
ATIVISMO JUDICIAL NO BRASIL E A IMPORTÂNCIA DA EXPERIÊNCIA NORTE-AMERICANA EM HERMENÊUTICA CONSTITUCIONAL

*JUDICIAL ACTIVISM IN BRAZIL AND THE IMPORTANCE OF THE
AMERICAN EXPERIENCE IN CONSTITUTIONAL HERMENEUTICS*

Rafael Machado de Oliveira

Procurador Federal

Especialista em Direito Público pela Universidade de Brasília – UNB

Introdução; 1 Interpretação constitucional íntegra na visão de Ronald Dworkin; 2 A colaboração de John Hart Ely e sua teoria procedimentalista no controle de constitucionalidade; 3 A crítica de Jeremy Waldron ao controle jurisdicional de constitucionalidade; 4 Considerações finais; Referências.

RESUMO: Este artigo tem com objetivo fomentar o debate sobre o fenômeno do ativismo judicial no Brasil e a colaboração da teoria constitucional norte-americana moderna, como paradigma de interpretação jurídica para o aperfeiçoamento do sistema de freios e contrapesos na democracia brasileira.

PALAVRAS-CHAVE: Ativismo Judicial. Autocontenção. Controle de Constitucionalidade. Hermenêutica Constitucional. Direito Norte-Americano.

ABSTRACT: This article is an attempt to encourage debate on the phenomenon of judicial activism in Brazil and the cooperation of American constitutional theory, modern paradigm of legal interpretation as to improve the system of checks and balances in Brazilian democracy.

KEYWORDS: Judicial Activism. Self-Restraint. Control of Constitutionality. Constitutional Hermeneutics. U.S. Law

INTRODUÇÃO

Há um antigo debate em voga nos últimos dez anos no âmbito do Poder Judiciário do Brasil. É que de lá para cá, os juízes e especialmente o Supremo Tribunal Federal passaram a ser mais ativos, suprimindo lacunas deixadas pelo Poder Legislativo ou mesmo criando novos direitos a partir da base constitucional.

Seja em temas de alta relevância política, como a instituição da fidelidade partidária e a criação de normas para demarcação de reservas indígenas, até na implementação de direitos sociais como saúde e previdência social, o Judiciário têm inovado a ordem jurídica exercendo poder normativo, substituindo o papel constitucionalmente reservado ao Poder Legislativo. Trata-se da já conhecida prática do ativismo judicial.

Pretende-se nestas sucintas linhas estabelecer conexões iniciais entre o ativismo judicial, tido aqui como fenômeno hermenêutico, e as lições do constitucionalismo norte-americano para compatibilizar o sistema de *checks and balances* com o controle jurisdicional de constitucionalidade, o *judicial review of legislation*.

A análise do tema perpassa a dicotomia entre ativismo e autocontenção, e nesse aspecto o desenvolvimento do constitucionalismo norte-americano tem muito a contribuir para o aperfeiçoamento da democracia brasileira no que toca ao harmônico funcionamento do sistema de separação de poderes.

É exatamente na preocupação com a desarmonia entre os poderes que se ampara a crítica ao ativismo judicial atualmente praticado no Brasil, especialmente pelo Supremo Tribunal Federal, mas não menos pelos demais juízes e tribunais.

Se por um lado se reconhece que em determinadas situações o ativismo pode ter resultados bons, por outro há fortes argumentos no sentido de sua prejudicialidade, pois violaria a separação entre os Poderes e consequentemente prejudicaria o sistema democrático. O Judiciário estaria substituindo o Congresso e subtraindo a atribuição dos responsáveis pelas escolhas substantivas do povo brasileiro.

Vê-se aí as estreitas ligações com as questões que inquietaram os juízes e estudiosos nos Estados Unidos desde a origem do controle de constitucionalidade em 1803, no famoso caso *Marbury vs. Madison*.

É que as origens do ativismo judicial remontam à jurisprudência norte-americana. Em um primeiro momento o ativismo mostrou-se conservador na democracia estadunidense. Foi justamente na atuação proativa da Suprema Corte que os setores mais reacionários e conservadores encontraram amparo para a segregação racial (*Dred*

Scott X 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 X Parrish*, 1937).

