

ATIVISMO E AUTOCONTENÇÃO JUDICIAL NO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE

DIMITRI DIMOULIS¹

SORAYA GASPARETTO LUNARDI²

SUMÁRIO • 1. Introdução – 2. Conceito(s) de ativismo judicial – 3. O minimalismo judicial de James Thayer – 4. Dois argumentos contra o controle judicial de constitucionalidade: 4.1. Subjetivação-moralização; 4.2. Usurpação do poder constituinte reformador – 5. Dois argumentos conciliadores (autocontenção moderada): 5.1. Controle de constitucionalidade sem supremacia judicial; 5.2. Autolimitação do Judiciário – Conclusões – Bibliografia

1. INTRODUÇÃO

O debate sobre o ativismo judicial é muito extenso nos Estados Unidos, onde, até outubro de 2004, haviam sido publicados 3.815 artigos em jornais e revistas jurídicas sobre o tema.³ O ativismo judicial despertou também grande interesse na doutrina constitucional brasileira desde 2000. Além de uma série de artigos,⁴ foram publicados trabalhos acadêmicos especialmente dedicados ao tema, com preocupações prevalentemente teóricas, mas também incluindo análises críticas da atuação ativista do STF.⁵ Além disso, encontramos freqüentes referências em outros

-
1. Doutor e pós-doutor em direito pela Universidade do Sarre (Alemanha). Professor de Graduação e Mestrado da Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getúlio Vargas (Direito GV). Diretor do Instituto Brasileiro de Estudos Constitucionais.
 2. Doutora em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Pós-Doutorado pela Universidade Politécnica de Atenas. Professora de Graduação, Mestrado e Doutorado, Coordenadora da Especialização e do Núcleo de Pesquisa Docente da Instituição Toledo de Ensino (Bauru, SP).
 3. Kmiec, 2004, p. 1442.
 4. Pogrebinschi, 2000; Halis, 2004; Cittadino, 2004; Santos, 2007; Barroso, 2008; Carvalho, 2009; Vieira e Ré, 2009; Tavares, 2009; Coelho, 2010; Dimoulis, 2010; Dimoulis e Lunardi, 2011; cfr. vários estudos em Novelino (org.), 2009.
 5. Ramos, 2010 (livro baseado em tese apresentada para concurso de titularidade da FDUSP); Ribeiro, 2008 (dissertação de mestrado); Leal, 2010 (dissertação de mestrado); Machado, 2008 (dissertação de mestrado); Valle (org.), 2009 (pesquisa coletiva).

estudos que analisam os problemas do ativismo de maneira direta⁶ ou indiretamente, ao se tratar da autocontenção judicial.⁷

O Judiciário pode adotar posturas ativistas em qualquer um de seus campos de atuação. Contudo, neste trabalho trataremos tão somente do ativismo no controle de constitucionalidade. Isso se deve a três razões. Primeiro, porque esse é o principal campo de aplicação do termo internacionalmente e no Brasil. Segundo, porque no controle de constitucionalidade ocorre um evidente embate entre o Judiciário e o Legislativo o que deixa mais claro o fenômeno do ativismo. Terceiro, porque na jurisdição infraconstitucional a atuação do juiz ativista apresenta conotações diferentes. O juiz que procura tutelar o meio ambiente, os interesses das crianças ou dos consumidores em litígios individuais não demonstra tão claramente o ativismo como em uma decisão de controle abstrato de constitucionalidade que modifica a lei ou determina o alcance de sua interpretação.

2. CONCEITO(S) DE ATIVISMO JUDICIAL

O interessado pelo ativismo constata facilmente a falta de delimitação do termo.⁸ Ora, a clareza da definição é pré-requisito de análise dessa prática judicial, especialmente para verificar a pertinência das críticas sobre o ativismo. Como se posicionar perante o ativismo se não se sabe quais magistrados e decisões são ativistas? Enquanto persiste a confusão sobre o termo, prevalecem definições emocionais-políticas que usam o ativismo como termo pejorativo para desqualificar decisões ou tribunais contrárias a certas posições políticas, em particular rejeitando as posturas progressistas dos tribunais. Tais definições não promovem o debate sobre a legitimidade da atuação do Judiciário no controle de constitucionalidade.

