JULIO GROSTEIN

AUTOCONTENÇÃO JUDICIAL E JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL

Tese de Doutorado

Orientador: Professor Doutor Roger Stiefelmann Leal

UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO

FACULDADE DE DIREITO

São Paulo-SP

2020

JULIO GROSTEIN

AUTOCONTENÇÃO JUDICIAL E JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL

Tese apresentada à Banca Examinadora do Programa de Pós-Graduação em Direito, da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, como exigência parcial para obtenção do título de Doutor em Direito, na área de concentração Direito Constitucional, sob a orientação do Professor Doutor Roger Stiefelmann Leal.

UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO

FACULDADE DE DIREITO

São Paulo-SP

2020

Autorizo a reprodução e divulgação total ou parcial deste trabalho, por qualquer meio convencional ou eletrônico, para fins de estudo e pesquisa, desde que citada a fonte.

Catalogação da Publicação
Serviço de Biblioteca e Documentação
Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo

Grostein, Julio
AUTOCONTENÇÃO JUDICIAL E JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL ; Julio Grostein ; orientador Roger Stiefelmann Leal -- São Paulo, 2020.
346
Tese (Doutorado - Programa de Pós-Graduação em Direito do Estado) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, 2020.

1. Autocontenção judicial. 2. Questões políticas. 3. Presunção de constitucionalidade. 4. Critérios processuais. 5. Pluralismo, ativismo judicial. I. Leal, Roger Stiefelmann, orient. II. Título.

JULIO GROSTEIN

AUTOCONTENÇÃO JUDICIAL E JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL

Tese apresentada à Banca Examinadora do Programa de Pós-graduação em Direito, da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, como exigência parcial para obtenção do Título de Doutor em Direito, na área de concentração Direito Constitucional, sob a orientação do Professor Doutor Roger Stiefelmann Leal.

BANCA EXAMINADORA

Presidente:_____

Professor Doutor Roger Stiefelmann Leal

1º Examinador

(a):_____

2º Examinador

(a):_____

3º Examinador

(a):_____

4º Examinador

(a):_____

5º Examinador

(a):_____

Dedico este trabalho à Gabriela.

With all the changing seasons of my life

Eu sinto a tua mão a me guiar

Pela noite a caminho de casa

Cada movimento do sol sobre você

Cada móvel velho e cada anoitecer

Mais uma vez, sem você eu não teria chegado até aqui.

Simples assim.

AGRADECIMENTOS

Agradeço, em primeiro lugar, ao Professor Roger Stiefelmann Leal. Tive o privilégio de vivenciar de perto, uma vez mais, todo o seu brilho e dedicação, como professor e como orientador. Cada aula assistida e cada conversa travada, desta vez no doutorado, serviram de estímulo e referência. Já havia aprendido com ele que "não se trata de fazer ler, mas de fazer pensar". Mais do que nunca, o tenho como paradigma de pesquisador e de docente.

Agradeço aos Professores Conrado Hübner Mendes e Pedro Buck Avelino pelas valiosas e estimulantes contribuições no exame de qualificação.

Agradeço à minha mãe Francisca Gallon Grostein e à minha irmã Adele Grostein por todo o apoio e compreensão, desde sempre. Tenho em vocês o modelo ideal de caridade, bondade, coragem e doçura.

Agradeço ao meu pai Sergio Grostein (*in memoriam*), que, no exercício da função de pai, dedicou-se a me ensinar as lições da vida. E, assim, se tornou exemplo e inspiração.

Agradeço aos meus grandes amigos e amigas que mais de perto acompanharam esta jornada.

Aos meus amigos Rafael Folador Strano e Alvimar Virgílio de Almeida, por tantas e tantas histórias. Dividi de perto com vocês algumas das angústias e das conquistas da vida. Por estarem ao meu lado ao longo destes caminhos, meu muito obrigado.

Juliana Garcia Belloque, por todo o companheirismo, entusiasmo, incentivo e estímulo. Sem os nossos cafés, essa tese não teria tido o mesmo brilho, a mesma força, o mesmo colorido e a mesma criatividade.

Mariana Tonolli Chiavone Delchiaro e Rodrigo Vidal Nitrini, com quem dividi de perto não só amizade, mas também os desafios e as recompensas próprias de programas de pós-graduação. Encontrei inspiração na inteligência, garra e dedicação de vocês.

Felipe Hotz de Macedo Cunha, Erika Doria dos Santos, Clint Rodrigues Correia e Jéssica Maria Cavalheiro Madeira, pelo raro privilégio de dividir meus dias com amigos verdadeiros. É incrível como aprendo todos os dias com vocês. Nesses anos todos, minha admiração só cresceu. E a amizade próxima de vocês foi fundamental. Pelas risadas, apoio, paciência e todas (foram tantas!) conversas, meu muito obrigado.

Tiago Augusto Bressan Buosi e Glauber Callegari, em quem encontrei a leveza tantas vezes necessárias nesta jornada. Sem a camaradagem e as risadas com vocês, teria sido muito mais árduo.

Daniel Guimarães Zveibil, pelo apoio e ajuda nesta pesquisa. Nos momentos de insegurança, seu olhar sobre esta tese me trazia novamente a confiança para seguir em frente.

Davi Eduardo Depiné Filho, pela amizade, parceria e compreensão. As nossas caminhadas reflexivas pelas ruas do centro tantas vezes me fizeram perceber não só a atualidade e importância do tema desta tese, mas, sobretudo, como ele repercute na prática das instituições.

Enfim, em diferentes momentos da caminhada que permeou esta pesquisa, cada um de vocês foi fundamental. Cada um à sua maneira, cada um com o seu propósito. Este trabalho tem um pouco de cada um de vocês. Em vocês tive inspirações, apoio, estímulo, incentivo e entusiasmo. *Aprendi com as primaveras a deixar-me cortar e a voltar sempre inteiro* e, assim, *llevo tus marcas en mi piel*. Obrigado por tudo isso e por todo o resto.

“I like restraint... if it doesn't go too far.”

- Mae West

“Judges are like umpires. Umpires don't make the rules; they apply them. The role of an umpire and a judge is critical. They make sure everybody plays by the rules. But it is a limited role. Nobody ever went to a ball game to see the umpire.”

- Discurso de abertura de John G. Roberts na audiência para sua confirmação ao cargo de presidente da Suprema Corte dos Estados Unidos perante o Senado norte-americano

“"Restraint is only restraint when we reject what we want most.”

- J Harvie Wilkinson III

RESUMO

Este trabalho tem por objeto o estudo da autocontenção judicial, promovendo uma análise comparativa deste comportamento judicial na jurisprudência da Suprema Corte federal norte-americana e do Supremo Tribunal Federal brasileiro. Para tanto, são identificados os elementos essenciais do que se tem denominado autocontenção judicial, bem como se analisa a sua origem, evolução e classificações doutrinárias já formuladas. Vinculando-se a noção de autocontenção aos limites autonomamente impostos pelos próprios juízes constitucionais, busca-se examinar os diversos critérios deste comportamento restrito, isto é, os mecanismos desenvolvidos pela jurisdição constitucional para permitir a adoção de posturas autocomedidas. O exame de julgados que externam comportamentos autorrestritos bem como a análise da literatura especializada brasileira e norte-americana indicam que a autocontenção destes tribunais se expressa por meio da doutrina das questões políticas, da presunção de constitucionalidade e de algumas técnicas processuais que impedem o julgamento de mérito de demandas. Examina-se, assim, a aplicação destes critérios na jurisprudência dos dois tribunais estudados, apreciando como cada um deles se relaciona com limitações à jurisdição constitucional impostas pelo ordenamento constitucional e legal. Afere-se, assim, formas puras e híbridas de cada um dos critérios de autocontenção, conforme tenham origem na opção autônoma do tribunal e/ou em normas jurídicas positivadas. Com base neste contexto, é possível promover uma análise comparativa da autocontenção judicial no Supremo Tribunal Federal e na Suprema Corte, apreciando se há coerência no uso dos critérios, as tendências da autocontenção, suas novas tipologias e seus efeitos perante os dois sistemas constitucionais estudados. Este cenário permite, ao final, examinar como comportamentos autocontidos efetivamente se relacionam com a noção de ativismo judicial.

Palavras-chave: Autocontenção judicial. Critérios de autocontenção no Brasil e nos Estados Unidos. Questões políticas. Presunção de constitucionalidade. Critérios processuais. Coerência na aplicação dos critérios. Autocontenção própria e imprópria. Pluralismo político. Ativismo judicial.

ABSTRACT

This research aims to study judicial self-restraint, promoting a comparative analysis of this judicial behavior in the jurisprudence of the United States Supreme Court and the Brazilian Supreme Court. Therefore, the essential elements of what has been called judicial self-restraint are identified, as well as its origin, evolution and already formulated doctrinal classifications about it. By linking the notion of self-restraint with the limits autonomously imposed by the constitutional judges themselves, the research seeks to examine the various criteria of this restricted behavior, that is, the mechanisms developed by courts exercising judial review to allow the adoption of self-restrained attitudes. Analysis of both self-restrained decisions and Brazilian and American authors indicates that the judicial self-restraint of these courts is expressed through the political questions doctrine, the presumption of constitutionality and some procedural techniques that prevent reaching the merits in some cases. Thus, this work studies the application of these criteria by the jurisprudence of the two analyzed courts, considering how each of them relates to limitations to judicial review imposed by constitutional and legal rules. In this manner, pure and hybrid forms of each of the self-restraint criteria can be traced according to its origin: whether the court's autonomous choice and/or positive legal or constitutional rules. Based on this context, it is possible to promote a comparative analysis of judicial self-restraint in both supreme courts analyzed, considering whether there is consistency in the use of the criteria, the trends of self-restraint, their new typologies and their effects on the two constitutional systems studied. This scenario allows, in the end, to examine how self-restrained postures effectively relate to the notion of judicial activism.

Keywords: Judicial self-restraint. Self-restraint criteria in Brazil and in the United States. Political questions. Presumption of constitutionality. Procedural criteria. Consistency in applying criteria. Pure and hybrid self-restraint. Political pluralism. Judicial activism.

RIASSUNTO

Lo scopo di questa ricerca è lo studio dell'autocontrollo giudiziario, promuovendo un'analisi comparativa di questo comportamento giudiziario nella giurisprudenza della Corte Suprema federale degli Stati Uniti e della Corte Suprema brasiliana. A tal fine, sono identificati gli elementi essenziali di quello che è stato definito autocontrollo giudiziario, nonché la sua origine, evoluzione e le sue classificazioni dottrinali già formulate. Collegando la nozione di autocontrollo con i limiti autonomamente imposti dagli stessi giudici costituzionali, cerchiamo di esaminare i vari criteri di questo comportamento ristretto, cioè i meccanismi sviluppati dalla giurisdizione costituzionale per permettere l'adozione di comportamenti autocontrollati. L'esame di sentenze che mostrano comportamenti auto-limitati e l'analisi della letteratura specializzata brasiliana e americana indicano che l'autocontrollo di questi tribunali è espresso attraverso la dottrina delle questioni politiche, la presunzione di costituzionalità e alcune tecniche procedurali che impediscono l'analisi di merito. Pertanto, viene esaminata l'applicazione di questi criteri nella giurisprudenza dei due tribunali studiati, considerando come ciascuno di essi si collega alle limitazioni alla giurisdizione costituzionale imposta dall'ordinamento costituzionale e legislativo. Pertanto, si vedono forme pure e ibride di ciascuno dei criteri di autocontrollo, in quanto originati dalla scelta autonoma della corte e/o norme giuridiche positive. Sulla base di questo contesto, è possibile promuovere un'analisi comparativa dell'autocontrollo giudiziale di entrambi i tribunali, considerando se c'è coerenza nell'uso dei criteri, se ci sono delle tendenze di autolimitazione, le loro nuove tipologie e i loro effetti su di essi i due sistemi costituzionali studiati. Questo scenario consente, alla fine, di esaminare in che modo i comportamenti autonomi si collegano effettivamente alla nozione di attivismo giudiziario.

Parole chiavi: Autocontrollo giudiziario. Criteri di autocontrollo in Brasile e negli Stati Uniti. Questioni politiche. Presunzione di costituzionalità. Criteri procedurali. Coerenza nell'applicazione dei criteri. Autocontrollo di sé e improprio. Pluralismo politico. Attivismo giudiziario.

LISTA DE SIGLAS E ABREVIATURAS

ADC – ação declaratória de constitucionalidade

ADI – ação direta de inconstitucionalidade

ADPF – arguição de descumprimento de preceito fundamental

AgR – agravo regimental

AI – agravo de instrumento

AP – ação penal

ARE – recurso extraordinário com agravo

art. – artigo

AV – avulsa/o

CT – carta testemunhável

DJ – Diário da Justiça

DJe – Diário da Justiça eletrônico

EC – emenda constitucional

EREsp – embargos de divergência em recurso especial

EUA – Estados Unidos da América

Ext - extradição

HC – *habeas corpus*

MC – medida cautelar

MI – mandado de injunção

min. – ministro

MS – mandado de segurança

PEC – proposta de emenda à Constituição

PET – petição

QO – questão de ordem

Rcl – reclamação

RE – recurso extraordinário

rel. – relator

Rp – representação de inconstitucionalidade

STF – Supremo Tribunal Federal

STJ – Superior Tribunal de Justiça

T. – turma

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO..... 27
1. Justificativa.....27
2. Delimitação do objeto..... 31
3. Metodologia.....33
4. Organização da pesquisa..... 35

CAPÍTULO I – NOÇÕES GERAIS SOBRE A AUTOCONTENÇÃO JUDICIAL...37
1. A missão da jurisdição constitucional.....37
2. Autonomia e restrição: o caráter endógeno.....40
3. Autocontenção e expressões afins.....47
3.1 Virtudes passivas..... 47
3.2 Minimalismo judicial.....50
3.2.1 Noções gerais.....50
3.2.2 O silêncio do tribunal como expediente minimalista..... 53
3.3 Passivismo judicial..... 56
4. Origens e evolução da autocontenção judicial..... 59
5. Classificações doutrinárias.....72
6. Os critérios de autocontenção judicial.....74

CAPÍTULO II – QUESTÕES POLÍTICAS..... 79
1. Noções preliminares..... 79
2. Caracterização das questões políticas como critério de autocontenção judicial..... 82
2.1 Considerações iniciais..... 82
2.2 A sistematização das questões políticas..... 85
3. Análise da aplicação das questões políticas como critério de autocontenção judicial.... 91
3.1 Relações exteriores..... 91
3.2 Organização política dos entes federados.....95
3.3 Processo legislativo.....102
3.4 *Impeachment*..... 107
3.5 Limitações institucionais do Poder Judiciário.....111
3.6. Estado de sítio e intervenção federal na Primeira República brasileira..... 118
4. Questões políticas constituem pseudocritério de autocontenção judicial?.....122

CAPÍTULO III – PRESUNÇÃO DE CONSTITUCIONALIDADE.....131

1. Noções preliminares.....131

2. Caracterização da presunção de constitucionalidade como critério de autocontenção judicial.....133

3. Análise da aplicação da presunção de constitucionalidade como critério de autocontenção judicial.....143

3.1 Regulação econômico-social.....143

3.2 O juízo de *expertise* técnica.....149

3.3 Liberdades públicas.....158

3.4 Deferência judicial e o emprego da presunção de constitucionalidade na ausência de dúvida.....164

3.4.1 Considerações iniciais.....164

3.4.2 A ausência de disciplina constitucional: a deferência em matéria não regulada pela Constituição.....165

3.4.3 Deferência e aplicação de competências claramente estabelecidas na Constituição.....172

4. Presunção de constitucionalidade é pseudocritério de autocontenção?.....175

4.1 Uso autêntico da presunção de constitucionalidade como critério de autocontenção judicial.....175

4.2 Usos não autênticos da presunção de constitucionalidade como critério de autocontenção judicial.....177

CAPÍTULO IV – CRITÉRIOS PROCESSUAIS DE AUTOCONTENÇÃO.....185

1. Autocontenção judicial e juízo de mérito.....185

2. Casos, controvérsias e a doutrina da justiciabilidade (*justiciability*): a sistematização dos critérios processuais de autocontenção nos Estados Unidos.....186

3. Análise da aplicação dos critérios processuais de autocontenção da Suprema Corte....192

3.1 *Ripeness*.....192

3.2 *Mootness*.....195

3.3 *Standing*.....200

4. Análise da aplicação dos critérios processuais de autocontenção do Supremo Tribunal Federal.....204

4.1 A exigência de pertinência temática para aferição da legitimidade à propositura de ações de controle concentrado e abstrato.....204

4.2 A necessidade de prequestionamento como requisito de admissibilidade do recurso extraordinário: a súmula 282 do STF e os casos que ensejaram a sua edição.....212

4.3 A vedação à análise da matéria fática e à rediscussão de provas no recurso extraordinário: as súmulas 279 e 454 do STF e os casos que as ensejaram.....220

4.4. A necessidade de controvérsia judicial relevante como pressuposto da ação declaratória de constitucionalidade.....224

5. Considerações críticas sobre a autocontenção processual do STF.....230

5.1 O uso velado dos critérios processuais.....230

5.2 Os filtros processuais do STF são pseudocritérios de autocontenção judicial?.....231

5.3. Outras cogitações doutrinárias.....234

6. Considerações críticas sobre a autocontenção processual da Suprema Corte.....238

6.1 As virtudes passivas da Suprema Corte são pseudocritérios de autocontenção judicial?.....238

6.2 A aplicação velada de critérios materiais de autocontenção por intermédio do *standing*.....242

7. Critérios processuais do STF: similares nacionais das técnicas norte-americanas?.....245

CAPÍTULO V – PERFIL DA AUTOCONTENÇÃO JUDICIAL: GARANTIA DA PLURALIDADE OU OUTRA FORMA DE ATIVISMO?.....249

1. Comparando a autocontenção judicial no Brasil e nos Estados Unidos.....249

1.1 O peso dos critérios nas decisões.....249

1.2 A repercussão na colegialidade: a autocontenção é argumento que une a maioria?.... 251

1.3 A coerência no uso dos critérios de autocontenção judicial.....257

2. Tendências da autocontenção: categoria em extinção?.....258

3. Novas tipologias da autocontenção judicial.....266

3.1 Autocontenção própria e imprópria.....266

3.2 Autocontenção individual e institucional.....267

3.3 Autocontenção minimalista, não minimalista e passivista.....268

4. Os efeitos dos critérios de autocontenção: aperfeiçoamentos e desvirtuamentos institucionais.....271

4.1 Autocontenção e pluralismo político.....271

4.2 Jurisprudência defensiva: *slamming the courthouse door*.....280

5. Autocontenção e ativismo judicial.....284

SÍNTESE CONCLUSIVA.....295

BIBLIOGRAFIA.....301

INTRODUÇÃO

1. Justificativa

A sabatina promovida no Senado norte-americano para apreciar a indicação de John G. Roberts ao cargo de presidente da Suprema Corte federal daquele país veiculou inúmeros significados que a expressão autocontenção judicial pode assumir[1].

Naquela ocasião, o Senador Graham asseverou que um indicado a Suprema Corte deve ter a coragem de tomar decisões impopulares, mas, de outro lado, "deve ter o autocomedimento para reconhecer que o seu papel está limitado à interpretação da lei e não inclui criar a lei" [2]. Neste sentido, autocontenção foi empregada como algo ligado à função interpretativa (e não criadora) do direito.

De outro lado, porém, assim se pronunciou o indicado ao cargo: "eu diria que o primeiro limite sobre tribunais sempre foi a autocontenção judicial, e o reconhecimento por parte de juízes de que eles têm uma tarefa limitada, que eles estão apartados do povo" [3]. Nesta manifestação, o nomeado à vaga tratou a autocontenção como um limite primordial dos tribunais, sustentando a necessária distância que deve haver entre a Corte e as vontades políticas.

Em outra oportunidade, na mesma sessão, o Senador Kyl, arguindo o indicado ao posto, elogiou a sua postura ao defender a autocontenção judicial. A este respeito, o arguidor sustentou que um nomeado à Suprema Corte deveria compreender que seria levado ao tribunal para decidir os casos apresentados, e não para criar o direito, arrematando que ele "recomendaria esta filosofia a todos os juízes" [4]. Percebe-se, aqui, que

---

[1] Ata da audiência de confirmação de John G. Roberts ao cargo de presidente da Suprema Corte dos Estados Unidos perante o Comitê sobre o Judiciário do Senado. 110º Congresso, primeira sessão. 12 a 15 de setembro de 2005. Disponível em: <https://www.judiciary.senate.gov/imo/media/doc/GPO-CHRG-ROBERTS.pdf>. Acesso em 26 dez. 2019.

[2] Idem, p. 256. Tradução livre deste autor. No original: "*But you also have to have the self-restraint to recognize that your role is limited to interpreting the law and doesn't include making the law.*".

[3] Idem, p. 288. Tradução livre deste autor. No original: "*So I would say the primary check on the courts has always been judicial self-restraint, and a recognition on the part of judges that they have a limited task, that they are insulated from the people.*".

[4] Idem, p. 333. Tradução livre deste autor. No original: "*I would commend that philosophy to all of the judges.*".

a autocontenção judicial foi qualificada como a filosofia judicial mais recomendável aos indicados à Suprema Corte, proibindo aos nomeados a tarefa de criar leis.

Já o ministro Marco Aurélio, em sessão de julgamento do Supremo Tribunal Federal, atrelou o significado de autocontenção judicial à observância da legalidade estrita, nestes termos: "ainda acredito, Presidente, nessa medula do Estado Democrático de Direito que é o princípio da legalidade. Ainda acredito ser a atuação do julgador vinculada ao Direito positivo, cabendo-lhe observar a autocontenção."[5].

O mesmo ministro, em outra oportunidade, afirmou que "há de vingar o princípio da autocontenção", pois, "quando avançamos, extravasamos os limites que são próprios ao Judiciário, como que se lança um bumerangue e este pode retornar e vir à nossa testa."[6]. Sob esta perspectiva, tudo aquilo que se mantém dentro das fronteiras da atuação judicial legítima ostentaria a marca da autocontenção.

Por sua vez, o ministro Roberto Barroso, em decisão de sua lavra, assinalou que a figura da autocontenção judicial seria algo mais conservador do que a própria interpretação restritiva, pois, "para que possa ser conciliado com a democracia, o exercício dessa competência [controle de constitucionalidade de emendas] exige, mais do que uma interpretação restritiva dos princípios petrificados, uma postura de autocontenção das Cortes"[7].

Este cenário de incerteza conceitual é reforçado pelo fato de a autocontenção ser costumeiramente concebida como antônimo do ativismo judicial[8], expressão por si só

[5] RE 760.931/DF, rel. para acórdão min. Luiz Fux, j. 26.04.2017, DJ 12.09.2017.

[6] HC 126.292/SP, rel. min. Teori Zavascki, j. 17.02.2016, DJ 17.05.2016.

[7] MS 34.448/MC, rel. min. Roberto Barroso, decisão de 10.10.2016, DJ 13.10.2016.

[8] Vide: BLACKMAR, Charles B. Judicial activism. *Saint Louis University Law Journal*, Saint Louis, Vol. 42. p. 753-787, 1997-1998; BROWN, Rebecca L. Activism is not a four-letter word. *University of Colorado Law Review*, Vol. 73, p. 1.257-1.274, 2002; CANON, Bradley C. Defining the dimensions of judicial activism. *Judicature*, Vol. 66, N. 6, p. 237-247, 1982-1983; COX, Archibald. The role of the Supreme Court: Judicial Activism or Self-Restraint? *Maryland Law Review*, Vol. 47, p. 118-138, 1987-1988; EPSTEIN, Lee; LANDES, William M. Was There Ever Such a Thing as Judicial Self-Restraint? *California Law Review*, Vol. 100, p. 557-578, 2012; GREEN, Craig. An Intellectual History of Judicial Activism. *Emory Law Journal*, Atlanta, Vol. 58, N. 5, 2009; ZIETLOW, Rebecca E. The Judicial Restraint of the Warren Court (and Why it Matters). *Ohio State Law Journal*, Vol. 69, p. 255-301, 2008; OLIVEIRA, Antonio Francisco Gomes de. *Jurisdição Constitucional: Diálogos Institucionais como Terceira Via entre o Ativismo e a Autocontenção judicial*. Curitiba: Juruá Editora, 2016; HERANI, Renato Gugliano. O poder judicial de constitucionalidade – Entre o ativismo e a contenção. *Revista Brasileira de Estudos Constitucionais*, Belo Horizonte, Ano 7, N. 27, p. 633, set./dez. 2013; BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, *Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática*. In: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda; FRAGALE FILHO, Roberto; LOBÃO, Ronaldo (orgs.). *Constituição & Ativismo Judicial*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 275-290.

pouco elucidativa[9]. Diante de tamanha profusão de significados, pode-se dizer que o termo "autocontenção judicial" ("*judicial self-restraint*") se apresenta como um elogio impreciso, ao passo que o "ativismo judicial" ("*judicial activism*") sobrevive como um "adjetivo pejorativo genérico" ("*all-purpose pejorative*")[10].

Portanto, sob o prisma conceitual, a expressão autocontenção judicial tornou-se um verdadeiro "camaleão"[11]. Em realidade, por figurar muitas vezes como um *cliché*, a manutenção da própria utilidade deste substantivo (e dos adjetivos dele derivados – "autocontido", "autocomedido", "autolimitado", "autorrestrito") é posta em xeque[12].

Da perspectiva do seu estudo comparativo, verifica-se que, a despeito de o papel de juízes constitucionais nas democracias contemporâneas ser assunto que por si só suscita todo tipo de interesse – acadêmico ou não – o tema é tratado com diferentes profundidades por analistas brasileiros e norte-americanos. Enquanto no cenário brasileiro preponderam estudos que conectam necessariamente a autocontenção judicial ao fenômeno do ativismo sem se debruçar sobre outros aspectos do autocomedimento judicial[13], o debate acadêmico

---

[9] Cf. WOLFE, Christopher. *The Rise of Modern Judicial Review: from constitutional interpretation to judge-made law*. Revised edition. Lanham: Rowman & Littlefield Publishers, Inc, 1994, p. 10; MALTZ, Earl. Brown v. Board of Education and "Originalism". In: GEORGE, Robert P. (editor). *Great Cases in Constitutional Law*. New Jersey: Princeton University Press, 2000, p. 147 e ROGERS, James R.; VANBERG, George. Resurrecting Lochner: A Defense of Unprincipled Judicial Activism. *The Journal of Law, Economics, & Organization*, Vol. 23, N. 2, p. 442-468, mai. 2007.

[10] POSNER, Richard A. The Rise and Fall of Judicial Self-Restraint. *California Law Review*, Vol. 100, N. 3, p. 533, jun. 2012.

[11] POSNER, Richard A. The Rise and Fall of Judicial Self-Restraint. *California Law Review*, Vol. 100, N. 3, p. 533, jun. 2012.

[12] Cf. POSNER, Richard. A. The Meaning of Judicial Self-Restraint. *Indiana Law Journal*, Vol. 59, N. 1, p. 01, 1983.

[13] Vide, exemplificadamente: BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática. In: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda; FRAGALE FILHO, Roberto; LOBÃO, Ronaldo (orgs.). *Constituição & Ativismo Judicial*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 280; OLIVEIRA, Antonio Francisco Gomes de. *Jurisdição Constitucional: Diálogos Institucionais como Terceira Via entre o Ativismo e a Autocontenção judicial*. Curitiba: Juruá Editora, 2016, p. 82-83; HERANI, Renato Gugliano. O poder judicial de constitucionalidade – Entre o ativismo e a contenção. *Revista Brasileira de Estudos Constitucionais*, Belo Horizonte, Ano 7, N. 27, p. 633, set./dez. 2013; MORALES, Carlos Mecchi. *Originalismo e Interpretação Constitucional*. Tese (doutorado) – Universidade de São Paulo – USP. Programa de Pós-Graduação, 2011; VOJVODIC, Adriana de Moraes. *Precedentes e argumentação no Supremo Tribunal Federal: entre a vinculação ao passado e a sinalização para o futuro*. Tese (doutorado) – Universidade de São Paulo – USP. Programa de Pós-Graduação, 2012; RODRIGUEZ, Caio Farah. *Sentido, Valor e Aspecto Institucional da Indeterminação Jurídica*. Tese (doutorado) – Universidade de São Paulo – USP. Programa de Pós-Graduação, 2011; MACHADO, Joana de Souza. *Ativismo judicial no Supremo Tribunal Federal*. Dissertação (mestrado) – Pontifíca Universidade Católica do Rio de Janeiro – PUC/RJ, Programa de Pós-Graduação em Teoria do Estado e Direito Constitucional, 2008; BARROS, Juliana Augusta Medeiros de. *A Interpretação Constitucional Evolutiva e a Cidadania Social: elementos para uma hermenêutica jurisdicional de implementação efetiva dos direitos fundamentais trabalhistas*. Tese (doutorado) – Universidade de São Paulo – USP. Programa de Pós-Graduação, 2012; LIMA, Flávia Santiago.

sobre a autocontenção judicial ("*judicial self-restraint*") nos Estados Unidos é muito mais longevo e denso, até porque a amplitude da tarefa de julgar com base na Constituição permeou o próprio processo de aprovação da Constituição estadunidense[14].

Seja como for, todas estas manifestações parecem convergir para a ideia de que a autocontenção constitui, de algum modo, uma limitação à atividade judicial. No entanto, também aqui se observam relevantes questionamentos. A expressão "autocontenção" pode ser utilizada para descrever qualquer circunstância limitadora da atividade judicial? As medidas de autocontenção judicial são sempre assim declaradas nas decisões judiciais que a pronunciam? Quais os critérios erigidos pela jurisprudência constitucional para viabilizar a adoção de comportamentos restritos? Quais seriam, enfim, os elementos caracterizadores desta categoria? Como se percebe, dúvidas substanciais acerca da fonte da autocontenção e do seu modo de aplicação pelos órgãos da justiça constitucional podem ser formuladas, justificando, em decorrência, o estudo sistematizado destas questões, tal como se propõe a presente pesquisa.

Este cenário de ambiguidade na caracterização precisa do que se vem denominando autocontenção judicial no seio das decisões da jurisdição constitucional, bem

---

Jurisdição Constitucional e Política: ativismo e autocontenção no STF. Curitiba: Juruá, 2014; CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo Campos. Dimensões do ativismo judicial do STF. Rio de Janeiro: Forense, 2014; TASSINARI, Clarissa. *Ativismo judicial: uma análise da atuação Judiciário nas experiências brasileira e norte-americana*. Dissertação (mestrado) – Universidade do Vale do Rio dos Sinos – Unisinos. Programa de Pós-Graduação, 2012; MAZOTII, Marcelo. *Jurisdição Constitucional e Ativismo Judiciário: análise comparativa entre a atuação do Supremo Tribunal Federal brasileiro e da Suprema Corte estadunidense*. Dissertação (mestrado) – Universidade de São Paulo – USP. Programa de Pós-Graduação, 2012.

[14] Inicialmente, no bojo da formação da federação norte-americana, apontou-se que "é muito mais racional supor que as cortes foram destinadas a desempenhar o papel de órgão intermediário entre o povo e o Legislativo, a fim de, além de outras funções, manter esse último dentro dos limites fixados para sua atuação. O campo de ação próprio e peculiar das cortes se resume na interpretação das leis." (HAMILTON, Alexander; JAY, John; MADISON, James. *O Federalista*. Tradução de Ricardo Rodrigues Gama. 3ª ed. Campinas: Russell editores, 2010, p. 479). A partir dos debates havidos por ocasião da ratificação do texto constitucional, o escrutínio doutrinário a respeito do desempenho do controle de constitucionalidade se revelou denso e multifacetado. Confira-se, a propósito: Vide ACKERMAN, Bruce A. *The failure of the founding fathers: Jefferrson, Marshall, and the rise of presidential democracy*. Cambridge: First Harvard University Press, 2007; BICKEL, Alexander M. *The Least Dangerous Branch: the Supreme Court at the bar of politics*. New Haven: Yale University Press, 1986; WALDRON, Jeremy. The core of the case against judicial review. *The Yale Law Journal*, Vol. 115, N. 6, p. 1.346-1.406, abr./2006; WOLFE, Christopher. *The Rise of Modern Judicial Review: from constitutional interpretation to judge-made law*. Revised edition. Lanham: Rowman & Littlefield Publishers, Inc, 1994; COX, Archibald. The role of the Supreme Court: Judicial Activism or Self-Restraint? *Maryland Law Review*, Vol. 47, p. 118-138, 1987-1988; KMIEC, Keenan D. The Origin and Current Meanings of Judicial Activism. *California Law Review*, N. 92, p. 1.441-1.477, 2004; CROSS, Frank B.; LINDQUIST, Stefanie A. The Scientific Study of Judicial Activism. *Minnesota Law Review*, N. 91, p. 1.752-1.784, 2006; GRAGLIA, Lino A. It's not constitutionalism, it's judicial activism. 19 *Harv. J. L. & Pub. Pol'y*, N. 293, 1995-1996 e HUQ, Aziz Z. When Was Judicial Self-Restraint? *California Law Review*, Vol. 100, N. 3, p. 584, 2012.

como a relevante diferença no grau de densidade do estudo doutrinário desta categoria nos dois países examinados, justificam o viés comparativo da autocontenção praticada no Supremo Tribunal Federal e na Suprema Corte norte-americana. Almeja-se, pois, comparar os limites da jurisdição constitucional destas duas cortes não sob a ótica da expansão (como usualmente se observa), mas sob o enfoque da postura autocontida, analisando especialmente os critérios da autocontenção judicial em cada um dos tribunais analisados.

À vista destas ponderações, mostra-se relevante identificar não só os elementos definidores do comportamento judicial autocontido, como também a relação do autocomendimento judicial com as limitações à jurisdição constitucional impostas pelo ordenamento jurídico-positivo.

Por consequência, abre-se a possibilidade de testar o grau de coerência com que as cortes supremas brasileira e norte-americana aplicam a noção de autocontenção judicial em seus julgados, bem como a possibilidade de se aferir qual é a precisa relação da autocontenção com o ativismo e quais os reflexos institucionais proporcionados pela adoção de posturas judiciais comedidas.

Nesta seara é que também se inclui a contribuição original para a ciência jurídica desta tese. Com efeito, para além do exame sistematizado dos critérios de autocontenção, extraídos da jurisprudência constitucional do Supremo Tribunal Federal e da Suprema Corte, a pesquisa abrangerá, metodologicamente, o estudo comparativo do mesmo tema tal qual observado na prática destas cortes supremas. Pretende-se, por consequência, sanar lacuna que se observa relativamente ao estudo da forma com que se manifestam os variados critérios de autocontenção judicial, formulando-se, a partir deste exame, ponderações a respeito do perfil, tendências, tipologias e efeitos das posturas autocomedidas do Supremo Tribunal Federal e da Suprema Corte norte-americana.

2. Delimitação do objeto

O objeto da pesquisa que se pretende levar a efeito é o estudo da autocontenção judicial na jurisdição constitucional da Suprema Corte federal norte-americana e do

Supremo Tribunal Federal brasileiro, promovendo uma análise comparativa sobre a forma com as que as posturas autocomedidas se observam nas decisões destes dois tribunais[15].

A presente pesquisa posiciona o debate acerca da autocontenção judicial sob o prisma dos parâmetros de restrição do controle de constitucionalidade exercido pelos órgãos de cúpula da jurisdição constitucional brasileira e norte-americana. E, sob este panorama, de fato, mostra-se relevante aferir a fonte e a natureza destas circunstâncias de restrição, isto é, se advêm elas do ordenamento constitucional ou legal ou se, ao revés, decorrem apenas do impulso autônomo de juízes e tribunais de assim se manterem contidos.