A mudança de pensamento se inverteu a partir da década de 50, quando a Suprema Corte presidida por Warren (1953-1969) e nos primeiros anos da Corte Burger (até 1973), se produziu jurisprudência progressista em matéria de direitos fundamentais envolvendo negros (*Brown X Board of Education*, 1954), acusados em processo penal (*Miranda X Arizona*, 1966), direitos das mulheres (*Richardson X Frontiero*, 1973), direito à privacidade (*Griswold X Connecticut*, 1965) e interrupção da gestação (*Roe X Wade*, 1973).

Percebe-se que muitos destes temas estão ou estiveram na pauta do Supremo Tribunal Federal no Brasil nos últimos anos, tanto pela via do controle concentrado como no difuso. Por essas razões tem sido cada vez mais recorrente a referência ao direito estrangeiro, especificamente o direito constitucional. É que por conta da proteção conferida pelas normas constitucionais aos direitos fundamentais, encontrada em número cada vez maior de países e com conteúdo substancial parecido, já se debate a formação do constitucionalismo global. E nesse ramo é fundamental reconhecer a experiência norte-americana.

A criação e aperfeiçoamento do controle de constitucionalidade das leis permitiu amplo debate sobre interpretação constitucional, cujas raízes remontam à antiga disputa na teoria constitucional entre os partidários do interpretacionismo e os adeptos do não interpretacionismo, como acentua John Hart Ely.

No Brasil, onde o Congresso Nacional se vê muitas vezes paralisado por inação ou pressão do Poder Executivo, o Judiciário acaba criando regras típicas de lei pela via judicial, experiência na qual os Estados Unidos são pioneiros, inclusive se fazendo referência a uma longa era de verdadeiro império dos juízes.

Os exemplos citados acima são claros casos de ativismo judicial, e é importante salientar que no Brasil, a interpretação – e seu alargamento – acaba produzindo efeitos concretos que não estão expressos na legislação em razão do vácuo deixado pelo Congresso Nacional em determinados temas. Assim, pode se dizer que o exercício deste anômalo poder normativo na democracia brasileira já é resultado da desarmonia no sistema. Como consequência previsível o ativismo têm se dado tanto pela criação de normas como também de novas hipóteses de incidência para as previsões constitucionais. Sempre com bases teóricas fundadas na hermenêutica.

Trata-se de tema fascinante e instigante, notadamente numa democracia jovem e diante da nova ordem erigida com a Constitucional Federal de 1988. O Poder Judiciário, desde então, vêm se desprendendo das antigas amarras sociológicas decorrentes de um regime mais fechado para exercer um papel mais protagonista.

Essa postura coloca em evidência toda a carga axiológica da Constituição, exigindo do intérprete maior preparo acerca das melhores técnicas hermenêuticas. Nesse contexto é que a experiência constitucional norte-americana pode colaborar para a interpretação destes fenômenos que literalmente balançam o sistema de freios e contrapesos.

Os passos iniciais para a empreitada podem começar observando o diálogo entre os filósofos Ronald Dworkin e Jürgen Habermas para uma teoria íntegra do direito, hábil à resolução dos casos mais difíceis e que se norteie pelo conteúdo dos princípios.

Dworkin refuta a teoria da discricionariedade do juiz e defende a interpretação construtiva como forma de dar continuidade a um conceito interpretativo de direito, fazendo uma alusão do direito à literatura, um romance em série ou romance em cadeia, e não uma elaboração de um novo direito.

Seguindo nessa linha, importante trazer à baila o pensamento de John Hart Ely autor de um clássico da literatura jurídica norte-americana, a obra *Democracy and Distrust, a theory of judicial review*, em que expõe sua teoria procedimentalista para o controle jurisdicional de constitucionalidade. O autor entende que o controle abstrato das normas deve funcionar como garantidor da origem verdadeiramente democrática das leis, sendo que tal processo se dá ouvindo as vozes das minorias e mantendo os canais de comunicações dessas vozes acessíveis de inclusão na elaboração das leis. Aceita-se e conforma-se, assim, à inevitável lacuna do Poder Legislativo quando elabora leis destoantes com a vontade geral, muitas vezes por defender exclusivamente interesses de minorias, e/ou por motivos lobísticos, perdendo sua função originária de representante do povo, e não raro abusando do poder.

