel de animais vedado pela Constituição Federal[169]. Mais recentemente, a Corte declarou a inconstitucionalidade do crime de aborto até o terceiro mês de gestação, com base nos direitos sexuais e reprodutivos das mulheres, em seu direito à autonomia, à integridade física e psíquica e à igualdade[170]. No que tange a tais casos, evidências indicam que o Tribunal decidiu em desacordo com a visão dominante na população e no Legislativo, marcadamente conservador[171].

O papel iluminista também se manifesta em diversos casos paradigmáticos decididos por cortes estrangeiras. No famoso caso Lüth[172], o Tribunal Constitucional Federal alemão reconheceu a possibilidade de reinterpretar normas infraconstitucionais de direito privado, à luz dos valores expressos pelos direitos fundamentais[173]. A decisão foi considerada o marco

---

[168] STF, Pleno, ADI 4277, Rel. Min. Ayres Britto, DJe, 14.10.2011.

[169] STF, Pleno, ADI 4983, Rel. Min. Marco Aurélio, j. 16.12.2016. Lamentavelmente, uma Emenda Constitucional foi aprovada posteriormente à decisão, com vistas a superá-la, procurando legitimar a prática considerada cruel pelo STF. V. Emenda Constitucional 96, promulgada em 6 jun 2017.

[170] STF, Primeira Turma, HC 124.306, Rel. Min. Marco Aurélio, Rel. p/ acórdão Min. Luís Roberto Barroso, j. 29.11.2016.

[171] Quanto às uniões homoafetivas, pesquisa do IBOPE indicou que 55% da população eram contra seu reconhecimento (Ibope: 55% da população é contra união civil gay. *Revista Época*, 28 jul. 2011, disponível em: <http://revistaepoca.globo.com/Revista/Epoca/0,,EMI252815-15228,00.html>; A decisão a respeito da vaquejada foi objeto de emenda constitucional com o propósito de assegurar a continuidade da prática. A emenda foi aprovada no Senado e seguiu para apreciação da Câmara dos Deputados (disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/127262, acesso em: 27 mar. 2017). Por fim, a declaração de inconstitucionalidade da criminalização do aborto no primeiro trimestre de votação motivou protestos de parlamentares e provocou a constituição de comissão na Câmara dos Deputados para buscar reverter a decisão do STF (ROSSI, Marina. Câmara faz ofensiva para rever decisão do Supremo sobre aborto: Na mesma noite em que o STF determina que aborto até o terceiro mês não é crime, deputados instalam comissão para rever a decisão. *El País*. Brasil. 2 dez. 2016; disponível em: <http://brasil.elpais.com/brasil/2016/11/30/politica/1480517402_133088.html>, acesso em: 27 mar. 2017). acesso em 27 mar. 2017).

[172] BVerfGE 7, 198, Lüth-Urteil, j. 15.01.1958.

[173] QUINT, Peter E. Free Speech and Private Law in German Constitutional Theory. Maryland Law Review, v. 48, n. 2, 1989, p. 247-290.

inicial do processo de constitucionalização do direito, e possibilitou, na Alemanha, uma verdadeira revolução no direito civil[174]. Contudo, sua relevância era possivelmente difícil de acessar, à época, pela população em geral[175]. Em 1995, em sua primeira grande decisão, e ainda sob a Constituição interina que regeu a transição no país, a recém criada Suprema Corte da África do Sul aboliu a pena de morte, pondo fim a uma prática de décadas de execução de criminosos condenados por crimes graves, em sua grande maioria negros.[176] Diferentemente do que se possa imaginar, a decisão foi contrária a boa parte da população, havendo, ainda hoje, partidos e grupos organizados formados por brancos e negros em favor do retorno da pena capital. Em 2014, em um caso que se tornou bastante famoso devido ao seu ineditismo, a Suprema Corte da Índia reconheceu aos transgêneros o direito à auto-identificação de seu sexo como masculino, feminino ou "terceiro gênero".[177] Também ordenou que o governo tome medidas para promover a conscientização da população e promova políticas que facilitem o acesso de transgêneros a empregos e instituições de ensino.