Kmiec, em estudo sobre o tema, afirma que o termo *judicial activism* foi empregado pela primeira vez em 1947 pelo historiador e político do partido democrata Arthur Schlesinger Jr. em artigo na Revista *Fortune*. O termo foi utilizado para comentar as linhas de atuação da Suprema Corte na época do *New Deal*: a primeira linha (liderada pelos juízes Douglas e Black) entendia que a Suprema Corte pode desempenhar um papel de efetivação de políticas para a promoção do bem-estar social com base nas

6. Exemplo: Vieira, 2009.

7. Exemplo: Mello, 2004.

8. Sobre esse ponto cfr. Kmiec, 2004, p. 1442; Ramos, 2010, p. 128-129.

concepções políticas dos juizes. A segunda linha (liderada por Jackson e Frankfurter) defendia uma postura de auto-contenção judicial, deixando o cuidado para as políticas públicas aos poderes eleitos pelo povo.⁹

A opção da primeira linha foi denominada pelo autor de ativismo judicial, afirmando que, apesar de seu caráter politicamente progressista, pode representar uma ameaça à democracia, pois as decisões básicas sobre a proteção dos direitos fundamentais e a política social deviam ser tomadas por instituições eleitas democraticamente.¹⁰

Apesar de ter cunhado o termo, aplicando-o à análise das tendências ideológicas da Suprema Corte, Schlesinger não definiu o conceito nem apresentou critérios para classificar uma postura ou decisão no “ativismo”.¹¹ O termo foi retomado em artigos do jurista Edward McWhinney. O autor analisou os dilemas ideológicos e jurídicos da Suprema Corte em decisões que envolvem questões políticas sensíveis. McWhinney criticou os juizes ativistas por não serem politicamente preparados e legitimados a traduzir anseios da comunidade nesses assuntos.¹²

Em outro texto, McWhinney criticou a indeterminação dos termos “ativismo judicial” e “autocontenção judicial” (*judicial self-restraint*), assim como seu caráter simplista que não permite classificar as decisões e posturas da Suprema Corte dos EUA, na qual não há contraposições frontais, mas diferenças sutis no aspecto temporal (em qual momento um juiz se mostra ativista) e no aspecto temático (em quais temas mostra-se ativista certo juiz).¹³ Críticas parecidas às distorções e simplificações do suposto embate entre ativistas e passivistas encontramos em artigo publicado em 1959 pelo professor de direito penal Sanford Kadish que considera essa contraposição como “melodrama” que não leva em consideração a complexidade e a tecnicidade do ofício de julgar.¹⁴

A busca por uma definição do termo mostra que, apesar da multiplicidade e das incertezas,¹⁵ há duas alternativas de definição para quem não deseja utilizar o termo de maneira emocional.

Uma primeira vertente é de cunho *quantitativo*. Identifica como ativistas os juizes que intervêm demasiadamente nas decisões dos demais

9. Kmiec, 2004, p. 1446-1448.

10. Kmiec, 2004, p. 1447.

11. Kmiec, 2004, p. 1450.

12. Kmiec, 2004, p. 1452.

13. McWhinney, 1958, p. 790-794. Cfr. os comentários em Kmiec, 2004.

14. Kadish, 1959, p. 467.

15. Detalhadamente Dimoulis e Lunardi, 2011.

poderes, afetando sua separação e equilíbrio. Essa visão quantitativa não convence. Quem e como define em quais casos o juiz intervém “pouco” ou “muito”? Ainda que se estabeleça um quadro comparativo no tempo e entre países, mostrando uma atividade particularmente intensa em certo período ou país, isso não permite concluir algo sobre o “ativismo”, pois o grande número de declarações de inconstitucionalidade não significa que um tribunal seja ativista. Sua atividade intensa pode ser consequência da atuação sistemática do legislador em desrespeito à Constituição ou da amplitude das competências judiciais em certo ordenamento. Não se pode chamar de “ativista” um médico que atende muitos pacientes durante uma epidemia!

A segunda forma de definição é a *qualitativa*. Não interessa a frequência da intervenção e sim o critério de atuação (ou de não atuação) do juiz. Essa perspectiva é promissora, mas exige que sejam formulados critérios claros, deduzidos de uma teoria de interpretação do direito. Tais critérios não foram formulados na doutrina consultada.¹⁶ Isso se deve à dificuldade de distinguir entre ativismo qualitativo e atuação inconstitucional-ilegal do julgador. Aquele que atua além dos limites constitucionalmente estabelecidos contraria a Constituição e abandona o papel de seu guardião. Em tais casos, quem se refere ao ativismo usa um eufemismo para a violação do direito.

Essas observações em torno da definição indicam que o termo “ativismo judicial”, apesar de amplamente utilizado em debates jurídicos e políticos, esconde sérios problemas teóricos. No presente texto faremos referências ao que difusa e confusamente se denomina de ativismo a partir de uma perspectiva teórica diferente: apresentaremos algumas formas de *autocontenção* do Judiciário como contraponto ao ativismo, em vista de problemas apontados pelas teorias sobre a legitimidade da justiça constitucional.

