

ATIVISMO JUDICIAL, JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA E DEMOCRACIA

José Guilherme Berman¹

Sumário: 1. Introdução; 2. O ativismo judicial, 2.1 Declaração de inconstitucionalidade de atos discutivelmente constitucionais de outros poderes, 2.2 Ignorar precedentes, 2.3 Afastamento da metodologia interpretativa reconhecida, 2.4 Julgamento orientado pelo resultado, 2.5 Legislação judicial, 2.6 Síntese crítica; 3. A judicialização da política, 3.1 Judicialização de direitos, 3.2 Judicialização da mega-política

Resumo:

O artigo procura traçar a distinção entre o ativismo judicial e a judicialização da política, fenômenos cada vez mais discutidos nas sociedades contemporâneas. Apesar de guardarem importantes diferenças entre si, muitas vezes são tratados como sinônimos. Além de diferenciá-los, apresenta-se uma perspectiva crítica de ambos quando confrontados com as exigências estabelecidas por um sistema democrático de governo.

Abstract:

The article aims to draw the distinction between judicial activism and judicialization of politics, both every day more and more discussed in contemporary societies. Although there are significant differences between them, these two are often treated as synonyms. The article not only differentiates one another but also offers a critical perspective of the two phenomena when confronted with the demands established by a democratic system of government.

¹ Mestre e doutorando em Teoria do Estado e Direito Constitucional pela PUC-Rio. Professor de Direito Constitucional nos cursos de graduação e pós-graduação da Universidade Estácio de Sá e do Centro Universitário Serra dos Órgãos – UNIFESO. joseguilherme@ig.com.br

Palavras-chave: Democracia – Ativismo judicial – Judicialização da política

Keywords: Democracy – Judicial activism – Judicialization of politics

1. Introdução

No quadro institucional das sociedades contemporâneas um fenômeno cada vez mais observado é o desenvolvimento de um protagonismo judicial, apresentado como consequência necessária do triunfo do “constitucionalismo de direitos”² no ocidente. Em linhas gerais, o fenômeno é descrito como inevitável, decorrendo de uma seqüência de eventos que pode ser resumida da seguinte maneira: (i) o país decide reconhecer *status* constitucional a determinados direitos; (ii) a constituição é a lei maior do país; (iii) o papel dos juízes é aplicar o direito; (iv) os juízes atuarão na promoção dos direitos constitucionalmente estabelecidos, quando os poderes políticos não o fizerem. Este panorama é apresentado, por exemplo, por Luís Roberto Barroso, quando descreve os três paradigmas do constitucionalismo contemporâneo, a saber: a força normativa da Constituição, a expansão da jurisdição constitucional e a reelaboração da doutrina da interpretação (jurisdicional) constitucional.³

Ocorre, no entanto, que existem sérios problemas com a expansão do papel dos tribunais, especialmente quando questionado à luz da teoria democrática. Se o entrenchamento de direitos colocados sob a guarda do Poder Judiciário parece compatível com uma visão “moderada” da democracia,⁴ as dificuldades aparecem quando a autodeterminação popular é levada mais a sério. Debates sobre quais direitos devem ser resguardados, por quem, e em que medida, surgem em diversos locais, mantendo acesa a

² Com esta expressão quer-se dizer que cada vez mais nações optam por colocar determinados direitos em um patamar normativo superior (em geral uma constituição escrita), a salvo da possibilidade de deliberação da população. O caso mais marcante a indicar o triunfo desta visão parece ser o da Grã-Bretanha. Após séculos sem uma declaração de direitos escrita, o Human Rights Act, de 1998, significou a incorporação, ao ordenamento jurídico britânico, dos direitos previstos na Convenção Européia de Direitos Humanos. Sobre o Human Rights Act, consultar MARSHALL, Geoffrey. “The United Kingdom Human Rights Act, 1998”, in JACKSON, Vicki e TUHSNET, Mark (eds.). *Defining the Field of Comparative Constitutional Law*. Westport, Connecticut: Praeger, 2002.

³ BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. São Paulo: Saraiva, 2009, pp. 262 e segs.

⁴ Entenda-se aqui o conceito apresentado por Leonardo Avritzer e Boaventura de Sousa Santos como “visão hegemônica” da democracia, baseado em três elementos: procedimental, burocrático e representativo. Ver, a respeito, a introdução escrita pelos autores mencionados em SANTOS, Boaventura de Sousa (org.). *Democratizar a Democracia: os caminhos da democracia participativa*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2002, pp. 43-50.

polêmica a respeito do avanço do Judiciário sobre o espaço tradicionalmente reservado aos poderes democraticamente eleitos.

Neste trabalho serão examinadas duas questões distintas, ambas relacionadas com o surgimento desse protagonismo judicial nas últimas décadas e que, apesar de próximas, não se confundem: o ativismo judicial e a judicialização da política.

Depois de se determinar o significado que será empregado para ambos os fenômenos, buscar-se-á apontar algumas objeções feitas de uma perspectiva democrática e que apontam para a dificuldade de o Judiciário ocupar um espaço de destaque no cenário político: (i) sua falta de legitimidade para lidar com questões situadas na fronteira entre o campo da política e do direito e (ii) sua falta de habilidade para lidar com questões amplas de direitos, que transcendam os interesses subjetivos dos litigantes.

2. O ativismo judicial

Definir o ativismo judicial não é tarefa simples, pois a expressão é utilizada muitas vezes de maneira aleatória, ou simplesmente como um argumento de crítica a uma decisão com a qual não se concorda. Do ponto de vista científico, usar a expressão desta maneira é irrelevante, o que leva à busca de um significado mais preciso.

Apesar de o ativismo judicial ser hoje uma preocupação global,⁵ é a partir dos Estados Unidos da América que sua análise expandiu-se, dada a importância que as decisões da Suprema Corte foram adquirindo. Keenan D. Kmiec, em interessante esforço para sintetizar os significados atribuídos à expressão “ativismo judicial” no direito estadunidense, apresenta cinco definições para a prática, abaixo sintetizadas.⁶

2.1 Declaração de inconstitucionalidade de atos discutivelmente constitucionais de outros poderes

Uma primeira idéia de ativismo judicial poderia vir associada a um aumento no número de atos invalidados pelo Judiciário em nome de ofensas à Constituição. No entanto, a simples invalidação não pode ser considerada ativismo, já que é a decorrência lógica do poder de exercer o controle jurisdicional de constitucionalidade das normas. E mais, o simples crescimento no número de atos invalidados não quer dizer nada sem que se examine o conteúdo dos atos (pode ser que a qualidade dos legisladores tenha efetivamente diminuído).

⁵ Para uma análise da expansão e das conseqüências do fenômeno, consultar HIRSCHL, Ran. *Towards Juristocracy: The Origins and Consequences of the New Constitutionalism*. Cambridge: Harvard University Press, 2004.