Antes de concluir, é pertinente uma última reflexão. Foi dito que cortes constitucionais podem desempenhar três papeis: contramajoritário, representativo e iluminista. Isso não quer significar que suas decisões sejam sempre acertadas e revestidas de uma legitimação *a priori*. Se o Tribunal for contramajoritário quando deveria ter sido deferente, sua linha de conduta não será defensável. Se ele se arvorar em ser representativo quando não haja omissão do Congresso em atender determinada demanda social, sua ingerência será imprópria. Ou se ele pretender desempenhar um papel iluminista fora das situações excepcionais em que deva, por exceção, se imbuir da função de agente da história, não haverá como absolver seu comportamento. Além disso, cada um dos papeis pode padecer do vício da desemedida ou do

---

[174] Barroso, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito: o triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil. *Jus Navigandi*, nov. 2005. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/7547/neoconstitucionalismo-e-constitucionalizacao-do-direito/2>. Acesso em: 31 mar. 2017.

[175] No caso, Lüth, presidente do Clube de Imprensa de Hamburgo, defendeu, com base no direito constitucional à liberdade de expressão, a legitimidade da convocação de um boicote a um filme dirigido por um cineasta nazista. O cineasta e seus parceiros comerciais, por sua vez, alegavam que o Código Civil Alemão vedava a medida. Na oportunidade em que o caso foi decidido pelo Tribunal Constitucional Federal, o filme já havia sido veiculado e fora um sucesso de bilheteria, de modo que, neste aspecto prático, a decisão tinha baixa repercussão pública. V. COLLINGS, Justin. *Democracy's Guardians: A History of the German Federal Constitutional Court 1951-2001*. Nova Iorque: Oxford University Press, 2015, p. 57-62; NOACK, Frank. *Veit Harlan: The Life and Work of a Nazi Filmmaker*. Lexington: The University Press of Kentucky, 2016.

[176] *S v Makwanyane and Another* (CCT3/94) [1995].

[177] *National Legal Services Authority v. Union of India*, 2014

excesso: o papel contramajoritário pode degenerar em excesso de interveção no espaço da política, dando lugar a uma indesejável ditadura do Judiciário; o papel representativo pode desandar em populismo judicial, que é tão ruim quanto qualquer outro; e a função iluminista tem como antípoda o desempenho eventual de um papel obscurantista, em que a suprema corte ou tribunal constitucional, em lugar de empurrar, atrasa a história.

Felizmente, sociedades democráticas e abertas, com liberdade de expressão, debate público e consciência crítica, costumam ter mecanismos eficientes para evitar esses males. Para que não haja dúvida: sem armas nem a chave do cofre, legitimado apenas por sua autoridade moral, se embaralhar seus papéis ou se os exercer atrabiliariamente, qualquer Tribunal caminhará para o seu ocaso político. Quem quiser se debruçar sobre um *case* de prestígio mal exercido, de capital político malbaratado, basta olhar o que se passou com as Forças Armadas no Brasil de 1964 a 1985. E quantos anos no sereno e com comportamento exemplar têm sido necessários para a recuperação da própria imagem.

V. Conclusão

O presente ensaio procurou explorar alguns temas relevantes e recorrentes do direito constitucional contemporâneo, dentro de um cenário de intensa circulação mundial de ideias, inúmeras publicações específicas e de sucessivos encontros internacionais envolvendo acadêmicos e juízes constitucionais de diferentes países. Cultiva-se, crescentemente, a imagem de um constitucionalismo global. Para evitar ilusões, deve-se registrar, desde logo, que ele não corresponde à criação de uma ordem jurídica única, com órgãos supranacionais destinados a fazê-la cumprir. Esta é uma ambição fora de alcance na quadra atual. Mais realisticamente, constitucionalismo global se traduz na existência de um patrimônio comum de valores, conceitos e instituições que aproximam os países democráticos, criando uma gramática, uma semântica e um conjunto de propósitos comuns.