3. O MINIMALISMO JUDICIAL DE JAMES THAYER

Em 1893, James Bradley Thayer, professor de direito em Harvard, publicou um trabalho intitulado “Origem e finalidade da doutrina americana do direito constitucional”. O texto influenciou muitos doutrinadores e magistrados e sendo objeto de debate até hoje.¹⁷

16. Analisamos a questão em Dimoulis e Lunardi, 2011.

17. Recente defesa da posição thayeriana (com algumas ressalvas) em Perry, 2007.

Thayer criticava a prática de controle judicial de constitucionalidade de sua época, recomendando a postura conhecida como minimalismo judicial (*judicial minimalism*)¹⁸ ou autocontenção (*self-restraint*).¹⁹ Entre os seus argumentos destacamos os seguintes:

- *Argumento literal.* As Constituições estaduais nos EUA não atribuem aos juízes o poder de controlar a constitucionalidade das leis estaduais. Esse poder é deduzido de maneira implícita.²⁰
- *Argumento da limitada competência do Judiciário.* Os juízes só podem fiscalizar a constitucionalidade para resolver um caso concreto e não para anular leis. Esse poder só cabe ao Legislativo, sob pena de violar a separação de poderes.²¹
- *Argumento da indeterminação constitucional e da abertura interpretativa.* A interpretação da Constituição não pode ser literal e acadêmica. Deve ser *política*. Como as normas constitucionais são vagas, há varias possibilidades de interpretação razoável. Não é tarefa do Judiciário estabelecer o “verdadeiro significado” da Constituição.²² Somente o Legislativo, eleito pelo povo, pode escolher a interpretação mais conveniente, conforme o interesse da Nação,²³ editando as leis que considerar “prudentes” ou “razoáveis”.²⁴
- *Argumento da deferência.* O controle judicial da constitucionalidade é imprescindível. Caso contrário não haveria garantia de que o legislador efetivamente se submeta à Constituição. Mas essa competência do Judiciário conhece fortes limitações. O Judiciário só pode declarar a inconstitucionalidade se for “manifesta”, situada “além de qualquer razoável dúvida”, “evidente e clara”, “muito clara”, “inequívoca”, “inquestionável”.²⁵

A doutrina da *inconstitucionalidade manifesta* exige que o Judiciário mostre sua “deferência” ou “respeito” ao Legislativo. Só pode anular uma lei se for evidente que o legislador cometeu um erro ao criar a lei inconstitucional.²⁶ Nessa perspectiva, cabe ao Judiciário fixar “o limite externo”

18. Perry, 1994, p. 54-115.

19. Peretti, 1999, p. 52-53.

20. Thayer, 1893, p. 129.

21. Thayer, 1893, p. 135.

22. Thayer, 1893, p. 150.

23. Thayer, 1893, p. 136-138, 144.

24. Thayer, 1893, p. 148.

25. Thayer, 1893, p. 139-141, 144, 151.

26. Thayer, 1893, p. 142, 149.

que a Constituição impõe ao Legislativo.²⁷ Se avançassem mais, os magistrados excederiam seus poderes, legislando negativamente, mediante a anulação de leis.²⁸

- *Crítica ao paternalismo judicial.* Thayer considera que nos ordenamentos jurídicos que conhecem o controle judicial de constitucionalidade, os legisladores não se preocupam muito com questões constitucionais, pensando que se a lei for inconstitucional o Judiciário fará a devida intervenção. Se o Judiciário limitasse suas intervenções nesse campo, os legisladores atuariam com maior responsabilidade, preocupando-se mais com “questões de justiça e de direitos”, como ocorre na Inglaterra e em outros países sem controle judicial da constitucionalidade.²⁹

4. DOIS ARGUMENTOS CONTRA O CONTROLE JUDICIAL DE CONSTITUCIONALIDADE

A proposta de Thayer influenciou os críticos do controle judicial de constitucionalidade.³⁰ Entre os argumentos dos críticos podemos destacar dois.

4.1. Subjetivação-moralização

Os adeptos do controle judicial da constitucionalidade fazem duas opções teóricas que os críticos consideram equivocadas:

- Adesão à teoria dos princípios jurídicos que são considerados como normas de estrutura diferente daquela das regras jurídicas. Essa teoria introduz elementos morais à interpretação jurídica (“leitura moral da Constituição”). Permite que o julgador concretize os princípios mediante considerações sobre seu valor e importância. Dessa forma, o julgador pode descartar como inconstitucional aquilo que lhe parece moralmente equivocado ou socialmente indesejável.
- Adesão à teoria do balanceamento/ponderação de direitos fundamentais que permite declarar a inconstitucionalidade de certas opções legislativas porque seriam insuficientes para proteger um direito fundamental³¹ ou, ao contrário, porque ofereceriam proteção excessiva,

27. Thayer, 1893, p. 148.

28. Thayer, 1893, p. 150, 152.

29. Thayer, 1893, p. 155-156. Cfr. Fayt, 2006, p. 134-136.

30. Lacharière, 1980; Maus 1989 e 2000; Tushnet, 1999, 2000, 2008; Hirschl, 2004; Kramer, 2004; Waldron, 2006, p. 1376-1401.