⁶ KMIIEC, Keenan D. “The Origin and Current Meanings of ‘Judicial Activism’”, in *California Law Review*, vol. 92, nº 5, out. 2004.

Por esta razão, a primeira definição de ativismo judicial fica limitada aos casos em que há a invalidação de atos de constitucionalidade discutível.⁷ Ou seja, uma decisão será considerada ativista não quando declarar uma lei inconstitucional, mas sim quando declarar uma lei cuja inconstitucionalidade seja, no mínimo, duvidosa.⁸

A defesa de um controle exercido com atenção à “regra do caso duvidoso” não parece, entretanto, encontrar eco na atual prática constitucional estadunidense. Como destaca Stephen Griffin,

It is also clear that this rule is not part of the contemporary institution of judicial review. Once it is accepted that the judiciary has the duty to interpret and enforce the Constitution in ordinary cases, the rule becomes very problematic. As a practical matter, the rule counsels the judiciary to ignore probable cases of constitutional violation. In contemporary terms, the rule threatens judicial independence by asking for extraordinary deference to the legislature. The rule does not ask so much for judicial restraint as judicial abdication.⁹

2.2 Ignorar precedentes

A segunda concepção de ativismo é a que o liga à prática de não observar os precedentes judiciais existentes ao decidir uma determinada questão. Embora este conceito possa ser útil, é necessário fazer uma distinção entre os precedentes verticais e os horizontais.

Os primeiros são aqueles firmados por uma instância superior do judiciário, e a sua não observância é pacificamente classificada como “ativismo judicial”, ou praticamente um ato de desobediência decorrente do escalonamento hierárquico dos diversos órgãos do Judiciário.¹⁰

Já os precedentes horizontais são aqueles que determinam que a Corte deverá seguir os seus próprios precedentes. Neste caso, não há dúvidas de que nem sempre a vinculação ao precedente deverá ocorrer, pois isso inviabilizaria qualquer mudança na interpretação

⁷ KMIEC, op. cit., pp. 1463-1466.

⁸ A regra segundo a qual o Judiciário deve declarar a inconstitucionalidade apenas quando os atos atacados violarem a Constituição de maneira clara é exposta em artigo seminal do constitucionalismo estadunidense escrito por James Bradley Thayer no final do século XIX. Conferir THAYER, James B. “The Origin and Scope of the American Doctrine of Constitutional Law”, in *Harvard Law Review*, vol. 7, 1893.

⁹ GRIFFIN, Stephen. “The Age of Marbury: Judicial Review in a Democracy of Rights”, in *Tulane Law School Working Paper No. 2003-01*, disponível em <http://ssrn.com/abstract=441240>, acesso em 07 de dezembro de 2008.

¹⁰ Impossível não lembrar aqui da recente controvérsia entre o ministro do STF, Gilmar Mendes, e o juiz federal Fausto de Sanctis, em embate em torno da prisão – decretada duas vezes pelo segundo e relaxada em ambas pelo primeiro – do banqueiro Daniel Dantas. Ver, a respeito, o inteiro teor do julgamento, pelo STF, do HC 95.009-SP, divulgado no Informativo STF nº 527.

constitucional. Neste sentido, superar precedentes incorretos não seria ativismo judicial, mas sim uma decisão constitucionalmente apropriada.¹¹

O desenvolvimento jurisprudencial dos casos em que pode haver uma “desobediência” a um precedente horizontal foi apresentado pela juíza da Suprema Corte norte-americana, Sandra Day O’Connor, da seguinte maneira:

[W]hether [a precedent's] central rule has been found unworkable; whether the rule's limitation on state power could be removed without serious inequity to those who have relied upon it or significant damage to the stability of the society governed by it; whether the law's growth in the intervening years has left [the precedent's] central rule a doctrinal anachronism discounted by society; and whether [the precedent's] premises of fact have so far changed in the ensuing two decades as to render its central holding somehow irrelevant or unjustifiable in dealing with the issue it addressed.¹²

2.3 Afastamento da metodologia interpretativa reconhecida

De acordo com este critério, o Judiciário seria ativista quando não adotasse, em suas decisões, a metodologia geralmente aceita para a solução de casos constitucionais. Uma dificuldade óbvia com tal parâmetro é estabelecer a metodologia interpretativa correta na hermenêutica constitucional, de maneira que fica difícil diferenciar o que seria uma metodologia não-ortodoxa, mas baseada em princípios, de uma metodologia ativista.¹³ Ademais, mesmo entre autores que utilizem um mesmo método interpretativo, é possível que se alcancem resultados diferentes.¹⁴

2.4 Julgamento orientado pelo resultado

De acordo com mais esta concepção de ativismo judicial, os juízes adotariam tal postura quando decidissem os casos motivados por razões pessoais (estratégicas), e não com base em razões públicas. Aqui, a utilização de um determinado método se daria de forma deliberada, visando atingir determinada resposta. A decisão será ativista, neste sentido, quando (a) o juiz tem um motivo velado para decidir daquela maneira; e (b) a decisão se afastar dos parâmetros de correção. O tamanho do ativismo depende de quanto se desvia desse parâmetro.¹⁵

¹¹ KMIEC, op. cit., pp. 1466-1471.

¹² *Planned Parenthood v. Casey*, 505 U.S. 833 (1992).

¹³ KMIEC, op. cit., 1473-1475.

¹⁴ Para uma análise da adoção do originalismo como metodologia dominante na Suprema Corte estadunidense, embora com tom razoavelmente cético, ver SUNSTEIN, Cass. “Second Amendment Minimalism: *Heller* as *Griswold*”, in *Harvard Law Review*, vol. 122, nº 1, nov. 2008.

¹⁵ KMIEC, op. cit., pp. 1475-1476

Embora a definição seja atraente, é difícil identificar o ativismo com base nela, já que não se sabe as razões de fundo de um determinado julgador. Dificilmente se admitirá que são convicções pessoais que levaram o juiz a decidir de determinada maneira, sem falar que estudos respeitáveis questionam a existência – ou, ao menos, a intensidade com que geralmente é descrito – de um modo estratégico de decisão adotado pela Suprema Corte estadunidense.¹⁶

2.5 Legislação judicial

Este último critério apresentado parece ser o mais útil, não apenas para descrever a prática conhecida como ativismo judicial, mas também para relacioná-la ao outro fenômeno aqui examinado, a judicialização da política. Consiste, com efeito, na criação do direito pelo Judiciário, que deixaria de se limitar a interpretar as leis já existentes. Esta é uma das preocupações mais difundidas em relação ao ativismo judicial, e Kmiec aponta inclusive para declarações do ex-presidente dos estados Unidos da América, George W. Bush, em que expressamente afirmou repudiar a legislação judicial e afirmou que indicaria para a Suprema Corte apenas juízes que compartilhassem tal sentimento.¹⁷

O debate sobre a legislação judicial é associado ao debate sobre os direitos constitucionalmente assegurados e, notadamente, à possibilidade de o Judiciário não só delimitar seu conteúdo e alcance por meio da jurisdição constitucional, mas também à possibilidade de se “descobrirem” outros direitos reconhecidos como fundamentais, embora não expressamente consagrados pelo constituinte.