A título de conclusão, gostaria de destacar alguns pontos específicos desenvolvidos ao longo do texto. O primeiro deles é que judicialização e ativismo judicial não são a mesma coisa. Judicialização significa que algumas das grandes questões políticas, morais e sociais do nosso tempo têm alguns dos seus capítulos decisivos perante os tribunais. Isto se deve ao arranjo

institucional das democracias contemporâneas, que facultam e facilitam o acesso à justiça por diferentes mecanismos. Já o ativismo judicial é uma atitude, uma atuação expansiva do Judiciário, ocupando espaços tradicionalmente percebidos como sendo do Legislativo. A despeito da conotação negativa que o termo assumiu ao longo do tempo, esta intervenção mais abrangente dos tribunais não é necessariamente ruim. Pelo contrário, alguns dos momentos mais importantes do constitucionalismo mundial se deram por uma postura mais ativista das cortes constitucionais. Era boa hora de se encontrar um termo alternativo, que permita distinguir a atuação imprópria do Judiciário da que se dá legitimamente, sobretudo para defesa de direitos fundamentais.

O segundo ponto é que o direito deve, mesmo, ter uma vigorosa pretensão de autonomia em relação à política. Mas esta autonomia será sempre relativa. No tocante à sua *criação*, o Direito é inequivocamente um produto da política, da manifestação de vontade das maiorias. É na *aplicação* do Direito que o distanciamento em relação à política se impõe. Porém, nas sociedades complexas contemporâneas, a lei não é capaz de eliminar um expressivo grau de subjetividade na atuação dos tribunais. Subsistirão sempre ambiguidades, normas que protegem valores contrapostos e desacordos morais. Como consequência, ao menos nos casos difíceis, sempre haverá uma dimensão criativa – e, portanto, inevitavelmente política – nas decisões dos tribunais.

O terceiro ponto é que as democracias contemporâneas são feitas de votos, direitos e razões. Juízes e tribunais, como regra, não dependem de votos, mas vivem da proteção de direitos e do oferecimento de razões. Nesse ambiente, Supremas Cortes e Cortes Constitucionais desempenham três grandes papeis: contramajoritário, quando invalidam atos dos Poderes eleitos; representativo, quando atendem demandas sociais não satisfeitas pelas instâncias políticas; e iluminista, quando promovem avanços civilizatórios independentemente das maiorias políticas circunstanciais. Esta última competência, como intuitivo, deve ser exercida em momentos excepcionais e com grande cautela, pelo risco autoritário que envolve. Mas a proteção de negros, mulheres, homossexuais e minorias em geral não pode mesmo depender de votação majoritária ou pesquisa de opinião.

Por fim, mesmo nos países em que uma Corte dá a última palavra sobre a interpretação da Constituição e a constitucionalidade das leis, tal fato não a transforma no único – nem no principal – foro de debate e de reconhecimento da vontade constitucional a

cada tempo. A jurisdição constitucional deve funcionar como uma etapa da interlocução mais ampla com o legislador e com a esfera pública, sem suprimir ou oprimir a voz das ruas, o movimento social e os canais de expressão da sociedade. Nunca é demais lembrar que o poder emana do povo, não dos juízes.

Referências bibliográficas

ABRAMOVAY, Pedro. *Separação de Poderes e Medidas Provisórias*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012.

ALEXY, Robert. Balancing, Constitutional Review, and Representation. *International journal of constitutional law,* v. 3, n. 4, 2005.

_____. *La institucionalización de la justicia*. Granada: Editorial Comares, 2005.

_____. *A theory of legal argumentation*. Oxford: Oxford University Press, 2010.

ANGELL, Alan Angell; SCHJOLDEN, Line; SIEDER, Rachel (eds.). *The judicialization of politics in Latin America*. New York: Springer, 2005.

ATIENZA, Manuel. *Curso de argumentación jurídica*. Madrid: Trotta, 2012.

BARAK, Aharon. *A Judge on judging:* the role of a Supreme Court in a democracy. *Harvard Law Review*, vol 19, 2002.