Por fim, e para fomentar em definitivo o estudo do constitucionalismo norte-americano, assinala-se o trabalho do professor neozelandês *Jeremy Waldron*, autor de crítica construtiva ao controle jurisdicional de constitucionalidade, com questionamentos e propostas concretas. Sua preocupação é demonstrar que o Judiciário nem sempre será a instância mais adequada para resolver matérias controvertidas acerca de direitos fundamentais. Negando a tese da única resposta correta delineada exemplarmente por Ronald Dworkin, o autor prefere

que o desacordo sobre tais questões seja resolvido pelas instâncias democráticas de representação, especialmente nas democracias desenvolvidas.

Não se pretende nestas linhas elaborar um estudo da profícua obra dos autores e tampouco dos casos em que o ativismo judicial é praticado no Brasil. A ideia é demonstrar como o direito constitucional norte-americano pode contribuir para o aperfeiçoamento da democracia brasileira e o melhor aproveitamento possível do checks and balances.

1 INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL ÍNTEGRA NA VISÃO DE RONALD DWORKIN

Partindo do pressuposto de que a judicialização é fato sistêmico, decorrente da evolução de nossa democracia, e o ativismo judicial uma resposta para esse fato neste momento histórico, passa-se a questionar se a adoção dessa postura mais arrojada tem fundamento de validade na interpretação constitucional moderna.

Valendo-nos das lições do constitucionalismo norte-americano em diálogo com a filosofia alemã constata-se que há teorias a embasar esse proceder.

O pós-positivismo de Ronald Dworkin e Habermas traz ínsita a ideia de Estado interpretador e executor dos princípios e fundamentos constitucionais.

Na obra *Império do Direito*¹, Dworkin conclama os juristas a refletir a respeito da interação existente entre o objeto da interpretação e a finalidade com a qual ela é realizada. O autor destaca que o intérprete tenta tornar um objeto o melhor possível e que o direito, como uma prática social, requer uma forma peculiar de interpretação que se assemelha a interpretação artística. A esta interpretação atribui a designação de interpretação criativa. Nesse sentido, afirma que a interpretação centra-se não nas causas, mas nos propósitos do intérprete.

Trazendo a proposta do autor como critério de ativismo ou autocontenção por parte do Judiciário, reputa-se que a apreciação de qualquer pedido demanda interpretação constitucional concreta e individualizada, mas o estudo do caso deve ser muito maior se se tratar de controle de constitucionalidade em qualquer de suas formas.

1 DWORKIN, Ronald. *O Império do Direito*. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2003/A. p. 62-3.

Já o objeto ganha relevo em matéria de direitos fundamentais, tanto para criação, restrição ou extinção.

Nesse sentido, e exemplificando com uma das maiores causas de litígios individuais no Brasil atualmente, que é a demanda por saúde e previdência, o que se deve buscar nos três poderes é exatamente esse grau de aprofundamento e interpretação, com garantia de acessos democráticos para a população se manifestar, mas sempre com cautela para evitar um movimento de judicialização em massa, tendente a criar uma espécie de estado de exceção judicial. Afinal, não somente o Legislativo pode favorecer minorias ou interesse lobísticos indevidamente. Aqui se verifica um ponto em que o pensamento de Dworkin se aproxima de John Hart Ely.

Como nosso constitucionalismo verdadeiramente democrático é jovem, crê-se que a evolução qualitativa na prestação do serviço público em todos os poderes certamente permitirá análises muito mais aprofundadas, casuísticas e finalísticas com os objetivos constitucionais.

Aliás, essa parece ser a tônica para a formação da “comunidade aberta de intérpretes da Constituição” como preconiza Peter Habërle². Cabe não só aos juízes, como a todos os operadores do Estado na condição de intérpretes primeiros da legislação e da Constituição estarem preparados para exercer seu múnus público com segurança e independência, a fim de atingir a finalidade específica do texto constitucional.