A partir da adoção autônoma de comportamentos judiciais limitados, tanto o Supremo Tribunal Federal quanto a Suprema Corte forjaram variados mecanismos para veicular o autocomedimento em suas decisões. Trata-se de critérios que vêm sendo construídos por estas cortes supremas que lhes permitem dar vazão às posturas restringidas que unilateralmente buscam alcançar em determinadas situações. Os critérios de autocontenção – objeto da presente investigação – distinguem-se, pois, dos limites normativo-positivados que balizam a jurisdição constitucional, na medida em que os primeiros se originam de criações unilaterais da jurisprudência constitucional.

Portanto, a pesquisa que se pretende desenvolver buscará, em última análise, examinar os critérios que expressam comportamentos judiciais autocontidos, aferindo, por consequência, perfis e eventuais semelhanças e divergências entre as práticas autocontidas do Supremo Tribunal Federal e da Suprema Corte.

O objeto da tese, em suma, é claramente definido: buscar-se-á analisar os critérios que permitem seja praticado o autocomedimento destes tribunais, investigando as situações em que são aplicados por cada um deles.

A compreensão da forma com que se aplicam os critérios de autocontenção demanda, em primeiro lugar, apartá-los de fundamentos subjetivos ou íntimos que juízes constitucionais podem cogitar mentalmente ao optar por posturas restritas. Tais elementos psíquicos refogem ao escopo da pesquisa, que trata unicamente do exame da forma como a

[15] Considerando que a presente tese tem por objeto o estudo da jurisprudência unicamente deste dois tribunais, todas as próximas menções ao Supremo Tribunal Federal nesta pesquisa referem-se à corte suprema brasileira, ao passo que todas as menções à Suprema Corte dizem respeito ao órgáo de cúpula do Poder Judiciário federal norte-americano.

autocontenção se expressa e se pratica no seio de decisões emanadas da justiça constitucional brasileira e norte-americana.

Para além deste recorte, buscar-se-á identificar os elementos definidores da autocontenção judicial, tal qual objetivamente aplicada, bem como as origens, evolução e eventuais classificações doutrinárias já formuladas.

E, a partir da análise da aplicação de cada um dos critérios, será possível averiguar cada um deles com maior profundidade, apreciando como a autocontenção judicial se relaciona com as limitações normativas exógenas ao exercício da jurisdição constitucional. Pretende-se, neste ponto, ratificar se as posturas comedidas observadas nos julgados examinados decorrem de critérios autonomamente criados pelas cortes supremas analisadas ou se, ao revés, são fruto de limitações impostas por normas positivadas. E, a depender da real origem da restrição observada nas decisões judiciais, será possível aferir a ocorrência ou não de pseudoautocontenção em cada um dos critérios analisados.

Este cenário permitirá promover uma análise comparativa da autocontenção judicial do Supremo Tribunal Federal e da Suprema Corte, apurando-se, dentre outros fatores, o perfil da autocontenção e suas tendências, a coerência no uso de seus critérios, novas tipologias da autocontenção e seus efeitos – positivos e negativos – nos respectivos sistemas constitucionais. Sob este panorama será possível, ao final, identificar-se a real relação da autocontenção com o ativismo judicial

3. Metodologia

A pesquisa que se pretende desenvolver está assentada no método comparativo, eis que coteja as diversas formas de manifestação de posturas judiciais autorrestritas da Suprema Corte e do Supremo Tribunal Federal.

Para tanto, são analisadas decisões destes dois tribunais que veiculam comportamentos autocontidos, seja porque assim expressamente declaram agir, seja porque assim são classificadas pela literatura especializada dos respectivos países. Quanto aos casos doutrinariamente indicados como autolimitados, somente foram selecionados aqueles que externam, cumulativamente, os dois elementos essenciais da autocontenção judicial: (i)

uma atuação judicial restringida e que seja (ii) fruto de opção unilateral dos integrantes dos tribunais analisados. Afasta-se, assim, ponderações doutrinárias que tratem unicamente de fundamentos íntimos ou subjetivos para a adoção de comportamentos mais restritos. Cuidando a presente tese do exame objetivo acerca do modo pelo qual se aplicam tais comportamentos autorrestritos, não cabe examinar decisões que venham a ser doutrinariamente reputadas autocontidas apenas da perspectiva íntima, subjetiva ou psicológica dos respectivos julgadores.

Assim, os precedentes que compõem os Capítulos II, III e IV foram selecionados em conformidade com a presença dos elementos definidores do comportamento autocomedido ou, quando o caso, com as indicações doutrinárias que assinalam, objetivamente, a presença destes mesmos elementos. Desta maneira, evita-se aleatoriedade na escollha dos precedentes examinados, mantendo-se a coerência por selecionar os casos que efetivamente permitem estudar as hipóteses de aplicação dos variados critérios de autocontençao judicial.

Ademais, em virtude das circunstâncias que justificam o objeto, optou-se por abordar precedentes que indicam o exercício do controle de constitucionalidade das leis e atos normativos do poder público. Excluem-se da análise, por outro lado, manifestações autocontidas de outros órgãos judiciais e mesmo de outras instituições públicas.

Ainda no tocante aos precedentes judiciais colacionados, cumpre observar que são analisados aqueles mais representativos de cada critério, isto é, aqueles que evidenciam de forma mais clara a presença dos elementos próprios da autocontenção judicial. De outro lado, a análise de cada um dos critérios de autorrestrição judicial se opera realizando o movimento inverso àquele habitualmente verificado nos estudos sobre o tema. Com efeito, a literatura especializada brasileira e norte-americana, via de regra, analisa, em primeiro lugar, decisões da jurisdição constitucional, enquadrando-as, em seguida, a alguma forma ou espécie vislumbrada de autocontenção judicial. Esta tese, por sua vez, procura primeiramente catalogar os critérios para, em seguida, apreciar os casos mais representativos de cada um deles, promovendo uma abordagem mais dedutiva em comparação com outros estudos sobre autocomedimento judicial.

Por fim, cabe ressalvar que a presente investigação não trata da história do direito[16], mas sim sobre direito comparado[17]. Por este motivo, são dispensadas perspectivas mais aprofundadas acerca história do constitucionalismo brasileiro e norte-americano.

4. Organização da pesquisa

A organização do trabalho e a consequente distribuição dos capítulos decorrem dos objetivos essenciais da presente tese, ou seja, o estudo comparado dos variados critérios de autocontenção e a identificação do perfil atual desta categoria.

O primeiro capítulo destina-se ao delineamento da autocontenção judicial, identificando-se seus elementos conformadores, sua origem e evolução, além de classificações doutrinárias já formuladas a respeito. Ainda nesta sede introdutória são analisadas expressões que podem guardar alguma relação de proximidade com a autocontenção, como as virtudes passivas, o minimalismo judicial e o passivismo judicial.

Os três capítulos seguintes são dedicados ao exame individual e aprofundado dos critérios de autocontenção. Procura-se manter, tanto quanto possível, a mesma estrutura em cada um destes capítulos, a saber: a definição do critério, a análise das situações que denunciam a sua aplicação e o cotejo de cada um deles com limites normativamente impostos à jurisdição constitucional. Este será o momento propício para analisar, nos precedentes examinados, a forma com que se opera a autocontenção judicial, aferindo-se, inclusive, hipóteses em que a opção unilateral dos tribunais concorre com fatores exógenos de limitação ou se, em realidade, se está a tratar de pseudocritério de autolimitação judicial. Busca-se, ademais, estabelecer bases mais ou menos simétricas em cada dos capítulos voltados ao estudo dos critérios de autocontenção, com vistas a evidenciar de modo sistematizado a ocorrência de formas fortes, médias ou fracas de cada um dos critérios.

---

[16] Na história do direito, "toma-se um sistema vigente em épocas anteriores, e a comparação se faz com a época atual, em que o interesse reside na evolução histórica de um mesmo organismo normativo, nas suas etapas estanques no tempo" (SOARES, Guido Fernando Silva. *Common Law*. 2ª. ed. São Paulo: RT, 2000, p. 19).

[17] No direito comparado, "tomam-se dois sistemas distintos, vigentes em países distintos, num mesmo momento histórico, e as comparações se efetuam, a partir de uma metodologia cientifica rigorosa, em que apareceriam os elementos comuns e os diferenciados." (idem, p. 19).

Ao Capítulo V estão reservadas as comparações mais abstratas que se podem extrair após a análise prática da autocontenção, por seus variados critérios, nos dois tribunais estudados. Com base nas conclusões firmadas ao longo da pesquisa, será possível, ao final, apreciar a coerência na aplicação dos critérios pelo STF e pela Suprema Corte, as tendências da autocontenção, bem como novas tipologias deste comportamento judicial. Por fim, será possível identificar aperfeiçoamentos e desvirtuamentos institucionais promovidos pela autocontenção judicial, bem como a sua relação com o ativismo judicial.

CAPÍTULO I – NOÇÕES GERAIS SOBRE A AUTOCONTENÇÃO JUDICIAL

1. A missão da jurisdição constitucional

A partir da constatação de que Constituição configura lei fundamental, Alexander Hamilton afirmou que, diante do conflito entre uma lei ordinária e a Constituição, "é dever dos tribunais obedecer o prescrito por esta e ignorar aquela"[18]. Como consequência, caso não seja possível conciliar disposições legislativas com aquelas previstas na Constituição, a obrigação que surge é a de determinar a execução da norma hierarquicamente superior em detrimento das demais[19].

Tais considerações, aliadas à gravidade representada por um ato violador da Constituição, levaram Hamilton a propor que a Constituição estaria mais adequadamente protegida na quadra do Poder Judiciário, forjando, assim, o advento da jurisdição constitucional, consolidado posteriormente em *Marbury v. Madison*[20].

A decisão da Suprema Corte em *Marbury v. Madison*[21], por sua vez, reconhecendo o caráter superior da Constituição em face dos demais atos legislativos, assinalou que a preservação das normas constitucionais se impõe por ser "enfaticamente o dever do Poder Judiciário" resolver tal tipo de conflito. Não haveria espaço para a abstenção da Suprema Corte pois, em virtude da "essência mesma da tarefa judicial", o

[18] HAMILTON, Alexander; JAY, John; MADISON, James. *O Federalista*. Tradução de Ricardo Rodrigues Gama. 3ª ed. Campinas: Russell editores, 2010, p. 480.

[19] Cf. HAMILTON, Alexander; JAY, John; MADISON, James. *O Federalista*. Tradução de Ricardo Rodrigues Gama. 3ª ed. Campinas: Russell editores, 2010, p. 480.

[20] Sobre a criação da jurisdição constitucional, a sua distinção com a jurisdição ordinária e o figurino a ela traçado por Alexander Hamilton, confira-se: LEAL, Roger Stiefelmann. *O Efeito Vinculante na Jurisdição Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 13-41 e COMELLA, Victor Ferreres. Las consecuencias de centralizar el control de constitucionalidad de la ley en un tribunal especial: algunas reflexiones acerca del activismo judicial. *Yale Law School*. SELA (Seminario en Latinoamérica de Teoría Constitucional y Política) Papers. Paper 40.

[21] 5 U.S. 137 (1803).

tribunal deve determinar qual das duas regras conflitantes deveria prevalecer[22]. Já em *McCulloch v. Maryland*[23], a Suprema Corte reafirmou ser um "doloroso dever" seu pronunciar a incompatibilidade de um ato do Congresso em face da Constituição[24]. Este cenário, conforme Vincent Barnett Jr., contribuiu para a formação do senso comum segundo o qual "tribunais não podem evitar o dever de fazer valer todas as partes da Constituição como lei superior"[25].

Não se conceberia, neste contexto, que juízes constitucionais se abstivessem de exercer com plenitude a relevante tarefa de defesa a eles cominada. Portanto, uma vez impugnada a constitucionalidade de uma lei ou ato do poder público, a jurisdição constitucional estaria adstrita ao dever de analisar os argumentos e, caso constatasse violação à Constituição, deveria determinar, compulsoriamente, o afastamento do ato ofensor[26].

Como corolário, tem-se por inaplicável o *non liquet* no exercício da jurisdição constitucional. Uma vez questionada a validade de lei ou ato normativo, é imperativo aos órgãos incumbidos do controle de constitucionalidade avaliar os fundamentos suscitados pelas partes e interessados e decidir a respeito da impugnação. Uma antiga decisão da Suprema Corte já salientava que

---

[22] *Marbury v. Madison*, 5 U.S. 137 (1803). O excerto integral é o seguinte: "*It is emphatically the province and duty of the Judicial Department to say what the law is. Those who apply the rule to particular cases must, of necessity, expound and interpret that rule. If two laws conflict with each other, the Courts must decide on the operation of each. So, if a law be in opposition to the Constitution, if both the law and the Constitution apply to a particular case, so that the Court must either decide that case conformably to the law, disregarding the Constitution, or conformably to the Constitution, disregarding the law, the Court must determine which of these conflicting rules governs the case. This is of the very essence of judicial duty*.".

[23] 17 U.S. 316 (1819). Sobre os fatos subjacentes à decisão da Suprema Corte em *McCulloch v. Maryland*, confira-se: CASAGRANDE, Cássio Luís; BARREIRA, Jônatas Henriques. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, A. 56 N. 221, p. 247-270 jan./mar. 2019.

[24] *McCulloch v. Maryland*, 17 U.S. 316 (1819). Tradução livre deste autor. Eis o trecho integral da decisão, no original: "*Should Congress, in the execution of its powers, adopt measures which are prohibited by the constitution, or should Congress, under the pretext of executing its powers, pass laws for the accomplishment of objects not intrusted to the government, it would become the painful duty of this tribunal, should a case requiring such a decision come before it, to say that such an act was not the law of the land.*".

[25] BARNETT, Vincent M. Constitutional interpretation and Judicial Self-Restraint. *Michigan Law Review*, Vol. 39, p. 230, 1940. Tradução livre deste autor. No original: "*courts cannot avoid the duty of enforcing every part of the Constitution as the supreme law of the land.*".

[26] Vide, neste sentido: LEE, Evan Tsen. *Judicial Restraint in America: how the ageless wisdom of the federal courts was invented*. New York: Oxford University Press, 2011, p. 07. Como observou o *justice* Holmes em seu voto concorrente em *Blodgett v. Holden*, 275 U.S. 142, 148 (1927), a decisão que declara a inconstitucionalidade da lei é "um dos mais graves e delicados deveres para os quais que esta Corte é chamada a exercer (tradução livre deste autor. No original: "*the gravest and most delicate duty that this Court is called on to perform*").

> Sejam quais forem as dúvidas, sejam quais forem as dificuldades, um caso deve ser resolvido, nós devemos decidi-lo se ele nos foi trazido. Nós não possuimos o direito de declinar o exercício da jurisdição que nos é dada, assim como não temos o direito de usurpar aquela que não nos foi concedida. Uma coisa ou outra seria violar a constituição[27].

Do mesmo modo, diante da impugnação acerca da compatibilidade de um ato em face da Constituição, não cabe deferir aos juízes constitucionais margem de discricionariedade para não intervir. O poder discricionário, grosso modo, se caracteriza pela "possibilidade de escolher, entre as diversas soluções, a melhor ou a que for julgada melhor, por motivos de conveniência, de oportunidade, de interêsse público"[28]. Ou, em sentido parelho, a discricionariedade permite a escolha de uma dentre as soluções possíveis, conferindo ao seu titular alguma liberdade para selecionar o desfecho que lhe parecer mais justo ou adequado[29]. A tutela da Constituição por juízes constitucionais, portanto, não se coadunaria com a possibilidade de não agir em defesa dela.

No entanto, a jurisdição constitucional passou a erigir critérios que lhe confeririam a faculdade de não intervir, compondo um parâmetro de atuação aparentemente distinto para o qual foi inicialmente forjada. No âmbito da jurisdição constitucional norte-americana, a Suprema Corte passou a revelar uma tendência de, por si mesma, "alterar não só a extensão como a própria natureza do controle de constitucionalidade"[30], de alguma forma relativizando a guarda em face dos eventuais

---

[27] *Cohens v. Virginia*, 19 U.S. (6 Wheat.) 264, 404, 1821. Tradução livre deste autor. No original: "*With whatever doubts, with whatever difficulties, a case may be attended, we must decide it if it be brought before us. We have no more right to decline the exercise of jurisdiction which is given, than to usurp that which is not given. The one or the other would be treason to the constitution.*"). No direito brasileiro, sustenta-se que a vedação ao *non liquet* decorre da cláusula constitucional da inafastabilidade da jurisdição (art. 5º, inciso XXXV), além de contar com previsão na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (art. 4º), conforme: KOATZ, Rafael Lorenzo-Fernandez. A proibição do *non liquet* e o princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, Vol. 270, p. 171-205, set./dez. 2015.

[28] CAVALCANTI, Themístocles Brandão. Do poder discricionário. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, Vol. 101, p. 02, jul /set. 1970.

[29] Cf. KOCH, Charles H. Jr. Judicial Review of Administrative Discretion. George *Washington Law Review*, Vol. 54, N. 4,p. 471-472, 1986.

[30] BARNETT, Vincent M. Constitutional interpretation and Judicial Self-Restraint. *Michigan Law Review*, Vol. 39, p. 213, 1940. Tradução livre deste autor. No original: "*the Court itself is revealing a tendency substantially to alter the extent, if not the nature, of judicial review*".

abusos do Poder Legislativo[31]. Tal tendência traduz a ideia de que o Poder Judiciário poderia deixar de intervir em determinados casos, ainda que esta recusa signifique retirar a proteção judicial das provisões constitucionais[32].

2. Autonomia e restrição: o caráter endógeno

Inúmeras e variadas razões de índole subjetiva para esta retração da justiça constitucional poderiam ser perquiridas. Qualquer postura judicial mais restrita pode advir, e.g., do ceticismo e pouco entusiasmo do juiz quanto à sua capacidade de competir com os demais poderes[33], de sua baixa autoestima ou confiança[34], da sua preocupação com o acúmulo de processos, do seu receio quanto a retaliações dos outros poderes na hipótese de um Judiciário hiperativo ou da intenção de preservar o capital político do tribunal do qual faça parte[35].

Todas estas são fontes íntimas, encontradas exclusivamente na mente ou personalidade de juízes encarregados da jurisdição constitucional[36]. Não constitui objeto desta pesquisa – de cunho exclusivamente jurídico-dogmático – apurar sentimentos,

[31] Cf. HOGAN, Frank J. Important Shifts in Constitutional Doctrines. *American Bar Association Journal*, Vol. 25, p. 638, 1939. Adaptação livre deste autor. O excerto original é o seguinte: "*The framers of the Constitution and the people who adopted it contemplated that the legislative branch of the Government of the United States should be powerful, and anticipated that it would be wise. Even so, they carefully guarded and plainly limited its powers. The guards have been let down, many of the limits have been obliterated.*".

[32] Cf. FIELD, Oliver P. The Doctrine of Political Questions in the Federal Courts. *American Law Review*, Vol. 58, p. 711-746, 1924 e WESTON, Melville Fuller Weston. Political Questions. *Harvard Law Review*, Vol. 38, No. 3, p. 296-333, 1925.

[33] Cf. POSNER, Richard. A. The Meaning of Judicial Self-Restraint. *Indiana Law Journal*, Vol. 59, N. 1, p. 19, 1983. Adaptação livre deste autor. Eis o excerto original: "*Skepticism may make a judge unenthusiastic about exercising power, because he lacks confidence it will do any good and therefore is unwilling to compete in the power arena with the other, thrusting branches of government*". Veja-se também: MAGGS, Douglas B. The Constitution and the Recovery Legislation: The Rôles of Document, Doctrine, and Judges. *The University of Chicago Law Review*, Vol. 1, N. 5, p. 673, 1934.

[34] Cf. POSNER, Richard. A. The Meaning of Judicial Self-Restraint. *Indiana Law Journal*, Vol. 59, N. 1, p. 18, 1983.

[35] Cf. FINKELSTEIN, Maurice. Judical Self-Limitation. *Harvad Law Review*, Vol. 37, p. 341, 1924 e POSNER, Richard. A. The Meaning of Judicial Self-Restraint. *Indiana Law Journal*, Vol. 59, N. 1, p. 19, 1983.

[36] Veja-se, a propósito: SUNSTEIN, Cass R. Constitutional Personae. *The Supreme Court Review*, Vol. 2013, N. 1, p. 433-460, 2014 e POSNER, Richard. A. The Meaning of Judicial Self-Restraint. *Indiana Law Journal*, Vol. 59, N. 1, p. 19, 1983.

receios, inclinações, valores ou posições ideológicas de juízes individualmente considerados. Todos estes aspectos são marcados pela subjetividade e, portanto, não contribuem para a identificação dos elementos que compõem a autocontenção judicial.

Não obstante o dever imposto à jurisdição constitucional, a definição de autocontenção judicial, de uma perspectiva objetiva, parte da noção de que o controle de constitucionalidade configura uma atividade subordinada a certos limites.

Uma primeira e óbvia categoria de limitações se encontra nos textos constitucionais e legais. Nesta seara, as normas positivadas – constitucionais ou legais – impõem-se de forma exógena à jurisdição constitucional, balizando-a de forma imperativa. O direito positivado funciona, deste modo, como limite exterior à atuação de todos os agentes estatais, alcançando também, por óbvio, o Poder Judiciário. Em realidade, a própria ideia de *rule of law* indica que textos constitucionais e legais se justificam, sobretudo, para conter a atuação do Estado, protegendo, pois, a esfera jurídica dos cidadãos[37].

É bem verdade que nem sempre Constituições definem com clareza os limites da atividade estatal, como um todo, e da função judicial, em particular[38]. De todo modo, ainda que sintéticos, ordenamentos constitucionais veiculam limites expressos aos órgãos judiciais por eles institucionalizados. Figuram, portanto, como mecanismos exógenos de contenção do Poder Judiciário[39].

---

[37] Cf. MONTESQUIEU. *Do Espírito das Leis*. Tradução Gabriela de Andrada Dias Barbosa. Vol. 1. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2012 e HAMILTON, Alexander; JAY, John; MADISON, James. *O Federalista*. Tradução de Ricardo Rodrigues Gama. 3ª ed. Campinas: Russell editores, 2010.

[38] A propósito, J. Clifford Wallace anota que "Nós devemos começar pela Constituição pela mesma razão segundo a qual um instrutor de xadrez deve começar com as regras do jogo. Infelizmente, o envolvimento judicial é mais complexo que xadrez, e a Constituição não determina os limites da atividade judicial legítima com as mesmas claridade e completude com a quais as regras do xadrez definem os limites dos movimentos admitidos." (The Jurisprudence of Judicial Restraint: A Return to the Moorings. *The George Washington Law Review*, Vol 50. n. 1, p. 01-02, 1981. Tradução livre deste autor. No original: *"We must begin with the Constitution for the same reason that a chess instructor must begin with the rules of play. Unfortunately, judicial involvement is more complex than the game of chess, and the Constitution does not determine the limits of permissible judicial activity with quite the clarity or completeness with which the rules of chess set the limits of permissible play.*").

[39] Como observa John P. Roche, juízes, em essência, estão limitados pela Constituição e pela jurisdição que ela lhes confere (Judicial Self-Restraint. *The American Political Science Review*, Vol. 49, N. 3, p. 763, 1955). A Constituição norte-americana, em específico, não foi pródiga ao impor limites textuais à atividade judiciante. Interessante o registro de J. Clifford Wallace a respeito das possíveis razões históricas para tanto. Segundo o autor, "os *Framers* provavelmente temiam mais o Poder Executivo porque eles haviam há pouco vivenciado o potencial opressivo de um rei. Legislaturas não eram, no entanto, imunes a suspeitas. Durante o período da Confederação, as legislaturas locais inspiraram desconfiança generalizada. Muitos achavam que a democracia estava à beira da ruína diante das violações a direitos dos cidadãos em um zelo excessivo por

Juízes constitucionais, assim, podem desenvolver suas atribuições em atenção ao marco jurídico que regula tal atividade, a saber, as normas constitucionais e legais que, do ponto vista lógico, precedem a atuação destes órgãos. Com efeito, enquanto limites exógenos, as normas positivadas antecedem e, portanto, institucionalizam o modo de agir e o alcance da jurisdição constitucional.

Desde que adstrita a este espaço heteronomamente deferido aos órgãos incumbidos da fiscalização constitucional, a atuação judicial é, no mais das vezes, como salientado acima, compulsória. Deve o julgador, assim, estender a sua atuação até estes limites – que positivamente conformam o poder incumbido a este ramo.

Há, no entanto, juízes – sobretudo os atrelados ao julgamento com base na Constituição – que, unilateralmente, optam por não exercer todo o seu potencial de atuação. Preferem, ao contrário, em alguma medida, deixar de decidir na extensão máxima ou com todas as potencialidades que o ordenamento positivo lhes permitiria.

Opta-se, em determinadas ocasiões, por um comportamento que reduz o poder atribuído às autoridades judiciais, que, nesta condição, e.g., se mostra mais deferente às decisões parlamentares ou do Poder Executivo[40]. Richard Posner sustenta, a propósito, que uma hipotética decisão da Suprema Corte que viesse a superar *Marbury v. Madison* – apesar de impensável – configuraria autocontenção "porque reduziria o poder de tribunais federais em comparação com os demais poderes"[41]. Esta primeira característica essencial

---

igualdade. A opressão pelo Poder Judiciário não era tão temida pelos Framers presumivelmente porque as suas experiências com as cortes coloniais e estaduais haviam sido relativamente benignas. Como é cediço, Hamilton considerava o Judiciário o poder 'menos perigoso' e 'mais fraco'. Isso talvez explique o porquê a Constituição não direciona ou contém o Judiciário de forma enfática.". (The Jurisprudence of Judicial Restraint: A Return to the Moorings. *The George Washington Law Review*, Vol 50, N. 1, p. 03, 1981. Tradução livre deste autor. No original: "*The Framers probably feared most the executive branch of government because they had fresh in their minds the oppressive potential of a king. Legislatures were, however, not free of suspicion. During the Confederation period the state legislatures had inspired widespread distrust. Many thought that democracy was getting out of hand by violating rights of citizens in an excessive zeal for equality. Oppression by the judicial branch was not feared as much by the Framers, presumably because in their experience the colonial and state courts had been relatively benign. As is well known, Hamilton considered the judiciary the "least dangerous" and "weakest" branch. This perhaps explains why the Constitution neither expressly directs nor restrains the judiciary very much.*"). Tal circunstância, porém, não afasta a evidência de que o texto constitucional norte-americano impõe expresamente limitações à atividade judicante, como se pretende expor nesta tese.

[40] Cf. POSNER, Richard. A. The Meaning of Judicial Self-Restraint. *Indiana Law Journal*, Vol. 59, N. 1, p. 11-12, 1983.

[41] POSNER, Richard. A. The Meaning of Judicial Self-Restraint. *Indiana Law Journal*, Vol. 59, N. 1, p. 13, 1983. Tradução livre deste autor. No original: "*A decision overruling Marbury v. Madison would be pretty wild stuff but it would be self-restrained in my terminology because it would reduce the power of the federal courts vis-a-vis other organs of government.*".

da autocontenção residiria, portanto, em uma certa abstenção, isto é, um comportamento judicial que concede todas as oportunidades possíveis para que os questionamentos constitucionais levados à sua apreciação sejam resolvidos fora do tribunal[42].

Este constitui um primeiro traço distintivo da autocontenção: cuida-se de um comportamento que acarreta uma restrição, uma abstenção de ir além. Há uma redução do poder normativamente estabelecido aos órgãos judiciais pelo ordenamento jurídico-positivado. O comportamento autocontido é, em suma, um fenômeno redutor da atuação judicial.

De outro lado, a autocontenção judicial (ou seus sinônimos – autorrestrição, autocomedimento ou autolimitação[43]) é uma expressão que qualifica os comportamentos judiciais que veiculam as noções de humildade[44], respeito[45], tolerância[46], cautela, parcimônia[47], prudência[48], modéstia[49], desconfiança quanto à própria capacidade[50],

---

[42] Cf. ACHESON, Dean G. Roger Brooke Taney: notes upon judicial self restraint. *Illinois Law Review*, Vol. XXXI, N. 06, p. 710, 1937. No mesmo sentido: HESSICK, F. Andrew. Rethinking the Presumption of Constitutionality. *Notre Dame Law Review*, Vol. 85, N. 4, p. 1.454, 2010.

[43] Cf. BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz; KOZICKI, Katya. Judicialização da política e controle judicial de políticas públicas. *Revista Direito GV*, São Paulo, N. 15, p. 67, jan-jul. 2012 e LIMA, Flávia Santiago. *Jurisdição Constitucional e Política: ativismo e autocontenção no STF*. Curitiba: Juruá, 2014, p. 95

[44] Veja-se a seguinte passagem do voto vencido do *Justice* Felix Frankfurter no julgamento do caso *West Virginia State Bd. of Educ. v. Barnette*, 319 U.S. 624 (1943): "A atitude da humildade judicial com que essas considerações [alerta quanto à confusão entre as funções judicial e política, dever de observar a Constituição e dever de deferência àqueles encarregados de elaborar as leis] desfrutam não é uma abdicação da função jurisdicional. É um dever de observar os seus limites". Tradução livre do autor. No original: "*The attitude of judicial humility which these considerations* [*admonition against confusion between judicial and political functions, duty to observe the Constitution, duty of deference to those who have the responsibility for making the laws*] *enjoin is not an abdication of the judicial function. It is a due observance of its limits.*". Confira-se, ainda: WALLACE, J. Clifford. The Jurisprudence of Judicial Restraint: A Return to the Moorings. *The George Washington Law Review*, Vol 50. N. 1, p. 16, 1981 ("A autocontenção judicial demanda do juiz a humildade para reconhecer as suas limitações pessoais. Tradução livre deste autor. No original: "*[judicial restraint] charges a judge with the humility to recognize his or her personal limitations*"). Veja-se também: THAYER, James Bradley. The origin and scope of the American doctrine of constitutional law. *Harvard Law Review*, Vol. VII, N. 3, p. 138, 1893 e MORO, Sergio Fernando. *Jurisdição Constitucional como Democracia*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004, p. 220 e 226.

[45] Cf. WALLACE, J. Clifford. The Jurisprudence of Judicial Restraint: A Return to the Moorings. *The George Washington Law Review*, Vol 50. N. 1, p. 08, 1981.

[46] Cf. LIMA, Flávia Santiago. *Jurisdição Constitucional e Política: ativismo e autocontenção no STF*. Curitiba: Juruá, 2014, p. 102.

[47] ROCHE, John P. Judicial Self-Restraint. *The American Political Science Review*, Vol. 49, N. 3, p. 767 - 770, 1955.

[48] TUSHNET, Mark. Justiciability: the transformation and disappearance of the political question doctrine. *North Carolina Law Review*, Vol. 80, p. 1.203-1.204, 2002; SPILLENGER, Clyde. Reading the Judicial Canon: Alexander Bickel and the Book of Brandeis. *The Journal of American History*, Vol. 79, N. 1, p. 125-151, 1992 e SCHWARTZ, Bernard. *Direito Constitucional Americano*. Tradução de Carlos Nayfeld. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1966, p. 186.

moderação, desprendimento e sobriedade[51]. Menciona-se ainda que a autocontenção é própria de um juiz circunspecto[52], de um juiz que preza pelos valores do governo representativo e do *rule of law*[53], de um julgador atento ao dogma kelseniano do legislador negativo[54] ou mesmo de um juiz que simplesmente adia a decisão[55]. Fala-se também que um juiz autocontido é aquele que evita criar o direito[56], que promove uma abordagem restrita ao caso concreto[57] ou que se conforma com seu papel secundário em uma democracia[58].

Os predicados de um juiz autocontido, revelados sobretudo na análise doutrinária dos julgados da Suprema Corte, indicam que o fenômeno limitador da atuação jurisdicional tem origem na iniciativa do próprio julgador em se autorrestringir[59].

---

[49] SARMENTO, Daniel Sarmento; SOUZA NETO, Cláudio Pereira: Notas sobre jurisdição constitucional e democracia: a questão da "última palavra" e alguns parâmetros de autocontenção judicial. *Revista Quaestio Iuris*, Vol. 06, N. 02. p. 127.

[50] Cf. MORO, Sergio Fernando. *Jurisdição Constitucional como Democracia*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004, p. 205.

[51] Cf. LEAL, Roger Stiefelmann. *Juiz constitucional e instituições democráticas*, 2018. Artigo no prelo.

[52] Cf. POSNER, Richard. A. The Meaning of Judicial Self-Restraint. *Indiana Law Journal*, Vol. 59, N. 1, p. 10-11, 1983 e NATHANSON, Nathaniel L. Mr. Justice Frankfurter and the Holmes Chair: a study in liberalism and judicial self-restraint. *Northwestern University Law Review*, Vol. 71, N. 2, p. 135-160, mai./jun. 1976.

[53] Cf. COX, Archibald. The role of the Supreme Court: Judicial Activism or Self-Restraint? *Maryland Law Review*, Vol. 47, p. 21-122, 1987-1988; MCKEEVER, Robert J. The Fall and Rise of Judicial Activism in the United States: The Case of Justice William O. Douglas. *The Journal of Legal History*, Vol. 11, p. 439-441, 1990 e KARLAN, Pamela S. The Transformation of Judicial Self-Restraint. *California Law Review*, Vol. 100, N. 3, p. 613, jun. 2012.

[54] Cf. Cf. MENDES, Gilmar Ferreira. *Controle Abstrato de Constitucionalidade: ADI, ADC e ADO – comentários à Lei n. 9.868/99*. 1ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 534.

[55] Cf. BICKEL, Alexander M. *The Least Dangerous Branch: the Supreme Court at the bar of politics*. New Haven: Yale University Press, 1986, p. 197-198 e MORO, Sergio Fernando. *Jurisdição Constitucional como Democracia*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004, p. 205.

[56] PEREIRA, Ana Lúcia Pretto. Jurisdição constitucional na Constituição Federal de 1988: entre ativismo e auto-contenção. *Revista Direitos Fundamentais & Democracia*. Curitiba, Vol.2, N.2, jul./dez. 2007.

[57] Cf. MORO, Sergio Fernando. *Jurisdição Constitucional como Democracia*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004, p. 205.

[58] Cf. MORO, Sergio Fernando. *Jurisdição Constitucional como Democracia*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004, p. 204.

[59] Confira-se, especialmente: POSNER, Richard. A. The Rise and Fall of Judicial Self-Restraint. *California Law Review*, Vol. 100, N. 3, p. 520-521, 528, 545, jun. 2012; POSNER, Richard. A. The Meaning of Judicial Self-Restraint. *Indiana Law Journal*, Vol. 59, N. 1, p. 10-11, 1983; BICKEL, Alexander M. The Supreme Court 1960 Term Foreword: the passive virtues. *Harvard Law Review*, Vol. 75, p. 75-79, 1961. Na doutrina nacional, veja-se: NUNES, José de Castro. *Teoria e Prática do Poder Judiciário*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1943, p. 625; LIMA, *Flávia Santiago. Jurisdição Constitucional e Política: ativismo e autocontenção no STF*. Curitiba: Juruá, 2014; LEAL, Roger Stiefelmann. *Juiz constitucional e instituições*

Portanto, o segundo elemento caracterizador da autocontenção reside no cunho unilateral desta postura do juiz – especialmente o juiz constitucional – de alguma forma limitar ou reduzir a sua atuação.

Assim, a natureza autônoma desta limitação constitui a pedra de toque a balizar a procura por critérios de autocontenção junto aos julgados dos dois tribunais analisados – tema que constitui objeto central desta pesquisa.