BARBOSA, José Carlos. Notas sobre alguns fatores extrajurídicos no julgamento colegiado. *Caderno de doutrina e jurisprudência da escola da magistratura da 15ª Região*, n. 1, p. 79, 2005. Disponível em http://www.bdjur.stj.jus.br/dspace/handle/2011/22668. Acesso em 2 abr 2017

BARCELLOS, Ana Paula de. *Direitos fundamentais e direito à justificativa:* devido procedimento na elaboração normativa. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2016.

BARNETT, Randy E. Constitututional clichés. *Capital university law review,* v. 36, p. 493, 495, 2007.

BARROSO, Luís Roberto. *Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito:* o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil. *Revista de Direito Administrativo,* v. 240, p. 1, 2005.

_____. *Curso de direito constitucional contemporâneo*. São Paulo: Saraiva, 2009.

_____. *Freedom's law*: the moral reading of the American Constitution. Oxford: Oxford University Press, 1996.

_____. *Taking rights seriously*. Cambridge: Harvard University Press, 1997.

_____. Hard cases. *Harvard Law Review,* v. 88, p. 1057, 1975.

ELKINS, Zachary; GINSBURG, Tom Ginsburg; MELTON, James. *The endurance of national constitutions.* Cambridge: Cambridge University Press, 2009.

ELSTER, John**.** *Ulysses and the sirens*. Cambridge: Cambridge University Press, 1979.

ELY, John Hart. *Democracy and distrust*. Cambridge: Harvard University Press, 1980.

EPSTEIN, Lee; WALKER, Thomas G. *Constitutional law for a changing America:* institutional powers and constraints. Washignton: CQ Press, 2016.

EPSTEIN, Lee; KNIGHT, Jack. *The choices justices make*. Washignton: CQ Press, 1998.

FELDMAN, Noah. Why Korematsu is not a Precedent. *The New York Times*, 2016. Disponível em: https://www.nytimes.com/2016/11/21/opinion/why-korematsu-is-not-a-precedent.html?_r=0 Acesso em 18 jan. 2016.

FREIRE. Alonso. O Supremo Tribunal Federal e a migração de ideias constitucionais: considerações sobre a análise comaprativa na interpretação dos direitos fundamentais. In. *Direitos fundamentai*

FRIEDMAN, Barry. The politics of judicial review. *Texas law review,* v. 84, p. 257, 2005.

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

GARDBAUM, Stephen. *The new commonwealth model of constitutionalism: theory and practice*. Cambridge: Cambridge University Press, 2013.

GEWIRTZ, Paul; GOLDER, Chad. So who are the activists?. *New York Times*, op-ed, 2005.

GINSBURG, Tom. Judicial review in new democracies: constitutional courts in Asian cases. Cambridge: Cambridge University Press, 2003.

GINSBURG, Tom Ginsburg; VERSTEEG, Mila. Why do countries adopt constitutional review? *The journal of law, economics & organization,* v. 30, p. 587, 2013.

GRABER, Mark A. The countermajoritarian difficulty: from courts to Congress to constitutional order. *Annual review of law and social science,* v. 4, p. 361-62, 2008.

GRAMSCI, Antonio. *Cadernos do Cárcere.* 1926-1937. Disponível, na versão em espanhol, em http://pt.scribd.com/doc/63460598/Gramsci-Antonio-Cuadernos-de-La-Carcel-Tomo-1-OCR

GREENSPAN, Jesse*. 10 Things You Should Know About Brown v. Board of Education*. 2014.

GRIER Jr., Stephenson. The judicial bookshelf, *Journal of Supreme Court history,* v. 31, p. 306, *2006.*

GRIMM, Dieter. *Constitutionalism: past, present, and future.* Oxford: Oxford University Press*, 2016.*

GUTMANN, Amy; THOMPSON, Dennis. *Why deliberative democracry?* Princeton: Princeton University Press, 2004.

HABERMAS, Jürgen. Law as medium and law as institution. In TEUBNER, Gunther (ed.) *Dilemmas of law in the welfare state*. Walter de Guryter, 1986.

HALL, Kermit L. (ed). *The Oxford companion to the Supreme Court of the United States*. Oxford: Oxford University Press, 2005.