31. Exemplo: não foi editada lei para tutelar a propriedade intelectual “pirateada” na internet (inconstitucionalidade em razão da insuficiência).

prejudicando outros direitos fundamentais.³² Essa construção permite ao Judiciário tomar decisões que, antes, eram monopolizadas pelo Legislativo. O Judiciário passa a verificar as ponderações feitas pelo legislador, realizando novas análises políticas e procurando a melhor solução, conforme sua opinião.

Essas opções teóricas são rejeitadas pelos críticos que as consideram como meio para aumentar o poder dos juízes, em detrimento de órgãos eleitos pelo voto popular e estão mais preparados para tomar decisões em temas políticos ou de alta complexidade técnica. O texto constitucional é aberto e vago (baixa densidade normativa). Isso equivale, segundo os críticos, à decisão de encarregar o Legislador e o Executivo da concretização de normas abstratas de maneira discricionária. Essa decisão do constituinte limita a amplitude e a profundidade do controle judicial, pois em muitos casos faltam critérios constitucionais objetivos para invalidar a opção do legislador.³³ Essa é a tese central do *minimalismo judicial*.³⁴

Na visão dos críticos, os “sábios” juízes constitucionais podem confiscar o poder dos representantes do povo e isso nos faria voltar à ideologia do período feudal. O ideal moderno da democracia sugere, ao contrário, a emancipação dos cidadãos, liberando-se do paternalismo dos “sábios e iluminados”.³⁵

4.2. Usurpação do poder constituinte reformador

A reforma constitucional constitui a forma mais eficiente e direta para afastar um dispositivo inconstitucional. Pergunta-se se tal reforma pode ser submetida à fiscalização de sua constitucionalidade pelo Judiciário. Se negarmos essa competência, a rigidez constitucional fica comprometida. Por outro lado, se respondermos que o Judiciário pode controlar as reformas constitucionais, o poder constituinte reformador transforma-se em poder constituído. Nesse caso, o Judiciário usurparia o poder constituinte reformador.

Com efeito, quem afirma que o Judiciário deve controlar a constitucionalidade das decisões do Legislativo, para impedir eventuais abusos,

32. Exemplo: a lei pune com prisão de 40 anos quem violar direitos de propriedade intelectual, afetando demasiadamente o direito à liberdade do infrator (inconstitucionalidade em razão do excesso).

33. Amado, 2007; Dimoulis e Martins, 2007, p. 224-232.

34. Sobre as várias versões do minimalismo judicial, cfr. Vermeule, 2006; Peters, 2000; Dimoulis, 2010.

35. Maus, 2000.

deve indicar quem fiscalizará o próprio Judiciário que se apresenta como guardião da Constituição. Pois, como dizia Carl Schmitt, “o guardião da Constituição torna-se facilmente seu Senhor”.³⁶

5. DOIS ARGUMENTOS CONCILIADORES (AUTOCONTENÇÃO MODERADA)

No debate atual são poucos os autores que sugerem a abolição do controle judicial de constitucionalidade. Mas, ao mesmo tempo, está clara a preocupação com os seus limites. Isso faz surgir opiniões intermediárias que tentam conciliar a necessidade da justiça constitucional com formas de limitação ou tentativas de modificar sua atuação.

5.1. CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE SEM SUPREMACIA JUDICIAL

Se todos os fiscais da Constituição interpretam a mesma Constituição como se explicam as contínuas divergências de opinião? Do ponto de vista da teoria do direito, essas divergências são devidas a três fatores.

Primeiro, aos interesses políticos conflitantes que influenciam as decisões dos aplicadores. Dando um exemplo simples. O estudante que deve dez reais ao seu colega de sala dificilmente negará a dívida. O empresário que deve dez milhões de reais à Previdência Social encontrará dezenas de argumentos jurídicos para questionar sua dívida.

Segundo, à baixa densidade normativa da maioria dos dispositivos constitucionais que favorece a apresentação de variados argumentos a favor ou contra determinada tese.

Terceiro, à falta de consenso sobre os métodos de interpretação jurídica, sendo possível embasar entendimentos divergentes em métodos diferentes.

Essas discrepâncias estruturais mostram que não seria prudente confiar em um único fiscal a tarefa de decidir definitivamente sobre a constitucionalidade de normas, isto é, confiar-lhe o direito-dever de acertar ou de errar de maneira definitiva. Parece preferível manter a pluralidade dos fiscais da Constituição em situação de equivalência, seguindo um ensinamento básico da teoria de separação de poderes que recomenda a existência de múltiplos e recíprocos controles.