Com tal perspectiva, excluem-se do conceito de autocontenção todas aquelas circunstâncias normativas externas que impõem limitações à atuação judicial, sejam elas de índole constitucional, sejam elas de ordem legal. Do mesmo modo, as interpretações de disposições normativas previamente existentes e que conduzam ao mesmo resultado limitador não se qualificam como medidas de autorrestrição judicial, posto não decorrerem da atitude unilateral do órgão judicial em conter a sua possibilidade de atuação. Tal forma de limitação, como se percebe, advém de mera interpretação do direito positivado.

É possível falar, portanto, em um verdadeiro caráter endógeno do objeto da pesquisa, uma vez que a autocontenção não decorre de imposição normativa exterior. Em realidade, como se pretende demonstrar ao longo dos capítulos subsequentes, a ideia de autocontenção é veiculada por órgãos judiciais justamente quando possível, sob a ótica normativa-positivista, um agir mais largo, profundo ou enfático.

Não deixa de ser curioso, neste sentido, que a ideia de vontade dos juízes, tão combatida na proposta de um governo representativo[60], venha a figurar como eixo central da definição da autocontenção judicial. De fato, considerar que apenas a vontade de juízes é o que define a jurisdição constitucional seria tornar o direito constitucional inútil ou, quando muito, reduzi-lo aos perfis de cada julgador[61]. Representa adequadamente esta ideia o voto vencido do *justice* Curtis no célebre caso *Dred Scott v. Sandford*, ao afirmar que quando

---

democráticas, 2018, artigo no prelo e MORO, Sergio Fernando. *Jurisdição Constitucional como Democracia*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004, p. 204.

[60] Confira-se, dentre outros: LOEWENSTEIN, Karl. *Teoría de la Constitución*. 2ª ed. Tradução de Alfredo Gallego Anabitarte. Barcelona: Editorial Ariel, 1975, p. 325; HIRSCHL, Ran. The new constitutionalism and the judicialization of pure politics worldwide. *Fordham Law Review*, Vol. 75, N. 2, p. 721-754, 2006; HIRSCHL, Ran. *Towards juristocracy: the origins and consequences of the new constitutionalism*. Cambridge: Harvard University Press, 2004.

[61] Cf. EPSTEIN, Lee; KNIGHT, Jack. *The Choices Justices Make*. Washington: Congressional Quarterly, 1998.

> as opinões teóricas de indivíduos são autorizadas a controlar o seu significado [da Constituição], nós não temos mais uma Constituição; nós estaremos sob o governo individual de homens que eventualmente tenham o poder de declarar o que é a Constituição de acordo com as suas próprias visões de o que ela deva ser. Quando tal método de interpretação da Constituição prevalece, em um governo republicano, com poderes limitados e definidos, nós temos um governo que é meramente um expoente da vontade do Congresso, ou, o que na minha opinião não é preferível, um exponente da opinião política individual dos membros desta corte[62].

De toda sorte, a autorrestrição judicial surge justamente quando não há circunstâncias limitadoras exteriores, denotando o caráter autônomo ou unilateral da opção pela atuação restringida[63]. J. Clifford Wallace acentua, a propósito, que, para um juiz autocontido, a legislatura tem o direito de errar, ressalvadas apenas as proibições expressamente previstas na Constituição[64]. Esta redução da atividade judicial, não decorrendo de qualquer "base lógica ou constitucional"[65], somente pode ser atribuída à opção feita pelos tribunais por uma atitude restringida ao aferir a constitucionalidade das leis[66]. Já na literatura especializada brasileira, José Guilherme Berman Corrêa Pinto anota que opção pelo comportamento autocontido parte do próprio Poder Judiciário, a ratificar a origem unilateral desta postura, isto é, não deflui ela de fatores normativos externos[67].

---

[62] *Dred Scott v. Sandford*, 60 U.S. 393 (1856). Tradução livre do autor. No original: "*the theoretical opinions of individuals are allowed to control its meaning, we have no longer a Constitution; we are under the government of individual men who, for the time being, have power to declare what the Constitution is according to their own views of what it ought to mean. When such a method of interpretation of the Constitution obtains, in place of a republican Government, with limited and defined powers, we have a Government which is merely an exponent of the will of Congress, or, what in my opinion would not be preferable, an exponent of the individual political opinions of the members of this court.*". Sobre a atualidade do *rule of law* e a crença na sua manutenção como elemento crucial à sobrevivência do direito constitucional norte-americano, confira-se: COX, Archibald. The role of the Supreme Court: Judicial Activism or Self-Restraint? *Maryland Law Review*, Vol. 47, p. 118-137, 1987-1988.

[63] Cf. NARDINI, Wiliam J. Passive Activism and the Limits of Judicial Self- Restraint: Lessons for America from the Italian Constitutional Court. *Seton Hall Law Review*, Vol. 30, N. 1, p. 01-63, 1999.

[64] Cf. WALLACE, J. Clifford. The Jurisprudence of Judicial Restraint: A Return to the Moorings. *The George Washington Law Review*, Vol 50. N. 1, p. 7, 1981.

[65] FINKELSTEIN, Maurice. Further Notes on Judicial Self-Limitation. *Harvard Law Review*, Vol. 39, N. 2, p. 234, 1925.

[66] Cf. ACHESON, Dean G. Roger Brooke Taney: notes upon judicial self restraint. *Illinois Law Review*, Vol. XXXI, N. 06, p. 715, 1937.

[67] PINTO, José Guilherme Berman Corrêa. Supremacia Judicial e Controle de Constitucionalidade. *Revista DPU*, N. 31, p. 45, jan.-fev/2010.

Este contexto indica que a expressão autocontenção judicial ou suas correlatas (autolimitação, autorrestrição, autocomedimento e, na língua inglesa, *judicial self-restraint*) estão associadas a posturas judiciais que deixam de exercer os poderes que o ordenamento jurídico lhes atribui. É este o campo de atuação do juiz autocontido: em que pese poder desempenhar o seu mister, ele opta, autonomamente, por não realizá-lo integralmente, impondo a si próprio limitações não expressamente previstas no ordenamento jurídico-positivado. Obviamente, este tipo de comportamento pode ser encontrado em toda e qualquer atividade judicial, não se limitando à jurisdição constitucional e, muito menos, às cortes supremas. No entanto, em virtude da delimitação do objeto indicada na introdução, compete examinar como esta atitude judicial é aplicada pela Suprema Corte e pelo Supremo Tribunal Federal ao apreciarem a constitucionalidade de leis e atos normativos.

Coloca-se, assim, a noção de autocontenção judicial que norteará a busca pelos seus critérios definidores junto à jurisprudência dos dois tribunais analisados: a opção autônoma da autoridade ou órgão judicial por não exercer em sua plenitude as potencialidades de atuação que lhes conferem a Constituição e o ordenamento legal.

Os capítulos que seguem pretendem, justamente, aprofundar a compreensão destes elementos, demonstrando-os por meio da análise de julgados, bem como testando o caráter endógeno dos diversos critérios externados por cortes supremas quando afirmam adotarem posturas autocomedidas.

3. Autocontenção e expressões afins

3.1 Virtudes passivas

Em sua obra seminal, *The Least Dangerous Branch*[68], Alexander Bickel cunhou a expressão "virtudes passivas" ("*passive virtues*") que, de algum modo, pode gerar

[68] BICKEL, Alexander M. *The Least Dangerous Branch: the Supreme Court at the bar of politics*. New Haven: Yale University Press, 1986.

confusão conceitual com o objeto de estudo desta pesquisa. Neste contexto, importa analisar a produção doutrinária de Alexander Bickel, visando delimitar alguma fronteira de significado entre a noção de virtudes passivas e a autocontenção judicial ("*judicial self-restraint*").

Alexander Bickel propunha à Suprema Corte adotar comportamentos restritivos de modo a evitar que ela se pronunciasse sobre uma determinada questão constitucional quando a sua aplicação ainda não estivesse madura no ambiente social como um todo e político em particular. Nestas condições de pouca harmonia acerca do entendimento do princípio constitucional em jogo, Alexander Bickel sustentava que a corte se abstivesse de decidir o caso para que as alternativas decorrentes da sua inação pudessem operar[69].

Para tanto, o autor vislumbrava mecanismos que postergassem o julgamento de mérito da causa, a saber: *standing* (falta de interesse do autor na tutela judicial reclamada), *ripeness* (falta de maturidade da causa para seu julgamento), *mootness* (perda do objeto da ação por falta de controvérsia atual), o recurso à doutrina das questões políticas e a negativa de *certiorari* (rejeição da admissibilidade do exame da causa por falta de relevância da questão)[70].

O objetivo que a corte deveria atingir com tais virtudes passivas, segundo o autor, seria a prudência, preocupando-se essencialmente com o momento certo para proferir decisões em demandas que pudessem suscitar polêmica junto à sociedade como um todo e, especialmente, perante os demais poderes políticos. Tais medidas visavam, em última análise, preservar a legitimidade da Suprema Corte perante as demais instâncias de poder[71]. Virtudes passivas, portanto, dizem respeito às razões que inspiram a inércia do tribunal, projetando-se, a partir destes motivos, mecanismos que garantiriam a não decisão em certo momento.

Feita esta contextualização, cabe distinguir entre virtudes judiciais reputadas adequadas e técnicas de autocontenção empregadas pela jurisdição constitucional. Sob este panorama, a finalidade prudencial proposta por Alexander Bickel não se confunde com os

---

[69] BICKEL, Alexander M. *The Least Dangerous Branch: the Supreme Court at the bar of politics*. New Haven: Yale University Press, 1986, p. 197-198.

[70] Cf. BICKEL, Alexander M. *The Least Dangerous Branch: the Supreme Court at the bar of politics*. New Haven: Yale University Press, 1986, p. 111-198.

[71] Cf. BICKEL, Alexander M. *The Least Dangerous Branch: the Supreme Court at the bar of politics*. New Haven: Yale University Press, 1986, p. 71.

meios técnicos por ele descritos. Com efeito, a moderação presente na ideia de virtudes passivas é inerente a todos os critérios de autorrestrição judicial conforme sugere a presente pesquisa. É traço comum de todas as formas legítimas de autocontenção o fato de evidenciarem, em alguma medida, preocupação com a cautela, moderação e prudência. Estas são, a propósito, as virtudes que se observam em todas as situações de autocontenção que a permitem ser considerada uma postura desejada e adequada.

Assim, não cabe confundir os valores afetos às virtudes passivas da justiça constitucional (isto é, a moderação, cautela, prudência[72]) com as técnicas criadas *a posteriori* a partir destes valores (*mootness*, *ripeness*, *standing*, etc). As desejadas virtudes passivas do juiz constitucional atuariam, portanto, como causa, da qual os critérios de autocontenção (entre eles os ora mencionados) seriam efeito.

Ademais, Richard Posner sustenta que a expressão "autocontenção judicial" ("*judicial self-restraint*") deve ser encarada como a postura judicial adequada e correta em termos relativos. Afirma o autor, neste sentido, que a autocontenção não representa um valor positivo absoluto, que expresse virtudes ou efeitos positivos em todas as épocas, locais e contextos. Ao contrário, para o autor, cabe vincular a ideia de autocontenção judicial a comportamentos judiciais desejados desde que exercida em medida adequada[73].

Assim, ante o valor relativo dos comportamentos judiciais autocontidos, a expressão "virtudes passivas" funciona, neste particular, como o elogio ao juiz autocontido, na medida em que prestigiaria a dose certa do comportamento autocomedido. Usos indevidos – além ou aquém da dose adequada – representam, neste contexto, um desvirtuamento da autocontenção, o que os afasta das virtudes vislumbradas por Alexandrer Bickel[74].

[72]Cf. SUNSTEIN, Cass R. The Supreme Court 1995 term foreword: Leaving Things Undecided. *Harvard Law Review*, Vol. 110, p. 51, 1996. Sobre

[73] Cf. POSNER, Richard. A. The Meaning of Judicial Self-Restraint. *Indiana Law Journal*, Vol. 59, N. 1, p. 14-18, 1983.

[74] Voltar-se-á a este tema, em uma análise mais detida, no Capítulo V desta pesquisa.

3.2 Minimalismo judicial

3.2.1 Noções gerais

Minimalismo judicial é expressão cunhada por Cass Sunstein para denominar uma teoria decisória marcada por dois predicados essenciais: estreiteza e superficialidade[75]. Para o minimalismo, a decisão deve ser formatada de modo a ostentar um âmbito limitado (estreiteza) e fundamentação não exauriente acerca do tema posto à apreciação (superficialidade)[76]. Há, sob essa perspectiva, portanto, a prevalência de uma teorização incompleta e até mesmo do silêncio da decisão judicial.

O minimalismo está fundado em duas razões básicas: (i) a de que ele favorece a democracia (abrindo margem para a deliberação política sobretudo nas questões mais sensíveis socialmente[77]) e (ii) a da constatação de que o Judiciário pode tomar decisões equivocadas, ineficientes ou criar novos problemas ao julgar questões de alta complexidade sobre as quais ele não detém todas as informações ou ferramentas necessárias[78].

O objetivo desta específica forma de decidir questões judiciais – especialmente aquelas com maior grau de divergência moral – é deixar margem para convergências, que podem ser alcançadas desde que a Suprema Corte se mantenha silente em alguns aspectos

---

[75] *One case at a time: judicial minimalism on the Supreme Court*. Cambridge: Harvard University Press, 2001.

[76] Obviamente, superficialidade não significa ausência de motivação, cf. SUNSTEIN, Cass R. *A constitution of many minds: why the founding document doesn´t mean what it meant before*. Princeton: Princeton University Press, 2009, p. 41. Vide também: LIMA, Flávia Santiago. *Jurisdição Constitucional e Política*: ativismo e autocontenção no STF. Curitiba: Juruá, 2014, p. 102.

[77] SUNSTEIN, Cass R. The Supreme Court 1995 term foreword: Leaving Things Undecided. *Harvard Law Review*, Vol. 110, p. 07, 1996. Eis o trecho original: "*The first suggestion is that minimalism can be democracy-forcing, not only in the sense that it leaves issues open for democratic deliberation, but also and more fundamentally in the sense that it promotes reason-giving and ensures that certain important decisions are made by democratically accountable actors*".

[78] SUNSTEIN, Cass R. The Supreme Court 1995 term foreword: Leaving Things Undecided. *Harvard Law Review*, Vol. 110, p. 08, 1996. O excerto original tem a seguinte redação: "*My second suggestion is that a minimalist path usually - not always, but usually - makes sense when the Court is dealing with an issue of high complexity about which many people feel deeply and on which the nation is in flux (moral or otherwise). The complexity may result from a lack of information, from changing circumstances, or from (legally relevant) moral uncertainty. In such cases, minimalism makes sense first because courts may resolve the relevant issues incorrectly, and second because courts may be ineffective or create serious problems even if their answers are right.*".

(âmbito de decisão – estreiteza) e se atenha à motivação necessária para resolver o caso concreto submetido ao seu julgamento (fundamentação – superficialidade)[79].

O argumento central desta teoria decisória reside, em suma, em deixar temas não decididos para que, assim, a Corte angarie apoio de outros setores com possíveis outras perspectivas sobre a demanda em jogo. Evita-se, pois, uma decisão definitiva sobre determinado assunto, desviando-se, assim, de contestações que certamente haveriam em face da decisão, naquele específico momento.

O minimalismo não se coaduna, pois, com os "*broad pronouncements*", isto é, a enunciação de razões abstratas e gerais para decidir um caso, que tenham, destarte, o potencial de sedimentar uma determinada opinião do tribunal em caráter perene. Não se quer, sob essa perspectiva, preencher todos os espaços possíveis de emissão da opinião da Corte (predicado da estreiteza), mantendo-se ela adstrita ao caso concreto e, além disso, propõe-se uma interpretação que não esgote a análise do tema (característica da superficialidade). Em última análise, busca o minimalismo judicial "atingir o consenso quanto às pequenas questões ou reduzir os custos da procura pelo acordo, abrindo espaço para deliberação dos atores no âmbito das instituições adequadas"[80].

Portanto, com suporte nas ferramentas da estreiteza (*narrowness*) e da superficialidade (*shallowness*)[81], o minimalismo traduz uma efetiva teoria decisória de cunho liberal, formulada como antítese à composição conservadora da Suprema Corte ao tempo de sua formulação[82].

Das três expressões afins analisadas nesta seção, o minimalismo judicial é a que mais costumeiramente se pode confundir com a ideia de autolimitação judicial. Veja-se, e.g., que Karl Loewenstein, mesmo antes da teorização de Cass Sunstein, ao comentar a postura do Tribunal Constitucional federal alemão sobre caso que discutia os acordos da Comunidade Europeia de Defesa, afirmou que o tribunal, depois de dois anos tratando de questões técnico-processuais, acabou por "se evadir da sua responsabilidade judicial, e não

[79] SUNSTEIN, Cass R. Beyond judicial minimalism. *Tulsa Law Review*, Vol. 43, p. 825-842, 2008.

[80] LIMA, Flávia Santiago. *Jurisdição Constitucional e Política: ativismo e autocontenção no STF*. Curitiba: Juruá, 2014, p. 103

[81] Cf. STEILEN, Matthew. Minimalism and Deliberative Democracy: A Closer Look at the Virtues of "Shallowness". *Seattle University Press*, Vol. 33, N. 2, p. 391-435, 2010.

[82] Cf. FISS, Owen, The perils of minimalism, *Theoretical Inquiries in Law*, Vol. 9, p. 660, 2008 e SUNSTEIN, Cass R. *Radicals in robes: why extreme right-wing Courts are wrong for America*. New York: Basic Books, 2005, p. xii-xiii e 29.

tomou em absoluto nenhuma decisão. Talvez essa autorrestrição tenha sido conveniente, em razão dos danos que poderiam danificar o prestígio do tribunal"[83].

Mais recentemente, já na década de 1980 – mas antes ainda da obra de Cass Sunstein, o juiz da Suprema Corte John Paul Stevens, em artigo doutrinário sobre a restrição judicial[84], assentou que a adjudicação constitucional de temas ligados à separação de poderes e ações afirmativas são tratados mais adequadamente pela via da "procrastinação" e "indecisão". O artigo de Stevens sustenta que casos devem ser decididos, tanto quanto possível, em bases legais ("*statutory grounds*"), evitando pronunciamentos do tema a ser decidido à luz da Constituição. Afirmou, também, que tribunais deveriam evitar respostas definitivas sobre a questão a ser julgada, ante a preocupação com os efeitos da decisão no tempo[85].

Verifica-se que tanto Karl Loewenstein quanto John Paul Stevens, mesmo escrevendo antes de Cass Sunstein, acabaram, de algum modo, usando de características próprias do minimalismo por ele sugerido para descrever a autocontenção judicial. Tais excertos, vinculando a noção de autolimitação com o não decidir, conquanto anteriores à formulação teórica do minimalismo, expõem quão facilmente as duas expressões podem ser tomadas por sinônimas.

À medida em que estreiteza e superficialiade são contingências advindas das limitações técnicas e institucionais do Poder Judiciário para decidir demandas complexas, tem-se que o minimalismo configura, em realidade, causa da autocontenção. Este receio subjacente ao minimalismo amolda-se à postura humilde e consciente que motiva o comportamento autocontido. A busca por maior segurança na decisão é algo próximo, pois,

---

[83] *Teoría de la Constitución*. 2ª ed. Tradução de Alfredo Gallego Anabitarte. Barcelona: Editorial Ariel, 1975, p. 323. Tradução livre do autos. No original: "*evadirse de sua responsabilidad judicial, y no tomar em absoluto ninguna decisión. Quizás esta autorrestricción judicial fue conveniente, por mucho que dañaase el prestigio del tribunal*".

[84] STEVENS, John Paul. Judicial Restraint. *San Diego Law Review*, Vol. 22, N. 2/3 p. 440-443, mai./jun. 1985.

[85] Cabe transcrever pequeno excerto do artigo do *justice* Stevens a respeito da contenção judicial: "A doutrina da contenção judicial está ligada à substância e ao momento das decisões judiciais. (...) Juízes geralmente divergem não apenas com relação ao mérito de casos particulares, mas também quanto ao número ou ao escopo das questões que deveriam ser decididas em demandas particulares. É neste último aspecto do processo decisório que a doutrina da contenção judicial tem especial relevância". (STEVENS, John Paul. Judicial Restraint. *San Diego Law Review*, Vol. 22, N. 2/3 p. 446, mai./jun. 1985. Tradução livre deste autor. No original: "*The doctrine of judicial restraint concerns the substance as well as the timing of judicial decisions. (...) Judges often differ, however, not only with respect to the merits of particular issues, but also with respect to the number or the scope of the issues that should be decided in a particular case. It is this latter aspect of the decisional process to which the doctrine of judicial restraint has special relevance.*").

de uma possível razão subjetiva para a adoção de algum critério de autocomedimento judicial.

E, sob esta ótica, o minimalismo judicial de Cass Sunstein aproxima-se conceitualmente das virtudes passivas de Alexander Bickel. Ambas as categorias denotam motivos para alguma redução da atividade judicial, assim como as duas têm fonte em aspectos prudenciais. De fato, como examinado no Capítulo IV, *mootness*, *ripeness* e *standing* "podem ser ser entendidos como formas de minimizar a presença judicial na vida pública norte-americana"[86]. Segundo o próprio Cass Sunstein, tais ferramentas mencionadas por Alexander Bickel "são usadas prudencialmente e como resposta às mesmas considerações afetas ao minimalismo"[87]. Tanto minimalismo quanto virtudes passivas, portanto, podem funcionar como causas de comportamentos judiciais autorrestritos. Ambos podem atuar como fontes inspiradoras para a criação de algumas ferramentas de autocontenção judicial examinadas neste trabalho. Virtudes passivas e minimalismo consubstanciam, em suma, preocupações a partir das quais o juiz constitucional pode construir critérios de autocomedimento. E, neste sentido, falar em minimalismo também significa externar um elogio à postura autocomedida dele decorrente.

3.2.2 O silêncio do tribunal como expediente minimalista

Em um antigo artigo, publicado em 1955, John P. Roche sustentou que o atraso – puro e simples – pode funcionar como "servo da justiça"[88], anotando, ademais, que "a técnica da autocontenção processual é encontrada no mecanismo singelo de negar

[86] SUNSTEIN, Cass R. The Supreme Court 1995 term foreword: Leaving Things Undecided. *Harvard Law Review*, Vol. 110, p. 51, 1996. Tradução livre deste autor . No original: "*Of course principles of justiciability – mootness, ripeness, reviewability, standing – can be understood as ways to minimize the judicial presence in American public life.*".

[87] SUNSTEIN, Cass R. The Supreme Court 1995 term foreword: Leaving Things Undecided. *Harvard Law Review*, Vol. 110, p. 52, 1996. Tradução livre deste autor . No original: "*justiciability doctrines are used prudentially and in response to considerations of the sort I am discussing here*".

[88] A expressão é citada no seguinte trecho original: "*Simple delay can be employed, perhaps in the spirit of the Croatian proverb that 'delay is the handmaiden of justice.'*" (ROCHE, John P. Judicial Self-Restraint. *The American Political Science Review*, Vol. 49, N. 3, p. 767, 1955).

jurisdição ou no mecanismo de procrastinar a aceitação da jurisdição"[89]. Tal comentário não foi seguido de nenhum aprofundamento, até porque, segundo o autor, parecia relativamente evidente que o atraso em apreciar um caso seria um modo procedimental de autocontenção, circunstância invocada para dispensar maiores considerações a respeito. Alexander Bickel, por sua vez, classificou como virtude passiva a opção da Suprema Corte de "decidir não decidir", o que lhe é facultado pela discricionariedade na concessão ou denegação de *petitions of certiorari*[90].

No âmbito da literatura especializada brasileira, José Guilherme Berman Corrêa Pinto menciona a "autocontenção baseada na 'arte de não decidir'" [91]. Já o recente artigo de Flávia Danielle Santiago Lima e José Mário Wanderley Gomes[92] classifica como medida de autorrestrição do Supremo Tribunal Federal a demora no julgamento de casos indesejados. Segundo os autores, a inércia em julgar processos pendentes constitiu "provável estratégia tácita para evitar o julgamento imediato de questões politicamente relevantes e que possam, naquele momento impor custos indesejados aos membros do tribunal"[93].

As sugestões doutrinárias expostas merecem algumas considerações, à luz da distinção traçada acima entre autocontenção e minimalismo.

Em primeiro lugar, cabe ressaltar que a demora no julgamento não pode ser categorizada como forma procedimental de autocontenção, porque, como salientado acima, a autolimitação pressupõe uma manifestação judicial em que se identifiquem os elementos da autonomia e da restrição. Os critérios de autocontenção, como se verificará ao longo deste trabalho, são veiculados por alguma ação judicial criativa, e não por uma omissão.

---

[89] ROCHE, John P. Judicial Self-Restraint. *The American Political Science Review*, Vol. 49, N. 3, p. 767, 1955. Tradução livre deste autor. No original: "*the technique of procedural self-restraint is founded on the essentially simple gadget of refusing jurisdiction, or of procrastinating the acceptance of jurisdiction, and need not concern us further here.*".

[90] Cf. BICKEL, Alexander M. The Supreme Court 1960 Term Foreword: the passive virtues. *Harvard Law Review*, Vol. 75, N. 40, p. 46-51, 1961. O *certiorari* será examinado com vagar no Capítulo IV abaixo.

[91] Supremacia Judicial e Controle de Constitucionalidade. *Revista DPU*, N. 31, p. 45, jan.-fev/2010.

[92] LIMA, Flavia Danielle Santiago; NETO, José Mário Wanderley Gomes. Autocontenção à brasileira? Uma taxonomia dos argumentos jurídicos (e estratégias políticas?) explicativo(a)s do comportamento do STF nas relações com os poderes majoritários. *Revista de Investigações Constitucionais*, Curitiba, Vol. 5, N. 1, p. 221-247, jan./abr. 2018.

[93] LIMA, Flavia Danielle Santiago; NETO, José Mário Wanderley Gomes. Autocontenção à brasileira? Uma taxonomia dos argumentos jurídicos (e estratégias políticas?) explicativo(a)s do comportamento do STF nas relações com os poderes majoritários. *Revista de Investigações Constitucionais*, Curitiba, Vol. 5, N. 1, p. 240-241, jan./abr. 2018.

De todo modo, considerando o dever de o Poder Judiciário resolver as controvérsias levadas à sua apreciação[94], pode-se afirmar que o silêncio deliberado do juiz constitucional, procrastinando qualquer tipo de decisão sobre um processo, pode ser fruto de alguma *preocupação minimalista*. Como observou Alexander Bickel, apreciando a atividade da Suprema Corte, "há um campo aberto para decidir se, quando e quanto julgar", fundado sempre em razões prudenciais, e nunca por motivos de "predileção, sentimentais ou irracionais"[95]. É bem verdade que é a própria legislação norte-americana que confere à Suprema Corte um instrumento discricionário para aceitar ou rejeitar a análise de demandas (qual seja, o *writ of certiorari*, analisado no item 2 do Capítulo IV abaixo), mas não se pode descartar que, intimamente, o motivo substancial da negativa de *certiorari* possa se identificar com as mesmas razões que inspiram o minimalismo judicial[96].

Assim, sob uma perspectiva conceitual, motivos de ordem prudencial, se inspirarem o retardo no julgamento, podem ensejar um expediente minimalista. A omissão ou retardo no julgamento, porém, como ressaltado, não configuram propriamente técnicas, medidas ou critérios de autocontenção autorrestrição da jurisdição constitucional. Esta,

---

[94] No direito constitucional brasileiro positivo, tal dever deflui da cláusula da razoável duração dos processos (art. 5º, inciso LXXVIII), e, na legislação processual, do princípio do impulso oficial (art. 2º, do Código de Processo Civil vigente). Nos Estados Unidos, o Artigo III da Constituição, atribuindo ao Poder Judiciário a competência para resolver casos e controvérsias, impõe à Suprema Corte o dever – há muito reconhecido – de emitir decisões nos casos em que a ela seja cominada jurisdição originária ou recursal. Assim, consoante já se decidiu em *Cohens v. Virginia* (19 U.S. (6 Wheat.) 264, 404, 1821), "sejam quais forem as dúvidas, sejam quais forem as dificuldades, um caso deve ser resolvido, nós devemos decidi-lo se ele nos foi trazido. Nós não possuimos o direito de declinar o exercício da jurisdição que nos é dada, assim como não temos o direito de usurpar aquela que não nos foi concedida. Uma coisa ou outra seria violar a constituição" (Tradução livre deste autor. No original: "*With whatever doubts, with whatever difficulties, a case may be attended, we must decide it if it be brought before us. We have no more right to decline the exercise of jurisdiction which is given, than to usurp that which is not given. The one or the other would be treason to the constitution.*").

[95] BICKEL, Alexander M. The Supreme Court 1960 Term Foreword: the passive virtues. *Harvard Law Review*, Vol. 75, N. 40, p. 78, 1961. Tradução livre deste autor. O excerto original correspondente é o seguinte: "*I have emphasized the wide area of choice open to the Court in deciding whether, when, and how much to adjudicate. And I have discussed the order of considerations which, as I believe, should govern the choice. These are for the most part prudential in character, but they should not be predilectional, sentimental, or irrational. None of the devices for avoiding adjudication work any binding interference with the democratic process, though the Court's prestige and the quality of its principles, its reasoning and its rhetoric, may make it a persuasive influence.*".

[96] Basta imaginar a existência de outras razões – distintas dos motivos afetos ao minimalismo – que igualmente conduzam à negativa de *certiorari*, e.g., a manifesta improcedência do mérito da causa, a ausência de repercussão social da questão ou mesmo a inobservância de aspectos formais, previstos nas *Rules* da Suprema Corte, tais como a tempestividade (*Rule* 13), o pagamento de custas (*Rule* 38, "a"), a impressão de 40 cópias do pedido (*Rule* 12, 1), o conteúdo da petição (*Rule* 14, "b") e o limite máximo de 1.500 palavras ou 5 laudas (*Rule* 14, "c").

aliás, parece ser a conclusão de Karl Loewenstein e John Paul Stevens que se valeram das razões inerentes ao minimalismo para justificar o não decidir, como indicado acima.

Importa notar, contudo, que o uso discricionário deste expediente minimalista encontra uma barreira constitucional expressa no direito brasileiro: trata-se do princípio da razoável duração do processo previsto no art. 5º, inciso LXXVIII da Constituição de 1988[97]. O tempo de decisão do STF, assim, está minimamente condicionado por norma constitucional, situação que não se observa, à evidência, no texto constitucional norte-americano. Naquele ordenamento, aliás, a principal forma de acesso à Suprema Corte se dá por meio do *writ of certiorari*[98], cuja discricionariedade na concessão flexibiliza o constrangimento que poderia recair sobre os *justices* em virtude da omissão de julgar alguma demanda. Isto porque, diferentemente do Supremo Tribunal Federal brasileiro, a rejeição da admissibilidade do caso pela negativa de *certiorari* não reclama fundamentação[99].

3.3 Passivismo judicial

A noção de passivismo (ou passividade) judicial, a depender da forma com que é empregada, pode assumir distintos significados, alguns próximos, outros não, da ideia de autocontenção judicial.

---

[97] "Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:
(...)
LXXVIII - a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação."

[98] Cf. LINZER, Peter. The Meaning of Certiorari Denials. *Columbia Law Review*, Vol. 79, N. 07, p. 1.237-1.244,1979 e análise realizada no Capítulo IV.

[99] É o que se extrai implicitamente das *Rules* 14 e 16 da Suprema Corte, sendo esta a praxe histórica daquele tribunal ao negar os pedidos de *certiorari*, conforme: GUNTHER, Gerald. The subtle vices of the "passive virtues"- a comment on principle and expediency in judicial review. *Columbia Law Review*, Vol. 64, N. 01, p. 01-25, 1964; LINZER, Peter. The Meaning of Certiorari Denials. *Columbia Law Review*, Vol. 79, N. 07, p. 1.227-1.305,1979; BURBANK, Stephen B. Of Rules and Discretion: The Supreme Court, Federal Rules and Common Law. *Notre Dame Law Review*, Vol. 63, p. 693-719, 1988; SONGER, Donald. R. Concern for Policy Outputs as a Cue for Supreme Court Decisions on Certiorari. *The Journal of Politics*, Vol. 41, p. 1.185-1.194, 1979. No mais, o *certiorari* e sua relação com o autocomedimento judicial serão objeto do Capítulo IV desta tese.

Observa-se, sobretudo na produção doutrinária brasileira, conceituações díspares da expressão passivismo judicial. É utilizada, em primeiro lugar, como uma proteção inadequada e insuficiente do processo legislativo, ou seja, como descrição de um suposto descumprimento do dever de proteger o processo democrático[100]. Também se observa o seu uso quando se deseja designar a omissão do Poder Judiciário em efetivar políticas públicas[101]. Figura, outrossim, como recurso para descrever a falta de assertividade judicial, relacionada aos predicados da "neutralidade" e "quietismo"[102]

No entanto, a expressão passivismo judicial também pode ser utilizada no contexto do exame das variadas teorias interpretativas e, sob este panorama, se diz passivista a decisão judicial baseada exclusivamente em interpretação de perfil positivista liberal[103]. No cenário das teorias interpretativas do direito constitucional norte-americano, se rotula de passivismo o produto das duas vertentes do interpretativismo, a saber, o textualismo e o originalismo, que, em linhas gerais, prescrevem, respectivamente, a maior aderência ao texto constitucional (textualismo) e a maior aderência ao texto e à intenção originária dos *framers* (originalismo)[104]. Michael Perry, neste sentido, vincula a noção de "passivismo judicial" ("*judicial passivism*") e, segundo ele, seu sinônimo, a "autocontenção" ("*self-restraint*"), ao "hábito de conformar a base do controle de constitucionalidade às normas morais e políticas estabelecidas, implícita ou explicitamente,

[100] "O passivismo, enquanto recusa a uma defesa judicial do processo legislativo democrático e das regras que garantem a sua observância rigorosa, representa uma proteção inadequada e insuficiente da formação da vontade popular e das formas legítimas de sua manifestação. Ao deixar de fiscalizar adequadamente e garantir o cumprimento integral do processo legislativo democrático, a corte atua com negligência em seu papel de garantidor dascondições democráticas necessárias para o bom funcionamento do Estado de direito." (BUSTAMANTE, Thomas; BUSTAMANTE, Evanilda de Godoi. Jurisdição Constitucional na Era Cunha: entre o Passivismo Procedimental e o Ativismo Substancialista do STF. *Revista Direito & Práxis*. Rio de Janeiro, Vol. 07, N. 13, p. 359, 2016).

[101] Cf. CIARLINI, Álvaro Luís de Araújo. Inquietude versus Passivismo: os Novos Desafios dos Juristas Diante da Expansão do Poder Judicial. *Revista DPU*, N. 36, p. 88-105, nov.-dez./2010; COELHO, Ariadne Elloise; RIBEIRO, Luiz Gustavo Gonçalves Ribeiro. A tutela do ambiente e o problema do controle jurisdicional de políticas públicas: entre o ativismo e o passivismo. *Revista de Direito Ambiental e Socioambientalismo*, Vol. 3, N. 2, p. 42 – 58, 2017. A expressão "passivismo" com este significado também foi mencionada pelo ministro Celso de Mello no seu discurso na solenidade de posse do ministro Gilmar Mendes na Presidência do STF, em 23 de abril de 2008. Disponível em: < http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/publicacaoPublicacaoInstitucionalPossePresidencial/anexo/Plaqueta_Posse presidencial_GilmarMendes_NOVACAPA.pdf >. Acesso em 30 dez. 2019.