Notadamente após o término da 2ª Guerra Mundial, observa-se a emergência de documentos normativos contendo declarações de direitos humanos a serem protegidos de modo pretensamente universal.¹⁸ Este é um fenômeno observado em dois níveis: nacional e supranacional. No plano interno, são as Constituições que desempenham a função de enunciar os direitos a serem protegidos, e que acompanham mecanismos de acesso a instâncias judiciais aptas a fazer valer as determinações constitucionais, especialmente por meio da prática do controle de constitucionalidade dos atos do Poder Público.

¹⁶ Conferir, neste sentido, PERRY Jr., H. W. *Deciding to Decide: Agenda Setting in the United States Supreme Court*. Cambridge: Harvard University Press, 1991.

¹⁷ KMIEC, op. cit., pp. 1471-1473.

¹⁸ Evidentemente o fenômeno não é novo, mas nas últimas décadas percebe-se um nítido crescimento desta espécie de declaração de direitos, cujo marco normativo pode ser apontado na Declaração Universal de Direitos Humanos, que completou sessenta anos no último dia 10 de dezembro.

De maneira análoga, no plano internacional vêm surgindo cada vez mais documentos jurídicos de proteção aos direitos humanos e, igualmente, cada vez mais instâncias judiciais de proteção a tais direitos.¹⁹

Juan Carlos Bayón aponta com precisão as duas peças centrais na engrenagem do constitucionalismo de direitos:

Normalmente se da por sentado que quien haga suya la tesis del coto vedado queda comprometido con esa específica estructura institucional que es el constitucionalismo. Hay, por supuesto, muchas formas diferentes de ‘constitucionalismo’, dependiendo de cómo queden configuradas ciertas variables fundamentales. Pero por lo general suele pensarse que el diseño institucional requerido por la tesis del coto vedado es el que resulta de la combinación de dos piezas maestras: la primacía de una Constitución que incluya un catálogo de derechos básicos y la existencia de un mecanismo de control jurisdiccional de constitucionalidad de la legislación ordinaria.²⁰

Há, no entanto, ao menos dois pontos a partir dos quais pode-se criticar a tese constitucionalista baseada no entrincheiramento de direitos como normas hierarquicamente soberanas em determinado ordenamento jurídico e acompanhado de uma garantia fundada nos mecanismos de controle jurisdiccional de constitucionalidade.

Uma primeira dificuldade enfrentada pelos tribunais responsáveis pelo controle jurisdiccional dos atos do Poder Público decorre da indeterminação das disposições constitucionais que enunciam direitos. Diante da indeterminação do conteúdo, deve o juiz atribuir o significado que ele pensa ser o correto para um determinado enunciado?

Essa pergunta é enfrentada por John Hart Ely na obra que provavelmente melhor enfrentou, nas últimas décadas, o desafio de encontrar o papel adequado do Poder Judiciário dentro de um Estado Democrático.²¹ E, não obstante serem identificados vários critérios para ajudar os juízes a “descobrir” os valores fundamentais estabelecidos constitucionalmente, nenhum deles parece suficientemente convincente para a função.

A primeira aposta é nos valores considerados fundamentais pelos próprios juízes. É o que pensam os autores ligados ao realismo jurídico, mas esta proposta encontra dificuldades óbvias diante de qualquer teoria democrática que reconheça ao povo uma mínima capacidade

¹⁹ Sobre os mecanismos internacionais (globais e regionais) de proteção aos direitos humanos, consultar PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*, 9ª edição. São Paulo: Saraiva, 2008, segunda parte.

²⁰ BAYÓN, Juan Carlos. “Derechos, Democracia y Constitución”, in CARBONELL, Miguel (ed.). *Neoconstitucionalismo(s)*. Madrid: Trotta, 2003, p. 212.

²¹ ELY, John Hart. *Democracy and Distrust: A Theory of Judicial Review*. Cambridge: Harvard University Press, 1980 (foi consultada a 14ª reimpressão, de 2002).

de autogoverno²², já que os juízes não possuem sequer uma legitimação representativa indireta.²³

Para tentar fugir da armadilha de substituir os valores constitucionais por valores pessoais, uma das alternativas apresentadas é a de fundamentar a descoberta dos valores fundamentais no direito natural.

A alternativa, contudo, também apresenta problemas. O conceito de direito natural padece de uma absoluta indeterminação, na medida em que seria algo ao mesmo tempo anterior e superior às normas criadas pelo homem. Como salienta Ely,

All theories of natural law have a singular vagueness which is both an advantage and disadvantage in the application of the theories. The advantage, one gathers, is that you can invoke natural law to support anything you want. The disadvantage is that everybody understands that. Thus natural law has been summoned in support of all manner of causes in this country – some worthy, others nefarious – and often on both sides of the same issue.²⁴

Uma proposta mais sofisticada consistiria em trabalhar com a idéia de “princípios neutros”, desenvolvida em 1959 em importante artigo escrito por Herbert Wechsler.²⁵ Em síntese, o autor defende que a Suprema Corte deveria fundamentar suas decisões em princípios neutros, baseando-se em razões que transcendam o resultado imediato alcançado pela decisão e, conseqüentemente, oferecendo diretrizes para decidir outros casos que venham a surgir posteriormente.

Como nota Ely, no entanto, a exigência de que os juízes decidam fundamentados em princípios neutros não diz nada sobre o conteúdo e a adequação desses princípios. Para ele, parece um equívoco apontar os princípios neutros como fonte da decisão, na medida em que funcionam apenas como uma diretriz para o comportamento judicial.²⁶

A lista prossegue. Ely aponta para o uso da razão como fonte de busca dos valores constitucionais. Abre-se assim a via para decisões judiciais tomadas com base em julgamentos de filosofia moral, o que leva a um questionamento central: são os juristas os especialistas indicados para realizar julgamentos morais? Ely aponta para religiosos, romancistas,

²² ELY, op. cit., p. 45.

²³ Talvez seja necessário apontar para a legitimação argumentativa que o Judiciário possui, destacada por Robert Alexy. Parece-me, no entanto, que, neste caso, não seriam os valores pessoais dos juízes colocados no lugar de valores fundamentais, ao menos para o professor de Kiel. Ver, a respeito da legitimação argumentativa, ALEXY, Robert. *Teoría del Discurso y Derechos Constitucionales*. Cidade do México: Distribuciones Fontamara, 2004, pp. 89 e segs.