HAMILTON, Alexander; PRAKASH, V. Saikrishna B.; YOO, John C. The origins of judicial review. *The university of Chicago Law Review,* v. 70, p. 887, 2003.

HART, H. L. A. *The concept of the law*. Oxford: Oxford University Press, 1988.

HIRSCHL, Ran. The new constitutionalism and the judicialization of pure politics worldwide, *Fordham Law Review,* v. 75, p. 721, 2006-2007.

_____. The judicialization of politics. In. Keith E et al (ed.). *The Oxford handbook of law and politics*. Oxford: Oxford University Press, 2008.

_____. Towards juristocracy: the origins and consequences of the new constitutionalism. Cambridge: Harvard University Press, 2004.

HOFFER, Peter Charles; HOFFER, Williamjames Hull; HULL, N.E.H. *The Supreme Court: an essential history.* Kansas City: University of Press of Kansas, 2007.

HORTWITZ, Morton J. *The Warren Court and the pursuit of justice*. New York: Hill and Wang, 1998.

HUNEEUS, Alexandra.; COUSO, Javier A.; SIEDER, Rachel (eds.), *Cultures of legality:* judicialization and political activism in Latin America. Cambridge: Cambridge University Press, 2010.

JOST, Kenneth. *The Supreme Court from A to Z*. London: CQ Press, 2012.

KAPISZEWSKI, Diana; SILVERSTEIN, Gordon; KAGAN, Robert A. *Consequential courts*: judicial roles in global perspective**.** Cambridge: Cambridge University Press, 2013.

KELSEN, Hans. La garantie juridicitionnelle de la Constitution. *Revue du droit public,* v. 45, p. 197, 1928.

KING Jr., Martin Luther. The Future of Integration. Palestra apresentada em Oberlin, 1964. In. *"The time is always right to do what's right"*.

KLARMAN, Michael J. The majoritarian judicial review: the entrenchment problem. The *Georgetown Law Journal,* v. 85, p. 49, 1996-1997.

_____. The Supreme Court, 2012 Term - Comment: Windsor and Brown: Marriage Equality and Racial Equality. *Harvard Law Review,* v. 127, p. 143, 2013.

KMIEC, Keenan D. The origin and current meanings of 'judicial activism'. *California Law Review,* v. 92, p. 1441, 2004.

KRAMER, Larry. *The people themselves: popular constitutionalism and judicial review*. Oxford: Oxford University Press, 2004.

LAIN, Corinna Barret. Upside-down Judicial Review. *The Georgetown Law Journal,* v. 101, p. 113, 2012-2013.

LAW, David S. Generic constitutional law. *Minnesota Law Review,* v. 89, p. 652, 2005.

LAW, David S.; VERSTEEG, Mila. The evolution and ideology of global constitutionalism. *California Law Review,* v. 99, p. 1163, 2011.

_____. The declining influence of the United States constitution. *New York University Law Review,* v. 87, p. 762, 2012.

LAW, David S.; VERSTEEG, Mila. The evolution and ideology of global constitutionalism. *California Law Review,* v. 99, p.1163, 2011.

LEPORE, Jill. To have and to hold: reproduction, marriage, and the Constitution. *The New Yorker Magazine*, 2015.

MCCARTHY, Justin. *U.S. Support for Gay Marriage Stable After High Court Ruling*. Disponível em: http://www.gallup.com/poll/184217/support-gay-marriage-stable-high-court-ruling.aspx Acesso em 17 jul. 2015.

MACCORMICK, Neil. *Legal reasoning and legal theory*. Oxford: Clarendon Press, 2003.

MCCLAIN, Linda C.; FLEMING, James E. Constitutionalism, judicial review, and progressive change. *Texas Law Review,* v. 84, p.433, 2005.

MCCLOSKEY, Robert. *The American Supreme Court*. Chicago: University of Chicago Press, 1994.

MELLO, Patricia Perrone Campos. *Nos bastidores do STF*. São Paulo: Gen, 2016.