36. Schmitt, 1931, p. 7.

Apesar disso, é muito difundida a opinião que a Corte constitucional possui o poder da última palavra em temas constitucionais.³⁷ Essa opinião faz parte do arsenal argumentativo das próprias Cortes. O STF se considera “árbitro definitivo da constitucionalidade das leis”.³⁸ Entende que sua função “de ‘guarda da Constituição’ (CF, art. 102 ‘caput’), confere-lhe o *monopólio da última palavra* em tema de exegese das normas positivadas no texto da Lei Fundamental”.³⁹ E com uma formulação mais simples: “Somos os únicos da República, conforme dito várias vezes aqui, que podemos errar por último”.⁴⁰

A tese da “última palavra” é adotada por alguns autores como forma de ordenação e pacificação definitiva das relações jurídicas, propiciando segurança jurídica.⁴¹ Outros juristas indicam o risco de violação do princípio democrático, caso os julgadores se sobreponham às autoridades legitimadas pelo voto popular, despolitizando o direito público⁴² e transformando a democracia representativa em “governo de juízes”⁴³ ou em “juristocracia”.⁴⁴

Nos EUA, os críticos do controle judicial lamentam a confusão entre o exercício do controle judicial e a tese da “supremacia judicial”. Temos supremacia judicial quando o Judiciário reivindica não somente o exercício de suas competências, mas também o poder da última palavra (*the final say*). Ao fazer isso, o Judiciário não respeita as divergentes interpretações constitucionais dadas pelos demais poderes no legítimo exercício de suas competências, mas insiste que só ele pode enunciar a “lei suprema” mediante interpretação.

Os críticos consideram, ao contrário, que é necessário entender e aplicar o direito constitucional com base na *equivalência* dos poderes estatais em assuntos de interpretação constitucional. É a tese conhecida como *departmentalism* ou *nonsupremacy*.⁴⁵ Isso permitiria preservar o

37. Buzaid, 1958, p. 36; Bercovici, 2003, p. 125; Mendes, 2008.

38. Agravo Regimental no Recurso extraordinário 433.101, rel. Min. Sepúlveda Pertence, julg. 6-12-2005.

39. Medida cautelar na Reclamação 2.986, rel. Min. Celso de Mello, julg. 11-3-2005, despacho do Relator.

40. Observação do Min. Nelson Jobim na Medida Cautelar da ADIn 2.223, rel. Min. Maurício Corrêa, julg. 10-10-2002.

41. Böckenförde, 1999, p. 159.

42. Lima, 2003; Bercovici, 2007.

43. Bibliografia em Davis, 1987.

44. Hirsch, 2004.

45. Tushnet, 2000, p. 25-28; Tushnet, 2005a, p. 6-9; Friedman, 2005, p. 68; aceitação parcial dessa tese em Tribe, 2000, p. 254-267.

poder do povo contra um possível “despotismo” do Judiciário, mostrando que todas as interpretações dadas por poderes estatais são igualmente respeitáveis, cada uma em seu momento e âmbito de competência.⁴⁶

Juridicamente, tal poder de última palavra *inexiste* no Brasil e em muitos outros países, onde o Legislador não é vinculado pelas declarações judiciais de inconstitucionalidade. E ainda que o legislador se submetesse a elas, como ocorre na Colômbia,⁴⁷ seria sempre possível ele aprovar uma Emenda constitucional para reverter decisões do Judiciário. Também seria possível o Legislativo aprovar lei idêntica após certo prazo, na expectativa de que a mudança na composição da Corte e no contexto político modifique a orientação jurisprudencial.

Isso gera riscos de insegurança e de instabilidade institucional, mas apresenta uma forte vantagem: afasta o autoritarismo que consistiria na criação de um Estado judicial (*Jurisdiktionstaat*) ou na supremacia plena do “Estado legislativo” (*Gesetzgebungsstaat*).⁴⁸

5.2. Autolimitação do Judiciário

O segundo argumento conciliador é quantitativo e bem próximo à visão de Thayer. Exige-se que os juízes evitem intromissões intensas e freqüentes na esfera de liberdade do legislador. Trata-se da doutrina da autocontenção (*self-restraint*) do Judiciário, fortemente presente nos Estados Unidos. Critério básico é o requisito de inconstitucionalidade clara-evidente, aplicando-se a “regra do caso duvidoso”. Na dúvida, prevalece a opção do legislador, devendo o julgador abster-se de declarar a inconstitucionalidade: *in dubio pro legislatore*.⁴⁹

Nos EUA, a autolimitação judicial se manifesta, em primeiro lugar, em relação ao objeto de controle. Os tribunais não fiscalizam as Emendas constitucionais,⁵⁰ nem questões políticas e se abstêm do controle em certos casos (limites de justiciabilidade).⁵¹ A autocontenção se manifesta, em segundo lugar, nos resultados do controle de constitucionalidade. Em mais de 200 anos de atuação fiscalizadora, a Suprema Corte dos EUA só declarou a inconstitucionalidade de aproximadamente 150 leis federais.⁵²