²⁴ ELY, op. cit., p. 50.

²⁵ WECHSLER, Herbert. “Toward Neutral Principles of Constitutional Law”, in *Harvard Law Review*, vol. 73, nº 1, 1959.

²⁶ ELY, op. cit., p. 55.

historiadores e filósofos morais como candidatos mais adequados para a tarefa, criticando a pretensão, comum entre os profissionais ligados ao direito, de realizar melhor do que outros a aplicação de disciplinas diversas.²⁷

Mais um candidato problemático para resolver a tarefa dos juízes numa democracia seria o recurso às tradições. Logo de cara colocam-se questões como “quais tradições servem como guia? As americanas ou as globais?”, “qual o período relevante para o exame das tradições?”, “podem ser utilizadas apenas as tradições aceitas pela maioria ou outras também podem se candidatar?”, o que acaba por comprometer qualquer funcionalidade de tal critério.²⁸

Um penúltimo critério, especialmente apropriado para países ligados à tradição jurídica da *common law*, em que os tribunais costumam atuar preenchendo as lacunas deixadas pelos legisladores, é reconhecer o consenso como fonte de descoberta dos valores fundamentais. Neste sentido, seriam reconhecidos como fundamentais aqueles valores compartilhados pela sociedade (ou pela sua maioria). Há, no entanto, dois problemas apontados por Ely nessa prática de reconhecer à Suprema Corte a legitimidade para identificar os valores fundamentais aceitos pela coletividade.

O primeiro deles consiste no fato de que a idéia segundo a qual os valores devam ser identificados por uma elite, em vez de pelo próprio povo, geralmente leva a regimes autoritários, que justificam suas práticas numa suposta representatividade decorrente da capacidade superior (em relação à capacidade do povo) que os governantes teriam de identificar o que é melhor para o bem comum.²⁹

A segunda dificuldade consiste na indagação sobre a adequação do Judiciário para reconhecer o consenso. Parece óbvio que, se o fator decisivo para o reconhecimento de

²⁷ ELY, op. cit., p. 56. No mesmo sentido, defendendo a idéia de que os juízes não são os profissionais mais habilitados a proceder raciocínio e argumentação de natureza moral, ver WALDRON, Jeremy. “Judges as moral reasoners”, in *International Journal of Constitutional Law*, vol. 7, n. 1, 2009. Para uma crítica em tom semelhante, mas direcionada especificamente à intenção dos membros da Suprema Corte de realizar uma análise histórica mais apurada do que aquela fornecida pelos historiadores (na discussão acerca do alcance da segunda emenda, que assegura o porte de arma aos cidadãos estadunidenses), conferir SUNSTEIN, Cass. “Second Amendment Minimalism: *Heller as Griswold*”, cit., especialmente pp. 255-259.

²⁸ ELY, op. cit., pp. 60-61.

²⁹ Idem, p. 68. Cf. com BERLIN, Isaiah. “Dois Conceitos de Liberdade”, in *Quatro Ensaios sobre a Liberdade*. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1981, admirável texto em que o pensador liberal Isaiah Berlin adverte para os riscos de colocar esta “vontade superior” acima da vontade individual protegida, de acordo com a tradição de pensamento liberal, pela área de não-interferência estatal na autonomia privada.

valores fundamentais é a sua aceitação pela população, as instâncias representativas serão muito mais adequadas para identificá-lo do que um poder técnico, não representativo.³⁰

Por fim, aproveitando-se da obra de Alexander Bickel, Ely aponta a idéia de progresso como a última candidata a fonte de valores a serem descoberto pelo Judiciário. Segundo esta idéia, a Suprema Corte deveria tentar prever o futuro, tomando as suas decisões de maneira a tentar se adaptar àquilo que os observadores amanhã verão como progresso. Esta concepção, no entanto, incorreria nos mesmos problemas das outras: a falta de habilidade dos juízes para prever o desenvolvimento da opinião pública futuramente e o caráter antidemocrático de se limitar a vontade da geração atual pela vontade das gerações futuras.³¹

Após examinar – e refutar – diversas formas de se justificar a descoberta de valores fundamentais pelos juízes, Ely acaba por apresentar uma defesa moderada do que se convencionou chamar “autocontenção judicial”. Mais precisamente, a atuação do Judiciário só seria legítima quando se destinasse a salvaguardar as engrenagens democráticas da sociedade, como demonstra a seguinte passagem, destacada da conclusão de sua obra:

(...) the general theory is one that bounds judicial review under the Constitution’s open-ended provisions by insisting that it can appropriately concern itself only with questions of participation, and not with the substantive merits of the political choice under attack.³²

2.6 Síntese crítica

Os trabalhos de Kmiec e Ely, analisados em conjunto, apontam para uma necessidade cada vez mais destacada pela teoria política e constitucional: a de se ressaltar a inexistência de relação necessária entre posições politicamente progressistas e a defesa do ativismo judicial.

Kmiec conclui sua síntese afirmando que a discussão sobre ativismo não faz sentido isoladamente, ou seja, sem estar acompanhada de um debate acerca de como deve ser feita a interpretação constitucional ou do papel adequado do controle jurisdicional de constitucionalidade na sociedade. Sua utilidade, no entanto, aparece quando a expressão é utilizada com cuidado, servindo como elemento enriquecedor do debate acerca das questões subsidiárias já mencionadas. Apenas assim o termo não será utilizado simplesmente para

³⁰ ELY, op. cit., pp. 68-69. Destaca-se: “(...) *If that were the purpose, however, the legislative process would plainly be better suited to it than the judicial review*”.

³¹ ELY, op. cit., pp. 69-70.

³² Idem, p. 181. Para uma exposição crítica da teoria desenvolvida por John Hart Ely, consultar VIEIRA, Oscar Vilhena. *A Constituição e sua Reserva de Justiça: um ensaio sobre os limites materiais ao poder de reforma*. São Paulo: Malheiros, 1999, págs. 212-221.

criticar uma decisão da qual se discorda, sendo perfeitamente possível que haja decisões ativistas boas e ruins.³³

John Hart Ely, um pensador inequivocamente associado ao pensamento político progressista nos Estados Unidos, pode ser considerado precursor de um grupo de autores que cada vez mais questionam a aptidão do Judiciário – e da Suprema Corte em especial – para avançar em questões ligadas à proteção dos direitos constitucionalmente assegurados aos cidadãos.