MENDES, Conrado Hubner. *Constitutional courts and deliberative democracy*. Oxford: Oxford University Press, 2013.

MENDONÇA, Eduardo. *A democracia das massas e a democracia das pessoas:* uma reflexão sobre a dificuldade contramajoritária. Tese (doutorado). Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro. Mimeografada, 2014.

MILL, John Stuart. *On Liberty*. London: Dover Publications, 2002.

MILLER, Mark C. *The view of the courts from the hill: interactions between Congress and the Federal Judiciary*. Charlottesville: University of Virginia Press, 2009.

MORO, Sergio Fernando. A corte exemplar: considerações sobre a Corte de Warren. *Revista da faculdade de direito da UFPR,* v. 36, p.337, 2001.

NEWTON, Jim. *Justice for all:* Earl Warren and the Nation he made. New York: Riverhead Books, 2006.

NOACK, Frank. *Veit Harlan: The Life and Work of a Nazi Filmmaker.* Lexington: The University Press of Kentucky, 2016.

PARRISH, Michael E. Review essay: Earl Warren and the American judicial tradition. *Law & social inquiry*, v. 7, 1982.

PERELMAN, Chaim; OLBRECHTS-TYTECA, Lucie. Tratado da argumentação: a nova retórica. São Paulo: Ed. Martins Fontes, 1996.

PERJU, Vlad. Cosmopolitanism in constitutional law. *Cardozo law review,* v. 35, p. 710, 2013.

POSNER, Richard. *How judges think?* Cambridge: Harvard University Press, 2008.

POST, Robert; SIEGEL, Reva. Roe rage: democratic constitutionalism and backlash. *Harvard Civil Rights and Civil Liberties Law Review,* v. 42, p. 373, 2007.

PRAKASH, Saikrishna B.; YOO, John C. The origins of judicial review. *The university of Chicago Law Review,* v. 70, p. 887, 2003.

QUINT, Peter E. Free Speech and Private Law in German Constitutional Theory. *Maryland Law Review*, v. 48, n. 2, 1989.

RAWLS, John. *Political liberalism*. New York: Columbia University Press, 1996.

RIBEIRO, Gonçalo de Almeida. Judicial activism and fidelity to law**.** In. COUTINHO, Luís Pereira; LA TORRE, Massimo; SMITH, Steven (eds), *Judicial activism:* an interdisciplinary approach to the American and European Experiences. 2015.

RICHTER, Alan; DAVIS, Dennis; SAUNDERS, Cheryl (eds.) *An inquiry into the existence of global values through the lens of comparative constitutional law***.** Oxford: Hart Publishing, 2015.

SACHS, Albie. *The strange alchemy of life and law*. Oxford: Oxford University Press, 2011.

SAYLER, Richard H.; BOYER, Barry B.; GOODING Jr, Robert E. (eds.). *The Warren Court: a critical analysis*. New York: Chelsea House, 1968.

SCHLESINGER; Arthur M. *The Supreme Court:* 1947*. Fortune, jan. 1947*. p. 208, *apud* Keenan D. Kmiec, The origin and current meanings of 'judicial activism', *California Law Review n. 92, p.* 1441, 2004.

SEGAL, Jeffrey A.; SPAETH, Harold J. *The Supreme Court and the attitudinal model revisited*. Cambridge: Cambridge University Press, 2002.

SCHAUER, Frederick. Formalism: legal, constitutional, judicial. In. Whittington, Keith E et al (ed.). *The Oxford handbook of law and politics*. Oxford: Oxford University Press, 2008.

SIEDER, Rachel; SCHJODELN, Line; ANGELL, Alan (eds.). *The judicialization of politics in Latin America*, New York: Palgrave Macmillan, 2005.

SILVERSTEIN, Gordon. *Law's allure: how law shapes, constrains, saves, and kills politics*. Cambridge: Cambrisge University Press, 2009.