46. Waldron, 2000, p. 62.

47. Alcalá, 2005, p. 307.

48. Essa contraposição se encontra em Schmitt, 1931, p. 76-77.

49. Amado, 2007, p. 242.

50. Tribe, 2000, p. 103-106, 110-117.

51. Tribe, 2000, p. 324-329, 365-385.

52. Fine, 2007, p. 371.

A doutrina da autocontenção adota uma concepção *modesta* do papel do Judiciário que impede intervenções em matérias politicamente controvertidas, tentando não transformar as Cortes em instância que permitirá aos derrotados da luta política anular a vitória da maioria, em nome de considerações subjetivas sobre as “melhores” soluções. Nos EUA, tradicionalmente, os tribunais se consideravam guardiões da letra da Constituição e não árbitros do confronto político. Essa posição mudou no decorrer do século XX, tendo adotado os tribunais em vários casos a postura que muitos doutrinadores apelidam de *ativismo judicial*.⁵³

Na substância, a proposta thayeriana de autolimitação do Judiciário apresenta um argumento quantitativo, simétrica àquela do ativismo quantitativo comentado no início de nosso texto. Segundo a visão da autolimitação quantitativa, o Judiciário não pode permanecer sem reação perante claras violações da Constituição pelos legisladores. Essa seria uma postura *passivista* que faria o juiz abdicar de seu papel. Por outro lado, o juiz tampouco deve ser *ativista*, intervindo demasiadamente em problemas políticos julgados pelo legislador. O juiz que afasta ou até reformula as leis com base em seus entendimentos pessoais em casos controvertidos, ultrapassa o limite de suas competências e fere a separação de poderes. Evitando tanto o passivismo como o ativismo o juiz deve encontrar uma espécie de equilíbrio indicado pela tese da autolimitação.⁵⁴

Essa tese tem plausibilidade para o senso comum porque invoca o ideal da moderação. Mas carece de embasamento jurídico, pois não há dispositivo que impõe aos tribunais declarar a inconstitucionalidade só em casos excepcionais ou manifestos. Se a norma for considerada inconstitucional é obrigação do juiz censurá-la, independentemente da maior ou menor “clareza” na violação da Constituição e sem dever de ser “moderado”.

Além disso – e conforme já comentado – a tese da autocontenção carece de rigor teórico, pois, a doutrina não oferece critérios para decidir quando a violação tem caráter claro ou manifesto, isto é, não oferece critérios para encontrar o equilíbrio desejável entre ativismo e passivismo. Aquilo que para um julgador é duvidoso pode ser claro para um outro e vice-versa.

53. Sobre essa mudança de orientação da jurisprudência constitucional nos EUA, cf. Nelson, 2000, p. 82-83; Griffin, 2005, p. 110-111.

54. Ramos, 2010, p. 128-137.

CONCLUSÕES

O presente texto não buscou apresentar respostas definitivas sobre o conteúdo do ativismo ou mesmo a forma correta de atuação do Judiciário. Mas é possível formular algumas conclusões.

Primeiro. O termo ativismo é utilizado, desde meados do século XX, com o intuito de criticar a atuação dos juízes que interferem, com critérios subjetivos, em questões sociais controvertidas que deveriam ser decididas pelo poderes legitimados pelo voto popular.

Segundo. O termo nunca possuiu um significado unívoco, podendo designar, também, a intensa atividade do Judiciário, sua intervenção em casos duvidosos ou claramente políticos, a amplitude e forte intensidade dos efeitos das decisões judiciais, assim como o protagonismo do juiz no processo.

Terceiro. Torna-se impossível a delimitação conceitual exata do ativismo, pelo menos no campo do controle de constitucionalidade. O critério quantitativo (frequência das declarações de inconstitucionalidade) é insatisfatório e faltam critérios qualitativos para identificar magistrados ou decisões ativistas. Mas apesar dos problemas conceituais, o termo é muito utilizado nos debates sobre a legitimidade da justiça constitucional, ao discutir seus limites.

Quarto. As críticas a posturas tidas como ativistas que apresentamos no presente texto adotam a perspectiva da autocontenção judicial. A autocontenção objetiva equilibrar o poder conferido ao Judiciário com variadas formas de limitação material e processual de suas competências, assim como mediante sua fiscalização pelos demais poderes.

Em suas formas moderadas, aqui expostas ao apresentar argumentos conciliadores de tendências extremas, a doutrina da autocontenção alerta o operador do direito sobre dois pontos fundamentais. O primeiro é a ausência de hierarquia entre os princípios de organização do Estado e os direitos fundamentais garantidos no texto constitucional. Não há supremacia nem poder de “última palavra” de certa autoridade estatal, nem existe uma presunção genérica a favor do indivíduo e contra o Estado em casos de conflito.