Consequentemente, ganha relevo um excelente referencial interpretativo de Ronald Dworkin, que é a teoria do direito como integridade, na busca da única resposta possível para um não aparente *hard case*. Não aparente porque um dos grandes problemas na implementação dos direitos, seja pela via administrativa ou judicial, é a massificação na análise dos casos, decorrente também da falta de estrutura. Isso prejudica sobejamente a interpretação das normas aplicáveis, levando muitas vezes à tão só subsunção da norma no suporte fático. O que vai de encontro ao que ora se busca, que é a interpretação.

A teoria de Dworkin é pertinente pois está calcada fortemente no argumento judicial e na necessidade de propor aos operadores do direito o desafio de encontrar uma resposta correta mesmo para os casos complexos. Lembra-se que muitas vezes está-se diante de um *hard case* não aparente, mas ainda que não o fosse, cabe salientar que não é apenas nos casos difíceis que o juiz interpreta as normas. Qualificar um

2 Citado por CARVALHO NETTO, Menelick de. A hermenêutica constitucional sob o paradigma do Estado Democrático de Direito. In: *Notícia do direito brasileiro*. Nova série, n. 6. Brasília: UnB, 2º semestre de 1998.

caso como fácil ou difícil, ou uma norma como clara ou obscura, já é uma atividade de interpretação.

O autor desenvolve seu método hermenêutico afastando a teoria da discricionariedade do juiz e propondo a interpretação construtiva como forma de dar continuidade a um conceito interpretativo de direito, fazendo uma alusão do direito à literatura, um romance em série.

Dworkin aborda a semelhança do direito com a literatura quando apresenta essa parábola do romance em cadeia, em que se afirma que decidir casos controversos é semelhante ao ato de escrever um romance. Neste exercício literário um grupo de escritores é contratado para escrever um romance, sendo que cada capítulo tem um autor diferente. Para que o livro conserve a coerência, a partir do segundo capítulo cada romancista deve interpretar o texto já escrito para produzir a melhor continuação possível.³

Há inequívoca semelhança com o processo interpretativo operado na jurisprudência. Cada operador do direito se depara com um sistema pré-constituído por normas e por interpretações jurisprudenciais, os paradigmas, tidos como consensos condicionadores do debate e da interpretação.

A jurisprudência consolidada em diferentes momentos e proveniente de diferentes juízos e tribunais incorpora-se ao sistema jurídico, produzindo na comunidade a expectativa de que, em casos semelhantes, a decisão será guiada pelas mesmas razões de decidir.

Assim, refutar os paradigmas jurídicos consensuais provoca fortes suspeitas sobre a adequação da interpretação e o proponente corre o risco de ser considerado arbitrário, alternativista ou ignorante, ao menos que a divergência seja apontada e adequadamente fundamentada.

Aqui reside um possível campo de aplicabilidade para o melhor ativismo judicial, que é justamente o reconhecimento destes paradigmas, e principalmente o respeito aos princípios que os compõe, como o pacto democrático, o sistema de separação dos poderes, a autodeterminação, e o reconhecimento e proteção de direitos fundamentais e sociais.

Dada a disseminação e o avanço do constitucionalismo global já é possível se dizer o quê a comunidade espera das cláusulas constitucionais, fato que vem sendo bem demonstrado pela imprensa no Brasil, mesmo sabedor que este veículo também é dirigido.

A proposta de Dworkin contempla este movimento hermenêutico cíclico e se compatibiliza com a dinâmica entre ativismo

3 DWORCKIN, Ronald. *Uma questão de princípio*. Tradução de Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 235-7.

e autocontenção. Seus métodos e sua teoria construtivista constituem inequívoco avanço para a teoria constitucional norte-americana contemporânea.

A precisa distinção entre princípios, políticas e regras, conhecendo as peculiaridades de cada um desses padrões para integrá-los em uma teoria da decisão jurídica, bem como a reconstrução do direito a partir das próprias práticas da sociedade personificada são as pedras de toque da obra.

Curiosamente, Dworkin insiste em negar que sua concepção de direito como integridade conduza ao ativismo judiciário, por pretendê-la mais inflexivelmente interpretativa do que o convencionalismo (positivismo) ou o pragmatismo. No dizer do autor, o ativismo é uma forma virulenta de pragmatismo jurídico.