Mais recentemente, outros autores progressistas vêm assumindo, no debate estadunidense, posturas críticas em relação à atuação da Suprema Corte, na esteira de John Hart Ely.³⁴ Parece assim haver um resgate de uma tradição, na medida em que a defesa do *judicial review of legislation* costumava ser feita pelo campo mais conservador da política, enquanto que os progressistas permaneciam como críticos da atuação judicial. Ocorre, no entanto, que o lado mais à esquerda do espectro político estadunidense deixou-se levar pela ilusão de um breve período em que a Suprema Corte, dominada por uma maioria progressista, fez avançar uma agenda de proteção aos direitos civis sem precedentes na história americana, mas que não vem se mostrando capaz de resistir ao teste do tempo.³⁵

3. A judicialização da política

Outro fenômeno relacionado ao desenvolvimento do protagonismo judicial, e que me parece distinto do ativismo judicial, é chamado genericamente de “judicialização da política”. A expressão, contudo, comporta ao menos três faces distintas, ainda que inter-relacionadas, como destaca Ran Hirschl, professor de ciência política e direito na Universidade de Toronto. Primeiramente, serão especificadas justamente cada uma dessas três faces apresentadas, a fim de questionar de maneira útil quais as conseqüências advindas deste fenômeno.

³³ KMIEC, op. cit., pp 1476-1477. Assim como uma postura não-ativista pode ser danosa, como demonstra a recusa da Suprema Corte em conhecer de recursos interpostos por presos mantidos em Guantánamo. Ver, sobre o tema, FONTANA, David. “The Supreme Court: *Missing in Action*”, in *Dissent Magazine*, spring 2008, disponível em <http://www.dissentmagazine.org/article/?article=1165>, acesso em 07 de dezembro de 2008.

³⁴ Ver, por exemplo, LEVINSON, Sanford. *Our Undemocratic Constitution: where the Constitution goes wrong (and how we the people can correct it)*. New York: Oxford University Press, 2006; TUSHNET, Mark. *Taking the Constitution Away from the Courts*. Princeton: Princeton University Press, 1999; KRAMER Larry. *The People Themselves: Popular Constitutionalism and Judicial Review*. New York: Oxford University Press, 2004.

³⁵ Consultar FRIEDMAN, Barry. “The Cycles of Constitutional Theory”, in *Law and Contemporary Problems*, vol. 67, 2004, disponível em <http://ssrn.com/abstract=678361>, artigo no qual o autor demonstra como a teoria constitucional se transforma de maneira análoga às transformações sofridas pela Suprema Corte, apontando para o fato de que tanto progressista como conservadores já adotaram perspectivas críticas ou elogiosas à tarefa desenvolvida pelo principal tribunal estadunidense.

Em um nível mais abstrato, Hirschl faz referência à popularização do discurso jurídico em praticamente todos os aspectos da vida moderna. Segundo ele, os conflitos sociais são capturados pelo Direito e passam a ser resolvidos por meio da aplicação de normas e procedimentos *quasi-judiciais*, o que seria conseqüência de uma crescente complexidade, característica das sociedades altamente regulamentadas surgidas com o estado de bem-estar social.³⁶ Esta primeira face da judicialização é chamada pelo autor canadense de “judicialização das relações sociais”.³⁷

Um segundo nível, mais concreto, da judicialização da política decorreria da expansão do papel dos tribunais na determinação de políticas públicas, notadamente aquelas ligadas a direitos constitucionais.³⁸ Embora Hirschl aponte para casos que digam respeito às tradicionais liberdades civis clássicas como os principais exemplos desta face da judicialização (notadamente o devido processo legal, a privacidade e a igualdade perante a lei), não se pode ignorar o fato de que em diversos ordenamentos a proteção constitucional não se limita aos direitos civis e políticos, avançando também sobre direitos sociais.

De fato, na América Latina a proteção constitucional dos direitos sociais ocorreu antes mesmo da consolidação de direitos civis e políticos, como aponta Guillermo O’Donnell.³⁹ E, como será acentuado mais adiante, parece certo que a judicialização de direitos sociais é mais problemática do que aquela que incide sobre os direitos civis ou políticos. A esta segunda face da judicialização, Hirschl refere-se como a “judicialização a partir de baixo” (*judicialization from below*), uma vez que costuma ser provocada por meio de ações judiciais originadas na própria sociedade.⁴⁰

Por fim, surge uma terceira classe da judicialização, que parece ser a mais problemática de todas: a judicialização da mega-política, em que controvérsias políticas

³⁶ HIRSCHL, Ran. “The New Constitutionalism and the Judicialization of Pure Politics Worldwide”, in *Fordham Law Review*, vol. 75, 2006, pp. 723-724.

³⁷ Idem, p. 725.

³⁸ Idem, p. 724.

³⁹ O’DONNELL, Guillermo. *La democracia en América Latina: hacia una democracia de ciudadanos y ciudadanas*. Buenos Aires: Aguilar, Altea, Taurus, Alfaguara, 2004, disponível em www.democracia.pnud.org. Destaca-se o seguinte trecho, na página 55: “*Más bien, el patrón modal ha sido [na América Latina] el siguiente: primero, se otorgaron algunos derechos sociales, más limitados que en el Noroeste, y en las últimas dos décadas en la mayoría de los países aquellos han sido profundamente revertidos. Más tarde, adquisición de derechos políticos, a través de procesos pasados o presentes de democratización política. Y tercero, aún hoy, derechos civiles implantados de manera sesgada e intermitente.*”

⁴⁰ HIRSCHL, op. cit., p. 725. É neste sentido que utilizam a expressão “ativismo judicial” autores brasileiros como Gisele Cittadino, Luiz Werneck Vianna e Marcelo Burgos. Consultar, a respeito, os artigos escritos pela primeira (individualmente) e pelos dois últimos (em co-autoria) e publicados em VIANNA, Luiz Werneck (org.). *A Democracia e os Três Poderes no Brasil*. Belo Horizonte: Ed. UFMG, Rio de Janeiro: IUPERJ/FAPERJ, 2002.

centrais, responsáveis pela definição do próprio conceito de comunidade, têm a sua resolução delegada ao Judiciário.

Estão aí incluídas questões sobre a judicialização do processo eleitoral, o controle das prerrogativas do Executivo em matéria de planejamento macroeconômico ou de segurança nacional, dilemas ligados à justiça restaurativa, chancela judicial para a transformação do regime e, acima de tudo, a formação da identidade nacional, a construção de uma nação e a própria definição da razão de ser da *polis*.⁴¹

Há enormes dificuldades decorrentes do fenômeno descrito, notadamente nos dois últimos aspectos analisados.

Em relação à proteção dos direitos, as objeções colocadas diante da atuação do Judiciário podem ser divididas em uma objeção ideológica, feita a partir da teoria democrática, e uma objeção prática, feita a partir da falta de habilidade dos juízes para lidar com questões amplas de políticas públicas.

Já a judicialização da mega-política esbarra principalmente na falta de legitimidade do Poder Judiciário para tomar decisões que claramente não são limitadas pelo Direito positivo existente.