SMITH, Steven D. Judicial activism and "reason". In. COUTINHO, Luís Pereira; LA TORRE, Massimo; SMITH, Steven D. *Judicial activism:* an interdisciplinary approach to the American and European Experiences, 2015.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. *Teoria constitucional e democracia deliberativa*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

STONE, Martin; COLEMAN, Jules; SHAPIRO, Scott (Eds), *The Oxford handbook of jurisprudence and philosophy of law*. Oxford: Oxford University Press, 2002.

STRUCHINER, Noel. Posturas interpretativas e modelagem institucional: a dignidade (contingente) do formalismo jurídico. In.: SARMENTO, Daniel. *Filosofia e teoria constitucional contemporâne*a. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

SUNSTEIN, Cass R. Three Civil Rights Fallacies. *California law review,* v. 79, p. 751, 1991.

_____. *One case at a time: judicial minimalism on the Supreme Court*. Cambrigde: Harvard University Press, 1999.

_____. Tilting the scales rightward. *New York Times*, 2001.

_____. Beyond judicial minimalism. *Tulsa Law Review,* v. 43, p. 825, 2007-2008.

SUSTEIN, Cass; VERMEULLE, Adrian. *Interpretation and institutions.* Public Law and Legal Theory Working Paper, 2002.

SUNSTEIN, Cass. et al. *Are judges political?* An empirical analysis of the Federal Judiciary. Washington: Brookings Institution Press, 2006.

SWEET, Alec Stone. *Governing with judges*: constitutional polítics in Europe. Oxford: Oxford University Press, 2000.

_____. Why Europe rejected American judicial review. *Michigan law review,* v. 101, p. 2744, 2003.

TAMAHANA, Brian Z. *Beyond the formalist-realist divide: the role of politics in judging*. Princeton, NJ: Princeton Univesity Press, 2010.

TATE, Neal C.; VALLINDER, Torbjörn (eds.). *The global expansion of judicial power*. New York: New York University Press, 1995.

TAKEI, Carl. The incarceration of Japanese Americans in World War II Does Not Provide a Legal Cover for Muslim Registry. *Los Angeles Times*, 2016. Disponível em: http://www.latimes.com/opinion/op-ed/la-oe-takei-constitutionality-of-japanese-internment-20161127-story.html. Acesso em 18 jan. 2016.

TOCQUEVILLE, Alexis de. *Democracy in America*. Toronto: Everyman's Libraryp, 1990.

TSEBELIS, George. *Veto players: how political institutions work.* Princeton, NJ: Princeton Univesity Press, 2002.

TUSHNET, Mark. *Taking the constitution away from the courts*. Princeton: Princeton University Press, 1999.

_____. *Weak Courts, Strong Rights:* judicial review and social welfare rights in comparative

constitutional law. Princeton, NJ: Princeton University Press, 2003.

VERMEULE, Adrian. Foreword: system effects and the constitution. *Harvard Law Review,* v. 123, p. 4, 2009.

WALDREON, Jeremy. The core of the case against judicial review. *The Yale Law Journal,* v. 115, p. 1346, 2006.

_____. Public reason and 'justification' in the courtroom. *Journal of Law, Philosophy and Culture,* v. 1, p. 108, 2007.

WECHSLER, Herbert. Toward Neutral Principles of Constitutional Law. *Harvard Law Review,* v. 73, p. 1, 1959.

WHITTINGTON, Keith E.; KELEMEN, Daniel R.; CALDEIRA (eds.); Gregory A. *The Oxford handbook of law and politics*. New York: Oxford University Press, 2008.

YEPES, Rodrigo Uprimny. Judicialization of politics in Colombia**.** *International Journal on Human Rights,* v. 6, n. 4, p. 49, 2007.

YOUG, Katherine. *Constituting economic and social rights*. Oxford: Oxford University Press, 2012.

Sobre o autor:

Luís Roberto Barroso
Ministro do Supremo Tribunal Federal. Professor Titular da Universidade do Estado do Rio de Janeiro – UERJ. Mestre em Direito, Yale Law School (1989). Doutor em Direito, UERJ (1990). Visiting Scholar, Harvard Law School ((2011). Professor do Centro Universitário de Brasília (UNICEUB).

O autor é o único responsável pela redação do artigo.