[102] Cf. CIARLINI, Álvaro Luís de Araújo. Inquietude versus Passivismo: os Novos Desafios dos Juristas Diante da Expansão do Poder Judicial. *Revista DPU*, N. 36, p. 95 e 102-103, nov.-dez./2010.

[103] Cf. RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo Judicial: parâmetros dogmáticos*. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 129.

[104] Cf. RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo Judicial: parâmetros dogmáticos*. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 129.

na Constituição escrita"[105]. Sanford Kadish propõe, de forma ainda mais enfática, que o passivismo indica o juiz mecânico, ou seja, aquele que apenas ecoa a vontade da lei, sem qualquer atividade criativa[106].

Para Ronald Dworkin, passivismo é o extremo oposto do ativismo judicial, de modo que ambas as categorias, para ele, expressam características negativas da jurisdição constitucional[107]. Passivismo constitui o termo utilizado por Dworkin para designar uma "versão particularmente rígida da autocontenção judicial"[108]. Seria, na sua ótica, uma "forma extremada de autorrestrição judicial"[109]. A posição de Ronald Dworkin, aliás, costuma ser reproduzida em estudos brasileiros sobre o assunto[110].

Enquanto descrição de juiz "quieto"[111] – à míngua do desenvolvimento desta noção – o passivismo pode ser adequadamente tomado como sinônimo de autocontenção, na medida em que denota um agir restrito não imposto por qualquer norma jurídica.

Já à luz da atividade interpretativa, passivismo judicial descreve, como evidenciado acima, uma crítica às posturas demasiadamente literais e extremamente tributárias à intenção original dos constituintes. Para Dworkin, neste sentido, o passivismo indica o grau máximo de autolimitação judicial, denotando um desvirtuamento das correntes interpretativas das quais decorre. Sob este enfoque, é possível dizer que o

---

[105] PERRY, Michael J. Judicial Activism. *Harvard Journal of Law and Public Policy*, Vol, 07, N. 1, p. 69, 1984. Tradução livre deste autor. No original: "*By 'judicial passivism' or 'self-restraint' as it is sometimes called, I mean the habit of confining the basis of judicial review to the political-moral norms established (explicitly or implicitly) in the written Constitution.*".

[106] Cf. KADISH, Sanford H. A Note on Judicial Activism.*Utah Law Review*, N. 6, p. 467, 1958.

[107] Cf. DWORKIN, Ronald. *O Império do Direito*. Tradução de Jeferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2014, p. 451.

[108] BASSHAM, Gregory. Freedom's Politics: A Review Essay of Ronald Dworkin's Freedom's Law: The Moral Reading of the American Constitution. *Notre Dame Law Review*, Vol 72, p. 1.241, 2014. Tradução livre deste autor. No original: "'*Passivism' is Dworkin's term for aparticularly strict version of constitutional judicial restrain*".

[109] BASSHAM, Gregory. Freedom's Politics: A Review Essay of Ronald Dworkin's Freedom's Law: The Moral Reading of the American Constitution. *Notre Dame Law Review*, Vol 72, p. 1.241, 2014. Tradução livre deste autor. No original: "*an extreme form of judicial restraint*".

[110] Veja-se, exemplificadamente: SIMIONI, Rafael. Ativismo ou passivismo judicial? O problema da legitimidade democrática. *Revista Jurídica – Revista de Estudos Jurídicos da Unesp Campus de Franca*, Vol. 15, N. 21, 2001 e KALLÁS FILHO, Elias; MASSA, Laila Nader Mendes. Leitura moral da Constituição e ativismo judicial: a questão da legitimidade democrática das decisões judiciais no Brasil sob a perspectiva de Ronald Dworkin. *DESC - Direito, Economia e Sociedade Contemporânea*, Campinas, Vol. 2, N. 1, p. 245 – 257, 2019 e CAMARGO, Gerson Ziebarth. Aspectos doutrinários favoráveis e desfavoráveis ao ativismo e à autocontenção judicial. *Revista de Ciências Jurídicas e Sociais da UNIPAR*, Vol. 19, N. 2, p. 233-264, 2016.

[111] CIARLINI, Álvaro Luís de Araújo. Inquietude versus Passivismo: os Novos Desafios dos Juristas Diante da Expansão do Poder Judicial. *Revista DPU*, N. 36, p. 95 e 102-103, nov.-dez./2010.

passivismo traduz a crítica ao juiz demasiadamente autocontido, ou seja, o passivismo se identifica naquela conduta excessiva e, portanto, negativamente, autorrestrita.

4. Origens e evolução da autocontenção judicial

Em que pese o registro de que a primeira menção à autocontenção judicial ("*judicial self-restraint*") em um julgado da Suprema Corte tenha ocorrido na década de 1930 – como analisado com mais vagar abaixo – a causa histórica das atitudes judiciais autocontidas é muito anterior. Necessário buscar-se, então, de um lado, a origem histórica do comportamento judicial autocomedido e, de outro, a origem da expressão "autocontenção judicial" na jurisprudência constitucional.

Em realidade, a autorrestrição judicial enquanto postura redutora, encontra suas origens no contexto de grave risco à independência judicial observado nos primeiros anos da federação norte-americana.

A conturbada eleição de Thomas Jefferson para a presidência dos Estados Unidos no pleito de 1800[112] significou uma profunda alteração nas forças políticas estadunidenses. Derrotados, os federalistas, liderados pelo então presidente John Adams e por Alexander Hamilton, deixavam a presidência e perdiam a maioria no Congresso. A partir do novo mandato presidencial, que se iniciava em 04 de março de 1801, o Poder Executivo, sob o comando de Thomas Jefferson, passaria a ser exercido pelos republicanos. Uma das principais divergências entre os grupos residia na compreensão acerca do modelo federal: enquanto os federalistas apoiavam a expansão do poder central, os republicanos defendiam maior autonomia aos estados. Por consequência, debatiam o próprio sentido da Constituição na proteção e estímulo de um modelo mais centralizado ou mais fragmentado de divisão do poder.

[112] Sobre as circunstâncias da disputa e da apuração na eleição presidencial de 1800, confira-se: ACKERMAN, Bruce A. *The failure of the founding fathers: Jefferrson, Marshall, and the rise of presidential democracy*. Cambridge: First Harvard University Press, 2007, p. 55-76 e BEARD, Charles Austin. *A Suprema Côrte e a Constituição*. Tradução de Paulo Moreira da Silva. Rio de Janeiro: Editôra Forense, 1965, p. 115-120.

Às vésperas da mudança de gestão, em 13 de fevereiro de 1801, isto é, apenas 19 (dezenove) dias antes do término dos mandatos no Executivo e no Congresso, os federalistas aprovaram a Lei Judiciária de 1801 (*Judiciary Act of 1801*) que criava inúmeros novos postos de juízes federais e cuja justificativa pública era retirar dos *justices* da Suprema Corte a atribuição de atuarem na condição de juízes de circuito[113]. No entanto, o objetivo real do governo e legislatura que se encerravam era aparelhar o Poder Judiciário federal com aliados federalistas, ante a iminente mudança na orientação ideológica do poder Executivo e Legislativo[114]. Iniciou-se, então, uma corrida para concluir o processo de nomeação, aprovação senatorial e comissionamento de todos os novos juízes para os cargos recém-criados, constando que até as 21 horas da véspera da posse do novo governo, John Adams ainda lavrava nomeações de aliados para os novos cargos, circunstância que os tornou conhecidos como "*midnight judges*" [115].

Este contexto de disputa política entre federalistas e republicanos refletiu diretamente no Poder Judiciário federal norte-americano, colocando-o em risco. De fato, a plataforma política do governo Thomas Jefferson e da maioria do novo Congresso eleito, ambos de matriz republicana, contavam com amplo respaldo popular, de modo que o aparelhamento federalista do Judiciário por meio dos *midnight judges* significaria um empecilho à implementação dos valores desta nova maioria política.

A partir deste cenário, uma série de ataques foram perpetrados pela administração Thomas Jefferson, iniciando-se com as providências a fim de remover os obstáculos

---

[113] A função de "juízes de circuito" ("*circuit judges*") impunha aos *justices* atuarem como magistrados federais de primeira instância, em julgamentos dos quais participavam outros juízes, o que também lhes exigia viajar periodicamente pelo país para julgar tais causas (cf. LEVINSON, Sanford; BALKIN, Jack M. What are the facts of Marbury v. Madison? *Constitutional Commentary*, Vol. 20, p. 258, 2004). Tratava-se, sem dúvida, da atribuição mais onerosa e desgastante cominada aos *justices* (cf. SCHWARTZ, Bernard. *A History of the Supreme Court*. New York: Oxford University Press, 1995, p. 30).

[114] Segundo Sanford Levinson e Jack Balkin, "os Federalistas não confiavam no novo partido Republicano. Acreditando que os Republicanos seriam um desastre para os Estados Unidos, os federalistas estavam dispostos a fazer de tudo para evitar um completo domínio jeffersoniano sobre o país". (LEVINSON, Sanford; BALKIN, Jack M. *What are the facts of Marbury v. Madison?* Constitutional Commentary, Vol. 20, p. 257, 2004. Tradução livre deste autor. No original: "*The Federalists did not trust the new Republican party at all. Believing that the Republicans would be a disaster for the United States, they were willing to do almost anything to stave off a Jeffersonian takeover of the country.*"). O jornal Philadelphia Aurora, partidário de Thomas Jefferson, veiculou, àquela época, que a nomeação de juízes federais no último instante da administração Adams se destinaria agarantir segurança e pensões a partidários dos federalistas (cf. SCHWARTZ, Bernard. *A History of the Supreme Court*. New York: Oxford University Press, 1995, p. 40).

[115] RODRIGUES, Lêda Boechat. *A Côrte Suprema e o Direito Constitucional Americano*. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1958, p. 22.

deixados pelos federalistas no sistema judiciário federal às vésperas da alternância de poder entre estes grupos.

Em primeiro lugar, em 08 de março de 1802, isto é, nos primeiros dias da nova legislatura, o Congresso, agora com maioria republicana, revogou o *Judiciary Act* de 1801, extinguindo os cargos de juízes federais criados pelos federalistas (tornando-se esta lei revogadora conhecida como "*Repeal Act of 1802*"). Poucas semanas depois, em 29 de abril de 1802, o Congresso aprovou nova Lei Judiciária (conhecida como "*Judiciary Act of 1802*") que restabeleceu a obrigação dos *justices* da Suprema Corte de atuarem como juízes de circuito. Ademais, receosos de que a extinção dos cargos ocupados pelos *midnight judges* pudesse ser declarado inconstitucional pela Suprema Corte, os congressistas fizeram incluir na Lei Judiciária de 1802 previsão suspendendo as atividades do tribunal naquele ano de 1802[116].

Ademais, em 1802, a Suprema Corte submetia-se a violento ataque da imprensa e do Congresso por cogitar aplicar os princípios da *common law* à Constituição e por externar posições distintas das do grupo jeffersoniano. Sugeria-se, inclusive, o *impeachment* de seus membros[117].

Assim é que somente em 1803 foi possível à Suprema Corte julgar *Marbury v. Madison*, cujos fatos subjacentes estavam intimamente imbricados com esta disputa política. Em verdade, a recusa em entregar o comissionamento a William Marbury – nomeado juiz de paz no Distrito de Columbia ao término do governo Adams – constitui apenas um pormenor no embate travado entre republicanos e federalistas[118].

A aproximação do julgamento deste processo acrescentou mais um elemento de controvérsia política no começo do ano de 1803. Os registros jornalísticos da época dão

---

[116] Cf. LEVINSON, Sanford; BALKIN, Jack M. What are the facts of Marbury v. Madison? *Constitutional Commentary*, Vol. 20, p. 259, 2004 e CRAVEN JR., J. Braxton. Paean to pragmatism. *North Carolina Law Review*, Vol. 50, p. 977-1.015, 1972.

[117] Cf. RODRIGUES, Lêda Boechat. *A Côrte Suprema e o Direito Constitucional Americano*. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1958, p. 33-37.

[118] LEVINSON, Sanford; BALKIN, Jack M. What are the facts of Marbury v. Madison? *Constitutional Commentary*, Vol. 20, p. 258, 2004. Cabe recordar que John Marshall, apesar de nomeado *Chief Justice* da Suprema Corte, continuou atuando como Secretário de Estado do governo Adams até a véspera da posse de Thomas Jefferson no cargo de presidente. E é justamente nesta condição que coube a ele assinar o ato de comissionamento de William Marbury como juiz de paz no Distrito de Columbia. É neste cenário que James Madison, recém-empossado como Secretário de Estado, se recusa a entregar o ato de comissionamento a William Marbury e demais impetrantes do *writ of mandamus*.

conta, inclusive, de que o acolhimento da pretensão formulada por William Marbury poderia significar uma "guerra entre departamentos constituídos"[119].

Não obstante a habilidade política de John Marshall, que, em *Marbury*, buscou minimizar as críticas e, em decorrência, os riscos à Suprema Corte, o Poder Judiciário seguiu sob forte ataque dos republicanos na administração Jefferson. Aliás, em uma correspondência destinada ao juiz Spencer Roane – histórico antagonista de John Marshall[120], o já presidente Thomas Jefferson assinalou que a decisão em *Marbury v. Madison* faria com que a Constituição se tornasse "um objeto de cera nas mãos do judiciário, que pode torcê-la e moldá-la da forma que melhor lhe aprouver"[121].

O auge do ataque político à função institucional da Suprema Corte se observou um ano depois, em 1804, na tentativa de *impeachment* do *justice* Samuel Chase. Despido de acusações de cunho jurídico, o pedido de *impeachment* foi aforado unicamente por razões políticas. Como publicamente afirmou o Senador William Branch Giles, líder dos jeffersonianos no Senado, "nós queremos os seus cargos para o fim de encarregá-los a homens que os exerçam mais adequadamente"[122]. John Quincy Adams chegou a afirmar em um carta a seu pai que o ataque ao *justice* Samuel Chase "era inquestionavelmente destinado a preparar o caminho para outra perseguição, que varreria por completo a Suprema Corte"[123]. Samuel Chase foi ao final absolvido pelo Senado, a despeito de a maioria de seus membros estar vinculada à plataforma político-ideológica de Thomas Jefferson.

---

[119] RODRIGUES, Lêda Boechat. *A Côrte Suprema e o Direito Constitucional Americano*. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1958, p. 36.

[120] Spencer Roane era o presidente da Corte de Apelações do estado da Virginia e líder do partido republicano naquele estado. Thomas Jefferson sempre planejou nomeá-lo *Chief Justice* da Suprema Corte, imaginando fazê-lo por ocasião do falecimento do *Chief Justice* Ellsworth. Seu intento, porém, foi frustrado quando Ellsworth renunciou a tempo de John Adams nomear John Marshall para o posto (cf. SCHWARTZ, Bernard. *A History of the Supreme Court*. New York: Oxford University Press, 1995, p. 53).

[121] SCHWARTZ, Bernard. *A History of the Supreme Court*. New York: Oxford University Press, 1995, p. 53. Tradução livre deste autor. No original: "*The constitution, on this hypothesis is a mere thing of wax in the hands of the judiciary, which they may twist and shape into any form yhey please*".

[122] CARRINGTON, R. W. The Impeachment Trial of Samuel Chase. *Virginia Law Review*, Vol. 09, N. 07 p. 493, 1923. Tradução livre deste autor. No original: "*We want your offices, for the purpose of giving them to men who will fill them better*".

[123] MENDELSON, Wallace. Judicial Review and Party Politics. *Vanderbilt Law Review*, Vol. 12, N. 2, p. 450, 1959 e SCHWARTZ, Bernard. *A History of the Supreme Court*. New York: Oxford University Press, 1995, p. 53. Tradução livre deste autor. No original: "*was unquestionably intended to pave the way for another prosecution, which would have swept the Supreme Judicial Bench clean at a stroke*". Veja-se, ainda: REHNQUIST, William H. *The Supreme Court: revised and updated*. New York: Vintage Books, 2002, p. 267-268.

Avalia-se que o acolhimento do *impeachment* do *justice* Samuel Chase teria inviabilizado por completo a independência judicial nos Estados Unidos[124]. Apesar de ter havido outros ataques à função judicial por parte dos poderes políticos[125], a absolvição de Samuel Chase significou importante passo na estabilização da jurisdição constitucional e do modelo federal que se forjavam naquele momento.

Alguns fatos deste período histórico evidenciam ter surgido aí uma retração da Suprema Corte com o objetivo de assegurar a sua preservação institucional diante do contexto de ataques e ameaças acima descrito. O mais importante deles, certamente, é a decisão proferida em *Marbury v. Madison*[126]. Ao afirmar o direito dos impetrantes ao comissionamento rejeitado por James Madison, declinando, porém, da competência para decidir a demanda – sob o fundamento da inconstitucionalidade da lei que atribuía competência originária para o caso[127] – John Marshall, que redigiu a decisão, agiu com "argúcia" e "instinto de sobrevivência"[128]. Segundo Braxton Craven Jr. tal decisão representou uma solução de compromisso entre a ideia jeffersoniana do povo como árbitro

---

[124] Cf. TRIBE, Laurence H. *American Constitutional Law*. 3rd. edition. New York: New York Foundation Press, 2000, p. 175. Bernard Schwartz anota, a propósito, que, desde 1805, houve outros pedidos de *impeachment* de membros do Poder Judiciário federal, mas nenhum deles fundamentado em razões unicamente políticas (*A History of the Supreme Court*. New York: Oxford University Press, 1995, p. 58).

[125] Dentre os ataques promovidos pelos republicanos ao Poder Judiciário, sempre liderados por Thomas Jefferson, cabe mencionar a apoio a uma emenda constitucional que permitia ao presidente, desde que autorizado pelo Congresso, afastar juízes imotivadamente; o apoio a mudanças legislativas que esvaziavam a competência recursal da Suprema Corte; além da crítica recorrente à ilegitimidade da decisão em *Marbury*, em particular, e do controle de constitucionalidade, em geral (cf. REINSTEIN, Robert. Anti-Federalism and Judicial Review. *Cornell Journal of Law and Public Policy*, Vol. 4, N. 2, p. 515-524, 1995). Deve ser destacada, ainda, a dura reação política à decisão proferida em *McCulloch v. Maryland*, 17 U.S. 316 (1819), em que se referendou a existência de poderes federais implícitos. Este pronunciamento despertou a ira de republicanos, que viam na decisão uma séria ameaça às prerrogativas dos estados.

[126] Outra evidente conduta judicial de retração é narrada por William H. Rehnquist. Segundo ele, enquanto pendentes de análise as acusações do *impeachment* de Samuel Chase, John Marshall propôs secretamente ao Congresso que o Poder Legislativo federal fosse contemplado com autoridade legal para superar decisões judiciais em matéria constitucional (cf. REHNQUIST, William H. *The Supreme Court: revised and updated*. New York: Vintage Books, 2002, P. 269). William H. Rehnquist anota que "um de seus biógrafos atribui esta sugestão ao receio extremo de Marshall durante o processo de *impeachment* de Chase". (Idem, p. 269. Tradução livre deste autor. No original: "*One of his biographers attributes this suggestion to Marshall´s extreme fear of the Chase impeachment proceedings.*").

[127] "Mas John Marshall mesclou alguma "penumbra" e "emanações" a partir da Cláusula da Supremecia do Artigo VI e dos poderes do Judiciário do Artigo III para criar o *judicial review* – não de forma inteiramente nova – mas com imaginação criativa de qualquer forma" (BONVENTRE, Vincent Martin. Judicial activism, judge´s speech, and merit selection: conventional wisdom and nonsense. *Albany Law Review*, Vol. 68, p. 564, 2005. Tradução livre deste autor. No original: "*But John Marshall cobbled together some 'penumbra' and 'emanations' from the Article VI Supremacy Clause and the Article III Powers of the Judiciary to create judicial review – not entirely out of whole cloth, but imaginative creation nonetheless.*").

[128] SOUTO, João Carlos. *Suprema Corte dos Estados Unidos: principais decisões*. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 09.

final do significado da Constituição e a vontade federalista de um documento imutável, intocável pelos caprichos das massas[129]. Pretendeu a Suprema Corte, conforme a precisa avaliação de Lêda Boechat Rodrigues, "mascarar o recuo inevitável com um ato de afirmação contra o partido no poder"[130].

A propósito, Karl Loewenstein observou que em *Marbury v. Madison* a Suprema Corte criou "um limite" que "se auto-impôs" e "cuja sabedoria preservou o tribunal de cair no turbilhão da vida política"[131]. A necessidade de sobrevivência institucional diante do contexto acima descrito funcionou, portanto, como causa histórica da autocontenção judicial[132].

Importa notar, a bem da verdade, que, ao tempo de *Marbury* não se identificava o emprego da expressão "autocontenção judicial" ("*judicial self-restraint*"). Naquele momento, em virtude das pressões e contingências políticas acima descritas, se verificou o surgimento do comportamento ou postura refreada, ainda que não ostentasse a denominação específica ora examinada.

A expressão "autoconteção judicial" ("*judicial self-restraint*") somente veio a lume na jurisprudência da Suprema Corte mais de um século depois de *Marbury v. Madison*. Sua

---

[129] CRAVEN JR., J. Braxton. Paean to pragmatism. *North Carolina Law Review*, Vol. 50, p. 988, 1972. O autor, ironicamente, afirma que, tamanha foi a habilidade política de Marshall em *Marbury* que "alguém quase pode imaginar se o comissionamento de William Marbury foi realmente deixado por acidente na mesa do Secretário de Estado." (idem, p. 998. Tradução livre deste autor. No original: "*One almost wonders if William Marbury's commission really was accidentally left on the desk of the Secretary of State.*").

[130] RODRIGUES, Lêda Boechat. *A Côrte Suprema e o Direito Constitucional Americano*. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1958, p. 36.

[131] LOEWENSTEIN, Karl. *Teoría de la Constitución*. 2ª ed. Tradução de Alfredo Gallego Anabitarte. Barcelona: Editorial Ariel, 1975, p. 313. Tradução livre do autor. No original: "*El principio de que cuestiones políticas no son justiciables, al que ya se hizo alusión em el caso* Marbury v. Madison, *constituye desde hace más de cien años un limite que se há autoimpuesto el control judicial y cuya sabiduría ha sabido preservar al tribunal de caer en el torbellino de la vida política*".

[132] Reconhecendo que a origem da autocontenção judicial remonta a *Marbury v. Madison*, confira-se: FINKELSTEIN, Maurice. Further Notes on Judicial Self-Limitation. *Harvard Law Review*, Vol. 39, N. 2, p. 224-225, 1925; ROCHE, John P. Judicial Self-Restraint. *The American Political Science Review*, Vol. 49, N. 3, p. 772, 1955; ROPER, Donald M. Judicial Unanimity and the Marshall Court - A Road to Reappraisal. *American Journal of Legal History*, Vol. 9, N. 2, p. 118-134, 1965; LEE, Evan Tsen. *Judicial Restraint in America: how the ageless wisdom of the federal courts was invented*. New York: Oxford University Press, 2011, p. 07. Afirma-se, ademais, que "a autocontenção é contemporânea ao estabelecimento da própria revisão judicial, eis que foi aventada no célebre *Marbury x Madison* (1803), em que o Justice Marshall, embora tenha afirmado a supremacia da constituição e a atribuição da Suprema Corte em resguardá-la, entendeu que, no mérito, não caberia ao tribunal interferir em temas afetos a outros poderes. Sua decisão foi norteada por uma inegável contenção, em virtude da negativa da ordem pleiteada." (LIMA, Flávia Danielle Santiago; GOMES NETO, José Mário Wanderley. Autocontenção à brasileira? Uma taxonomia dos argumentos jurídicos (e estratégias políticas?) explicativo(a)s do comportamento do STF nas relações com os poderes majoritários. *Revista de Investigações Constitucionais*, Curitiba, Vol. 5, N. 1, p. 224, jan/abr. 2018).

primeira menção em julgados daquela corte é atribuída ao *justice* Stone, em seu voto vencido proferido em *United States v. Butler*[133].

Neste caso, a Corte Suprema foi instada a se manifestar sobre a constitucionalidade do *Agricultural Adjustment Act*, uma lei federal aprovada em 12 de maio de 1933, e que se destinava a tentar superar a situação de crise nacional vivenciada no setor agrícola norte-americano. De fato, havia, à época, uma enorme disparidade entre os preços de *commodities* agrícolas, que retirava a capacidade financeira de produtores rurais. Tal legislação reconhecia, expressamente, que tal crise ostentava interesse público na medida em que vinha obstruindo o comércio de produtos agrícolas. Ademais, referida lei, em seus termos expressos, almejava "estabilizar e manter o balanço entre a produção e o consumo de produtos agrícolas"[134], mediante a majoração dos preços cobrados dos mencionados bens.

Dentre as medidas estabelecidas para alcançar esta política, encontravam-se o poder atribuído ao Secretário de Agricultura para promover acordos mercantis com produtores e associações de produtores, bem como a competência outorgada para expedir licenças permitindo a produtores e a associações de produtores o manuseio de *commodities* agrícolas no bojo do comércio interestadual. E, para financiar esta nova política, viabilizando a superação da crise, referida lei instituiu taxa a ser cobrada pelo Secretário de Agricultura em face das entidades que processavam produtos agrícolas. O produto desta taxa seria revertido aos produtores que tivessem redução no cultivo.

Ao apreciar a constitucionalidade desta taxa, a Suprema Corte, por sua maioria, entendeu que o poder de tributar e investir, previsto no Artigo I, seção 8, da Constituição, não conferia ao Congresso poder para regular o assunto em pauta, que seria reservado aos estados. Decidiu-se, assim, que o governo federal não poderia usar o poder de tributar (*tax power*) como pretexto para exercer um controle indireto sobre matéria subordinada à competência estadual.

No entanto, o único voto dissidente – o do *justice* Stone – ao pronunciar a a constitucionalidade da lei, afirmou que

---

[133] 297 U.S. 1 (1936). É o que se afirma em: URBANO, Maria Benedita. *Curso de Justiça Constitucional*. 2ª ed. Coimbra: Almedina, 2016, p. 154.

[134] *Agricultural Adjustment Act*. May 12, 1933, c. 25, 48 Stat. 31, section 2. Tradução livre deste autor. No original: "*To establish and maintain such balance between the production and consumption of agricultural commodities*".

> O poder que as cortes têm para declarar a inconstitucionalidade de uma lei está sujeito a dois princípios de decisão que não devem nunca estar ausentes da consciência judicial. Um é que as cortes se preocupam somente com o poder de editar leis, não com a sabedoria delas. O outro é que, enquanto o exercício inconstitucional pelos poderes executivo ou legislativo está sujeito à contenção judicial, o único freio sobre o nosso poder [judicial] é o nosso próprio senso de autocontenção.[135]

Importa notar que *United States v. Butler* foi decidido já ao fim da chamada Era de Transição[136] ou Era *Lochner*[137], caracterizada pela manifesta defesa do *laissez-faire*, com clara conotação liberal, entendida, no contexto norte-americano, como algo voltado à abstenção estatal na esfera econômica[138], a ponto de ter inviabilizado a regulação

[135] *United States v. Butler*, 297 U.S. 1 (1936). Tradução livre deste autor. No original: "*The power of courts to declare a statute unconstitutional is subject to two guiding principles of decision which ought never to be absent from judicial consciousness. One is that courts are concerned only with the power to enact statutes, not with their wisdom. The other is that, while unconstitutional exercise of power by the executive and legislative branches of the government is subject to judicial restraint, the only check upon our own exercise of power is our own sense of self-restraint.*".

[136] Sobre a divisão em fases da evolução dos posicionamentos da Suprema Corte americana – a saber, Era Tradicional, Era de Transição e Era Moderna – confira-se: WOLFE, Christopher. *The Rise of Modern Judicial Review: from constitutional interpretation to judge-made law*. Revised edition. Lanham: Rowman & Littlefield Publishers, Inc, 1994; STONE, Geoffrey R. *Citizens United* and Conservative Judicial Activism. *University of Illinois Law Review*, Vol. 2012, p. 490, 2012; WANT, William L. Economic Substantive Due Process: Considered Dead Is Being Revived by a Series of Supreme Court Land-use Cases. *University of Hawai'i Law Review*, Vol. 36, p. 455-485, 2014; BERNSTEIN; David E. From progressivism to modern liberalism: Louis D. Brandeis as a transitional figure in constitutional law. *Notre Dame Law Review*, Vol. 89, n. 5, p. 2029-2050, 2014; KELLEY, William K. Avoiding constitutional questions as a three-branch problem. *Cornell Law Review*, N. 86, p. 831-898, 2000-2001; PHILLIPS, Michael J. The slow return of economic substantive due process. *Syracuse Law Review*, Vol. 49, p. 953, 1999; PHILLIPS, Michael J. How Many Times Was Lochner-Era Substantive Due Process Effective? *Mercer Law Review*, Vol. 48, p. 1.048-1.090, 1996-1997; GRIFFIN, Stephen M. Rebooting originalism. *University of Illinois Law Review*, Vol. 2008, N. 4, p. 1.216-1.217, 2008; FORSYTHE, Clarke D. The tradition of interpretativism in constitutional interpretation. *Valparaiso University Law Review*, Vol. 22, N. 1, p. 217-232, 1987; BERNSTEIN, David E. Lochner´s Legacy´s Legacy. *Texas Law Review*. Vol. 82, N. 1, p. 01-64, nov. 2003; BERNSTEIN, David E. *Lochner* Era Revisionism, Revised: *Lochner* and the Origins of Fundamental Rights Constitutionalism. *The Georgetown Law Journal*, Vol. 92, p. 01-60, 2004; WOOD, Gordon S. The origins of judicial review revisited. *Wash. & Lee Law Review*, N. 56, p. 787-809, 1999; ROOSEVELT III, Kermit. Forget the fundamentals: fixing substantive due process. *University of Pennsylvania Journal of Constitutional Law*, Vol. 8, p. 984, 2006; HAWLEY, Joshua D. The Intellectual Origins of (Modem) Substantive Due Process. *Texas Law Review*, Vol. 93, p. 284, 2015; SUNSTEIN, Cass R. Dred Scott v. Sandford and Its Legacy. In: GEORGE, Robert P. (editor). *Great Cases in Constitutional Law*. New Jersey: Princeton University Press, 2000, p. 65; BERNSTEIN, David E.; SOMIN, Ilya. The Mainstreaming of Libertarian Constitutionalism. *Law and Contemporary Problems*, Vol. 77, N. 4, p. 43-70, 2014.

[137] Cf. SUNSTEIN, Cass R. Dred Scott v. Sandford and Its Legacy. In: GEORGE, Robert P. (editor). *Great Cases in Constitutional Law*. New Jersey: Princeton University Press, 2000 e SUNSTEIN, Cass. R. Lochnering. *Texas Law Review*, Vol. 82, p. 65, 2003-2004.

[138] Cf. SCHWARTZ, Bernard. *Direito Constitucional Americano*. Tradução de Carlos Nayfeld. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1966, p. 258 e RODRIGUES, Lêda Boechat. *A Côrte Suprema e o Direito Constitucional Americano*. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1958, p. 16.

econômica imposta pela via legislativa que marcou o período do *New Deal*. Esta é a razão que levou Karl Loewenstein a qualificar a decisão da maioria em *United States v. Butler* como "uma camuflagem semântica – prática por ser inatacável – para a elevação da *Supreme Court*, frequentemente alçada de forma contundente à categoria de árbitro soberano sobre o Congresso e o presidente"[139].

Tem-se que o voto dissidente do *justice* Stone, neste momento, constituiu voz isolada nesta fase da Suprema Corte, que, contudo, estava em vias de alterar-se profundamente com as novas indicações para a Suprema Corte a partir de 1937[140]. Tais mudanças, para além de superar os posicionamentos em prol do liberalismo econômico, acabaram por levar à aceitação mais explícita do papel legislativo da Suprema Corte[141].

Assim, sob uma perspectiva cronológica, a primeira menção à "autocontenção judicial" ("*judicial self-restraint*") em decisões da Suprema Corte encontra-se em um importante ponto de inflexão da evolução da jurisprudência constitucional daquele tribunal. A propósito, nota-se que o número de estudos sobre autorrestrição judicial estão concentrados justamente a partir da Era *Lochner*[142], no bojo da qual foi decidido *United States v. Butler*.

A partir de então, a expressão *judicial self-restraint*, no cenário norte-americano, adquiriu destaque, curiosamente, no artigo que é considerado a primeira menção ao ativismo judicial. Trata-se do artigo de Arthur Schlesinger Jr., um historiador estadunidense, publicado na edição de janeiro de 1947 da Revista Fortune, intitulado *The Supreme Court: 1947*[143], que constituiu a primeira menção à expressão *judicial activism*,

---

[139] LOEWENSTEIN, Karl. *Teoría de la Constitución*. 2ª ed. Tradução de Alfredo Gallego Anabitarte. Barcelona: Editorial Ariel, 1975, p. 312-313. Tradução livre do autor. No original: "*un camuflaje semántico – práctico por ser inatacable – para la elevación de la Supreme Court, frecuentemente escindido de forma tajante, a la categoría de árbitro soberano sobre el Congreso y el presidente*".

[140] Para uma análise das condições econômicas, sociais e políticas que levaram à nova orientação da Suprema Corte, confira-se: ACHESON, Dean G. Roger Brooke Taney: notes upon judicial self restraint. *Illinois Law Review*, Vol. XXXI, N. 06, p. 705-717, 1937. O autor afirma que tais circunstâncias culminaram na "*Supreme Court revolution*" observada a partir de 1937.

[141] CHRISTIANSEN, Matthew R.; ESKRIDGE JR, William N. Congressional Overrides of Supreme Court Statutory Interpretation Decisions, 1967–2011. *Texas Law Review*, Vol. 92, p. 1.317-1.541, 2014.

[142] Cf. HUQ, Aziz Z. When Was Judicial Self-Restraint? *California Law Review*, Vol. 100, N. 3, p. 584, jun. 2012.

[143] SCHLESINGER JR., Arthur M. The Supreme Court: 1947. *Fortune Magazine*, Vol. XXXV, N. 1, p. 73-79 e 201-208 e 211-212, jan. 1947.

segundo amplamente reconhecido pela doutrina norte-americana[144] e brasileira[145]. Escrito por um historiador e publicado em uma revista de variedades, as catorze páginas do artigo de Arthur Schlesinger Jr. se dedicavam a apresentar um perfil superficial dos nove juízes da Suprema Corte, apontando as alianças e divisões entre eles.

De todo modo, a partir da sua publicação, este despretensioso artigo jogou luz sobre o tema da autocontenção judicial, figurando, portanto, como um importante marco no histórico dos estudos sobre o tema.

Já no contexto da literatura especializada brasileira, observa-se o exame de alguns critérios de autocontenção judicial, tais como a doutrina das questões políticas[146] e a presunção de constitucionalidade[147], em estudos antigos que se propunham a analisar a jurisdição como um todo. Tais obras, porém, não creditavam maior atenção à conceituação

[144] Cf. KMIEC, Keenan D. The Origin and Current Meanings of Judicial Activism. *California Law Review*, N. 92, p. 1.445-1.447, 2004; GREEN, Craig. An Intellectual History of Judicial Activism. *Emory Law Journal*, Atlanta, Vol. 58, N. 5, p. 1.208, 2009; CROSS, Frank B.; LINDQUIST, Stefanie A. The Scientific Study of Judicial Activism. *Minnesota Law Review*, N. 91, p. 1.753, 2006; BARNETT, Randy E. Constitutional Clichés. *Capital University Law Review*, Vol. 36, p. 493, 2007; YUNG, Corey Rayburn. Flexing Judicial Muscle: An Empirical Study of Judicial Activism in the Federal Courts, *North Western University Law Review*, Vol. 105, p. 5, 2011; SEGALL, Eric J. Reconceptualizing Judicial Activism as Judicial Responsibility: A Tale of Two Justice Kennedys. *Arizona State Law Journal*, Vol. 41, p. 3, 2009; FRENCH, Robert. Judicial activists - mythical monsters? *Southern Cross University Law Review*, Vol. 12, p. 67, 2008.