2 A COLABORAÇÃO DE JOHN HART ELY E SUA TEORIA PROCEDIMENTALISTA NO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE

Em *Democracy and Distrust*, John Hart Ely prefacia explicando os equívocos tanto dos interpretacionistas quanto dos que defendem uma hermenêutica mais substancial, os não interpretacionistas. O autor formula sua crítica afirmando que os primeiros subordinam séculos de gerações à vontade de quem aprovou a Constituição, ao adotarem uma posição de estrito cumprimento das normas explícitas ou claramente implícitas da Carta. Assim, ao invés da Constituição ser um patrimônio dos vivos, acabaria sendo uma armadilha, posto que representaria as vontades substantivas de antepassados. Afóra esse aspecto, o interpretacionismo não contempla uma explicação satisfatória para a leitura das cláusulas abertas, especialmente os princípios fundamentais.

Por outro lado os não interpretacionistas – sendo que um dos expoentes é Ronald Dworkin – ao estabelecerem valores substanciais muito fortes no texto constitucional, autorizando os tribunais a fazer cumprir normas que não se encontram claramente indicadas na linguagem do documento, terminam por exercer função de natureza legislativa, com caráter profundamente antidemocrático, já que substituem a vontade do povo através de órgão não eleito.

Segundo o autor, todavia, qualquer que seja a postura interpretativa das normas constitucionais que se adote (valores do juiz, direito natural, razão, tradição, consenso, princípios neutros, etc) não há qualquer motivo para supor que os juízes possam por si só alcançar tais verdades ou que o Parlamento não seja mais legítimo.

Não há porque continuar a aceitar a tese da relativa inofensividade do Judiciário quando se constata a progressiva ingerência nas esferas dos demais poderes e a ausência de qualquer espécie de controle.

No entender de Ely, a produção ativista da Suprema Corte norte-americana a partir do Tribunal Warren adquiriu seu padrão de excelência justamente por não se pautar por valores substantivos, mas sim na garantia de dois enfoques: que todas os pontos de vista tenham sido levados em conta no processo de elaboração das leis e que o direito das minorias sofresse uma análise estrita do porquê estava sendo negado.

Observa-se aqui um método de interpretação válido na dicotomia entre ativismo e autocontenção, já que se reforça um esquema de atuação mais processualista em detrimento de uma concepção paternalista de controle de constitucionalidade, em que o jurista supostamente protege o povo da irracionalidade do legislador ou dos interesses lobísticos, ou ainda de minorias que supostamente foram contemplados pelo Poder Legislativo subtraindo a vontade popular.

O autor é categórico ao afirmar que se o Parlamento não é suficientemente democrático, então o que se deve fazer é reforçar a democracia do Parlamento e não colocar os juízes acima deles por considerá-los mais capazes de interpretar o sentimento popular. Essa é uma ideia central na reflexão proposta, qual seja, o reforço da democracia.

Ely enxerga na Constituição americana uma série de mecanismos que fizeram possível a participação, em condição de igualdade, de todos os interessados na tomada de decisões que lhes afetem. A única tarefa jurisdicional adequada à separação de poderes é garantir que estes canais funcionem adequadamente. Então duas grandes qualidades dos juízes reforçam sua predisposição para esta tarefa: a familiaridade com processos e procedimentos e a imparcialidade frente ao sistema político. O controle abstrato das normas dá-se em atenção à gênese das leis, para evitar que a vontade das majorias tirânicas influencie o processo democrático.

A não concorrência dos poderes pode ser evitada pela teoria do procedimentalismo, baseada em uma compreensão democrática de que a função do tribunal constitucional é a de proteger os sistemas de direito que possibilitam a autonomia privada e pública dos cidadãos.

Para se manter harmônico o Estado Democrático de Direito, a Constituição não pode ser entendida somente como uma ordem substantiva que regula Estado e cidadão; também não pode ser entendida como uma ordem jurídica global e concreta destinada a impor

uma determinada forma de vida sobre a sociedade. Assim, a função da Constituição é determinar procedimentos políticos segundo os quais, os cidadãos, assumindo seu direito de autodeterminação, possam perseguir cooperativamente o projeto de produzir condições justas de vida.