Além disso, a doutrina da autocontenção indica as incertezas e o subjetivismo dos juízos de “ponderação” que dificultam a decisão sobre a inconstitucionalidade e indicam a necessidade de cautela dos magistrados. Se o julgador não puder fundamentar plenamente a inconstitucionalida-

de, deve aceitar a decisão do poder que possui a competência primária em cada caso. Dito de outra maneira, *a doutrina da autocontenção convida os julgadores a abster-se de um juízo de inconstitucionalidade que não possui plena justificativa e compromete o equilíbrio entre os poderes estatais.*

BIBLIOGRAFIA

- ALCALÁ, Humberto Nogueira. La justicia y los tribunales constitucionales de Indoiberoamerica del Sur. Santiago: LexisNexis, 2005.
- AMADO, Juan Antonio García. Derechos y pretextos. Elementos de crítica ao neoconstitucionalismo. In CARBONELL, Miguel (org.). Teoría del neoconstitucionalismo. Ensayos escogidos. Madrid: Trotta, 2007, p. 237-264.
- BARROSO, Luis Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. <http://www.oab.org.br/oabeditora/users/revista/1235066670174218181901.pdf> (2008).
- BERCOVICI, Gilberto. A Constituição dirigente e a crise da teoria da Constituição. In SOUZA Neto, Cláudio Pereira et al. Teoria da Constituição. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, p. 75-150.
- BICKEL, Alexander. The least dangerous branch. The Supreme Court at the bar of politics. Indianapolis: Bobbs-Merrill, 1962.
- BÖCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang. Staat, Nation, Europa. Studien zur Staatslehre, Verfassungstheorie und Rechtsphilosophie. Frankfurt/M.: Suhrkamp, 1999.
- BUZAID, Alfredo. Da ação direta de declaração de inconstitucionalidade no direito brasileiro. São Paulo: Saraiva, 1958.
- CARVALHO, Carlos Eduardo Araújo de. Ativismo judicial em crise. <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=12781> (2009).
- CITTADINO, Gisele. Poder Judiciário, ativismo judiciário e democracia. ALCEU, n. 9, 2004, p. 105-113.
- COELHO, Inocêncio Mártires. Ativismo judicial ou criação judicial do direito? <http://www.osconstitucionalistas.com.br/ativismo-judicial-ou-criacao-judicial-do-direito>, 2010.
- DAVIS, Michael. A government of judges: An historical re-view. American Journal of Comparative Law, v. 35, 1987, p. 559-580.
- DIMOULIS, Dimitri. Além do ativismo e do minimalismo judicial no campo dos direitos fundamentais. Justificação jurídica de decisões e competências. In FRANCISCO, José Carlos (org.). Neoconstitucionalismo. 2010 (no prelo).
- DIMOULIS, Dimitri; LUNARDI, Soraya. Ativismo judicial no controle de constitucionalidade. Definições quantitativas e qualitativas. Texto inédito, 2011.
- DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. Teoria geral dos direitos fundamentais. São Paulo: RT, 2007.
- FAYT, Carlos Santiago. La Corte Suprema y la evolución de su jurisprudencia. Buenos Aires: La Ley, 2004.
- FINE, Toni. O controle judicial de constitucionalidade nos Estados Unidos. In TAVARES, André Ramos (orgs.). Justiça constitucional. Belo Horizonte: Fórum, 2007, p. 347-381.

- FRIEDMAN, Barry. The Myths of Marbury. In TUSHNET, Mark (org.). *Arguing Marbury vs. Madison*. Stanford: Stanford University Press, 2005, p. 65-87.
- GRIFFIN, Stephen. The age of Marbury: judicial review in a democracy of rights. In TUSHNET, Mark (org.). *Arguing Marbury vs. Madison*. Stanford: Stanford University Press, 2005, p. 104-146.
- HALIS, Denis de Castro. A supremacia judicial em debate. *Ativismo, fabricação de decisões e democracia*. *Direito, Estado e Sociedade*, n. 24, 2004, p. 32-66.
- HIRSCHL, Ran. *Towards juristocracy. The origins and consequences of the new constitutionalism*. Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 2004.
- KADISH, Sanford. A note on judicial activism. *Utah Law Review*, v. 6, 1959, p. 467-471.
- KMIEC, Keenan. The origin and current meanings of "judicial activism". *California Law Review*, v. 92, 2004, p. 1441-1476.
- KRAMER, Larry. *The People themselves. Popular constitutionalism and judicial review*. Oxford: Oxford University Press, 2004.
- LACHARIÈRE, René de. *Opinion dissidente*. *Pouvoirs*, n. 13, 1980, p. 133-150.
- LEAL, Saul Tourinho. *Ativismo ou altivez? O outro lado do Supremo Tribunal Federal*. Belo Horizonte: Fórum, 2010.
- LIMA, Martonio Mont'Alverne Barreto. *Jurisdição constitucional; um problema de teoria da democracia política*. In SOUZA Neto, Cláudio Pereira et al. *Teoria da Constituição*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, p. 199-261.
- MACHADO, Joana de Souza. *Ativismo judicial no Supremo Tribunal Federal*. Dissertação de Mestrado em Direito, PUC-Rio, Rio de Janeiro, 2008.
- MAUS Ingeborg. O Judiciário como superego da sociedade sobre o papel da atividade jurisprudencial na "sociedade órfã". *Revista Novos Estudos CEBRAP*, n. 58, 2000, p. 183-202.
- MAUS, Ingeborg. *Die Trennung von Recht und Moral als Begrenzung des Rechts*. *Rechtstheorie*, n. 20, 1989, p. 191-210.
- McWHINNEY, Edward. The great debate. Activism and self-restraint and current dilemmas in judicial policy-making. *New York University Law Review*, v. 33, 1958, p. 775-795.
- MELLO, Cláudio Ari. *Democracia constitucional e direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.
- MENDES, Conrado Hübner. *Controle de constitucionalidade e democracia*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.
- NELSON, William. *Marbury v. Madison. The origins and legacy of judicial review*. Lawrence: University Press of Kansas, 2000.
- NOVELINO, Marcelo (org.). *Leituras Complementares de Direito Constitucional. Teoria da Constituição*. Salvador: Juspodivm, 2009.
- PERETTI, Terri Jennings. *In defense of a political court*. Princeton: Princeton University Press, 1999.
- PERRY, Michael. *Direitos humanos constitucionalmente institucionalizados e a Suprema Corte Americana: da deferência thayeriana*. *Revista brasileira de estudos constitucionais*, n. 2, 2007, p. 113-126.
- PERRY, Michael. *The Constitution in the courts. Law or politics?* New York: Oxford University Press, 1994.