[145] Cf. TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski. Ativismo judicial: nos limites entre racionalidade jurídica e decisão política. *Revista Direito GV*, São Paulo, N. 8(1), p. 39, 2012; DIMOULIS, Dimitri; LUNARDI, Soraya Gasparetto. Ativismo e autocontenção judicial no controle de constitucionalidade. In: FELLET, André Luiz Fernandes; DE PAULA, Daniel Giotti; NOVELINO, Marcelo (orgs.). *As Novas Faces do Ativismo Judicial*. Salvador: Editora Juspodivm, 2013, p. 459-46 e DE PAULA Daniel Giotti. Ainda existe separação de poderes? A invasão da política pelo direito no contexto do ativismo judicial e da judicialização da política. In: FELLET, André Luiz Fernandes; DE PAULA, Daniel Giotti; NOVELINO, Marcelo (orgs.). *As Novas Faces do Ativismo Judicial*. Salvador: Editora Juspodivm, 2013, p. 283; FRAGALE FILHO, Roberto. Ativismo Judicial e Sujeitos Coletivos: A Ação das Associações de Magistrados. In: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda; FRAGALE FILHO, Roberto e LOBÃO, Ronaldo (orgs.). *Constituição & Ativismo Judicial*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 361; SOLIANO, Vitor. Ativismo judicial no Brasil: uma definição. *Revista Eletrônica Direito e Política*, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, Vol.8, N. 1, 2013; ARJONA, Mauro César Bullara; SILVA, Anaclara Pedroso Fernandes Valentim. Recurso Extraordinário 592.581 – STF: Ativismo Judicial e Transconstitucionalismo. In: FIGUEIREDO, Marcelo; CONCI, Luiz Guilherme Arcaro (coords). *Constitucionalismo multinível e pluralismo jurídico*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017, p. 67, 2017).

[146] Cf. BARBOSA, Rui. *Obras Completas*, Vol. XXXVII, tomo VII. Rio de Janeiro: Fundação Casa de Rui Barbosa, 1910; NUNES, José de Castro. *Do Mandado de Segurança e outros meios de defesa do direito contra actos do Poder Publico*. São Paulo: Livraria Academica, 1937, p. 167-180; NUNES, José de Castro. *Teoria e Prática do Poder Judiciário*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1943, p. 619-618.

[147] Cf. LESSA, Pedro. *Do Poder Judiciário*. Rio de Janeiro: Livraria Francisco Alves, 1915, p. 128-138; NUNES, José de Castro. *Teoria e Prática do Poder Judiciário*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1943, p. 581-603.

da expressão "autorrestrição judicial", daí porque não se dedicavam a buscar o registro da primeira menção explícita a este expressão em julgados dos STF.

Recentemente, porém, se verifica um maior interesse doutrinário pelo estudo da autocontenção já assim considerada. Via de regra, os textos que se propõem a analisar a autorrestrição judicial com algum grau de profundidade analisam o tema com caráter acessório ao exame do ativismo judicial e, portanto, não dedicam maior esforço em identificar a gênese do autocomedimento judicial no Brasil[148].

Ademais, no âmbito dos autores brasileiros, afirma-se, muitas vezes, que o ativismo constitui fenômeno que surgiu no pós-1988[149], o que também atenua o interesse

[148] Confira-se, e.g.: BARROSO, Luís Roberto. Constituição, democracia e supremacia judicial: direito e política no Brasil contemporâneo. *Revista da Faculdade de Direito – UERJ*, Vol. 2, N. 21, p. 01-50, jan./jun. 2012; CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. *Dimensões do ativismo judicial do STF*. Rio de Janeiro: Forense, 2014; LIMA, Flávia Santiago. *Jurisdição Constitucional e Política: ativismo e autocontenção no STF*. Curitiba: Juruá, 2014; MORALES, Carlos Mecchi. *Originalismo e Interpretação Constitucional*. Tese (doutorado) – Universidade de São Paulo – USP. Programa de Pós-Graduação, 2011; VIEIRA, Oscar Vilhena. Supremocracia. *Revista Direito GV*, São Paulo, N. 8, p. 441-463, 2008; MAZOTTI, Marcelo. *Jurisdição Constitucional e Ativismo Judiciário: análise comparativa entre a atuação do Supremo Tribunal Federal brasileiro e da Suprema Corte estadunidense*. Dissertação (mestrado) – Universidade de São Paulo – USP. Programa de Pós-Graduação, 2012; RODRIGUEZ, Caio Farah. *Sentido, Valor e Aspecto Institucional da Indeterminação Jurídica*. Tese (doutorado) – Universidade de São Paulo – USP. Programa de Pós-Graduação, 2011; BARROS, Juliana Augusta Medeiros de. *A Interpretação Constitucional Evolutiva e a Cidadania Social: elementos para uma hermenêutica jurisdicional de implementação efetiva dos direitos fundamentais trabalhistas*. Tese (doutorado) – Universidade de São Paulo – USP. Programa de Pós-Graduação, 2012; DIMOULIS, Dimitri; LUNARDI, Soraya Gasparetto. Ativismo e autocontenção judicial no controle de constitucionalidade. In: FELLET, André Luiz Fernandes; DE PAULA, Daniel Giotti; NOVELINO, Marcelo (orgs.). *As Novas Faces do Ativismo Judicial*. Salvador: Editora Juspodivm, 2013; BARBOSA, Leon Victor de Queiroz. *O silêncio dos incumbentes: fragmentação partidária e empoderamento judicial no Brasil*. Tese (doutorado) – Universidade Federal de Pernambuco. Programa de Pós-Graduação, 2015; FERNANDES, Ricardo Vieira de Carvalho. *Neoconstitucionalismo e as possibilidades e os limites do ativismo judicial no Brasil Contemporâneo*. Dissertação (mestrado) – Universidade Federal de Uberlândia, 2010.

[149] Vide, a título de exemplo: SOLIANO, Vitor. Ativismo judicial no Brasil: uma definição. *Revista Eletrônica Direito e Política*, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, Vol. 8, N. 1, 2013; AHUALLI, Tânia Mara; SENA, Jaqueline. Ativismo judicial e as cláusulas gerais processuais no direito brasileiro. In: DIDIER JR., Fredie; NALINI, José Renato; RAMOS, Glauco Gumerato; LEVY, Wilson (orgs.). *Ativismo Judicial e Garantismo Processual*. Salvador: Juspodivm, 2013, p. 337; TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski. Ativismo judicial: nos limites entre racionalidade jurídica e decisão política. *Revista Direito GV*, São Paulo, N. 8(1), p. 37-58, jan-jun 2012; FRAGALE FILHO, Roberto. Ativismo Judicial e Sujeitos Coletivos: A Ação das Associações de Magistrados. In: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda; FRAGALE FILHO, Roberto e LOBÃO, Ronaldo (orgs.). *Constituição & Ativismo Judicial*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 361; DIMOULIS, Dimitri; LUNARDI, Soraya Gasparetto. Ativismo e autocontenção judicial no controle de constitucionalidade. In: FELLET, André Luiz Fernandes; DE PAULA, Daniel Giotti; NOVELINO, Marcelo (orgs.). *As Novas Faces do Ativismo Judicial*. Salvador: Editora Juspodivm, 2013, p. 459; SODRÉ, Habacuque Wellington. A politização do Poder Judiciário como fator de ativismo judicial: conceituação e casos. *Fórum Administrativo*, Belo Horizonte, Ano 11, N. 128 , p. 05, out. 2011; KOERNER, Andrei. Ativismo Judicial? Jurisprudência constitucional e política no STF pós-88. *Novos Estudos*, N. 96, p. 70, 2013; SANTOS, Tiago Neiva. Ativismo judicial: Uma visão democrática sobre o aspecto político da jurisdição constitucional. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília A. 44 N. 173, p. 280, jan./mar. 2007; RAMOS, Paulo Roberto Barbosa; OLIVEIRA JUNIOR, Jorge Ferraz de.

pela procura da origem remota da autocontenção no Brasil, dado que tais categorias costumam ser empregadas como antônimas e, portanto, presumidamente contemporâneas.

Este diagnóstico indica que, para além do desinteresse doutrinário em averiguar as origens da autocontenção no Brasil, a literatura especializada brasileira não se debruça sobre o exame conjunto de todos os critérios definidores da autocontenção.

Dentre os textos dedicados à análise da evolução no tempo da autocontenção, extrai-se a percepção geral do seu declínio, apontando-se para tanto o suposto insucessso acadêmico e jurisprudencial da teoria das questões políticas[150] e da presunção de constitucionalidade das leis[151].

Sem prejuízo da confirmação ou não deste alegado declínio, conforme exposição dos capítulos ulteriores deste trabalho, Pamela Karlan aponta uma transformação pela qual passou a autocontenção – especialmente aquela fundada na presunção de constitucionalidade. Para ela, não se trata propriamente de uma mudança na quantidade de restrição, mas de uma alteração observada na forma de explicitar publicamente posturas autocontidas[152].

Pamela Karlan parte da premissa de que os tribunais estariam, atualmente, evitando declarar a adoção do autocomedimento nas decisões, o que se mostra incoerente com o fato de a autocontenção ser cada vez mais reputada como virtude. Entende a autora que o reconhecimento expresso da presunção de constitucionalidade – um dos critérios de autocontenção – faz com que juízes admitam, a contragosto, a existência de uma lacuna (*gap*) entre um direito e o respectivo remédio judicial em casos que seriam efetivamente justiciáveis. Pamela Karlan recorda que juízes estão habituados a conformar o direito à tutela postulada pelas partes, ao invés de simplesmente deixar de dar guarida à violação

---

Características do ativismo judicial nos Estados Unidos e no Brasil: Um breve histórico do ativismo judicial na Suprema Corte Norte-Americana e um paralelo com o recente ativismo judicial da Suprema Corte brasileira. *Revista de Informação Legislativa*, Ano 51, N. 204, p. 26, out./dez. 2014.

[150] Vide, exemplificadamente, WIDENER JR, H. E. Some random thoughts on judicial restraint. *Washington and Lee Law Review*, Vol. XXXI, p. 515, 1974

[151] Conforme, e.g., KRAMER, Larry D. Judicial Supremacy and the End of Judicial Restraint. *California Law Review*, Vol. 100, N. 3, p. 622, jun. 2012 e POSNER, Richard A. The Rise and Fall of Judicial Self-Restraint. *California Law Review*, Vol. 100, N. 3, p. 546-550, jun. 2012.

[152] Cf. KARLAN, Pamela S. The Transformation of Judicial Self-Restraint. *California Law Review*, Vol. 100, N. 3, p. 616-617, jun. 2012.

alegada. Isto porque haveria uma espécie de pressão sobre os juízes para dar alguma resposta efetiva aos jurisdicionados[153].

De outro lado, assevera a autora que nos dias de hoje, ao contrário do tempo de James B. Thayer, as cortes de justiça têm segurança de que suas decisões serão cumpridas, inclusive aquelas que interferem na seara política[154]. Como resultado, advogados e juízes partem do pressuposto que a violação a um direito individual não ficará sem resposta do Poder Judiciário[155].

Assim, um juiz que, embora estivesse inclinado a reconhecer a presunção de constitucionalidade da lei questionada no processo como razão de decidir, acaba optando por fundamentar sua decisão de modo diverso, declarando simplesmente que o ato atacado é constitucional, ao invés de afirmá-lo "não claramente inconstitucional". Esta dinâmica, para Pamela Karlan, faz com que a autocontenção – especialmente a fundada na presunção de constitucionalidade – permaneça viva e atual, embora oculta nas entrelinhas da decisão, como assinalado acima. A autorrestrição, nesta perspectiva, teria evoluído para figurar mais como um conjunto de regras institucionais que passariam a ser observadas pelo tribunal e menos como regras individuais que cada juiz psicologicamente processa ao formular no seu íntimo a decisão a ser proferida[156].

Há, ainda sob o prisma evolutivo, análises que dizem respeito às posturas de juízes da Suprema Corte individualmente considerados. Neste particular, destaca-se o artigo de Robert J. McKeever, dedicado à evolução das posições adotadas pelo *justice*

---

[153] Cf. KARLAN, Pamela S. The Transformation of Judicial Self-Restraint. *California Law Review*, Vol. 100, N. 3, p. 617-618, jun. 2012.

[154] Cf. KARLAN, Pamela S. The Transformation of Judicial Self-Restraint. *California Law Review*, Vol. 100, N. 3, p. 617-618, jun. 2012. A autora salienta que a segurança na execução escorreita das decisões é produto das reformas estruturais advindas de *Brown v. Board of Education*.

[155] Cf. KARLAN, Pamela S. The Transformation of Judicial Self-Restraint. *California Law Review*, Vol. 100, N. 3, p. 618, jun. 2012.

[156] Cf. KARLAN, Pamela S. The Transformation of Judicial Self-Restraint. *California Law Review*, Vol. 100, N. 3, p. 617-618, jun. 2012. A perspectiva proposta pela autora decorre da observação de que a deferência aos julgados de cortes inferiores funcionaria como uma espécie de institucionalização da autocontenção. Esta perspectiva será objeto de aprofundamento no Capítulo V desta pesquisa.

William O. Douglas[157] e a obra de Evan Tsen Lee, voltada à evolução da autocontenção da Suprema Corte à luz da vida e obra de alguns de seus membros[158].

Portanto, no que toca ao exame da evolução da autocontenção, os escassos textos doutrinários que se propõem a fazê-lo não consideram necessariamente uma perspectiva institucional do tema, lacuna para a qual o presente estudo também pretende contribuir, mediante a análise dos critérios invocados pelo STF e pela Suprema Corte para viabilizarem suas posturas autocomedidas.

5. Classificações doutrinárias

A fim de bem situar a procura pelos critérios de autolimitação judicial bem como o estudo da postura do STF e da Suprema Corte, convém verificar algumas tipologias doutrinariamente cunhadas para classificar a autocontenção judicial.

Richard Posner[159], em primeiro lugar, vislumbra três tipos de autorrestrição judicial:

a) legalismo ou formalismo: aquela em que juízes simplesmente aplicam a lei, e não a criam;

b) modéstia ou competência institucional: aquela em que juízes são deferentes às decisões de outros agentes públicos, abrangendo desde a deferência de cortes superiores aos julgados de instâncias judiciais inferiores e às decisões de agências administrativas até a deferência de todos juízes e tribunais às opções do Legislativo e do Executivo. Esta forma de autocontenção é motivada por considerações acerca de qual órgão ou poder tem maior competência instittucional para lidar com certas matérias;

c) restrição constitucional (*constitutional restraint*): aquela em que "juízes são altamente relutantes a declarar a inconstitucionalidade de um ato legislativo ou

[157] McKEEVER, Robert J. The Fall and Rise of Judicial Activism in the United States: The Case of Justice William O. Douglas. *The Journal of Legal History*, Vol. 11, p. 437-446, 1990.

[158] LEE, Evan Tsen. *Judicial Restraint in America: how the ageless wisdom of the federal courts was invented*. New York: Oxford University Press, 2011.

[159] POSNER, Richard. A. The Rise and Fall of Judicial Self-Restraint. *California Law Review*, Vol. 100, N. 3, p. 520-521, jun. 2012.

executivo"[160]. Este terceiro tipo, para Posner, seria uma subespécie da anterior. Aqui, porém, a motivação é outra, qual seja, o respeito pelos poderes democraticamente eleitos, "embora este respeito seja algumas vezes baseado na crença de que legislaturas fazem política melhor do que os tribunais, o que é uma forma de modéstia judicial"[161].

Richard Posner observa que o primeiro (legalismo ou formalismo) e o terceiro (*constitutional restraint*) tipos mantêm-se em conflito. Isto porque a aplicação da Constituição, pronunciando a inconstitucionalidade de atos dos outros poderes (primeiro tipo), contraria a noção de deferência a decisões de outros poderes (terceiro tipo). O autor assinala, assim, que, quanto mais um julgador esteja propenso ao primeiro tipo (aplicação da lei, e não a sua criação), mais distante estará do terceiro tipo (relutância em declarar a inconstitucionalidade dos atos normativos). Do mesmo modo, a rejeição da primeira espécie (o juiz deve aplicar o direito, e não criá-lo) deve implicar maior adesão à *constitutional restraint* "para desencorajar juízes de saírem completamente fora de controle e se tornarem mais um outro grupo de legisladores"[162].

No Brasil, o artigo de Flavia Lima e José Mario Gomes Neto[163] vislumbra duas vertentes de autocontenção: material e formal. A autocontenção material traduziria um "comportamento judicial autorrestrito" "por visões específicas sobre o papel de um tribunal" e, segundo a perspectiva traçada pelos autores, abrangeria a aplicação das questões políticas e o papel do legislador negativo. Por meio da autocontenção formal, "as cortes atuam a partir de argumentos processuais (...), oferecendo variáveis que se dedicam a explicar as razões da ação contida e/ou a maneira como os julgadores justificam e viabilizam sua estratégia de não julgar determinados conflitos."[164].

---

[160] POSNER, Richard. A. The Rise and Fall of Judicial Self-Restraint. *California Law Review*, Vol. 100, N. 3, p. 521, jun. 2012. Tradução livre do autor. No original: *"judges are highly reluctant to declare legislative or executive action unconstitutional*".

[161] POSNER, Richard. A. The Rise and Fall of Judicial Self-Restraint. *California Law Review*, Vol. 100, N. 3, p. 521, jun. 2012. Tradução livre do autor. No original: *"although that respect is sometimes based on a belief that legislatures do policy better than courts do, which is a form of judicial modesty.*".

[162] POSNER, Richard. A. The Rise and Fall of Judicial Self-Restraint. *California Law Review*, Vol. 100, N. 3, p. 521, jun. 2012. Tradução livre do autor. No original: *"to discourage judges from spinning completely out of control and becoming just another set of legislators.*".

[163] LIMA, Flavia Danielle Santiago; NETO, José Mário Wanderley Gomes. Autocontenção à brasileira? Uma taxonomia dos argumentos jurídicos (e estratégias políticas?) explicativo(a)s do comportamento do STF nas relações com os poderes majoritários. *Revista de Investigações Constitucionais*, Curitiba, Vol. 5, N. 1, p. 221-247, jan./abr. 2018.

[164] Todas as citações deste parágrafo se encontram em LIMA, Flavia Danielle Santiago; NETO, José Mário Wanderley Gomes. Autocontenção à brasileira? Uma taxonomia dos argumentos jurídicos (e estratégias

Os autores vislumbram, ainda, uma chamada autorrestrição tácita, que estaria fundada em mecanismos de não decisão adotados pelo Supremo Tribunal Federal, especialmente o reconhecimento da perda do objeto de ações diretas de inconstitucionalidade em virtude da revogação da lei impugnada ou mudança no paradigma controlado e a extinção destas ações por ilegitimidade ativa superveniente.

No âmbito da literatura especializada norte-americana[165] também se identificam esforços classificatórios que separam as técnicas de autocontenção em técnicas materiais e formais, conforme exposto no item abaixo.

Os capítulos desenvolvidos ao longo desta tese pretendem examinar os critérios de autocontenção extraídos da jurisprudência do STF e da Suprema Corte, valendo-se, inclusive, das contribuições doutrinárias acima colacionadas. Deste modo, ao final do trabalho, será possível reanalisar as tipologias doutrinárias veiculadas neste item, verificando a relação delas com a efetiva prática destas supremas cortes. Ademais, após o estudo detido de cada um dos critérios, haverá espaço para discutir não só novas tipologias da autocontenção, como, também, a classificação dos critérios que lhe definem.

6. Os critérios de autocontenção judicial

A integral compreensão do fenômeno da autocontenção demanda a identificação e análise de seus critérios. Por critérios se designam as variadas técnicas criadas por meios das quais a jurisdição constitucional, unilateralmente, exerce a postura redutora desejada em alguma particular circunstância[166]. Como ressaltado no item 2 deste Capítulo, aparta-se da noção de "critérios" os incontáveis motivos de índole psicológica ou subjetiva que podem inspirar a conduta de um juiz. Os critérios de autocontenção ostentam um perfil

---

políticas?) explicativo(a)s do comportamento do STF nas relações com os poderes majoritários. *Revista de Investigações Constitucionais*, Curitiba, Vol. 5, N. 1, p. 244, jan./abr. 2018.

[165] Cf. ROCHE, John P. Judicial Self-Restraint. *The American Political Science Review*, Vol. 49, N. 3, p. 765-770, 1955 e BARNETT, Vincent M. Constitutional interpretation and Judicial Self-Restraint. *Michigan Law Review*, Vol. 39, p. 229-230, 1940.

[166] O vocábulo "critérios" é utilizado por Arthur E. Sutherland para categorizar as decisões da jurisdição constitucional (*De la Carta Magna a la Constitución Norteamericana: ideas fundamentales sobre constitucionalismo*. Tradução José Clementi. Buenos Aires: Tipografica Editora Argentina, 1972, p. 391).

objetivo e racional, na medida em que são traduzidos em ferramentas jurídicas invocadas para viabilizar atuações mais restritas. Deste modo, a procura pelos critérios deve necessariamente ocorrer no texto das decisões da justiça constitucional, e não no subjetivismo de seus membros.

Algumas tentativas doutrinárias já foram realizadas com o objetivo de relacionar os critérios de autocontenção.

Em primeiro lugar, J. Clifford Wallace arrola como critérios para se adotar o autocomedimento (a) o valor intrínseco da democracia, (b) a preocupação com a segurança jurídica e coerência com do sistema legal, (c) a ineficiência do Poder Judiciário em lidar com disputas macroeconômicas e (d) o equilíbrio de forçar entre os três poderes[167]. Todavia, tais circunstâncias não se amoldam adequadamente à noção de autocontenção por não veicularem com precisão nenhuma baliza endógena à limitação da atuação judicial. De fato, o adequado balanço entre os três poderes decorre diretamente das regras constitucionais que consagram e conformam, concretamente, a separação dos poderes. Já a preocupação com a democracia, a segurança jurídica e a coerência do sistema legal, além de defluírem do texto constitucional, traduzem verdadeiros deveres da judicatura e, portanto, não se revestem de autonomia. Por fim, a ineficiência do sistema judicial para lidar com questões macroeconômicas constitui razão de natureza subjetiva, figurando, inclusive, como premissa para a adoção do minimalismo judicial, como ressaltado acima. Nenhuma delas, portanto, se reveste da unilateralidade que caracteriza o comportamento judicial autorrestrito.

Vale o registro, de outra parte, de estudo nacional que tratou de realizar um inventário dos critérios jurisprudenciais de contenção, nestes termos:

> Teorizando sobre tal questão comportamental dos órgãos judiciais, tem-se a construção de um papel restrito para as cortes, pelos mais diversos meios: (a) reconhecimento de uma presunção de constitucionalidade dos atos dos demais poderes; (b) coerência na interpretação dos dispositivos constitucionais; (c) demarcação da atuação da corte a determinados temas, em que sua atuação seria indispensável e, hodiernamente, (d) redução do âmbito da decisão, naquilo outrora denominado de uma "via hermenêutica da autocontenção".[168]

[167] WALLACE, J. Clifford. The Jurisprudence of Judicial Restraint: A Return to the Moorings. *The George Washington Law Review*, Vol 50, N. 1, p. 07, 1981.

[168] LIMA, Flávia Danielle Santiago; GOMES NETO, José Mário Wanderley. Autocontenção à brasileira? Uma taxonomia dos argumentos jurídicos (e estratégias políticas?) explicativo(a)s do comportamento do STF

A coerência interpretativa (b), por primeiro, constitui dever de todo juiz, e não propriamente uma razão para se eleger o autocomedimento. Já a demarcação de atuação em certos assuntos (c) configura mero reflexo da aplicação da separação dos poderes, ao passo que a redução do âmbito de decisão (d), própria do minimalismo, traduz uma técnica decisória e não exatamente um critério afeto à postura judicial restringida.

Estes são dois exemplos que denotam a dificuldade de se delinear os critérios de autocontenção judicial[169] tendo em conta unicamente os seus elementos definidores (atuação judicial restrita fruto de postura unilateral). À luz do caráter endógeno da autocontenção judicial, os seus critérios devem ser aqueles definidos pelas próprias cortes de justiça ou indicados pela doutrina especializada sem mescla conceitual com limites exógenos, motivos psicológicos, técnicas interpretativas, filosóficas ou outros institutos. Procura-se, em suma, aferir, objetivamente, mecanismos criados unilateralmente pela jurisdição constitucional e que funcionem como veículos de natureza dogmática para o agir autocontido. Assim, com base na jurisprudência constitucional e nas contribuições doutrinárias que expressem adequadamente os elementos do comportamento restringido, é possível arrolar os critérios de autocontenção sem confundi-los com outras categorias.

Dado este contexto e com base nas ponderações veiculadas na metodologia já apresentada, serão analisados os seguintes critérios de autocontenção: questões políticas (Capítulo II), presunção de constitucionalidade (Capítulo III) e os denominados critérios processuais (Capítulo IV). Os dois primeiros, em contraposição aos critérios processuais, podem ser classificados como critérios materiais, reproduzindo-se divisão já assinalada pela literatura especializada[170].

---

nas relações com os poderes majoritários. *Revista de Investigações Constitucionais*, Curitiba, Vol. 5, N. 1, p. 225, jan/abr. 2018

[169] Alguns autores afirmam que nem mesmo a doutrina especializada consegue criar um modelo de quais casos recomendam ou não a autocontenção. Vide: SUNSTEIN, Cass R. *A constitution of many minds: why the founding document doesn´t mean what it meant before*. Princeton: Princeton University Press, 2009.p. 148; MORO, Sergio Fernando. *Jurisdição Constitucional como Democracia*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004, p. 226; SIEGEL, Neil S. A theory in search of a court, and itself: judicial minimalism at the Supreme Court bar. *Michigan Law Review*, Vol. 103, p. 1.951-2.019, 2005 e PETERS, Christopher J. Assessing the new judicial minimalism. *Columbia Law Review*, Vol. 100, p. 1.454-1.537, 2000.

[170] John P. Roche registra que "as principais técnicas de autocontenção judicial parecem se acomodar em duas rubricas familiares: processual e substantiva. Sob a primeira, se encontram várias técnicas com as quais a Corte pode evitar ter que lidar com questões substantivas, enquanto que a última abrange aqueles métodos em que Corte, em pronunciamentos de mérito, decide que a questão discutida não é própria para definição judicial" (Judicial Self-Restraint. *The American Political Science Review*, vol. 49, n. 3, p. 765-766, 1955.

Os critérios materiais, uma vez aplicados, podem ensejar tanto decisões que apreciam o mérito das respectivas causas quanto decisões que recusam o exercício da jurisdição, a teor dos casos examinados nos Capítulos II e III. Nestas hipóteses, ainda que sutilmente, pode haver a emissão de algum juízo de valor da questão pelo tribunal[171]. Já a aplicação dos critérios processuais de autocontenção acarreta a inadmissibilidade da ação ou recurso levados à Suprema Corte ou ao STF, que, assim, sequer ultrapassam barreiras procedimentais.

Tradução livre deste autor. No original: "*The major techniques of judicial self-restraint appear to fall under the two familiar rubrics: procedural and substantive. Under the former fall the various techniques by which the Court can avoid coming to grips with substantive issues, while under the latter would fall those methods by which the Court, in a substantive holding, finds that the matter at issue in the litigation is not properly one for judicial settlement.*"). Segundo o autor, ainda, "a técnica da autocontenção procedimental é encontrada basicamente no simples mecanismo de recusar jurisdição ou no de procrastinar a aceitação da jurisdição" (idem, p. 767. Tradução livre deste autor. No original: "*However, the technique of procedural self-restraint is founded on the essentially simple gadget of refusing jurisdiction, or of procrastinating the acceptance of jurisdiction, and need not concern us further here*."). Quanto à autocontenção "substantiva", assim se manifesta John P. Roche: "Uma vez que o caso chegue à Corte em seu mérito, os *justices* são obrigados e dar alguma explicação sobre qualquer ação que venham a tomar. Aqui, a autocontenção pode assumir muitas formas, notadamente, a doutrina das questões políticas, a operação da parcimônia judicial e – particularmente no que toca às ações de autoridades administrativas ou agências – a teoria da *inexpertise* judicial." (idem, p. 767. Tradução livre deste autor. No original: "*Substantive Self-Restraint. Once a case has come before the Court on its merits, the justices are forced to give some explanation for whatever action they may take. Here self-restraint can take many forms, notably, the doctrine of political questions, the operation of judicial parsimony, and – particularly with respect to the actions of administrative officers or agencies – the theory of judicial inexpertise*."). O autor considera a presunção de constitucionalidade uma variante da parcimônia judicial, enquadrando-a, pois, na figura da autocontenção material (idem, p. 770). Miguel Poiares Maduro, por sua vez, salienta que os mecanismos de autocontenção algumas vezes "se apresentam sob a forma de teorias da deferência judicial" e, em outras, aparecem sob a forma de "filtros procedimentais, decisões estreitas ou limitações nos efeitos de decisões judiciais" (MADURO, Miguel Poiares. In Search of a Meaning and Not in Search of the Meaning: Judicial Review and the Constitution in Times of Pluralism. *Wisconsin Law Review*, N. 2, p 55, 2013. Tradução livre deste autor. No original: "*Often, they [mecanismos de autocontenção] are not articulated in the form of theories of judicial deference but, instead, appear in the form of procedural filters, narrowly tailored decisions, or limitations of the effects of judicial decisions.*"). Lêda Boechat Rodrigues, de seu turno, salienta que "no afã, então, de preservar seu prestígio e evitar imiscuir-se demasiado nas paixões do dia, procurou aquêle tribunal autolimitar-se do ângulo da técnica jurídica, erigindo em cânones judiciais alguns princípios fundamentais, muito conhecidos: a presunção de constitucionalidade; a abstenção nas chamadas 'questões políticas'; a necessidade de configuração de um 'caso ou controvérsia'" (*A Côrte Suprema e o Direito Constitucional Americano*. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1958, p. 15).

[171] George Braden observa, neste sentido, que "a Corte pode transformar algo 'constitucional' ou 'inconstitucional' sem dizê-lo (The search for objectivity in constitutional law. The Yale Law Journal, Vol. 57, N. 4, p. 573, 1948. Tradução livre deste autor. No original: "*For example, the Court can make something 'constitutional' or 'unconstitutional' without saying so*"). Exemplifica o autor a sua afirmação com a decisão da Suprema Corte em *Colegrove v. Green*, estudada no Capítulo II deste trabalho. Neste caso, tem-se que a lei que repartia os distritos eleitorais de Illinois poderia ser considerada "constitutional" porque a Corte não decidiria sobre uma questão política. Ademais, cabe observar que a aplicação da doutrina das questões políticas, em particular, muitas vezes indica a manifestação da jurisdição constitucional acerca de qual o poder competente para a prática de certo ato (cf. WESTON, Melville Fuller Weston. Political Questions. *Harvard Law Review*, Vol. 38, N. 3, p. 297, 1925), o que também recomenda seja tal teoria classificada como critério material de autocontenção.

CAPÍTULO II – QUESTÕES POLÍTICAS

1. Noções preliminares

Em 1849, ao examinar a existência de dois governos simultâneos no estado de Rhode Island – cada qual afirmando a ilegitimidade do outro –, a Suprema Corte se absteve de emitir juízo de valor sobre a questão, reputando-a "meramente política". O tribunal, neste caso – *Luther v. Borden*[172] –, entendeu que não caberia a seus membros julgar qual dos dois governos concomitantes era verdadeiramente o legítimo ao tempo dos fatos, autonomamente optando por uma postura autocontida neste assunto. O voto do *Chief Justice* Roger B. Taney, que expressou o entendimento majoritário da corte, deixou de enfrentar esse tema levado a debate por considerá-lo uma questão exclusivamente política. A decisão da Suprema Corte consignou, a propósito, que, enquanto uma decisão equivocada de um órgão político pode ser pacificamente corrigida por meio de novas eleições, o povo, se atribuísse aos juízes a condição de "árbitros supremos nas controvérsias políticas", acabaria por criar um novo poder soberano na república estadunidense: um poder irresponsável, vitaliciamente inconstratável e, sobretudo, mais perigoso que a pior oligarquia na mais obscura das épocas[173]. Assim, com base no caráter político do tema em julgamento, o tribunal se autoimpôs um limite para o exercício de sua jurisdição.

---

[172] 48 U.S. 1 (1849).

[173] *Luther v. Borden*, 48 U.S. 1 (1849). Adaptação livre deste autor. O trecho pertinente da decisão é o seguinte: "Enquanto uma decisão equivocada de um forum político pode geralmente ser pacificamente corrigida por novas eleições em um único mês; e se o povo, na distribuição dos poderes na constituição, imaginar que tornar os juízes os árbitros supremos nas controvérsias políticas mesmo quando não selecionados pelo povo ou, como frequentemente ocorre, não receptivos ao povo ou mesmo quando tais juízes sejam livres para adotar suas considerações nos seus julgamentos que envolverem questões meramente políticas, isso fará com que o povo se destrone e perca um de seus mais valiosos direitos naturais; construindo assim – lenta mas certamente – um novo poder soberano na república, na maioria das circunstâncias irresponsável e vitaliciamente inquestionável, e mais perigoso, ao menos em teoria, que a pior oligarquia na pior das épocas." Tradução livre deste autor. No original: "*while a wrong decision by a political forum can often be peacefully corrected by new elections or instructions in a single month; and if the people, in the distribution of powers under the constitution, should ever think of making judges supreme arbiters in political controversies when not selected by nor, frequently, amenable to them nor at liberty to follow such various considerations in their judgments as belong to mere political questions, they will dethrone themselves and lose one of their own invaluable birthrights; building up in this way -- slowly, but surely -- a new sovereign power in the republic, in most respects irresponsible and unchangeable for life, and one more dangerous, in theory at least, than the worst elective oligarchy in the worst of times.*".

Já em *Colegrove v. Green*[174], a Suprema Corte federal estadunidense reputou adequado não se pronunciar sobre a constitucionalidade da divisão dos distritos eleitorais do estado de Illinois. Esta opção considerou que o pleito dos apelantes – "reconstruir o processo eleitoral em Illinois de modo a torná-lo mais adequadamente representativo"[175] – revelava que a questão ali analisada ostentava uma "perculiar natureza política" e, portanto, insuscetível de avaliação pelo tribunal[176].

Estes são exemplos de casos em que a Suprema Corte federal norte-americana recorre à teoria das questões políticas para justificar uma atuação autocontida. A doutrina das questões políticas, segundo observa Maurice Finkelstein, funciona como critério de autorrestrição judicial à semelhança de uma regra não escrita de boa convivência em um clube: aquela que, a bem da harmonia de todos, proíbe sejam debatidas a política e a religião. As cortes de justiça, do mesmo modo, segundo Finkelstein, em prol do sucesso de suas atuações, inevitavelmente deixam de apreciar algumas questões que, por serem mais espinhosas, se mostram, em um determinado momento, insolúveis[177]. Em linhas gerais, como aponta Louis Henkin, a chamada doutrina das questões políticas é utilizada por tribunais para "restaurar a autolimitação judicial e permitir que governantes eleitos governem"[178].

---

[174] 328 U.S. 549 (1946).

[175] *Colegrove v. Green*, 328 U.S. 549 (1946). Tradução livre deste autor. No original: "*to reconstruct the electoral process of Illinois in order that it may be adequately represented in the councils of the Nation*".