3.1 Judicialização de direitos

No debate estadunidense, como demonstra o esforço teórico empreendido por Ely, uma vez que a Constituição cuidou de prever apenas alguns poucos direitos fundamentais, há a necessidade de se buscar justificativas para uma atuação mais ativa do Judiciário não apenas no sentido de interpretar as normas de direitos existentes, mas ainda de “descobrir” novos valores, além daqueles consagrados no texto constitucional. E, como analisado no item 2 (*supra*), a tarefa não parece nada fácil.

Mas existem ainda ao menos duas outras dificuldades colocadas por esta judicialização “a partir de baixo”.

A primeira delas é estudada a fundo pelo neozelandês Jeremy Waldron, e reside na existência do desacordo entre diferentes concepções (igualmente aceitáveis) a respeito do conteúdo das normas de direitos. Waldron rejeita a tese, central para o constitucionalismo, de

⁴¹ Idem, p. 727, chamando-se a atenção para a rica apresentação de exemplos do fenômeno retirados de diversas sociedades.

que as constituições escritas refletem uma espécie de pré-compromisso, adotado em um momento especial e necessário para a manutenção do Estado Democrático.⁴²

Para ele, a existência de desacordo razoável entre distintas concepções acerca de direitos não deve ser vista como uma ameaça à democracia. Ao contrário, a tentativa de limitar o desacordo é que se mostra antidemocrática, o que se afigura especialmente verdadeiro em democracias já consolidadas, como Inglaterra e Estados Unidos.⁴³ Em artigo recente, Waldron leva seu raciocínio às últimas conseqüências, defendendo a desnecessidade do controle jurisdicional de constitucionalidade em sociedades comprometidas com a proteção de direitos.⁴⁴

A segunda objeção está relacionada à capacidade de o Judiciário avançar de maneira efetiva na implementação de direitos constitucionais não realizados pelos poderes políticos. A justiça, assim, atuaria como uma verdadeira instância de promoção de políticas públicas, sem que seus integrantes sejam legitimados ou que tenham sido preparados para tanto.

Esta dificuldade seria atenuada, em princípio, pelo caráter individual da jurisdição. Desta maneira, a atuação do Judiciário na proteção dos direitos fundamentais estaria limitada aos autores das ações ajuizadas, sem alterar o rumo das políticas públicas e, conseqüentemente, sem representar uma invasão da esfera própria de atuação dos demais poderes.

No entanto, não é exatamente isso que acontece. Em pelo menos dois grupos de casos, as decisões judiciais terão, sim, efeitos sobre toda a coletividade: nas ações de

⁴² Para ilustrar o argumento, Waldron se utiliza da metáfora proposta por Jon Elster, que compara as manifestações do poder constituinte e dos poderes constituídos (legislação ordinária) com a odisséia de Ulisses. O poder constituinte atuaria em um momento iluminado, criando barreiras contra a sua própria vontade (o que equivale a Ulisses determinando que ele mesmo seja amarrado ao mastro do navio) e os poderes constituídos seriam suscetíveis a pressões momentâneas, capazes de ameaçar a sua própria sobrevivência (o que equivaleria a Ulisses pedindo para ser desamarrado ao escutar o canto das sereias). Consultar WALDRON, Jeremy. "Precommitment and Disagreement", in ALEXANDER, Larry. *Constitutionalism: Philosophical Foundations*. Cambridge: Cambridge University Press, 1998, p. 275 e segs. Note-se que, posteriormente, o próprio Jon Elster revisitou a metáfora, concedendo razão a alguns críticos. Ver, a respeito, ELSTER, Jon. *Ulises desatado: estudos sobre a racionalidad, precompromiso y restricciones*. Barcelona: Gedisa, 2002.

⁴³ Waldron, op. cit., p. 295, de onde se extrai: "In both countries [EUA e Reino Unido] there are robust and established traditions of political liberty (which have flourished often despite the best efforts of the judiciary), and in both countries there are vigorous debates about political structure that seem likely to proceed without threatening minority freedoms. For that reason, then, and because these backgrounds issues of political structure, political procedure, and political culture remain the subject of ongoing, healthy, and benign disagreement, the panic-stricken model of Odyssean precommitment seems singularly inappropriate as a basis pr template for constitutional theory."

⁴⁴ WALDRON, Jeremy. "The Core of the Case Against Judicial Review", in *Yale Law Journal*, vol. 115, 2006. Para uma resposta ao artigo de Waldron, ver FALLON Jr., Richard H. "The Core of an Uneasy Case for Judicial Review", in *Harvard Law Review*, vol. 121, nº 7, maio de 2008.

fiscalização abstrata de constitucionalidade (destacando-se a dificuldade existente com a fiscalização da inconstitucionalidade por omissão)⁴⁵ e nas ações coletivas.⁴⁶ Não por acaso, a jurisprudência, especialmente a do STF, mostra-se muito relutante tanto em realizar um controle efetivo sobre as omissões inconstitucionais⁴⁷ como em efetivar direitos postulados por meio de ações coletivas.⁴⁸

3.2 Judicialização da mega-política

O último aspecto da judicialização da política, que envolve a intervenção do Judiciário em questões que não são propriamente de direitos, mas sim em questões puramente políticas,⁴⁹ merece três considerações.

A primeira, e mais óbvia, é que existe uma séria dificuldade em conciliar esta prática com a observância de um regime democrático. Mesmo dentro de uma visão minimalista de democracia, que reconheça apenas a participação e a competição como elementos necessários,⁵⁰ não se justifica a participação de uma instância fechada à participação ou à competição.⁵¹

O Judiciário não se reconhece como instância política, defendendo-se sempre das acusações de “ativismo” ou de invasão da esfera política sob o argumento de que estaria

⁴⁵ Para uma defesa da atuação do Judiciário na promoção dos direitos sociais (os mais atingidos pela omissão legislativa), ver CUNHA JÚNIOR, Dirley da. “Neoconstitucionalismo e o novo paradigma do Estado Constitucional de Direito: um suporte axiológico para a efetividade dos Direitos Fundamentais Sociais”, in CUNHA JÚNIOR, Dirley da e PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Temas de Teoria da Constituição e Direitos Fundamentais*. Salvador: ed. Juspodivm, 2007.

⁴⁶ Para uma exposição sobre a potencialidade das ações coletivas, ver VIANNA, Luiz Werneck e BURGOS, Marcelo. “Revolução Processual do Direito e Democracia Progressiva”, in VIANNA, Luiz Werneck (org.). *A Democracia e os Três Poderes no Brasil*. Belo Horizonte: ed. UFMG, Rio de Janeiro: IUPERJ/FAPERJ, 2002.