A concepção procedimentalista da Constituição se caracteriza pelo enfoque democrático do problema da legitimidade do controle jurisdicional de constitucionalidade, com base no fato de que o tribunal constitucional deve examinar as normas controvertidas no contexto dos pressupostos comunicativos e condições procedimentais do processo legislativo. Em outras palavras, cabe à Corte Constitucional verificar se o processo legislativo realmente garantiu a oitiva de todos os pontos de vista e se os direitos das minorias foi de alguma forma limitado, e nesse caso, por quais justificativas.

Nesta concepção o Tribunal Constitucional deve proteger o sistema de direitos que proporciona a autonomia privada e pública dos cidadãos, pois esta autonomia é a base dos procedimentos democráticos.

Dessa forma, a Suprema Corte atua como garantidor da eficácia legitimativa do processo democrático, mantendo o processo inclusivo de formação da opinião e da vontade por meio de uma comunidade livre e organizada.

Como se observa, John Hart Ely se posiciona como um dos mais ferrenhos críticos do ativismo judicial, na medida em que sua teoria não dá margem à interpretação criativa, emergindo como uma terceira via às teses de Dworkin e Habermas.

3 A CRÍTICA DE JEREMY WALDRON AO CONTROLE JURISDICIONAL DE CONSTITUCIONALIDADE

A jurisdição constitucional e a atuação expansiva do Judiciário têm recebido, historicamente, críticas de natureza política que questionam sua legitimidade democrática e a suposta maior eficiência na proteção dos direitos fundamentais.

Um dos principais representantes dessa corrente é o filósofo Jeremy Waldron, autor de *Law and disagreement*, 1999, e *The core of the case against judicial review*, *Yale Law Journal*, 2006. A ideia central é de que nas sociedades democráticas nas quais o Legislativo não seja disfuncional as divergências acerca dos direitos devem ser resolvidas no âmbito do processo legislativo, de forma exaustiva, e não do processo judicial.

Waldron é um dos principais críticos do *judicial review* e conseqüentemente do ativismo judicial. O autor reconhece, no entanto,

que o controle de constitucionalidade de atos normativos pode ser necessário para enfrentar questões anômalas específicas, num ambiente em que certas características políticas e institucionais das democracias liberais não estejam totalmente presentes.

A crítica está intrinsecamente ligada à democracia, pois a judicialização tende a mudar o foco da discussão pública, que passa de um ambiente onde as razões podem ser postas de maneira aberta e abrangente para um outro altamente técnico e formal, tendo por objeto textos e ideias acerca de interpretação.

Waldron demonstra as dificuldades encontradas quando se tenta justificar, a partir de uma teoria liberal, que juízes não eleitos democraticamente sejam os encarregados de defender a Constituição. Em outras palavras, que sua interpretação do texto constitucional, especialmente em matéria de direitos fundamentais, seja prevalecente frente à leitura realizada pelo legislador.

Os argumentos utilizados pelo filósofo são basicamente quatro:

- 1) a defesa de uma teoria moral baseada em direitos como a de Dworkin não leva necessariamente a propugnar pelo estabelecimento de uma declaração de direitos e de um órgão de controle de constitucionalidade de acordo com o modelo norte-americano;
- 2) os filósofos políticos liberais devem ser, precisamente, os primeiros a duvidar da oportunidade de canonizar direitos em um documento legal se isso acarreta, ao fim e ao cabo, um indubitável obstáculo ao debate político democrático em torno desses direitos;
- 3) a filosofia política recente não tem prestado atenção suficiente aos processos de tomada de decisões em circunstâncias de radical desacordo;
- 4) o respeito aos direitos de participação política é incompatível com a criação de uma instituição encarregada da revisão e adaptação dos direitos fundamentais em uma conjuntura de desacordo e mudança social.

Com essas premissas, e desde que existentes condições específicas que o autor elenca em uma democracia moderna, Waldron renova a controvérsia sobre quem deve deter a competência, dentro

da organização constitucional de poderes, para delimitar e definir o conteúdo dos direitos protegidos pela Constituição.