[176] *Colegrove v. Green*, 328 U.S. 549 (1946). O excerto completo do julgado está assim redigido: "Nós compartilhamos a opinião de que os apelantes demandam desta Corte o que está além de sua competência conceder. (...) Ela deve ser resolvida pelas considerações em razão das quais esta Corte, em algumas ocasiões, se recusou a interferir em controvérsias. Ela se recusou a fazê-lo porque o trabalho eficaz do nosso Governo revelou ser esta uma questão com peculiar natureza política, e portanto não submetida a apreciação judicial. Tradução livre deste autor. No original: "*We are of opinion that the appellants ask of this Court what is beyond its competence to grant. (...) It must be resolved by considerations on the basis of which this Court, from time to time, has refused to intervene in controversies. It has refused to do so because due regard for the effective working of our Government revealed this issue to be of a peculiarly political nature, and therefore not meet for judicial determination.*".

[177] FINKELSTEIN, Maurice. Judical Self-Limitation. *Harvard Law Review*, Vol. 37, p. 345, 1924.

[178] HENKIN, Louis. Is There a "Political Question" Doctrine? *The Yale Law Journal*, Vol. 85, N. 5, p. 625, 1976. Tradução livre do autor. No original: "*restore judicial self-restraint and allow the elected governors to govern.*". No mesmo sentido manifesta-se Carlos Bastide Horbach: "As teorias aqui analisadas [questões políticas e atos de governo] e todas as decisões colacionadas, inseridas na lógica própria dos ordenamentos norteamericano, francês e brasileiro, indicam um evidente movimento de autolimitação dos tribunais, motivada acima de tudo pelo bom funcionamento dos arranjos institucionais. Ou seja, se o funcionamento dos poderes é adequado, não há por que promover a intervenção do Judiciário na atuação do Executivo ou do Legislativo, não há por que proporcionar a supremacia do poder eminentemente jurídico sobre as manifestações típicas da política. As questões políticas e os atos de governo, portanto, apresentam-se como

Percebe-se, diante deste contexto, que a teoria das questões políticas figura como criação jurisprudencial que retrata posturas de autocomedimento judicial. A propósito, Maurice Finkelstein já anotava que, de há muito, o Poder Judiciário norte-americano se vale da doutrina das questões políticas para não intervir na validade de atos do Congresso mesmo quando ausentes fundamentos lógicos ou constitucionais para tais posturas de autocomedimento[179].

Para Alexander Bickel, do mesmo modo, a doutrina das questões políticas não traduz método interpretativo, tampouco princípio constitucional[180]. Em realidade, para ele, a teoria das questões políticas seria algo muito mais flexível, algo próximo à noção de prudência judicial[181]. Com efeito, segundo o autor, o uso desta doutrina não obedece aos mesmos padrões rígidos da interpretação constitucional – até porque, para ele, decidir um caso com base nesta teoria não equivale a aplicar um princípio hermenêutico[182]. Da mesma maneira, na forma apresentada por Louis Henkin, recorrer às questões políticas é, em suma, uma medida discreta para afastar do Poder Judiciário alguns assuntos indesejados[183].

Tratando-se, pois, de critério que dá vazão à autocontenção tanto da Suprema Corte quanto do STF, cabe examinar os delineamentos da teoria das questões políticas para, em seguida, apreciar a sua aplicação como critério de autocontenção judicial destes dois tribunais.

---

categorias pragmáticas, menos que teóricas, voltadas à harmonia entre os poderes." (Controle judicial da atividade política: as questões políticas e os atos de governo. *Revista de Informação Legislativa*. Brasília A. 46, N. 182, p. 16, abr./jun. 2009).

[179] Further Notes on Judicial Self-Limitation. *Harvard Law Review*, Vol. 39, N. 2, p. 234, 1925.

[180] BICKEL, Alexander M. The Supreme Court 1960 Term. Foreword: The Passive Virtues. *Harvard Law Review*, Vol. 75, N. 40, p. 46, 1961.

[181] BICKEL, Alexander M. The Supreme Court 1960 Term. Foreword: The Passive Virtues. *Harvard Law Review*, Vol. 75, N. 40, p. 46, 1961.

[182] Cf. BICKEL, Alexander M. The Supreme Court 1960 Term Foreword: the passive virtues. *Harvard Law Review*, Vol. 75, N. 40, p. 45-46, 1961.

[183] HENKIN, Louis. Vietnam in the Courts of the United States: "Political Questions". *The American Journal of International Law*, Vol. 63, N. 2, p. 284-289, 1969.

2. Caracterização das questões políticas como critério de autocontenção judicial

2.1 Considerações iniciais

A doutrina das questões políticas surgiu e se desenvolveu em função dos intrincados debates sobre a insindicabilidade judicial de determinados atos do poder público[184].

Conforme observa Melville Fuller Weston, a separação dos poderes, não obstante as incontáveis formulações positivas assumidas em cada ordenamento constitucional, dá margem, inevitavelmente, a problemas concretos afetos à precisa demarcação das fronteiras entre cada um dos poderes[185]. Para o autor, não há um "livro de regras" capaz de determinar os limites do poder judicial em todas as situações possíveis de serem imaginadas, de modo que a tripartição dos poderes normativamente disciplinada não resolve, por si só, os temas controversos que sempre se apresentam judicialmente em matéria de limites da atuação de juízes e tribunais constitucionais[186].

Cabe acrescentar, de outro lado, que, de há muito, o Poder Judiciário é provocado a decidir sobre questões sensíveis que exigem justamente pronunciamentos sobre quais seriam, em cada caso concreto, estas fronteiras demarcatórias da atuação, de um lado, de órgãos judiciais e, de outro, dos órgãos políticos[187]. De fato, já em 1832, Alexis de

---

[184] Vide: *Coleman v. Miller*, 307 U.S. 433 (1939). Em âmbito doutrinário, confira-se: WHITE, G. Edward. *The American Judicial Tradition: profiles of leading american judges*. New York: Oxford University Press, 2007, p. 74; SEIDMAN, Louis Michael. The secret life of the political question doctrine. *The John Marshall Law Review*, Vol. 37, p. 441-480, 2004; TEIXEIRA, José Elaeres Marques. *A doutrina das questões políticas no Supremo Tribunal Federal* – STF. Dissertação (mestrado) – Universidade Federal de Santa Catarina, 2004; HORBACH, Carlos Bastide. Controle judicial da atividade política: as questões políticas e os atos de governo. *Revista de Informação Legislativa*. Brasília, A. 46, N. 182, p. 07-16, abr./jun. 2009.

[185] WESTON, Melville Fuller Weston. Political Questions. *Harvard Law Review*, Vol. 38, N. 3, p. 297, 1925.

[186] WESTON, Melville Fuller Weston. Political Questions. *Harvard Law Review*, Vol. 38, N. 3, p. 297, 1925. Veja-se também: PUSHAW Jr, Robert. J. Judicial review and the political question doctrine: reviving the federalist "rebuttable presumption" analysis. *North Carolina Law Review*, Vol. 80, p. 1.165-1.202, 2002.

[187] Cf. LEAL, Roger Stiefelmann. A Judicialização da Política. *Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política*, São Paulo, Ano 7, N. 29, p. 230-237, out./dez. 1999; VALLINDER, Torbjörn. When the Courts Go Marching In: TATE, Chester Neal; VALLINDER, Torbjörn (editores). *The global expansion of judicial power*. New York: New York University Press, 1995; TATE, C. Neal. Why the Expansion of Judicial Power? In: TATE, Chester Neal; VALLINDER, Torbjörn (editores). *The global expansion of judicial power*. New York: New York University Press, 1995, p. 27; HIRSCHL, Ran. *Towards juristocracy: the origins and consequences of the new constitutionalism*. Cambridge: Harvard University Press, 2004 e HIRSCHL, Ran.

Tocqueville observava que "quase não há questão política nos Estados Unidos que não se transforma, cedo ou tarde, em uma questão judicial"[188]. No final do século XIX, James Bradley Thayer, por sua vez, assentava que a disputa judicial sobre temas políticos nunca foi um resultado excepcional ou imprevisto da experiência política norte-americana; ao contrário, se tratava de um resultado antecipado e mesmo previsível do modelo político daquele país[189]. E, recentemente, já se observou que "é possível afirmar que a própria ideia de constitucionalismo e de previsão de questões políticas na Constituição permitiriam que o Judiciário acabasse enfrentando qualquer questão política como sendo uma questão constitucional."[190].

É natural, portanto, que, diante da ausência de um "livro de regras", circunstância agravada com a constante judicialização de assuntos marcadamente políticos, juízes – sobretudo os incumbidos da jurisdição constitucional – sejam levados a tomar decisões premidos, de um lado, por seus particulares sentimentos morais sobre o caso e, de outro, pelo "hipersensitivo nervo da opinão pública"[191].

É neste cenário de incerteza costumeiramente observado nos julgamentos do Poder Judiciário que seus membros forjaram a teoria das questões políticas para, de alguma forma, lidar com este dilema.

A primeira e mais natural consequência deste delicado vácuo normativo é a retração das cortes de justiça, "jogando o encargo da decisão a outros ombros"[192]. Criou-se, portanto, no seio da própria jurisdição constitucional, o expediente de considerar que alguns casos, em determinadas circunstâncias, simplesmente não devem ser submetidos à

The new constitutionalism and the judicialization of pure politics worldwide. *Fordham Law Review*, Vol. 75, N. 2, p. 721-754, 2006.

[188] *Democracy in America*. London: Penguin Classics, 2003, p. 176. Tradução livre deste autor. No original: "*There is hardly a political question in the United States which does not sooner or later turn into a judicial one*".

[189] Cf. THAYER, James Bradley. The origin and scope of the American doctrine of constitutional law. *Harvard Law Review*, Vol. VII, N. 3, p. 136, 1893.

[190] BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz; KOZICKI, Katya. Judicialização da política e controle judicial de políticas públicas. *Revista Direito GV*, São Paulo, N. 15, p. 61, jan-jul. 2012.

[191] Cf. FINKELSTEIN, Maurice. Judical Self-Limitation. *Harvard Law Review*, Vol. 37, p. 339, 1924. Tradução livre deste autor. No original: "*hypersensitive nerve of public opinion*".

[192] Cf. FINKELSTEIN, Maurice. Judical Self-Limitation. *Harvard Law Review*, Vol. 37, p. 339, 1924. Tradução livre deste autor. No original: "*it will 'shy off' and throw the burden of the decision on other shoulders.*".

interferência judicial. Firmou-se, assim, uma teoria segundo a qual é inerente à atividade judicial evitar certos casos cujo enfrentamento no Poder Judiciário seja inadequado ou inconveniente[193]. Esta doutrina, em suma, conforme anota Maurice Finkelstein, considera o receio dos impactos de uma decisão judicial nestas questões, reputadas muito "elevadas" para serem definidas por uma autoridade judicial[194]. "Estas questões são denominadas, por razões históricas, de 'questões políticas'"[195].

A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal brasileiro se vale do mesmo expediente das questões políticas, tendo criado este limite para a sua atuação nos primeiros anos do regime constitucional de 1891, por influência dos conceitos, comentários doutrinários e julgados oriundos dos Estados Unidos [196]. Em 1914, a propósito, o STF afirmou que "conhece de questões que não são meramente políticas, o que, aliás, é um dos rudimentos do sistema. Desde que uma questão está subordinada a textos expressos na Constituição, deixa de ser questão exclusivamente política"[197]. Uma particularidade, contudo, merece ser registrada neste contexto brasileiro: em função da jurisprudência que

[193] Fritz W. Scharpf, aliás, considerava esta teoria como uma das ferramentas que o Judiciário poderia se utilizar na interação com o sistema político como um todo. (Judicial Review and the Political Question: A Functional Analysis. *The Yale Law Journal*, Vol. 75, N. 4, p. 517-597, 1966). Louis Michael Seidman, por sua vez, observou que "a doutrina da questão política é uma criação judicial, e nós precisamos portanto avaliar a sua coerência *da perspectiva dos juízes que a criaram*. A doutrina funciona apenas, *a partir da perspectiva destes juízes*, quando direitos não são preservados. (The secret life of the political question doctrine. *The John Marshall Law Review*, Vol. 37, p. 444, 2004. Tradução livre deste autor. No original: "*The political question doctrine is a judicial creation, and we must therefore evaluate its coherence* from the perspective of the judges who created it. *The doctrine does work only when,* from the perspective of these judges, *rights go unenforced.*". Destaques no original).

[194] FINKELSTEIN, Maurice. Judical Self-Limitation. *Harvard Law Review*, Vol. 37, p. 344-345, 1924.

[195] FINKELSTEIN, Maurice. Judical Self-Limitation. *Harvard Law Review*, Vol. 37, p. 344, 1924. Tradução livre deste autor. No original: "*They are called, for historical reasons, 'political questions'*".

[196] Confira-se, a propósito, os três tomos da clássica obra de Lêda Boechat Rodrigues: *História do Supremo Tribunal Federal*. Tomo I (1891-1898 – Defesa das Liberdades Civis), Tomo II (1899-1910 – Defesa do Federalismo) e Tomo III (1910-1926 – Doutrina brasileira do *habeas-corpus*). Rio de Janeiro: Editora Civilização Brasileira S.A., 1991. A influência norte-americana na formação da República brasileira se evidencia, e.g., na disposição do art. 386, do Decreto n. 848, de 11 de outubro de 1890, que organizava a Justiça Federal da época. Era esta a sua redação: "Os estatutos dos povos cultos e especialmente os que regem as relações juridicas na Republica dos Estados Unidos da America do Norte, os casos de common law e equity, serão tambem subsidiarios da jurisprudencia e processo federal." Cf., ainda: LESSA, Pedro. *Do Poder Judiciário*. Rio de Janeiro: Livraria Francisco Alves, 1915, p. 10 e 54-70 e RODRIGUES, Lêda Boechat. *A Côrte Suprema e o Direito Constitucional Americano*. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1958, p. 11-14.

[197] Trata-se de decisão lembrada por Carlos Bastide Horbach (Controle judicial da atividade política: as questões políticas e os atos de governo. *Revista de Informação Legislativa*. Brasília, A. 46, N. 182 abr./jun. 2009, p. 13), cuja menção no artigo ora indicado também foi citada pelo voto do Ministro Gilmar Mendes no MS 32.033 (Pleno, rel. min. Gilmar Mendes, relator para acórdão Min. Teori Zavascki, j. 20.06.2013, DJe 18.02.2014).

se consolidou no STF[198], as questões políticas assumiram a condição de limite constitucional expresso à função judicial. Basta lembrar, a este respeito, que o art. 68 da Constituição de 1934 bem como o art. 94 da Constituição de 1937 vedavam expressamente ao "Poder Judiciário conhecer de questões exclusivamente políticas". A supressão deste limite normativo nos textos constitucionais brasileiros posteriores recolocou novamente a doutrina das questões políticas como limite endógeno à função judicial, a teor dos casos mais recentes analisados neste capítulo.

2.2 A sistematização das questões políticas

A origem da doutrina das questões políticas como forma de superar o contexto de incerteza acima descrito remonta ao *common law* inglês[199], tendo seu grande marco consolidador no julgamento do caso *Nabob of the Carnatic v. East India Company*[200],

[198] Cf. LESSA, Pedro. *Do Poder Judiciário*. Rio de Janeiro: Livraria Francisco Alves, 1915, p. 54-66 e HORBACH, Carlos Bastide. Controle judicial da atividade política: as questões políticas e os atos de governo. *Revista de Informação Legislativa*. Brasília, A. 46, N. 182 abr./jun. 2009, p. 13.

[199] Em 1460, a pretensão ao trono formulada pelo duque de York fez com que as cortes inglesas se recusassem a julgar um caso que consideravam basicamente político. As questões políticas figuraram como impeditivas do exercício da função das cortes de justiça inglesas novamente em uma série de casos envolvendo a Ilha de Man, sendo o primeiro deles decidido em 1548. Há o registro, ainda, de que, em 1750, os tribunais foram acionados para decidir o conflito acerca dos limites territoriais das terras que os lordes Baltimore e Penn detinham nas colônias britânicas na América. Confira-se: FINKELSTEIN, Maurice. Judical Self-Limitation. *Harvard Law Review*, Vol. 37, p. 339-340, 1924.

[200] 1 Ves. Jr. 370 (1791), 2 Ves. Jr. 56 (1793). Maurice Finkelstein registra que, nesta demanda, a Companhia das Índias Orientais foi processada por um nabob sob a alegação de ter violado um contrato. "Nabob" era a expressão que, nos séculos XVII e XVIII, designava os ingleses que imigravam para a Índia e lá enriqueciam rapidamente com o comércio com a Companhia das Índias Orientais, eventualmente retornando ao Reino Unido com posses suficientes, inclusive, para lhes permitir ingressar na custosa e aristocrática política britânica. A companhia sustentava a ausência de jurisdição da corte, ao fundamento de que o período de transações indicado pelo autor abrangia mais de cinquenta anos e que os elementos probatórios se encontravam a mais de três mil milhas de distância. Já o autor insistia no fato de que tais dificuldades não eximiam a corte de analisar o caso e expedir a ordem pretendida. Ao final, o Judiciário inglês entendeu que a Companhia das Índias Orientais agia como uma delegatária do poder soberano da Inglaterra, motivo pelo qual a questão não poderia ser decidida por uma corte de justiça, o que ensejou a declinação de sua competência. Estabeleceu-se, assim, no direito inglês, o princípio – absolutamente consolidado a partir de então – segundo o qual juízes e tribunais não deveriam interferir em questões políticas. (Cf. Further Notes on Judicial Self-Limitation. *Harvard Law Review*, Vol. 39, N. 2, p. 240-241, 1925). Confira-se, ainda: WIDENER, H. E. Some random thoughts on judicial restraint. *Washington and Lee Law Review*, Vol. XXXI, p. 513-514, 1974.

ocorrido em 1793 – ano em que se considera ter ocorrido a gênese da doutrina das questões políticas[201].

No âmbito da jurisprudência da Suprema Corte, reputa-se que a aplicação da teoria das questões políticas se iniciou no julgamento de *Marbury v. Madison*[202], sobretudo na afirmação lançada por John Marshall no sentido de que aquelas "questões, na sua natureza política ou que sejam, pela Constituição ou pelas leis, submetidas ao Executivo, jamais podem ser discutidas nesta Corte"[203]. A teoria das questões políticas se desenvolveu no século XIX[204] até alcançar papel de destaque no controle de constitucionalidade norte-americano no célebre caso *Luther v. Borden*, julgado em 1849[205].

No Brasil, a influência da doutrina publicista norte-americana e da jurisprudência constitucional da Suprema Corte dos Estados Unidos, juntamente com o conturbado contexto político que permeou a República Velha, deu ensejo a uma robusta jurisprudência do Supremo Tribunal Federal fundada na teoria das questões políticas, que marcou a atuação do tribunal durante a vigência da Constituição de 1891[206]. A partir daí, nos anos

---

[201] Cf. FINKELSTEIN, Maurice. Judicial Self-Limitation. *Harvard Law Review*, Vol. 37, p. 339-340, 1924.

[202] I Cranch (U. S.) 137 (1803). Sustentando que, no âmbito dos EUA, a doutrina das questões políticas remonta a *Marbury*, veja-se: TUSHNET, Mark. Marbury v. Madison around the world. *Tennessee Law Review*, Vol. 71, p. 260-261, 2004; SEIDMAN, Louis Michael. The secret life of the political question doctrine. *The John Marshall Law Review*, Vol. 37, p. 441-480, 2004; GLENNON, Michael J. Foreign Affairs and the political question doctrine. *American Journal of International Law*, Vol. 83, p. 814-821, 1989; WIDENER, H. E. Some random thoughts on judicial restraint. *Washington and Lee Law Review*, Vol. XXXI, p. 514, 1974; LEE, Evan Tsen. *Judicial Restraint in America: how the ageless wisdom of the federal courts was invented*. New York: Oxford University Press, 2011. Para uma resenha profunda dos fatos que permearam a decisão em *Marbury*, confira-se: ACKERMAN, Bruce A. *The failure of the founding fathers: Jefferrson, Marshall, and the rise of presidential democracy*. Cambridge: First Harvard University Press, 2007.

[203] I Cranch (U. S.) 137 (1803). Tradução livre deste autor. No original: "*Questions, in their nature political or which are, by the Constitution and laws, submitted to the Executive, can never be made in this court.*".

[204] É o caso, e.g., da decisão proferida em *Williams v. Suffolk Insurance Co*, 38 U.S. 13 Pet. 415 415 (1839), ao assentar que compreensão de "que a ação de poderes políticos do governo em determinado assunto que pertence a eles é conclusiva". Tradução livre deste autor. No original: "*that the action of the political branches of the government in a matter that belongs to them, is conclusive.*". Confira-se, ainda, neste particular: WIDENER, H. E. Some random thoughts on judicial restraint. *Washington and Lee Law Review*, Vol. XXXI, p. 514, 1974.

[205] 48 U.S. 1 (1849). Sem prejuízo do exame levado a cabo no item 3.2 abaixo, cumpre registrar, desde logo, que, em *Luther*, a Suprema Corte, em um ambiente de grande instabilidade social e política, foi chamada a decidir sobre qual dos dois governos do estado de Rhode Island poderia exercer seus poderes validamente.

[206] Vide, a propósito, os três tomos da clássica obra de Lêda Boechat Rodrigues: *História do Supremo Tribunal Federal*. Tomo I (1891-1898 – Defesa das Liberdades Civis), Tomo II (1899-1910 – Defesa do Federalismo) e Tomo III (1910-1926 – Doutrina brasileira do *habeas-corpus*). Rio de Janeiro: Editora Civilização Brasileira S.A., 1991.

seguintes da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, se observou a consolidação da noção de questões exclusivamente políticas como barreira voluntária à atuação judicial, tornando esta a característica mais marcante da autorrestrição judicial do STF durante a Primeira República. Ao longo do tempo, porém, a influência da doutrina questões políticas no Supremo Tribunal Federal foi sendo progressivamente atenuada, em virtude menos da postura jurisprudencial da corte e mais em função das sucessivas mudanças nos textos constitucionais brasileiros[207].

Desde a sua gênese, portanto, a teoria das questões políticas se forjou e se caracterizou como criação unilateral de juízes constitucionais destinada a viabilizar o menor protagonismo judicial em matérias que, por sua natureza, recomendem maior prudência e cautela dos órgãos judiciais. No entanto, à medida em que passou a ser cada vez mais utilizada pelos tribunais examinados nesta pesquisa, reduziu-se a clareza sobre quais situações ensejavam efetivamente a aplicação da teoria das questões políticas[208]. Alexander Bickel, a propósito, chegou a observar que a doutrina das questões políticas

[207] Refletem essa mudança de paradigma inovações que afetaram diretamente a atividade jurisdicional, tais como o advento do mandado de segurança e da ação direta de inconstitucionalidade interventiva, ambas em 1934; a incorporação de mecanismo de controle abstrato e concentrado de aferição da constitucionalidade em 1965 e, sobretudo, a positivação constitucional da inafastabilidade da jurisdição em 1946. A Constituição de 1988, por suz vez, foi pródiga em criar mecanismos que tendem a amenizar a autocontenção judicial pela via das questões políticas, como salientam: FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. O Poder Judiciário na Constituição de 1988 - Judicialização da política e politização da Justiça. *Revista de Direito Administrativo*, N. 198 (out.-dez. 1994). Rio de Janeiro: Renovar, p. 01-17; VIEIRA, Oscar Vilhena. Supremocracia. *Revista Direito GV*, São Paulo, N. 8, p. 441-463, VERÍSSIMO, Marcos Paulo. A Constituição de 1988, vinte anos depois: Suprema Corte e ativismo judicial "à brasileira". *Revista Direito GV*, São Paulo, N. 8, p. 407-440, 2008; TAVARES, André Ramos. Paradigmas do Judicialismo Constitucional. São Paulo: Saraiva, 2012; SIMIONI, Rafael. Ativismo ou passivismo judicial? O problema da legitimidade democrática. *Revista Jurídica – Revista de Estudos Jurídicos da Unesp Campus de Franca*, Vol. 15, N. 21, 2001; SARMENTO, Daniel Sarmento; SOUZA NETO, Cláudio Pereira: Notas sobre jurisdição constitucional e democracia: a questão da "última palavra" e alguns parâmetros de autocontenção judicial. *Revista Quaestio Iuris*, Vol. 06, N. 02. p. 119-161; PAIXÃO, Leonardo André. *A função política do Supremo Tribunal Federal*. Tese (doutorado) – Universidade de São Paulo. Programa de Pós-Graduação, 2007 e OLIVEIRA, Antonio Francisco Gomes de. *Jurisdição Constitucional: Diálogos Institucionais como Terceira Via entre o Ativismo e a Autocontenção judicial*. Curitiba: Juruá Editora, 2016.

[208] A insegurança acerca das hipóteses de aplicação da doutrina das questões políticas se evidenciou, e.g., em *Coleman v. Miller* (307 U.S. 433, 1939), cuja decisão afirmou, genericamente, que definição sobre se uma determinada questão se qualifica ou não como uma questão política é permeada pela falta de um critério satisfatório para a apreciação da causa pelo Poder Judiciário. Eis o excerto original: "*In determining whether a question falls within the category of political nonjusticiable questions, the appropriateness under our system of government of attributing finality to the action of the political departments, and also the lack of satisfactory criteria for a judicial determination, are dominant considerations.*".

resistia em ser domesticada, na medida em que as hipóteses para sua aplicação careciam de regras ou critérios claros[209].

É neste contexto que assume importância ímpar a sistematização da doutrina promovida pela Suprema Corte em *Baker v. Carr*, cuja decisão, após examinar a longa evolução desta teoria, se propôs a arrolar as situações caracterizadoras das questões políticas. Em síntese, como registrou Mark Tushnet, "*Baker v. Carr* nos deu uma lista de critérios para decidir quando invocar a doutrina das questões políticas"[210], tornando-se, assim, um cânone nesta matéria[211].

Importa lembrar, preliminarmente, que, em 1946 – dezesseis anos antes da decisão em *Baker*, portanto –, a Suprema Corte considerou insuscetível de apreciação judicial a pretensão de redividir os distritos eleitorais do estado de Illinois. Trata-se da decisão em *Colegrove v. Green*[212]. Seguindo o voto do *justice* Frankfurter – talvez um dos grandes expoentes da autocontenção judicial da Suprema Corte[213] – a maioria do tribunal partilhou a compreensão de que a pretensão posta em juízo deveria ser rejeitada porque o

[209] BICKEL, Alexander M. *The Least Dangerous Branch: the Supreme Court at the bar of politics*. New Haven: Yale University Press, 1986, p. 125-126.

[210] TUSHNET, Mark. Justiciability: the transformation and disappearance of the political question doctrine. *North Carolina Law Review*, Vol. 80, p. 1.203-1.236, 2002. Tradução livre deste autor. No original: "Baker v. Carr *gave us a list of criteria for deciding when to invoke the political question doctrine*". Para Tushnet, a Suprema Corte, em *Baker*, converteu em um conjunto de regras legais uma abordagem que antes tinha alguma flexibilidade e que, portanto, poderia ser invocada sempre que uma maioria entendesse que a prudência recomendasse evitar uma disputa constitucional.

[211] Cf. WRIGHT, J. Skelly. The role of the Supreme Court in a democratic society-judicial activism or restraint? *Cornell Law Review*, Vol. 54, N. 1, 3, p. 01-28, 1969; FRIEDELBAUM, Stanley H. *Baker v. Carr*: the new doctrine of judicial intervention and its implications for american federalism. *The University of Chicago Law Review*, Vol. 29, p. 673-704, 1962 e MTCHELL, Stephen R. Judicial self-restraint: political questions and malapportionment. *Washington Law Review*, Vol. 39, p. 761-774, 1964.

[212] 328 U.S. 549 (1946). Os requerentes alegavam que a lei estadual que dividia os distritos, editada em 1901, estaria desatualizada e não mais representaria a equilibrada distribuição da população no estado, razão pela qual postularam ordem judicial para impedir a realização das eleições de 1946 para o Congresso dos Estados Unidos, suscitando a declaração incidental de inconstitucionalidade da lei estadual de 1901. A ação foi proposta em face do Governador do estado de Illinois, do Secretário de Estado e do Auditor do estado de Illinois, por serem membros do "*Illinois Primary Certifying Board*" e, portanto, capazes de conduzir o pleito eleitoral impugnado.

[213] Cf. LEE, Evan Tsen. *Judicial Restraint in America: how the ageless wisdom of the federal courts was invented*. New York: Oxford University Press, 2011 e POSNER, Richard A. The Rise and Fall of Judicial Self-Restraint. *California Law Review*, Vol. 100, N. 3, p. 533, jun. 2012.

pedido dizia respeito ao "trabalho efetivo do Governo", ostentando "uma peculiar natureza política, e portanto insuscetível de apreciação judicial"[214].

Baker v. Carr levou novamente à Suprema Corte o tema da proporção populacional nos distritos eleitorais norte-americanos e, desta vez, a corte julgou-se autorizada a adentrar nesta seara. Em *Baker* discutia-se a justiciabilidade da representação dos condados no Legislativo do estado do Tennessee. Os autores sustentavam que a inércia do Legislativo local em cessar a desproporção observada na representação feria o direito à igual proteção sob as leis, previsto na Décima Quarta Emenda.

Ao final, a Suprema Corte, exercendo jurisdição sobre a matéria, reconheceu que "os apelantes têm interesse para questionar as leis sobre participação dos distritos"[215]. A importância da decisão em *Baker* reside reside no fato de ter, em alguma medida, conferido contornos mais claros e objetivos à teoria das questões políticas, uma vez que estabeleceu analiticamente os temas que, por sua natureza política, estariam imunes à jurisdição da corte.

Com efeito, afastando a noção de que "o só fato de a ação demandar proteção a direitos políticos não significa que ela apresenta uma questão política"[216], a decisão em *Baker* compilou e sistematizou as questões políticas insucetíveis de apreciação pela jurisdição constitucional, a saber:

a) relações exteriores;

b) definição do momento de início e término de hostilidades com Estados estrangeiros;

c) a validade de atos praticados durante o processo legislativo;

d) o estatuto jurídico de tribos indígenas, e

e) organização política e forma republicana de governo nos estados integrantes da federação.

---

[214] *Colegrove v. Green*, 328 U.S. 549 (1946). Tradução livre deste autor. No original: "*effective working of our Government revealed this issue to be of a peculiarly political nature, and therefore not meet for judicial determination.*".

[215] *Baker v. Carr*, 369 U.S. 186 (1962). Tradução livre deste autor. No original: "*The Court today decides three things, and no more:"(a) that the court possessed jurisdiction of the subject matter; (...) and (c) that the appellants have standing to challenge the Tennessee apportionment statutes.*".

[216] *Baker v. Carr*, 369 U.S. 186 (1962). Tradução livre deste autor. No original: "*Of course, the mere fact that the suit seeks protection of a political right does not mean it presents a political question.*".

Extrai-se do voto do *justice* Brennan, representando o entendimento da maioria do colegiado, a nítida preocupação em dar algum contorno objetivo à doutrina das questões políticas, superando o cenário de casuísmo na definição do que estaria ou não submetido à análise judicial[217].

Cumpre observar que alguns dos temas elencados como políticos em *Baker*, por serem particulares à experiência histórica norte-americana (como o regime jurídico das tribos indígenas) ou por gozar mais de interesse histórico do que prático na atualidade (como a definição do tempo de hostilidades com Estados estrangeiros), não justificam exame detido neste capítulo.

De outro vértice, pronunciamentos posteriores da Suprema Corte e do STF agregaram outros temas ao rol de *Baker v. Carr*, qualificando-os também como âmbitos de aplicação das questões políticas enquanto critério de autocontenção judicial. De fato, conforme a análise realizada abaixo, ao lado dos temas mais significativos salientados pela decisão em *Baker* (como relações exteriores, organização política de estados em uma federação e processo legislativo), outros também assumiram maior relevância na autocontenção praticada pelo STF e pela Suprema Corte (como *impeachment*, limitações institucionais do Judiciário e legitimidade da decretação de estado de sítio e intervenção federal). Deste modo, todos estes comportam exame com maior vagar, neste capítulo, por

[217] O cenário de casuísmo que imperava até então, bem como os elementos comuns a todas as situações constantes do rol de questões políticas acima indicado foram assim descritos no julgado: "É evidente que as inúmeras formulações variam levemente de acordo com a forma com que os temas levantados descrevem uma questão política, em que pese cada uma tenha um ou mais elementos que a identifiquem como sendo essencialmente uma função da separação dos poderes. É possível perceber que todos os casos cujas decisões afirmaram a ocorrência de uma questão política demonstram um comprometimento constitucional explícito do assunto a um poder político, ou a falta de parâmetros judicialmente perceptíveis ou administráveis para resolvê-lo, ou a impossibilidade de decidi-lo sem demandar uma determinação de tal tipo que não esteja claramente fora da discricionariedade judicial, ou a impossibilidade de um tribunal decidi-lo sem expressar uma falta de respeito aos demais poderes, ou uma inusual necessidade de não questionar a aderência a uma decisão política já tomada, ou a potencialidade de embaraçar pronunciamentos de vários órgaos sobre a questão". (*Baker v. Carr*, 369 U.S. 186 (1962). Tradução livre deste autor. No original: "*It is apparent that several formulations which vary slightly according to the settings in which the questions arise may describe a political question, although each has one or more elements which identify it as essentially a function of the separation of powers . Prominent on the surface of any case held to involve a political question is found a textually demonstrable constitutional commitment of the issue to a coordinate political department; or a lack of judicially discoverable and manageable standards for resolving it; or the impossibility of deciding without an initial policy determination of a kind clearly for nonjudicial discretion; or the impossibility of a court's undertaking independent resolution without expressing lack of the respect due coordinate branches of government; or an unusual need for unquestioning adherence to a political decision already made; or the potentiality of embarrassment from multifarious –pronouncements by various departments on one question.*").

configurarem hipóteses mais sensíveis de aplicação das questões políticas como mecanismo de autocontenção da jurisdição constitucional destes tribunais.

Em todas estas situações, a aplicação da teoria das questões políticas deu azo à autocontenção judicial, cabendo, a partir daí, analisar como se operou, em cada uma destas hipóteses, a autorrestrição judicial do STF e da Suprema Corte por meio das questões políticas. É o que se expõe no item a seguir.

3. Análise da aplicação das questões políticas como critério de autocontenção judicial

3.1 Relações exteriores

Dentre os indicativos da utilização da teoria das questões políticas como critério de autorrestrição judicial, talvez um dos mais evidentes e consolidados seja o da interferência do Poder Judiciário nas relações exteriores de um determinado país[218]. Com efeito, tanto a Suprema Corte quanto o STF, ao serem provocados em matéria de gestão das relações internacionais, costumam salientar a natureza política das questões suscitadas neste particular, decidindo, portanto, com base na doutrina em exame.