- PETERS, Christopher. Assessing the new judicial minimalism. *Columbia Law Review*, v. 100, 2000, p. 1454-1537.
- POGREBINSCHI, Thamy. Ativismo judicial e direito: considerações sobre o debate contemporâneo. *Direito. Estado e Sociedade*, n. 17, 2000, p. 121-143.
- RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo judicial. Parâmetros dogmáticos*. São Paulo: Saraiva, 2010.
- RIBEIRO, Isabela Lessa de Azevedo Pinto. *Ativismo judicial. Dissertação de Mestrado em Direito*, Unicap, Recife, 2008.
- SANTOS, Tiago Neiva. **Ativismo** judicial: uma visão democrática sobre o aspecto político da jurisdição constitucional. *Revista de Informação Legislativa*, n. 173, 2007, p. 271-284.
- SCHMITT, Carl. *Der Hüter der Verfassung*. Tübingen: Mohr, 1931.
- TAVARES, André Ramos. Justiça constitucional. Superando as teses do “legislador negativo” e do ativismo de caráter jurisdicional. In MAC-GREGOR, Eduardo Ferrer; LARREA, Arturo Zaldívar Lelo de (orgs.). *Estudos de direito processual constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 197-217.
- MCWHINNEY, Edward, *The Supreme Court and the Dilemma of Judicial Policy-Making*, 39 *Minn. L. Rev.* 837, 837 1955.
- THAYER, James Bradley. The **origin and scope** of the American doctrine of constitutional law. *Harvard Law Review*, v. 7, 1893, p. 129-156.
- TRIBE, Laurence. *American constitutional law*. V. 1, New York: Foundation Press, 2000.
- TUSHNET, Mark. Introduction. In TUSHNET, Mark (org.). *Arguing Marbury vs. Madison*. Stanford: Stanford University Press, 2005a, p. 1-9.
- TUSHNET, Mark. *Marbury vs. Madison and the theory of judicial supremacy*. In GEORGE, Robert (org.). *Great cases in constitutional law*. Princeton: Princeton University Press, 2000, p. 17-54.
- TUSHNET, Mark. *Taking the Constitution away from the Courts*. Princeton: Princeton University Press, 1999.
- TUSHNET, Mark. *Weak Courts, strong rights*. Princeton: Princeton University Press, 2008.
- VALLE, Vanice Regina Lírio do (org.). *Ativismo jurisdicional e o Supremo Tribunal Federal*. Curitiba: Juruá, 2009.
- VERMEULE, Adrian. *Judging under uncertainty. An institutional theory of legal interpretation*. Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 2006.
- VIEIRA, José Ribas; RÉ, Mônica Campos. *Ativismo tem de ser dosado para respeitar maiorias*. <http://www.conjur.com.br/2009-mai-24/preciso-dosar-ativismo-nao-desrespeitar-decisoes-maiorias>, 2009.
- VIEIRA, Oscar Vilhena. *Supremocracia*. *Revista Direito GV*, n. 8, 2008, p. 441-463.
- WALDRON, Jeremy. “Despotism in some form”. *Marbury vs. Madison*. In GEORGE, Robert (org.). *Great cases in constitutional law*. Princeton: Princeton University Press, 2000, p. 55-63.
- WALDRON, Jeremy. *The core of the case against judicial review*. *The Yale law journal*, v. 115, 2006, p. 1346-1406.