De um lado juízes, escolhidos por processos não-democráticos, sob pretexto de que detêm conhecimento político, jurídico e filosófico que os tornam mais aptos para exercer a tarefa; e de outro o Parlamento, cujos componentes, em princípio, não possuem a sabedoria no sentido filosófico, mas recebem sua legitimação por eleições democráticas, com ampla participação das minorias.

Esse questionamento encerra duas posições básicas antagônicas que unem dois autores até aqui abordados: o embate entre o fórum dos princípios e a maximização da participação popular. Ou seja, o antagonismo entre as ideias de Dworkin e Waldron.

Na concepção de Dworkin, uma democracia constitucional tem necessariamente duas dimensões: a *política*, na qual os membros de uma comunidade decidem em conjunto questões relativas aos interesses coletivos; e a dimensão dos *princípios*, relativa à proteção dos direitos individuais dos cidadãos. No fórum dos princípios – cujo local por excelência é o Judiciário através de um tribunal de cúpula ou constitucional – esses direitos servem como trunfos contra decisões da política. Daí a justificativa para um controle de constitucionalidade dos atos políticos: garantir os direitos individuais contra a política e contra maiorias circunstanciais. Seria a garantia de direitos que conferiria legitimidade ao controle de constitucionalidade.

Para Waldron, contudo, justificar o controle judicial de constitucionalidade a partir da ideia de que direitos devem funcionar como trunfo contra decisões legislativas majoritárias ignoraria o desacordo moral existente em sociedades plurais, ou seja, ignoraria o fato de que as pessoas têm concepções diferentes acerca dos seus direitos mais básicos, da mesma forma que têm concepções diferentes sobre justiça social e políticas públicas.

Em decorrência desse amplo desacordo acerca dos direitos fundamentais, a decisão acerca da questão sobre quem deve decidir sobre esses direitos deve ser tomada em igualdade de condições pelos cidadãos em uma comunidade, algo que não ocorre quando se reserva essa decisão a uma elite judiciária. Percebe-se, com isso, que a ideia de participação em igualdade de condições é central na tese de Waldron. A partir do reconhecimento do desacordo moral disseminado na sociedade em relação aos direitos que possuímos, o autor contesta o poder dado ao juiz para decidir por último sobre tais divergências, legitimando o legislador instituído democraticamente, para dar a última palavra quanto a estas questões.

O relacionamento entre controle judicial de constitucionalidade e democracia sempre foi assunto bastante debatido por constitucionalistas e pensadores do direito. Antes visto como consequência lógica das ideias de supremacia e rigidez da Constituição, o controle de constitucionalidade contemporaneamente sofre questionamentos a respeito de sua necessidade e fundamentação.

No Brasil, esta discussão possui características peculiares. Ao contrário do que ocorre no sistema norte-americano, a Constituição Federal brasileira atribui expressamente ao Poder Judiciário a competência de declarar a inconstitucionalidade de leis e atos normativos, além de conter restrições materiais ao poder de emenda – as cláusulas pétreas –, que permitem ao Supremo Tribunal Federal tomar para si a incumbência de julgar a constitucionalidade de emendas constitucionais, impossibilitando, conseqüentemente, a alteração desta própria competência.

Mas mesmo reconhecendo e relevando essas diferenças, o estudo do positivismo democrático de Waldron e das teses opostas a este pensamento é relevante.

De um lado para que se possa compreender quais são os papéis do legislador e do juiz na resolução dos conflitos fundamentais de direito e, de outro, no caso específico brasileiro – e ainda que não se possa colocar em questão a legitimidade do Judiciário para o controle de constitucionalidade em razão da expressa previsão constitucional – para se analisar os limites do exercício dessa atribuição e as tensões dela decorrentes.

Como se vê, nos últimos anos o debate sobre a justificação filosófico-jurídica do controle judicial de constitucionalidade tem sido revigorado devido à obra do filósofo político Jeremy Waldron.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente artigo é uma exposição sucinta sobre o ativismo judicial e a saudável correlação com a teoria constitucional norte-americana contemporânea.