Um dos precedentes mais representativos da aplicação do critério de autocontenção ora analisado é *Oetjen v. Central Leather Company*[219], julgado em 1918 pela Suprema Corte. Nesta ação, que envolvia uma disputa comercial entre cidadãos americanos e mexicanos, afirmou-se que, a despeito de o governo Carranza ter sido

[218] Veja-se, por exemplo, as seguintes observações em sede doutrinária: HENKIN, Louis. Is There a "Political Question" Doctrine? *The Yale Law Journal*, Vol. 85, n. 5, p. 597-625, 1976; SEIDMAN, Louis Michael. The secret life of the political question doctrine. *The John Marshall Law Review*, Vol. 37, p. 441-480, 2004; HIRSCHL, Ran, "Juristocracy" – Political, not Juridical. *The Good Society*, Vol. 13, N. 3, p. 6-11, 2004. FINKELSTEIN, Maurice. Judical Self-Limitation. *Harvard Law Review*, Vol. 37, p. 348, 1924; LESSA, Pedro. Do Poder Judiciário. Rio de Janeiro: Livraria Francisco Alves, 1915, p. 61-63; MORO, Sergio Fernando. Jurisdição Constitucional como Democracia. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004, p. 226-227. Os conflitos sobre limites entre estados e territórios também se consideram dentro do rol das questões políticas. Vide: RODRIGUES, Lêda Boechat. Lêda Boechat Rodrigues: *História do Supremo Tribunal Federal*. Tomo II (1899-1910 – Defesa do Federalismo). Rio de Janeiro: Editora Civilização Brasileira S.A., 1991, p. 158.

[219] 246 U.S. 297 (1918).

reconhecido como o governo de fato do México no período de 19 de outubro de 1915 a 31 de agosto de 1917, seria impossível a qualquer corte de justiça norte-americana apreciar a demanda, pois, do contrário, o próprio Judiciário estadunidense estaria a causar tensão nas relações entre os dois países. Recuperando o histórico de casos anteriores que discutiam a condução da política externa norte-americana[220], a decisão, de forma categórica, consignou que "quem é o soberano *de jure* ou *de facto* de um território estrangeiro é uma questão política, cuja definição pelos departamentos políticos do governo vincula os juízes"[221].

Dentre os processos sobre relações exteriores que deram azo ao debate sobre questões políticas e que, portanto, evidenciaram posturas autocomedidas[222], *Oetjen* merece destaque por atrelar com clareza o caráter político do fato em julgamento à insegurança que justificou esta criação jurisprudencial[223]. É o que se infere do seguinte trecho do julgado: "permitir que a validade de atos de um estado soberano seja reexaminado e talvez condenado por tribunais de outro estado soberano certamente colocaria em perigo as relações amigáveis destes dois governos e frustraria a paz entre as nações"[224]. Com base

[220] A decisão em *Oetjen* citou a jurisprudência que se formou a partir de: *Jones v. United States*, 137 U.S. 202 (1890); *United States v. Palmer*, 16 U.S. 610 (1818); *Foster & Elam v. Neilson*, 27 U.S. 253 (1829); *Garcia v. Lee*, 37 U.S. 511 (1838) e *Williams v. Suffolk Insurance Company*, 38 U.S. 415 (1839).

[221] *Oetjen v. Central Leather Co.*, 246 U.S. 297 (1918). Tradução livre deste autor. No original: "*Who is the sovereign* de jure *or* de facto *of a foreign territory is a political question the determination of which by the political departments of the government conclusively binds the judges.*".

[222] Veja-se, exemplificadamente, *Cherokee Nation v. Georgia*, 30 U.S. 1 (1831); *Williams v. Suffolk Insurance Company*, 38 U.S. 415 (1839); *Whitney v. Robertson*, 124 U.S. 190 (1888); *The Chinese Exclusion Case*, 130 U.S. 581 (1889); *Commercial Trust Company of New Jersey v. Miller*, 262 U.S. 51 (1923); *Porto Rico v. Rosaly*, 227 U. S. 270 (1913); *Ricaud v. American Metal Co.*, 246 U. S. 304 (1918).

[223] Sobre a importância da decisão em *Oetjen* no julgamento de causas envolvendo relações exteriores, confira-se: HENKIN, Louis. The Foreign Affairs Power of the Federal Courts: *Sabbatino*. *Columbia Law Review*, Vol. 64, N. 5, p. 805-832, 1964; METZGER, Stanley D. The Act of State Doctrine and Foreign Relations. *University of Pittsburgh Law Review*, Vol. 23, N. 4, p. 881-892, 1962; BISHOP, Lawrence Ray. International Law: Sovereignty: Judicial Examination of Foreign Act of State under International Law. *Michigan Law Review*, Vol. 60, N. 2, p. 231-235, 1961; HOHL, Patricia S. International Law - Federal Court Jurisdiction. *Suffolk Transnational Law Journal*, Vol 9, N. 2, p. 427-438, 1985; CARRINGTON, Paul D. Political Questions: The Judicial Check on the Executive. *Virginia Law Review*, Vol 42, N. 2, p. 175-202, 1956; STRAUSS, David A. Justiciability of the Political Offense Exception in Bilateral Extradition Agreements: Time for Judicial Self-Restraint. *New York Law School Journal of International and Comparative Law*, Vol. 14, N. 2, p. 455-470, 1993; BARNETT, Vincent M. Constitutional interpretation and Judicial Self-Restraint. *Michigan Law Review*, Vol. 39, p. 213-237, 1940; ROCHE, John P. Judicial Self-Restraint. The American Political Science Review, Vol. 49, N. 3, p. 762-772, 1955.

[224] *Oetjen v. Central Leather Company*, 246 U.S. 297 (1918). Tradução livre deste autor. No original: "*To permit the validity of the acts of one sovereign state to be reexamined and perhaps condemned by the courts of another would very certainly 'imperil the amicable relations between governments and vex the peace of nations*.'".

neste fundamento, optou a corte por não alcançar os limites normativos mais largos que moldariam a sua atuação.

Cabe examinar, ainda, a decisão da Suprema Corte em *Goldwater v. Carter*, proferida em 1979[225], uma vez que também indica o recurso à doutrina das questões políticas como mecanismo de autorrestrição judicial na esfera das relações internacionais[226].

Esta demanda foi proposta por alguns congressistas que sustentavam a inconstitucionalidade da denúncia de um tratado internacional anteriormente celebrado com Taiwan, cujo objeto era o comprometimento recíproco de uso de força militar em caso de ataque estrangeiro a uma das partes envolvidas. Argumentava-se, para tanto, a necessidade de aprovação, pelo Senado, da denúncia decretada unilateralmente pelo presidente.

O voto do *justice* William Rehnquist, sufragado pela maioria, realçou que o que estava em jogo era a omissão do Congresso em apreciar a conduta presidencial, havendo dúvida sobre se haveria sequer uma confrontação entre tais poderes. Consignou-se, a propósito, que a despeito de ter havido um projeto de resolução legislativa exigindo a aprovação do Senado para a extinção de tratados de defesa mútua, tal projeto ainda não havia sido aprovado ao tempo do julgamento. Deste modo, não haveria a obrigação de submeter a denúncia deste tipo de tratado à apreciação do Senado. E, segundo constou da decisão, ainda que viesse a ser aprovada tal exigência, era extremamente duvidosa a sua aplicação retroativa para disciplinar o fim do tratado questionado em *Goldwater v. Carter*.

Diante deste contexto, o voto da maioria da corte afirmou que "se o Congresso decidir por não confrontar o Presidente, não é nossa tarefa fazê-lo"[227], valendo-se

[225] 444 U.S. 996 (1979).

[226] Acerca da relevância de *Goldwater v. Carter* em matéria de apreciação judicial das relações exteriores, veja-se: AMIRFAR, Catherine; SINGH, Ashika. The Trump Administration and the Unmaking of International Agreements. *Harvard International Law Journal*, Vol. 59, N. 2, p. 443-460, 2018; GRAYBURN, Susan T. Goldwater v. Carter. *Brooklyn Journal of International Law*, Vol 7, N. 1, p. 111-134, 1981; GOLDMAN, Jeffrey C. Of Treaties and Torture: How the Supreme Court Can Restrain the Executive. *Duke Law Journal*, Vol. 55, N. 3, p. 609-640, 2005; GLENNON, Michael J. Foreign Affairs and the political question doctrine. *American Journal of International Law*, Vol. 83, p. 814-821, 1989; KOH, Harold Hongju. Why the President (Almost) Always Wins in Foreign Affairs: Lessons of the Iran-Contra Affair. *Yale Law Journal*, Vol. 97, N. 7, p. 1255-1342, 1988.

[227] *Goldwater v. Carter*, 444 U.S. 996 (1979). Tradução livre deste autor. No original: "*If the Congress chooses not to confront the President, it is not our task to do so*".

expressamente da doutrina das questões políticas como justificativa para a opção autocontida. A autorrestrição decorrente do cunho político da questão assentou-se, ainda no quanto decidido em *Coleman v. Miller*, examinado no item 3.3 abaixo. O paralelo traçado com este precedente permitiu à corte afirmar que a gestão das relações exteriores dos EUA constitui questão política tanto quanto o é o tema do tempo disponível para as legislaturas estaduais ratificarem emendas à Constituição federal.

Com base nestas premissas, a decisão em *Goldwater v. Carter* considerou que o caso em julgamento, discutindo a autoridade do presidente para conduzir a política externa do país e se o Senado ou o Congresso estariam ou não autorizados a negar esta autoridade do chefe do Executivo, veicularia assunto marcadamente político a recomendar a postura comedida.

De outro vértice, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal também apresenta já se valeu da doutrina das questões políticas como fundamento para medidas de autocontenção judicial na seara das relações exteriores.

No HC 72.851[228] examinou-se a possibilidade ou não de se revogar o ato de expulsão de estrangeiro, após ter sido preso em flagrante pela prática de crime de tráfico internacional de drogas. Discutia-se, neste feito, o caráter político do ato de expulsão, atribuído ao Presidente da República pelo art. 66, da Lei 6.815/80, vigente à época[229], bem como o preenchimento ou não das causas que impedem a expulsão, previstas no art. 75, inciso II, do mesmo diploma legal[230]. O voto do relator, ministro Celso de Mello, seguido pela unanimidade da Corte, registrou que

---

[228] HC 72.851/SP, Pleno, rel. min. Celso de Mello, j. 25.10.1995, DJ 28.11.2008.

[229] "Art. 66. Caberá exclusivamente ao Presidente da República resolver sobre a conveniência e a oportunidade da expulsão ou de sua revogação.
Parágrafo único. A medida expulsória ou a sua revogação far-se-á por decreto.".

[230] "Art. 75. Não se procederá à expulsão:
I - se implicar extradição inadmitida pela lei brasileira;
II - quando o estrangeiro tiver:
a) Cônjuge brasileiro do qual não esteja divorciado ou separado, de fato ou de direito, e desde que o casamento tenha sido celebrado há mais de 5 (cinco) anos; ou
b) filho brasileiro que, comprovadamente, esteja sob sua guarda e dele dependa economicamente.
§ 1º. não constituem impedimento à expulsão a adoção ou o reconhecimento de filho brasileiro supervenientes ao fato que o motivar.
§ 2º. Verificados o abandono do filho, o divórcio ou a separação, de fato ou de direito, a expulsão poderá efetivar-se a qualquer tempo.".

> A expulsão de estrangeiros – que constitui manifestação da soberania do Estado brasileiro – qualifica-se como típica medida de caráter político-administrativo, da competência exclusiva do Presidente da República, a quem incumbe avaliar, discricionariamente, a conveniência, a necessidade, a utilidade e a oportunidade de sua efetivação.[231]

A decisão da Corte, para além das considerações interpretativas dos dispositivos legais pertinentes, observou, em acréscimo a esta circunstância, que o fundamento político-jurídico do ato de expulsão de estrangeiro é o reconhecimento da nocividade de sua permanência no território nacional, cabendo o julgamento desta nocividade exclusivamente ao Chefe do Executivo. Recuperando pronunciamentos judiciais e doutrinários acerca da exclusividade e irreversibilidade da decisão presidencial em matéria de expulsão, concluiu o tribunal que é a lei (no caso, a já revogada Lei 6.815/80) que impunha limitações ao poder soberano de expulsar – expressado, no Brasil, por ato do Executivo. Afora tais requisitos legais, reconheceu o acórdão que seria o próprio caráter político-internacional do ato de expulsão em si – a caracterizar-se como uma questão política – que imporia limites à atuação judicial[232].

3.2 Organização política dos entes federados

Observa-se, na jurisprudência da Suprema Corte, a aplicação da doutrina das questões políticas como critério de autocontenção judicial para garantir a organização política de estados federados – sobretudo nos casos em que o equilíbrio político encontra-se ameaçado pela existência simultânea de dois governos em um ente, cada qual apontando a ilegitimidade do outro.

Esta manifestação do autocomedimento judicial pela via das questões políticas se evidenciou no célebre caso *Luther v. Borden*, julgado em 1849 pela Suprema Corte[233].

---

[231] HC 72.851/SP, Pleno, rel. min. Celso de Mello, j. 25.10.1995, DJ 28.11.2008.

[232] Idêntica situação se observa no julgamento do HC 68.402-5/DF, rel. min. Marco Aurélio, relator para acórdão min. Carlos Velloso, j. 27.02.1991, DJ 16.10.1992, p. 87.

[233] 48 U.S. 1 (1849). Sobre o significado e importância de *Luther* nos estudos sobre autolimitação judicial, confira-se: Cf. FINKELSTEIN, Maurice. Judical Self-Limitation. *Harvard Law Review*, Vol. 37, p. 346,

Entre 1841 e 1843 o estado de Rhode Island, integrante da federação norte-americana, viveu um período de grave perturbação política e social dada a coexistência de dois governos locais concomitantemente. Havia, de um lado, o governo tradicional, que vinha exercendo o poder naquele estado desde a declaração de independência, tendo como norma fundamental de sua organização política a *Charter of Charles the Second*, documento normativo inglês que se aplicava desde a época colonial[234]. Em virtude desta circunstância, este regime era conhecido como *charter government.* De outro vértice, apresentava-se o governo formado por aqueles que pretendiam romper, normativamente, inclusive, com a herança colonial britânica. Esta parte da população – descontente com a perpetuação do *charter government* – elegeu uma assembleia constituinte, promulgou uma Constituição para o estado de Rhode Island[235] e, sob este novo regime jurídico, procedeu a eleições para o Executivo e Legislativo locais, tendo escolhido o líder deste movimento, Thomas W. Dorr, como novo governador do estado[236]. Eclodiu, assim, conflito armado entre os dois governos – já que cada um reclamava possuir autoridade legítima para repelir os atos do outro.

1924; WECHSLER, Herbert. The political safeguards of federalism: the role of the states in the composition and selection of the national government. *Columbia Law Review*, Vol. 54, p. 543-560, 1954; REHNQUIST, William H. The Notion of a Living Constitution. *Texas Law Review*, Vol. 54, N. 4, p. 693-706, 1976 e BATOR, Paul M. The state courts and federal constitutional litigation. *William and Mary Law Review*, Vol. 22, p. 605-637, 1981 e HENKIN, Louis. Is There a "Political Question" Doctrine? *The Yale Law Journal*, Vol. 85, N. 5, p. 609, 1976.

[234] Ao contrários das outras colônias britânicas que se declararam independentes em 1776, Rhode Island não adotou expressamente uma nova constituição, continuando o seu governo a reger-se pela *Charter of Charles the Second*, inserindo modificações neste documento por atos legislativos, sempre que necessário para adaptar as antigas disposições britânicas. Este governo tradicional nunca se preocupara em prever regras procedimentais para a alteração de seu estatuto político fundamental. Sobre a influência do ordenamento inglês na experiência política norte-americana, no período entre a declaração de independência e a Guerra Civil de 1861-1865, confira-se: THAYER, James Bradley. The origin and scope of the American doctrine of constitutional law. *Harvard Law Review*, Vol. VII, N. 3, p. 130-132, 1893.

[235] De fato, em 1841, parte da população se articulou e viabilizou a realização de eleições para uma convenção destinada a criar a nova constituição daquela comunidade política, que seria então submetida à aprovação ou rejeição pelo povo. A convenção foi composta por representantes eleitos, elaborou uma constituição e a submeteu a referendo, tendo, após, declarado ter sido ela aprovada pela maioria da população do Estado.

[236] Naturalmente, toda esta movimentação do grupo liderado por Thomas Dorr foi realizada à revelia dos órgãos governamentais instalados e em funcionamento desde a independência. Obviamente, aos olhos dos adeptos do governo tradicional, Dorr e seus apoiadores eram traidores, sujeitos às mais graves sanções por instaurar a desordem política e social em Rhode Island. O *charter government* impôs lei marcial sob o estado e, visando responder aos seus rivais, convocou eleições para formar uma assembleia constituinte. Em maio de 1843, tal assembleia promulgou outra constituição para Rhode Island, que continua vigente até os dias atuais.

É sob este contexto que se desenvolveram os fatos julgados em *Luther v. Borden*[237]. Martin Luther, um cidadão do estado de Massachusetts que apoiava o novo governo formado por Thomas Dorr, moveu ação contra Luther M. Borden e outros cidadãos de Rhode Island, alegando que estes teriam invadido a sua casa, no dia 29 de junho de 1842. Borden e os outros requeridos faziam parte da milícia recrutada pelo *charter government* que, sob a lei marcial por este decretada, agiram para repelir o que consideravam um ataque pepetrado por Thomas Dorr e seus seguidores. A invasão pretendia prender Martin Luther, eis que os requeridos – invasores da residência – estariam agindo militarmente a serviço do antigo governo e para sustentar a sua autoridade.

Ao se deparar com o caso, a Suprema Corte encontrava-se em meio a argumentos, formulados por ambas as partes, que demandariam uma declaração acerca de qual era o governo válido em Rhode Island ao tempo dos fatos. De fato, a questão posta sob julgamento girava em torno do Artigo IV, seção 4 da Constituição estadunidense que atribui à União o papel de garante da forma republicana de governo a ser observada por todos os Estados[238].

Convergiram todos os juízes do tribunal na preocupação acerca do trato de assunto que provocou sério clamor social, optando, assim, por uma postura autocomedida em relação à definição de qual seria o governo legítimo, fundado este comedimento na natureza política da questão posta a julgamento[239].

Para chegar a esta conclusão, o tribunal citou precedentes envolvendo o estatuto jurídico de tribos indígenas[240], a definição de fronteiras entre estados[241], acordos

[237] 48 U.S. 1 (1849).

[238] Segundo o Artigo IV, seção 4, "Os Estados Unidos devem garantir a todo o Estado da União uma forma republicana de governo e deve proteger cada um deles contra invasão; e quanto à aplicação da legislatura, ou em face do Executivo (quando o Legislativo não puder ser convocado) contra violência doméstica". Tradução livre deste autor. (Tradução livre deste autor. No original: "*The United States shall guarantee to every State in this Union a Republican Form of Government, and shall protect each of them against Invasion; and on Application of the Legislature, or of the Executive (when the Legislature cannot be convened) against domestic Violence.*").

[239] Até mesmo o voto dissidente do *justice* Woodbury concordou com a maioria no que toca à necessidade de não debater a validade do *charter government*. Ele expressamente recusou emitir opinião sobre este aspecto por entendê-lo meramente político, afirmando que, enquanto juiz, não possuiria o direito de fazê-lo, como exposto abaixo.

[240] *Cherokee Nation v. Georgia*, 30 U.S. 1 (1831).

[241] *Rhode Island v. Massachusetts*, 37 U.S. 657 (1838).

comerciais entre um estado estrangeiro e cidadãos britânicos[242] e mesmo o reconhecimento da legitimidade de governos estrangeiros no bojo de relações internacionais[243], com o fim de explicitar o que, segundo a sua jurisprudência, se enquadraria ou não no conceito de questão política.

Reconheceu-se, assim, o cunho político que revestia a avaliação sobre qual seria o governo legítimo de Rhode Island, dentre os dois que reclamavam a aplicabilidade de seus atos. E, neste particular, decidiu-se que não competia ao tribunal analisar a validade dos governos que se contrapunham à época dos fatos. Relevante, a propósito, o seguinte trecho do julgado:

> Deve ser óbvio após uma pequena reflexão que o último ponto [qual governo era o legítimo] é uma mera questão política. De fato, grande parte dos argumentos sobre ele deduzidos neste processo, que foram tão habilmente discutidos, ostentam natureza política, ao invés de serem judiciais na sua essência e cognição. Isto porque eles dizem respeito ao poder do povo, independentemente da legislatura, de editar constituições, ao direito de sufrágio entre diferentes classes para editá-la, à autoridade das maiorias e outras questões correlatas de alto interesse político que durante alguns anos agitaram a União tanto quanto Rhode Island.[244]

Tendo por pano de fundo a teoria das questões políticas, a opção pela autocontenção naquele caso foi também evidenciada no voto divergente do *justice* Woodbury:

> Parece-me que nós não podemos legitimamente resolver estas questões políticas que, neste caso, foram discutidas em conexão com a nova constituição; e, enquanto juízes, nosso dever é nos guiarmos pela decisão tomada em relação a tais questões pelos poderes políticos, e, independentemente de estarem certas ou

[242] *Nabob of the Carnatic v. The East India Company*, 2 Ves. jun. 56.

[243] *Williams v. Suffolk Insurance Company*, 38 U.S. 415 (1839) e *United States v. Palmer*, 16 U.S. 610 (1818).

[244] *Luther v. Borden*, 48 U.S. 1 (1849). Tradução livre deste autor. No original: "*It must be very obvious on a little reflection that the last is a mere political question. Indeed, large portions of the points subordinate to it on this record, which have been so ably discussed at the bar, are of a like character, rather than being judicial in their nature and cognizance. For they extend to the power of the people, independent of the legislature, to make constitutions, to the right of suffrage among different classes of them in doing this, to the authority of naked majorities, and other kindred questions of such high political interest as during a few years to have agitated much of the Union, no less than Rhode Island.*".

> erradas de acordo com as nossas opiniões particulares, é nosso dever aplicá-las até que sejam alteradas.[245] [246]

A decisão da Suprema Corte em *Luther* revelou que o tribunal declinou de atuar para assegurar a aplicação do Artigo IV, seção 4 da Constituição ao fundamento de que os fatos em julgamento traduziriam questão política, a recomendar o não enfrentamento da causa. Evidencia-se, assim, a opção autonôma por não atuar, caracterizando a postura de autocontenção judicial. Com efeito, o julgado externou a vontade de se manter distante dos limites de atuação que o caso em tese propiciaria à Suprema Corte, eis que inexiste qualquer regra constitucional proibindo a fiscalização judicial da disposição do Artigo IV, seção 4, de modo que haveria pleno espaço de atuação pelo tribunal. Ainda que assim pudesse agir, a Suprema Corte não exerceu qualquer papel fiscalizatório.

Extrai-se, portanto, dos fundamentos adotados em *Luther v. Borden*, que o senso de autocomedimento se observou em virtude do caráter político dos fatos apreciados, afirmando-se, inclusive, que enunciar que um estado não detém um governo constitucional legítimo criaria condições para uma verdadeira anarquia[247].

---

[245] *Luther v. Borden*, 48 U.S. 1 (1849). Tradução livre deste autor. No original: "*it appears to me that we cannot rightfully settle those grave political questions which, in this case, have been discussed in connection with the new constitution; and, as judges, our duty is to take for a guide the decision made on them by the proper political powers, and, whether right or wrong according to our private opinions, enforce it till duly altered.*".

[246] A despeito disto, vale registrar que o órgão judicial de primeira instância (*circuit court*), rejeitando a prova apresentada pelo autor no processo, instruiu o júri a considerar legítimo o *charter government* e as leis por ele adotadas, de modo que os comandos a que estavam subordinados os requeridos estariam respaldados pela lei de Rhode Island. E, portanto, a corte de circuito considerou que os atos praticados pelos requeridos estariam justificados na defesa do regime que sempre se observou naquele estado. Analisando a prova rejeitada na instância ordinária, assim se manifestou a Suprema Corte: "Uma corte de circuito federal em Rhode Island presumidamente conhece a constituição e as leis daquele Estado. Mas este erro da corte de circuito não afeta o resultado do julgamento. Independentemente da aceitação ou não desta prova, pelas razões já expostas, a corte de circuito estava autorizada a reconhecer o governo prevalente e a autoridade estabelecida no Estado." (Tradução livre deste autor. No original: "*A Circuit Court of the United States sitting in Rhode Island is presumed to know the constitution and law of the State. But this error of the Circuit Court does not affect the result. For whether this evidence was or was not received, the Circuit Court, for the reasons herein before stated, was bound to recognize that government as the paramount and established authority of the State.*"). A manutenção do juízo de valor externado pela instância inferior, como se percebe, indica que a Suprema Corte, em realidade, adotou posição em favor do governo que historicamente havia atuado em Rhode Island, rechaçando, pois, a tentativa de instauração de uma nova constituição e um novo governo promovida por Thomas Dorr. Não obstante esta constatação, o tribunal rotulou a questão como política, asseverando não lhe competir dizer qual regime era o mais legítimo.

[247] Veja, a propósito, o seguinte trecho da decisão: "Se o poder judicial for tão longe, a garantia contida na Constituição dos Estados Unidos se torna uma garantia de anarquia, e não de ordem." (*Luther v. Borden*, 48 U.S. 1, 1849. Tradução livre deste autor. No original: "*If the judicial power extends so far, the guarantee contained in the Constitution of the United States is a guarantee of anarchy, and not of order*.").

A garantia da forma republicana de governo prevista no Artigo IV, seção 4, da Constituição norte-americana também caracteriza a autorrestrição da Suprema Corte em *Pacific States Telephone Company v. Oregon*[248] e na série de julgados que reafirmaram a sua conclusão.

Em Pacific States, questionava-se uma emenda à Constituição do Oregon, adotada em 1902, que instituiu a iniciativa popular para projetos de lei e para projetos de emenda à Constituição daquele estado, bem como deu ao povo o poder de aprovar ou rejeitar leis e emendas independentemente da vontade do legislativo local. Sustentava-se que tal medida, igualmente, privava o estado de Oregon de uma forma republicana de governo, assegurada pelo Artigo IV, seção 4. Por considerar a questão puramente política, entendeu a Suprema Corte que o assunto deveria ser deixado ao crivo exclusivo do Poder Legislativo.

A autolimitação pela via das questões políticas – à semelhança de *Pacific States* – foi reiterada em inúmeros casos posteriores envolvendo a arguição da cláusula da forma de republicana de governo (Artigo IV, seção 4), nos mais variados temas afetos à organização política dos estados. Em todos eles, as respectivas pretensões foram rechaçadas com base na autoridade da decisão proferida em *Pacific States Telephone Company v. Oregon*, tendo a Suprema Corte declinado de decidir questionamentos sobre referendo (*Kiernan v. City of Portland*[249]); procedimento para emendas às constituições estaduais (*Marshall v. Dye*[250]); delegação ao Judiciário para definir distritos (*O'Neill v. Learner*[251]); submissão da legislação a referendo (*Ohio ex rel. Davis v. Hildebrant*[252]); necessidade de convergência de todos os juízes de uma suprema corte estadual para invalidar uma lei (*Ohio ex rel.*

[248] 223 U.S. 118 (1912). A importância desta decisão ao aplicar a teoria das questões políticas em matéria de organização política dos estados integrantes da federação norte-americana pode ser observada em: WILLIAMS, Norman R. Direct Democracy, the Guaranty Clause, and the Politics of the Political Question Doctrine: Revisiting Pacific Telephone. *Oregon Law Review*, Vol. 87, N. 3, p. 979-1024, 2008; BESKE, Elizabeth Earle. Political Question Disconnects. *American University Law Review Forum*, Vol. 67, N. 3, p. 35-48, 2018; PENS, Joshua. Restore the Republic: The Incompatibility between the Taxpayer's Bill of Rights and the Guarantee Clause. *University of Colorado Law Review*, Vol. 87, N. 2, p. 621-668, 2016 e LINDE, Hans A. Practicing Theory: The Forgotten Law of Initiative Lawmaking. *UCLA Law Review*, Vol. 45, N. 6, p. 1735-1760, 1998.

[249] 223 U.S. 151 (1912).

[250] 231 U.S. 250 (1913).

[251] 239 U.S. 244 (1915).

[252] 241 U.S. 565 (1916).

Bryant v. Akron Metropolitan Park Dist.[253]) e delegação de poderes legislativos (*Highland Farms Dairy, Inc. v. Agnew*)[254] [255].

No cenário brasileiro, a dualidade de governos simultâneos em um dada entidade federativa – à semelhança de *Luther v. Borden* – também propiciou postura autocomedida fundamentada no caráter político da questão levada a juízo. É o que se verifica no julgamento do HC 4.104, que tinha como fato subjacente a reorganização política do estado do Amazonas.

Em 1913, procedeu-se a reforma na Constituição do Amazonas por meio da qual se substituiu a forma bicameral do legislativo local, até então existente, por um Congresso Legislativo unicameral. A disputa entre as forças políticas locais propiciou, ao cabo das eleições de 1916, a formação de dois corpos legislativos distintos – um bicameral na forma do regime anterior e, outro, unicameral, em atenção à mudança constitucional de 1913[256]. O Governador e o Vice-Governador eleitos na forma pretérita, respectivamente, Taumaturgo de Azevedo e Francisco Lima Bacuri impetraram junto ao Supremo Tribunal Federal o *habeas corpus* n. 4.104, subscrito por Rui Barbosa e Clóvis Bevilácqua, almejando tomar posse e exercer o governo de acordo com a sistemática substituída. Fundamentou-se o pedido na invalidade da eleição estadual realizada em conformidade com o texto constitucional alterado.

O pedido não foi conhecido pelo STF por considerar que a demanda versava assunto exclusivamente político, excluído, portanto, da apreciação do Poder Judiciário[257]. Tal qual a decisão em *Luther v. Borden*, entendeu-se que a solução para a dualidade no Executivo e Legislativo amazonenses deveria ser dada pelo Congresso Nacional,

---

[253] 281 U.S. 74 (1930).

[254] 300 U.S. 608 (1937).

[255] Importa registrar que, examinando a autocontenção praticada pela Suprema Corte nos casos listados, Louis Henkin observa que a garantia prevista no Artigo IV, seção 4 da Constituição norte-americana passou a ser considerada imune à apreciação judicial, cabendo sua defesa unicamente aos poderes democraticamente compostos (Is There a "Political Question" Doctrine? *The Yale Law Journal*, Vol. 85, N. 5, p. 609, 1976).

[256] Cf. TEIXEIRA, José Elaeres Marques. *A doutrina das questões políticas no Supremo Tribunal Federal – STF*. Dissertação (mestrado) – Universidade Federal de Santa Catarina, 2004, p. 105.

[257] Cf. TEIXEIRA, José Elaeres Marques. *A doutrina das questões políticas no Supremo Tribunal Federal – STF*. Dissertação (mestrado) – Universidade Federal de Santa Catarina, 2004, p. 105. De forma análoga ao caso amazonense, pode-se mencionar o HC 6.008, julgado pelo STF em 1920, no qual, tal como recordam Gilmar Ferreira Mendes, Inocêncio Mártires Coelho e Paulo Gustavo Gonet Branco, se reproduziu o comando dado no caso da dualidade de governos no Amazonas (*Curso de Direito Constitucional*. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 1.284).

manifestando a vontade unilateral de não se imiscuir nesta seara, ainda que levado ao conhecimento do tribunal a alegação de ofensa a direitos individuais, o que, em tese, alargaria o campo de atuação judicial[258]. De fato, ainda que diante de limites mais largos de atuação – propiciados pelo argumento de violação a direitos individuais – o Supremo Tribunal Federal manteve-se, de forma unilateral, distante dos limites que normativamente poderiam balizar a sua jurisdição neste caso.

3.3 Processo legislativo

Outro indicativo da utilização das questões políticas como critério de autocontenção judicial, colhido da jurisprudência da Suprema Corte e do STF, se encontra em questionamentos envolvendo o processo legislativo.

Em junho de 1924, o Congresso norte-americano propôs uma emenda à Constituição federal voltada à proteção do trabalho infantil (conhecida como *Child Labor Amendment*), conferindo-lhe poderes legislativos para limitar, regular e proibir o trabalho

[258] Curiosamente, no entanto, em demanda que levou à apreciação judicial a duplicação de governos e legislaturas no Estado do Rio de Janeiro, o STF adotou solução diametralmente oposta ao do caso amazonense. Com efeito, no *habeas corpus* n. 2.984, embora reafirmando a antiga jurisprudência acerca da insindicabilidade judicial dos atos exclusivamente políticos, a corte optou por julgar o *writ*, ao argumento de que estavam em jogo direitos individuais coagidos pelo então Presidente da República. José Elaeres Marques Teixeira anota que "essa decisão foi desrespeitada pelo Presidente Hermes da Fonseca. Ao ser comunicado do seu conteúdo, já no dia 5 de janeiro de 1911, o Ministro da Justiça, Rivadávia da Cunha Corrêa, endereçou o seguinte ofício ao Presidente do Supremo Tribunal Federal: 'Tenho a honra de acusar o recebimento da comunicação que V. Exa. me fez de que o Supremo Tribunal Federal, por acórdão de ontem, concedeu, por empate, (?) a ordem de *habeas corpus* requerida pela mesa e demais membros da Assembléia Legislativa do Estado do Rio de Janeiro. [...] Aproveito o ensejo para comunicar a V. Exa. que, no Estado do Rio de Janeiro, S. Exa. o Sr. Presidente da República resolveu reconhecer e entrar em relações, enquanto o Congresso Nacional não resolva o contrário, tão-somente com o governo do Dr. Francisco Chaves de Oliveira Botelho, a favor do qual, além da posse pacífica realizada no dia marcado pela Constituição do Estado, militam como presunção de legitimidade um voto quase unânime do Senado Federal e um parecer da Comissão de Constituição, Legislação e Justiça da Câmara dos Deputados, que certamente exprime o pensamento da maioria da mesma Câmara. Reitero a V. Exa. os meus protestos de alta estima e distinta consideração'. Num ato de fraqueza, por indicação de Epitácio Pessoa (aprovada pela maioria), o Presidente do Tribunal respondeu, em 12 de janeiro de 1911: 'Comunico-vos que, tendo o Governo Federal resolvido, provisoriamente, a questão de dualidade de Presidente e Assembléia Legislativa do Estado do Rio de Janeiro, reconhecendo, enquanto não se pronunciar a respeito, somente o Dr. Francisco Chaves de Oliveira Botelho como presidente: o Supremo Tribunal Federal, na sessão de 11 do corrente, declarou sem objeto o *habeas corpus* que havia concedido, na sessão de 4 do corrente, antes de ter sido resolvida pelo Governo Federal essa questão de dualidade'." (*A doutrina das questões políticas no Supremo Tribunal Federal – STF*. Dissertação (mestrado) – Universidade Federal de Santa Catarina, 2004, p. 112).

de pessoas menores de dezoito anos. A proposta de emenda preservava poderes dos estados nesta seara, ressalvando, porém, a possibilidade de suspensão das legislações estaduais desde que necessária esta medida para garantir a regulamentação que viesse a ser adotada pelo Congresso.

Em atenção ao procedimento previsto no artigo V da Constituição norte-americana – que exige a ratificação de propostas de emendas por três quartos dos corpos legislativos estaduais, a legislatura do estado do Kansas, em janeiro de 1925, apreciou a *Child Labor Amendment*, porém a rejeitou, encaminhando cópia desta resolução ao Secretário de Estado dos EUA.

No entanto, em janeiro de 1937, foi apresentada junto ao Senado daquele mesmo Estado uma proposta de resolução destinada a ratificar a mesma proposta de alteração do texto constitucional federal. Os membros do Senado do Kansas se dividiram sobre o assunto, colhendo-se vinte votos pela aprovação e outros vinte votos pela rejeição da proposta de emenda. O governador do estado, na condição de presidente do Senado local, exarou voto de desempate, acolhendo a proposta de ratificação da *Child Labor Amendment* submetida à apreciação daquele estado. Em seguida, a Câmara dos representantes do Kansas, por maioria, chancelou a ratificação da *Child Labor Amendment*.