⁴⁷ Especificamente quanto ao controle da inconstitucionalidade por omissão, em alguns julgamentos recentes o STF pareceu dar alguns passos na direção de uma atuação mais efetiva. Ao discutir a falta de regulamentação do direito de greve dos servidores públicos (MI 670, MI 708 e MI 712) e o direito à aposentadoria especial da mesma categoria (MI 721 e MI 758), determinou que fossem aplicadas as leis gerais já existentes para os trabalhadores, enquanto não forem editadas as normas próprias do funcionalismo. Em que pese o avanço, note-se que o Judiciário não editou qualquer regulamentação, limitando-se a aproveitar atos legislativos já existentes.

⁴⁸ Conferir, com estas conclusões, conferir HOFFMAN, Florian Fabian e BENTES, Fernando Ramalho Ney Montenegro. “A Litigância Judicial dos Direitos Sociais no Brasil: uma Abordagem Empírica”, in SARMENTO, Daniel e SOUZA NETO, Cláudio Pereira de (orgs.). *Direitos Sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

⁴⁹ Adota-se aqui, como conceito de decisão política, aquele formulado por Robert Dahl: “an effective choice among alternatives about which there is, at least initially, some uncertainty”. Cf. DAHL, Robert. “Decision-Making in a Democracy: the Supreme Court as a National Policy-Maker”, in *Journal of Public Law*, vol. 6, 1957, p. 279.

⁵⁰ DAHL, Robert. *Poliarquia*. São Paulo: EDUSP, 1997.

⁵¹ Não se ignora aqui a defesa que alguns autores fazem de um Judiciário mais democrático, nos termos propostos, especialmente por Peter Häberle. Este conceito, no entanto, parece insuficiente, por razões que não podem ser expostas neste trabalho. Veja-se uma defesa desta perspectiva em BINEMBOJN, Gustavo. *A Nova Jurisdição Constitucional Brasileira: Legitimidade democrática e instrumentos de realização*, 2ª edição. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

fazendo valer a vontade do constituinte, e não a sua própria. Uma vez que não se reconhece como uma instância política, suas decisões não são incertas; ao revés, estão amparadas no direito existente e se limitam a reconhecer que uma determinada questão já não é mais política, e sim jurídica. Mesmo porque, admitir-se que o Judiciário fosse abertamente uma instância política seria incompatível com a noção democrática de governo.⁵²

A segunda observação é que existem sérias dúvidas a respeito da capacidade de o Judiciário funcionar como uma instância importante de determinação de políticas públicas. O pioneiro estudo de Robert Dahl já apresentava esta conclusão, em 1957, ao indicar que a Suprema Corte pertence, via de regra, à aliança nacional dominante. Conseqüentemente, dificilmente atuaria em sentido contrário àquele defendido pelos poderes políticos (responsáveis pela indicação e confirmação dos *justices*, respectivamente, pelo Presidente e pelo Senado), a não ser durante breves períodos de desequilíbrio.⁵³

Trazendo esta observação para a realidade brasileira, pode-se observar, a título de exemplo, a intensa discussão acerca da reforma política no Brasil. Recentemente, dois tribunais superiores, o STF e o TSE, tomaram algumas decisões que alteraram significativamente o sistema político brasileiro. Três casos parecem especialmente interessantes: o que determinou a verticalização das coligações eleitorais⁵⁴, o que instituiu a fidelidade partidária⁵⁵ e o que permitiu o registro da candidatura de políticos que, embora possuam diversas ações penais contra si, não tenham sido condenados de maneira definitiva.⁵⁶

No primeiro caso, o TSE editou resolução em 2002 determinando o caráter nacional das coligações partidárias, e foi amparado pela decisão do STF, que não conheceu de ação direta de inconstitucionalidade ajuizada em face da citada resolução,⁵⁷ acabando, assim, com as diferentes coligações que eram formadas nas eleições nacionais e eleições estaduais. Neste caso, os interesses da aliança nacional dominante foram contrariados, o que resultou na rápida

⁵² DAHL, Robert. "Decision-Making in a Democracy: the Supreme Court as a National Policy-Maker", in *Journal of Public Law*, vol. 6, 1957, p.291: "if the Court in fact uphold minorities against national majorities, as both its supporters and critics often seem to believe, it would be an extremely anomalous institution from a democratic point of view".

⁵³ Idem, especialmente págs. 293-295. Em sentido semelhante, mas em perspectiva atual, consultar GRABER, Mark. "Does it Really Matter? Conservative Courts in a Conservative Era", in *Fordham Law Review*, vol. 75, 2006.

⁵⁴ TSE, Resolução nº 20.993 e STF: ADI 2.626-DF

⁵⁵ STF: MS 22.602, MS 22.603 e MS 22.604

⁵⁶ STF: ADPF 144

⁵⁷ Sob a alegação de se tratar de ato normativo secundário.

aprovação de uma emenda constitucional liberando as coligações em cada um dos níveis da federação.⁵⁸

No segundo caso, o STF, corroborando entendimento manifestado pelo TSE, e modificando a sua própria jurisprudência, passou a entender que o deputado federal que trocasse de legenda depois de eleito por um determinado partido perderia o mandato. Neste caso, ainda não está claro se a decisão será duradoura, mas já se encontram em discussão propostas de emendas constitucionais destinadas a disciplinar a questão.

Já o terceiro caso foi cercado de ampla expectativa popular e cobertura da imprensa, pois poderia inviabilizar a candidatura daqueles que ficaram conhecidos como “fichas-suja”. O STF, no entanto, frustrando a expectativa criada em torno do julgamento, preferiu liberar a candidatura de qualquer um que não tivesse sofrido condenação criminal transitada definitivamente em julgado, fazendo prevalecer o princípio da presunção de não-culpabilidade.

Os três casos parecem confirmar a tese segundo a qual não parece provável que o STF consiga alterar (seja por falta de vontade ou de capacidade), a longo prazo, os rumos da política a ponto de contrariar seriamente os desejos da aliança nacional dominante.

A terceira observação está intimamente ligada à segunda. Uma vez que a Suprema Corte (e o raciocínio pode ser aplicado ao Brasil, que possui o mesmo procedimento de indicação e confirmação para os ministros do STF) faz parte da aliança nacional dominante, não se deve imaginar que ela poderia usurpar competências decisórias de poderes políticos com os quais, em regra, ela está alinhada.