Buscou-se demonstrar as ideias centrais de Ronald Dworkin, John Hart Ely e Jeremy Waldron e a colaboração dessas teorias para o desenvolvimento da democracia brasileira e o funcionamento harmônico do sistema de freios e contrapesos na separação dos poderes.

O debate é atualmente relevante porque no Brasil está se vivendo um momento de fortalecimento da atuação proativa dos juízes. Esse ativismo é fruto principalmente da inércia do Legislativo.

Essa postura mais ativa é bastante controversa e nos remete à necessidade de aprofundar os estudos em interpretação constitucional. Muitos enxergam no ativismo judicial uma invasão da esfera de competências do Legislativo e consequente desarmonia entre os três Poderes. Para outros, o fenômeno apenas revela a dinâmica do sistema de freios e contrapesos, em que o ativismo se expande quando outros Poderes se retraem. Nesse sentido, o ativismo tem um ponto positivo: responde às demandas sociais não atendidas por instâncias políticas. Mas apresenta um aspecto negativo ao revelar que as instituições constitucionalmente competentes não funcionam satisfatoriamente.

Já o oposto do ativismo é a auto-contenção, pela qual o Judiciário procura reduzir sua interferência nas ações dos outros Poderes. Nessa linha juízes e tribunais evitam aplicar diretamente a Constituição a situações que não estejam no âmbito de incidência expressa, aguardando o pronunciamento do legislador ordinário. Os critérios para a declaração de inconstitucionalidade de leis e atos normativos são mais rígidos e conservadores, abstendo-se de interferir na definição das políticas públicas.

Até a abertura democrática e a promulgação da Constituição de 1988 essa era a inequívoca linha de atuação do Judiciário no Brasil. A diferença metodológica entre as posições reside no fato de que, em princípio, o ativismo judicial procura extrair o máximo das potencialidades do texto constitucional, sem contudo invadir o campo da criação livre do Direito. Já a auto-contenção restringe o espaço de incidência da Constituição em favor das instâncias tipicamente políticas.

Importante salientar que esse debate ora resumido e todas as dicotomias apontadas anteriormente pecam pelo extremismo, como se o problema se resumisse às alternativas “todo poder aos juízes” ou “todo poder ao legislador”.

Na verdade, para aproveitar as experiências democráticas e constitucionais de cada país como objeto de estudo e aprimoramento, é mais plausível pressupor a existência de uma gama de possibilidades de arranjos institucionais que extrapolam a contraposição simplista.

As ideias decorrentes do desenvolvimento do constitucionalismo norte-americano servem ao propósito de estabelecer métodos para a melhor aplicabilidade do direito, seja numa postura ativista ou contida, e independentemente da força maior ou menor que cada Poder pode ostentar no exercício da democracia, pois esse dinamismo é normal no sistema de freios e contrapesos.

O certo é que o cerne da questão passa necessariamente pelo estudo da hermenêutica no controle jurisdicional de constitucionalidade,

justamente o *judicial review* tão bem aprofundado no sistema norteamericano.

Isto porque, seja qual for a atitude ideal do Judiciário na democracia brasileira, crê-se que o mais importante é perseguir uma linha de interpretação que preze pela integridade do sistema, protegendo os pilares fundamentais da democracia, com especial relevo para a autodeterminação.

REFERÊNCIAS

CARVALHO NETTO, Menelick de. A hermenêutica constitucional sob o paradigma do Estado Democrático de Direito. In: *Notícia do direito brasileiro*, Nova série, n. 6. Brasília: UnB, 2º semestre de 1998.

DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

_____. *Uma questão de princípio*. Tradução de Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

ELY, John Hart. *Democracia e desconfiança, uma teoria do controle judicial de constitucionalidade*. Tradução de Juliana Lemos. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

FINE, Toni M. *Introdução ao sistema jurídico anglo-americano*, São Paulo: Martins Fontes, 2011.

HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia – entre facticidade e validade (I e II)*. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler, Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

RAMOS, Eliseu da Silva. *Ativismo Judicial: parâmetros dogmáticos*. São Paulo: Saraiva, 2010.

WALDRON, Jeremy. *A dignidade da legislação*. Tradução de Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2003.