Parece mais correto reconhecer, como faz Ran Hirschl, que a constitucionalização de determinados direitos e a sua colocação sob a guarda de um Poder Judiciário teoricamente neutro fazem parte de uma estratégia de preservação de valores caros à democracia liberal-capitalista, que ficam, assim, resguardados das “ameaças” provenientes do povo. É o que demonstra a seguinte passagem:

Judicial power does not fall from the sky; it is politically constructed. I believe that the constitutionalization of rights and the fortification of judicial review result from a strategic pact led by hegemonic yet increasingly threatened political elites, who seek to insulate their policy preferences against the changing fortunes of democratic politics, in association with

⁵⁸ Emenda Constitucional nº 52/2006, que modificou a redação do art. 17, § 1º da Constituição, que passou a ser a seguinte: “É assegurada aos partidos políticos autonomia para definir sua estrutura interna, organização e funcionamento e para adotar os critérios de escolha e os regimes de suas coligações eleitorais, sem obrigatoriedade de vinculação entre as candidaturas em âmbito nacional, estadual, distrital ou municipal, devendo seus estatutos estabelecer normas de disciplina e fidelidade partidária”.

economic and judicial elites who have compatible interests. The changes that emerge reflect a combination of the policy preferences and professional interests of those groups.⁵⁹

Desta maneira, em vez de disfarçar a atividade judicial sob o manto do tecnicismo, parece mais correto (ou honesto, pelo menos) reconhecer a forte imbricação entre direito e política, a fim de restituir cada qual à sua área de atuação. Confiar na atuação do Poder Judiciário para corrigir todos os defeitos de nosso sistema político pode significar uma enorme frustração (pois ele não terá força para tanto) ou então um sacrifício da própria democracia (se não forem encontrados os limites para sua atuação legítima e eficaz).

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS:

- ALEXY, Robert. *Teoria del Discurso y Derechos Constitucionales*. Cidade do México: Distribuciones Fontamara, 2004
- BAYÓN, Juan Carlos. “Derechos, Democracia y Constitución”, in CARBONELL, Miguel (ed.). *Neoconstitucionalismo(s)*. Madrid: Trotta, 2003
- BERLIN, Isaiah. “Dois Conceitos de Liberdade”, in *Quatro Ensaios sobre a Liberdade*. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1981
- CUNHA JÚNIOR, Dirley da. “Neoconstitucionalismo e o novo paradigma do Estado Constitucional de Direito: um suporte axiológico para a efetividade dos Direitos Fundamentais Sociais”, in CUNHA JÚNIOR, Dirley da e PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Temas de Teoria da Constituição e Direitos Fundamentais*. Salvador: ed. Juspodivm, 2007
- DAHL, Robert. “Decision-Making in a Democracy: the Supreme Court as a National Policy-Maker”, in *Journal of Public Law*, vol. 6, 1957
- DAHL, Robert. *Poliarquia*. São Paulo: EDUSP, 1997.
- ELSTER, Jon. *Ulises desatado: estudios sobre a racionalidad, precompromiso y restricciones*. Barcelona: Gedisa, 2002.
- ELY, John Hart. *Democracy and Distrust: A Theory of Judicial Review*. Cambridge: Harvard University Press, 1980 (foi consultada a 14ª reimpressão, de 2002).

⁵⁹ HIRSCHL, Ran. *Towards Juristocracy: The Origins and Consequences of the New Constitutionalism*. Cambridge: Harvard University Press, 2004, p. 49.

- FALLON Jr., Richard H. “The Core of an Uneasy Case *for* Judicial Review”, in *Harvard Law Review*, vol. 121, nº 7, maio de 2008
- FRIEDMAN, Barry. “The Cycles of Constitutional Theory”, in *Law and Contemporary Problems*, vol. 67, 2004, disponível em <http://ssrn.com/abstract=678361>
- GRABER, Mark. “Does it Really Matter? Conservative Courts in a Conservative Era”, in *Fordham Law Review*, vol. 75, 2006.
- GRIFFIN, Stephen. “The Age of Marbury: Judicial Review in a Democracy of Rights”, in *Tulane Law School Working Paper No. 2003-01*, disponível em <http://ssrn.com/abstract=441240>, acesso em 07 de dezembro de 2008.
- HIRSCHL, Ran. *Towards Juristocracy: The Origins and Consequences of the New Constitutionalism*. Cambridge: Harvard University Press, 2004
- HIRSCHL, Ran. “The New Constitutionalism and the Judicialization of Pure Politics Worldwide”, in *Fordham Law Review*, vol. 75, 2006
- KMIEC, Keenan D. “The Origin and Current Meanings of ‘Judicial Activism’”, in *California Law Review*, vol. 92, nº 5, out. 2004.
- MARSHALL, Geoffrey. “The United Kingdom Human Rights Act, 1998”, in JACKSON, Vicki e TUHSNET, Mark (eds.). *Defining the Field of Comparative Constitutional Law*. Westport, Connecticut: Praeger, 2002.
- KRAMER Larry. *The People Themselves: Popular Constitutionalism and Judicial Review*. New York: Oxford University Press, 2004.
- LEVINSON, Sanford. *Our Undemocratic Constitution: where the Constitution goes wrong (and how we the people can correct it)*. New York: Oxford University Press, 2006;
- O’DONNELL, Guillermo. *La democracia en América Latina: hacia una democracia de ciudadanas y ciudadanos*. Buenos Aires: Aguilar, Altea, Taurus, Alfaguara, 2004, disponível em www.democracia.pnud.org
- PERRY Jr., H. W. *Deciding to Decide: Agenda Setting in the United States Supreme Court*. Cambridge: Harvard University Press, 1991.
- PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*, 9ª edição. São Paulo: Saraiva, 2008
- SUNSTEIN, Cass. “Second Amendment Minimalism: *Heller* as *Griswold*”, in *Harvard Law Review*, vol. 122, nº 1, nov. 2008.

THAYER, James B. “The Origin and Scope of the American Doctrine of Constitutional Law”, in *Harvard Law Review*, vol. 7, 1893.

TUSHNET, Mark. *Taking the Constitution Away from the Courts*. Princeton: Princeton University Press, 1999;

VIANNA, Luiz Werneck (org.). *A Democracia e os Três Poderes no Brasil*. Belo Horizonte: Ed. UFMG, Rio de Janeiro: IUPERJ/FAPERJ, 2002.

VIANNA, Luiz Werneck e BURGOS, Marcelo. “Revolução Porcessual do Direito e Democracia Progressiva”, in VIANNA, Luiz Werneck (org.). *A Democracia e os Três Poderes no Brasil*. Belo Horizonte: ed. UFMG, Rio de Janeiro: IUPERJ/FAPERJ, 2002.

VIEIRA, Oscar Vilhena. *A Constituição e sua Reserva de Justiça: um ensaio sobre os limites materiais ao poder de reforma*. São Paulo: Malheiros, 1999

WALDRON, Jeremy. “Precommitment and Disagreement”, in ALEXANDER, Larry. *Constitutionalism: Philosophical Foundations*. Cambridge: Cambridge University Press, 1998

WALDRON, Jeremy. “The core of the Case Against Judicial Review”, in *Yale Law Journal*, vol. 115, 2006.

WALDRON, Jeremy. “Judges as moral reasoners”, in *International Journal of Constitutional Law*, vol. 7, n. 1, 2009

WECHSLER, Herbert. “Toward Neutral Principles of Constitutional Law”, in *Harvard Law Review*, vol. 73, nº 1, 1959.