Os vinte senadores estaduais que haviam rejeitado a proposta de emenda impetraram *writ of mandamus* perante a Suprema Corte local para obrigar o Secretário de Estado dos Estados Unidos a desconsiderar a ratificação da emenda pela legislatura do Kansas e para impedir que as presidências das duas casas legislativas daquele estado assinassem a resolução, postulando, também, que o Secretário de Estado do Kansas se abstivesse tanto de autenticar a aprovação quanto de entregá-la ao Governador.

A demanda estava fundada em duas alegações: (i) a ilegitimidade do voto de desempate no Senado editado pelo Governador e (ii) que a proposta de emenda havia perdido a sua validade por ter sido previamente rejeitada pela legislatura daquele estado em 1925, não tendo obtido sucesso em ser ratificada por número suficiente de estados em um período de tempo razoável.

A Suprema Corte do estado do Kansas rejeitou os argumentos dos autores e manteve a ratificação da emenda, denegando a pretensão.

Este caso – *Coleman v. Miller*[259] – foi levado à Suprema Corte federal dos EUA, que, reconhecendo estar diante de questões políticas, manifestou postura autorrestrita e manteve a decisão local. A decisão proferida nesta demanda externou o uso deste critério de autocontenção para restringir a atuação judicial no tocante ao processo legislativo de emenda da Constituição federal.

A Suprema Corte, em primeiro lugar, deixou de examinar a questão sobre se o governador do Kansas integrava ou não o Senado – do que dependeria a legitimidade do voto de desempate verificado – por reconhecer se tratar de questão política.

De outro lado, a eficácia da ratificação de uma proposta de emenda por um estado que a havia previamente rejeitado, segundo a decisão em *Coleman*, foi considerada uma "questão afeta aos poderes políticos, restando ao Congresso a última palavra no exercício do seu controle sobre a promulgação ou adoção da emenda"[260]. Mais especificamente, assim foi fundamentado o julgado: "E uma decisão acerca de uma 'questão política' pelo 'poder político' incumbido de fazê-lo pela Constituição é vinculante aos juízes, assim como a todos os demais agentes, cidadãos e aqueles submetidos ao... governo"[261].

O caráter acentuadamente político do processo de emenda à Constituição se projetou também para o argumento de ter decorrido longo lapso temporal sem que a *Child Labor Amendment* tivesse sido ratificada pelo número necessário de estados. Entendeu a corte, neste particular, que o Congresso, detendo o poder de promulgar uma emenda à Constituição federal, ostenta a prerrogativa de verificar se alguma proposta de emenda perdeu sua validade em virtude do decurso do prazo durante o processo de ratificação. Assim constou do julgado:

---

[259] 307 U.S. 433 (1939). A importância deste precedente e sua aplicação na temática do processo legislativo pode ser verificada em: CUSHMAN, Barry. The Missing Justice in Coleman v. Miller. *Journal of Supreme Court History*, Vol. 42, p. 67-76, 2017; MILLET, Thomas. The Supreme Court, Political Questions, and Article V - A Case for Judicial Restraint. *Santa Clara Law Review*, Vol. 23, N. 3, p. 745-768, 1983 e HENKIN, Louis. Is There a "Political Question" Doctrine? *The Yale Law Journal*, Vol. 85, N. 5, p. 597-625, 1976.

[260] *Coleman v. Miller*, 307 U.S. 433 (1939). Tradução livre deste autor. No original: "*is held a question for the political departments, with the ultimate authority in the Congress in the exercise of its control over the promulgation of the adoption of the amendment.*".

[261] *Coleman v. Miller*, 307 U.S. 433 (1939). Tradução livre deste autor. No original: "*And decision of a 'political question' by the 'political department' to which the Constitution has committed it "conclusively binds the judges, as well as all other officers, citizens, and subjects of... government.*".

> O Congresso, possuindo poder exclusivo sobre o processo de emenda, não está subordinado, e não há mesmo qualquer dever de assim estar, a pronunciamentos sobre este seu poder exclusivo emanados por esta Corte ou pelos tribunais de Kansas. Nenhuma corte – estadual ou federal – pode controlar este poder do Congresso. Portanto, qualquer manifestação judicial sobre o poder exclusivo do Congresso sobre o processo político das emendas constitui mera admoestação, com natureza de opinião consultiva, sem qualquer autoridade constitucional.[262]

Considerando estas premissas e, especialmente, a falta de critérios satisfatórios para determinar se uma questão se enquadra ou não na categoria de questão política, entendeu-se que caberia à corte, agindo com prudência, manter-se autocomedida[263]. Este contexto indica que a Suprema Corte optou por se manter silente sobre os pontos suscitados na demanda, valendo-se, para tanto, da teoria das questões políticas. E, com isso, de forma autônoma, externou comportamento restringido.

Também o STF expressa posturas autocontidas, por meio da teoria das questões políticas, em matéria de processo legislativo. Tal circunstância se pode extrair do teor do acórdão que decidiu o MS 20.464/DF[264], que tinha como tema de fundo uma tentativa frustrada de implementar eleições diretas por via de emenda à Constituição.

A PEC 20/1983, de autoria parlamentar, constava da ordem do dia do Congresso para votação, já contando com parecer favorável das comissões precedentes. Mediante requerimento subscrito por 249 deputados, o presidente do Senado, senador Moacyr Dalla foi instado a submetê-la a votação em plenário. Mesmo reconhecendo a possibilidade regimental de iniciar a votação daquela PEC, o presidente postergou a votação, entendendo

---

[262] *Coleman v. Miller*, 307 U.S. 433 (1939). Adaptação livre deste autor. O excerto original é o seguinte: "*Congress, possessing exclusive power over the amending process, cannot be bound by, and is under no duty to accept, the pronouncements upon that exclusive power by this Court or by the Kansas courts. Neither State nor Federal courts can review that power. Therefore, any judicial expression amounting to more than mere acknowledgment of exclusive Congressional power over the political process of amendment is a mere admonition to the Congress in the nature of an advisory opinion, given wholly without constitutional authority.*".

[263] *Coleman v. Miller*, 307 U.S. 433 (1939). Adaptação livre deste autor. O excerto original é o seguinte: "*In determining whether a question falls within the category of political nonjusticiable questions, the appropriateness under our system of government of attributing finality to the action of the political departments, and also the lack of satisfactory criteria for a judicial determination, are dominant considerations.*". Cabe anotar, aliás, que a decisão reconhece a falta de balizas claras para o enquadramento de uma circunstância como questão política sobretudo porque proferida vinte e três anos antes de *Baker v. Carr*, 369 U.S. 186 (1962).

[264] MS 20.464/DF, Pleno, rel. min. Soares Muñoz, j. 31.10.1984, DJ 07.12.1984, p. 20.987.

mais conveniente aguardar acordo de lideranças para que o tema fosse efetivamente votado.

Em face desta decisão, a deputada Elizabete Mendes impetrou mandado de segurança ora em comento, que, por unanimidade, não foi conhecido pelo Supremo Tribunal Federal. Enquanto o voto do relator, min. Soares Muñoz, analisou as disposições constitucionais e regimentais incidentes sobre o assunto, interpretando especialmente o art. 58, § 3º, do texto de 1969[265], o min. Francisco Rezek fundamentou seu voto unicamente na teoria das questões políticas, assim aplicando esta doutrina para guardar distância dos limites normativos que, em tese, poderiam moldar a decisão do tribunal naquele caso:

> Em nosso sistema, como é notório, o âmbito das questões não-justiciávies – porque políticas – é um dos mais estreitos que se conhecem em direito comparado. Mesmo naquelas nações onde o Judiciário é efetivamente um Poder – a começar pelo modelo pioneiro, os Estados Unidos da América – o conceito de tema político é muito mais largo; e é frequente que a Suprema Corte se recuse a decidir a respeito de matéria que se lhe submete em abstrato, invocando o argumento da questão política. Isto é algo que ocorre em ocasiões muito raras entre nós. Mas parece-me – e bem o demonstrou o eminente relator – que estamos diante de um exemplo seguro de questão em que o Judiciário não pode interferir. Se houve alguma forma de abuso de poder por parte do Presidente do Senado, isto se inscreve estritamente no domínio de sua atuação política que tem ele ante seus pares.[266]

Do mesmo modo, a ADPF n. 01[267], julgada em 03 de fevereiro de 2000, traduz indicativo de como o Supremo Tribunal Federal empregou seu autocomedimento em tema afeto processo legislativo por meio do reconhecimento do caráter político desta atividade. Com efeito, impugnava-se, naquela ação, veto aposto pelo Prefeito do Município do Rio de Janeiro sobre artigo de projeto de lei – inserido por emenda parlamentar – que concedia isenção de imposto sobre a propriedade territorial urbana – IPTU a alguns imóveis. O veto

---

[265] "Art. 58. O projeto de lei aprovado por uma Câmara será revisto pela outra, em um só turno de discussão e votação.
(...)
§ 3º A matéria constante do projeto de lei rejeitado ou não sancionado, assim como a constante de proposta de emenda à Constituição, rejeitada ou havida por prejudicada, sòmente poderá constituir objeto de nôvo projeto, na mesma sessão legislativa, mediante proposta da maioria absoluta dos membros de qualquer das Câmaras, ressalvadas as proposições de iniciativa do Presidente da República.".

[266] MS 20.464/DF, Pleno, rel. min. Soares Muñoz, j. 31.10.1984, DJ 07.12.1984, p. 20.987.

[267] ADPF 1-QO / RJ, Pleno, rel. min. Néri da Silveira, j. 03.02.2000, DJ 07.11.2003, p. 001.

se fundamentou na inconstitucionalidade do dispositivo, salientando a iniciativa legislativa reservada do Executivo municipal neste caso, uma vez que a isenção tributária implicaria em aumento da despesa pública.

O acórdão do STF assentou-se no expresso reconhecimento do caráter político tanto do veto – quaisquer que sejam as suas razões – quanto da deliberação legislativa que o aprecia. Entendendo a a unanimidade dos ministros, por estes motivos, que o veto não se enquadraria no conceito de "ato do poder público", reclamado pelo art. 1º, da Lei 9.882/99[268], reconheceu-se, na linha, especialmente, dos votos dos ministros Nelson Jobim e Sepúlveda Pertence, a inviabilidade de adentrar na "motivação política do veto" por representar "ato político de vontade do Chefe do Poder Executivo".

Ainda mais enfaticamente, o pronunciamento do ministro Moreira Alves considerou que a tese de abuso do poder de vetar seria "insusceptível de ser apreciada pelo Poder Judiciário, por se integrar numa daquelas questões políticas para as quais não há possibilidade de interferência do Poder Judiciário". Manifestou-se, aqui, a postura unilateral da corte de não avançar sobre os argumentos veiculados, mantendo-se comedida face aos limites exógenos mais amplos que se colocavam sobre a sua atuação.

Observa-se, pois, que impugnações lançadas sobre certos atos produzidos durante o processo legislativo dão azo ao recurso às questões políticas como instrumento de autocontenção da jurisdição constitucional das duas cortes supremas examinadas nesta pesquisa.

3.4 *Impeachment*

A doutrina das questões políticas também é invocada pela jurisprudência constitucional da Suprema Corte e do Supremo Tribunal Federal para justificar posturas autocomedidas em demandas envolvendo *impeachment*.

[268] "Art. 1º A argüição prevista no § 1º do art. 102 da Constituição Federal será proposta perante o Supremo Tribunal Federal, e terá por objeto evitar ou reparar lesão a preceito fundamental, resultante de ato do Poder Público.
Parágrafo único. Caberá também argüição de descumprimento de preceito fundamental:
I - quando for relevante o fundamento da controvérsia constitucional sobre lei ou ato normativo federal, estadual ou municipal, incluídos os anteriores à Constituição; (Vide ADIN 2.231-8, de 2000)
II – (VETADO)".

Talvez uma das decisões mais representativas da adoção desta teoria para viabilizar a autocontenção da Suprema Corte estadunidense em processos de *impeachment* seja aquela proferida em *Nixon v. United States*, em 1993[269].

Walter Nixon, juiz federal ex-presidente da corte de circuito do distrito sul de Mississipi, foi condenado criminalmente por ter proferido declarações falsas perante um júri e, por consequência, foi-lhe aplicada pena de prisão. Segundo a acusação criminal, Nixon aceitou vantagem indevida de um empresário em troca de solicitar ao procurador daquele distrito que suspendesse uma acusação que recaía sobre o filho dele.

Após a condenação e início do cumprimento da pena de prisão, o juiz federal se recusou a renunciar ao cargo, de modo que continuava auferindo o respectivo salário. A fim de efetivamente removê-lo do cargo, sanando esta situação, a Câmara dos Representantes apresentou pedido de *impeachment* de Walter Nixon, ao fundamento de que teria prestado falso testemunho perante o júri que o condenou, bem como apontando que sua conduta levou o Judiciário federal ao descrédito.

O Senado, então, ao analisar este pedido de *impeachment*, aplicou a regra de procedimento interno – a chamada *Rule XI* – que permitia a uma comissão de senadores colher a prova, ouvindo as testemunhas arroladas, reportando, em seguida, tal colheita de provas ao plenário da casa. Ao final, com base na prova produzida perante tal comissão, o plenário do Senado condenou Nixon, removendo-o do cargo de juiz federal.

Em face do *impeachment* decretado pelo Senado, Walter Nixon moveu ação judicial visando reintegrar-se no cargo, reavendo salários e demais prerrogativas, sustentando que a colheita da prova deveria ter se dado perante o plenário, e não pela a comissão, como ocorreu (eis que aplicado o procedimento imposto pela *Rule XI*). Baseou-se o seu argumento na violação do Artigo I, seção 3, cláusula 6, da Constituição, que estatui que o "Senado deverá ter, exclusivamente, o poder de julgar todos os

[269] 506 U.S. 224 (1993). Sobre a relevância de *Nixon v. United States* na aplicação da doutrina das questões políticas em processos de *impeachment*, confira-se: TRIBE, Laurence H. *American Constitutional Law*. 3rd. edition. New York: New York Foundation Press, 2000, p. 152 e 380-382; SEIDMAN, Louis Michael. The secret life of the political question doctrine. *The John Marshall Law Review*, Vol. 37, p. 446-447, 2004; TUSHNET, Mark. Justiciability: the transformation and disappearance of the political question doctrine. *North Carolina Law Review*, Vol. 80, p. 1.205, 2002; CALABRESI, Steven G. The Political Question of Presidential Succession. *Stanford Law Review*, Vol. 48, p. 155-176, 1995; WEINBERG, Louise. Political Questions and the Guarantee Clause.*University of Colorado Law Review*, Vol. 65, p. 887-948, 1994 e BROWN, Rebecca L. *When political questions affect individual rights: the other Nixon v. United States*. *1993 The Supreme Court Review*, p. 125-156, 1993.

impeachments"[270], o que exigiria, segundo sua alegação, que as provas fossem produzidas diante de todos os senadores, reunidos em plenário.

Ao examinar as teses veiculadas por Walter Nixon, decidiu a Suprema Corte que a aplicação da *Rule XI* do Senado ao processo de *impeachment* é uma questão não justiciável. Para além da interpretação dada ao Artigo I, seção 3, cláusula 6, do texto constitucional[271], a decisão pautou-se pela autorrestrição judicial na medida em que também reconheceu limites à atuação judicial atrelados unicamente na autonomia manifestada pelo tribunal. Assim, o tribunal considerou a impossibilidade de externar juízo de valor acerca da impugnação levantada por Nixon, na medida em que ausentes "parâmetros aferíveis e manejáveis judicialmente para resolvê-la"[272]. Na hipótese em análise, o agir comedido – pela via das questões políticas – se evidenciou na constatação de que a demanda não apresentava balizas exteriores claras que pudessem precisar os limites da atuação judicial.

E, diante deste contexto, lembrando da decisão dada em *Goldwater v. Carter*[273], os membros do tribunal partilharam da compreensão de que as questões políticas "derivam em parte de preocupações prudenciais relativas ao respeito que devemos aos poderes políticos", observando que "embora nem todas as interferências sejam inapropriadas ou

---

[270] Tradução livre deste autor. No original: "*Senate shall have the sole Power to try all Impeachments.*".

[271] Interessa registrar, neste ponto, o seguinte trecho do julgado: "Nós concordamos com Nixon que cortes ostentam o poder de rever atos legislativos ou executivos que transgridam limites textuais identificáveis. Como deixamos claro, 'se uma ação [legislativa ou executiva] ultrapassa a autoridade que a ela foi atribuída é por si só um delicado exercício de interpretação constitucional, e é responsabilidade desta Corte enquanto intérprete última da Constituição. (...) Mas nós concluímos, após exercer cuidadosamente esta responsabilidade, que a palavra 'julgar' na cláusula constitucional do *impeachment* não configura um limite textual identificável sobre a autoridade carreada ao Senado.". Tradução livre deste autor. No original: "*We agree with Nixon that courts possess power to review either legislative or executive action that transgresses identifiable textual limits. As we have made clear, 'whether the action of [either the Legislative or Executive Branch] exceeds whatever authority has been committed, is itself a delicate exercise in constitutional interpretation, and is a responsibility of this Court as ultimate interpreter of the Constitution.* (...) *But we conclude, after exercising that delicate responsibility, that the word "try" in the Impeachment Trial Clause does not provide an identifiable textual limit on the authority which is committed to the Senate.*".

[272] *Nixon v. United States*, 506 U.S. 224 (1993). Adaptação livre deste autor. No original: "*A controversy is nonjusticiable where there is (...) 'a lack of judicially discoverable and manageable standards for resolving it'*".

[273] Analisada no item 3.1 deste capítulo.

desrespeitosas, a aplicação da doutrina [das questões políticas] se dá à razão da inoportunidade da exigência de uma resposta pela corte"[274].

No âmbito do Supremo Tribunal Federal brasileiro, a aplicabilidade da teoria das questões políticas, como mecanismo de autorrestrição judicial, também encontra campo fértil nos processos de *impeachment*.

Há, em verdade, uma linha jurisprudencial que, na vigência da Constituição de 1988, reafirma o cunho político deste processo, a restringir a atuação jurisdicional a apenas determinados aspectos da regularidade do procedimento, desde que se reconheça violação ou ameaça a direito das partes. Três casos concretos representam adequadamente este entendimento.

Em primeiro lugar, logo no início da ordem constitucional de 1988, o STF foi instado a se manifestar sobre a decisão do então Presidente da Câmara dos Deputados que rejeitara liminarmente denúncia de *impeachment* formulada por senadores em face do Presidente da República, José Sarney, alguns de seus Ministros de Estado e do Consultor-Geral da República[275]. Sustentavam os impetrantes que o Presidente da Câmara, neste juízo prévio, deveria se limitar à análise formal, sendo-lhe vedado avançar sobre o mérito da acusação. Convergiram os ministros do Supremo Tribunal Federal no entendimento de que os impetrantes não detinham o direito líquido e certo invocado, reconhecendo-se a insindicabilidade da decisão do Presidente da Câmara dos Deputados que rejeitara liminarmente a acusação no processo *impeachment*.

Anos depois, o ex-Presidente da República Fernando Collor de Mello impetrou mandado de segurança impugnando a decisão do Senado que lhe aplicara pena de inabilitação para o exercício de quaisquer funções públicas por oito anos[276]. Suscitava, dentre outros argumentos, a incompetência do Senado para julgá-lo, eis que, ao tempo da decisão tomada, ele já havia renunciado à presidência. Aduziu, ainda, que a pena de inabilitação seria acessória à perda do cargo, de modo que, não tendo sido removido do

[274] *Nixon v. United States*, 506 U.S. 224 (1993). Adaptação livre deste autor. No original: "*deriving in large part from prudential concerns about the respect we owe the political departments (...) Not all interference is inappropriate or disrespectful, however, and application of the doctrine ultimately turns (...) on how importunately the occasion demands an answer*".

[275] MS 20.941/DF, Pleno, rel. min. Aldir Passarinho, rel. para acórdão Min. Sepúlveda Pertence, j. 09.02.1990, DJ 31.08.1992, p. 22.

[276] MS 21.689 / DF, Pleno, rel. min. Carlos Velloso, j. 16.12.1993, DJ 07.04.1995, p. 193.

cargo por deliberação do Senado, não poderia ter sido ssancionado com a pena de inabilitação para exercício de função pública.

Ao lado da interpretação que se deu ao artigo 15, da Lei 1.079/50[277], o acórdão ratificou o cunho político deste processo como causa para justificar o maior comedimento do STF ao apreciar tais demandas. A menção à teoria das questões políticas conduziu a corte ao entendimento de que não lhe competiria interferir nas opções políticas tomadas pelo Senado, reconhecendo a incapacidade do tribunal de avançar sobre o exame destas deliberações.

Mais recentemente, o Supremo Tribunal Federal foi instado a se manifestar, cautelarmente, sobre inúmeros aspectos procedimentais e sobre as competências das duas casas legislativas federais em ADPF ajuizada ainda na fase inicial da tramitação do pedido de impeachment da ex- Presidente Dilma Rousseff[278]. A decisão, aqui, deliberou por reproduzir, sempre que possível, as conclusões acerca dos parâmetros procedimentais fixadas por ocasião do *impeachment* do ex-Presidente Fernando Collor de Mello, consignando que, "sob o pálio da autocontenção", "não cabe ao STF editar normatização sobre a matéria".

Percebe-se, pois, que a menor interferência possível dos órgãos da jurisdição constitucional em processos de *impeachment*, por posturas unilaterais deles próprios, configura indicativo do uso das questões políticas como mecanismo de autocontenção judicial.

3.5 Limitações institucionais do Poder Judiciário

A doutrina das questões políticas também figura como critério de autorrestrição da jurisdição constitucional quando se reconhecem insuficiências institucionais e estruturais do Poder Judiciário para o julgamento de determinadas demandas[279].

[277] "Art. 15. A denúncia só poderá ser recebida enquanto o denunciado não tiver, por qualquer motivo, deixado definitivamente o cargo.".

[278] ADPF 378 MC/DF, Pleno, rel. min. Edson Fachin, rel. para acórdão Min. Roberto Barroso, j. 17.12.2015, DJe 08.03.2016.

[279] Esse seria, aliás o cerne da doutrina das questões políticas para Alexander Bickel, ao acentuar que a Suprema Corte tem um senso próprio da sua falta de capacidade de lidar com temas tachados de políticos

A aplicação das questões políticas para viabilizar posturas comedidas neste campo, porém, se encontra em declínio. Em realidade, o uso da teoria das questões políticas no reconhecimento destas incapacidades institucionais se fez presente, na jurisprudência da Suprema Corte, sobretudo no período logo após o fim da guerra de secessão (*Reconstruction Era*) e, especialmente, em alguns casos na primeira metade do século XX, tendo sido incorporada, com o passar do tempo, pelo critério da presunção de constitucionalidade, como será examinado no Capítulo III desta pesquisa. De todo modo, cabe expor como as limitações institucionais do Judiciário foram, durante estes momentos, invocadas como critério de autorrestrição judicial sob a forma das questões políticas.

Observa-se, nestas ocasiões, que a Suprema Corte assumiu a sua incapacidade técnica de lidar com aspectos particulares de demandas complexas, implementando sua autocontenção, a partir desta constatação, mediante a teoria das questões políticas. Tais decisões consideram, de um lado, que o assunto levado a julgamento é por demais complexo para ser decidido por órgãos judiciários e, de outro, ponderam que não cabe ao tribunal analisar a justiça ou a sabedoria de atos editados por poderes com melhores ferramentas para a tomada da decisão atacada[280]. E, neste contexto, tais decisões deixaram de apreciar os motivos invocados pelos poderes Legislativo ou Executivo, assentando a natureza política das questões levadas à apreciação judicial.

Após o fim da Guerra Civil (1861-1865), o Congresso norte-americano aprovou leis disciplinando as condições para readmissão dos estados rebeldes na União, dentre elas a imposição da obrigação de estatuir, em leis locais, o sufrágio masculino universal e a ratificação da Décima Quarta Emenda[281]. Tais leis federais de readmissão dos estados até então separatistas se tornaram conhecidas como *Reconstruction Acts*.

A fim de tutelar interesses sulistas, na tentativa de reverter tais obrigações impostas pelo Congresso, ações judiciais foram promovidas originariamente na Suprema

---

(BICKEL, Alexander M. The Supreme Court 1960 Term. Foreword: The Passive Virtues. *Harvard Law Review*, Vol. 75, N. 40, p. 75, 1961).

[280] Confira-se, a propósito: FINKELSTEIN, Maurice. Judical Self-Limitation. *Harvad Law Review*, Vol. 37, p. 344-345, 1924.

[281] Veja-se, a propósito: BENEDICT, Michael Les. Preserving the Constitution: The Conservative Basis of Radical Reconstruction. *The Journal of American History*, Vol. 61, N. 1, p. 65-90, 1974 e CHIN, Gabriel J. The "Voting Rights Act of 1867": the constitutionality of federal regulation of suffrage during reconstruction. *North Carolina Law Review*, Vol. 82, p. 1.581-1610, 2004.

Corte visando a que o governo do presidente Andrew Johnson se abstivesse de dar cumprimento aos *Reconstruction Acts*.

Assim é que *Mississippi v Johnson*[282] e *Georgia v. Stanton*[283] retratam demandas em que os estados do Sul almejavam obter da Suprema Corte a declaração de inconstitucionalidade dos *Reconstruction Acts*[284]. Em ambos os casos, o tribunal, assentando a incidência da doutrina das questões políticas, consignou que os pedidos deduzidos se resumiam a fazer com que, respectivamente, o Presidente e seu Secretário da Guerra deixassem de levar a efeito as deliberações do Congresso.

As pretensões foram negadas ao fundamento de que a execução das leis impugnadas envolviam funções puramente políticas, dada a complexidade das tarefas necessárias à reincorporação dos estados sulistas. Deste modo, o tribunal sequer ostentaria a habilitação necessária para promover qualquer tipo de intervenção judicial na espécie.

Em *Mississippi v. Johnson*, em primeiro lugar, afirmou-se que a pretendida imposição de tarefas administrativas ao Presidente "poderia ser justamente caracterizada, na terminologia usada pelo *Chief Justice* Marshall, como 'um absurdo e uma excessiva extravagância'"[285]. Neste caso, a opção pela autorrestrição, reconhecendo o caráter político da matéria, foi vazada simplesmente em "princípios gerais que proíbem a interferência judicial no exercício da discricionariedade do Executivo"[286], sem que a decisão, porém, tenha especificado quais seriam estes princípios vetores.

Já em *Georgia v. Stanton*, a Suprema Corte foi mais enfática ao assim expressar a sua opção autônoma por não exercer jurisdição sobre o caso:

---

[282] 71 U.S. 475 (1866). Esta ação foi proposta em face do então Presidente Andrew Johnson.

[283] 73 U.S. 50 (1867). Neste caso, a demanda foi ajuizada contra Edwin M. Stanton, Secretário da Guerra da administração Johnson.

[284] A relevância da aplicação da doutrina das questões políticas na disputa judicial que se firmou em face dos *Reconstruction Acts* se verifica em: HARRISON, John. The Political Question Doctrines. *American University Law Review*, Vol. 67, N. 2, p. 457-528, 2017 e CHIN, Gabriel J. The "Voting Rights Act of 1867": the constitutionality of federal regulation of suffrage during reconstruction. *North Carolina Law Review*, Vol. 82, p. 1.581-1610, 2004.

[285] *Mississippi v. Johnson*, 71 U.S. 475 (1866). Adaptação livre deste autor. No original: "*An attempt on the part of the judicial department of the government to enforce the performance of such duties by the President might be justly characterized, in the language of Chief Justice Marshal, as 'an absurd and excessive extravagance.*'".

[286] *Mississippi v. Johnson*, 71 U.S. 475 (1866). Tradução livre deste autor. No original: "*general principles which forbid judicial interference with the exercise of Executive discretion.*".

> Uma *bill in equity* ajuizada por um dos Estados Unidos para impedir que o Secretário da Guerra e outros oficiais que representem a autoridade do Executivo efetivem certos atos do Congresso ao fundamento de que tal execução anularia e aboliria por completo o atual governo do estado, estabelecendo outro em seu lugar – em outras palavras, que destruiria a própria existência do estado por privá-lo de todos os meios e instrumentos necessários à sua existência – exige um julgamento baseado em uma questão política e, deste modo, não merece acolhimento por esta Corte.[287]

A decisão em *Georgia v Stanton*, em suma, evidenciou a intenção de não avançar no enfrentamento da demanda, constatando o tribunal, neste sentido, que as alegações de ambas as partes não discutiam direitos ou propriedades individuais, havendo apenas um reclamo a que a corte exarasse um juízo político sobre as deliberações congressuais[288].

Das decisões da Suprema Corte norte-americana aplicando a teoria das questões políticas em virtude de limitações institucionais da jurisdição constitucional, também merece destaque a proferida em *Giles v. Harris*[289], em 1903.

Cuidava-se de demanda aforada por um cidadão negro do condado de Montgomery, Alabama, em benefício dele e de milhares de negros do mesmo condado, pretendendo a inscrição do nome de todos eles nas listas de eleitores da localidade. Figurando como relator do caso, o *justice* Holmes rejeitou o pedido afirmando que não

---

[287] *Georgia v. Stanton*, 73 U.S. 50 (1867). Tradução livre deste autor. No original: "*A bill in equity filed by one of the United States to enjoin the Secretary of War and other officers who represent the Executive authority of the United States from carrying into execution certain acts of Congress on the ground that such execution would annul and totally abolish the existing state government of the state and establish another and different one in its place – in other words, would overthrow and destroy the corporate existence of the state by depriving it of all the means and instrumentalities whereby its existence might and otherwise would be maintained – calls for a judgment upon a political question, and will therefore not be entertained by this Court.*".

[288] Tal é o excerto do acórdão: "Não se pode negar que estas questões, expostas na petição da *bill* e nos argumentos de defesa, demandam o julgamento da corte acerca de questões políticas e sobre direitos, não de indivíduos ou de propriedade, mas apenas de cunho político.". Tradução livre deste autor. No original: "*That these matters, both as stated in the body of the bill and in the prayers for relief, call for the judgment of the court upon political questions and upon rights not of persons or property but of a political character will hardly be denied.*".

[289] 189 U.S. 475 (1903). Sobre o impacto desta decisão, bem como o debate que nela se firmou a respeito da aplicação da teoria das questões políticas, veja-se: BRENNER, Samuel. Airbrushed Out of the Constitutional Canon: The Evolving Understanding of *Giles v. Harris*, 1903-1925. *Michigan Law Review*, Vol. 107, N. 5, p. 853-880, 2000; PILDES, Richard H. Keeping Legal History Meaningful. *Constitutional Commentary*, Vol. 19, N. 3, p. 645-662, 2002; STONE, David O. Equality of Voting as a Constitutional Right: The Georgia County Unit Case. *Syracuse Law Review*, Vol. 2, N. 1, p. 73-81, 1950; ISSACHAROFF, Samuel. Introduction: The Structures of Democratic Politics. *Columbia Law Review*, Vol. 100, N. 3, p. 593-597, 2000 e VANNATTA, Seth. Justice Holmes, the Social Darwinist. *The Pluralist*, Vol. 14, N. 1, p. 78-90, 2019.

haveria razão para o envolvimento judicial na demanda, uma vez que a grande maioria da população branca local simplesmente desejava alijar os negros do exercício do voto. A autocontenção judicial, aqui, se aplicou em razão da reconhecimento da dificuldade institucional do Judiciário em supervisionar a execução do julgado em caso de acolhimento do pleito:

> A não ser que nós estejamos preparados para supervisionar a votação no Estado por meio de oficiais da corte, nos parece que o máximo que o autor poderia obter com esta ação seria uma resposta vazia. Não obstante os danos ao indivíduo, a reparação de um grave erro político, se ocorreu, como alegado, pela população do Estado e pelo próprio Estado, deve ser dada por eles ou pelos ramos legislativo e político do governo dos Estados Unidos[290].

Anos depois, na primeira década do século XX, alguns casos envolvendo poder discricionário do serviço público federal norte-americano também foram decididos com base no cunho político dos atos impugnados, em virtude do reconhecimento da incapacidade técnica do Poder Judiciário em reexaminar as decisões tomadas pelo Executivo. Em *Ness v. Fisher*[291], a Suprema Corte indeferiu *writ of mandamus* ajuizado em face de ato do Secretário do Interior, que estabelecera os requisitos formais para o preenchimento e submissão dos pedidos de compra de terras em áreas madeireiras. Pelas mesmas razões, em *Riverside Oil Co. v. Hitchcock*[292], a corte denegou pedido para obrigar o Secretário do Interior a emitir um novo ato seu autorizando o uso da terra reclamada pelo autor, na medida em que pleito objetivava a efetiva revogação do ato anterior do Secretário. Já em 1914, a Suprema Corte declarou que a decisão de taxar a importação de cigarros cubanos não poderia ser discutida judicialmente, por se tratar de assunto político para cuja apreciação o Poder Judiciário não estaria devidamente aparelhado[293].

---

[290] *Giles v. Harris*, 189 U.S. 475 (1903). Tradução livre deste autor. No original: "*Unless we are prepared to supervise the voting in that state by officers of the court, it seems to us that all that the plaintiff could get from equity would be an empty form. Apart from damages to the individual, relief from a great political wrong, if done, as alleged, by the people of a state and the state itself, must be given by them or by the legislative and political department of the government of the United States.*".

[291] 223 U.S. 683 (1912).

[292] 190 U.S 316 (1903).

[293] *Louisiana v. McAdoo*, 234 U.S. 627 (1914).

Já em 1948, ao julgar *Chicago & Southern Air Lines, Inc. v. Waterman Steamship Corp.*[294], a Suprema Corte, citando precedentes de sua jurisprudência[295], justificou enfaticamente o uso da teoria das questões políticas como medida de autocontenção por entender que a falta de dados adequados faz com que tribunais evitem discutir assuntos delicados afetos aos outros poderes:

> Mas mesmo se os tribunais pudessem solicitar ampla divulgação, a própria natureza das decisões executivas, como nas relações exteriores, é política, não jurídica. Tais decisões são inteiramente conferidas pela nossa Constituição aos departamentos políticos do governo, Executivo e Legislativo. Elas são delicadas, complexas e envolvem importantes elementos de profecia. Elas são e deveriam ser revistas somente por aqueles diretamente responsáveis perante o povo cujo bem-estar eles pretendem garantir. A natureza destas decisões mostra que o Judiciário não possui em relação a elas aptidão, nem instrumentos ou responsabilidade e que há muito pertencem ao domínio do poder político, não estando sujeitas a intervenção ou investigação judicial.[296]

Posteriormente, já na década de 1970, as questões políticas voltariam a ser invocadas com base na incapacidade de o tribunal avaliar decisões técnicas tomadas pelos outros poderes. Cuidou-se da ação proposta por estudantes da Kent State University, em Ohio, questionando a convocação da Guarda Nacional, pelo governador daquele Estado, em função de desordens ali observadas[297]. Postularam os estudantes que os membros da

---

[294] 333 U.S. 103 (1948). Esta ação questionava o *Civil Aeronautics Act*, no ponto em que excluía da apreciação judicial as decisões deferindo ou denegando pedidos de cidadãos norte-americanos para atuar no transporte aéreo externo, que seriam submetidas à aprovação do Presidente.

[295] *Coleman v. Miller*, 307 U.S. 433 (1939); *United States v. Curtiss-Wright Corporation*, 299 U.S. 304 (1936) e *Oetjen v. Central Leather Co.*, 246 U.S. 297 (1918).

[296] *Chicago & Southern Air Lines, Inc. v. Waterman Steamship Corp*. 333 U.S. 103 (1948). Tradução livre deste autor. No original: "*But even if courts could require full disclosure, the very nature of executive decisions as to foreign policy is political, not judicial. Such decisions are wholly confided by our Constitution to the political departments of the government, Executive and Legislative. They are delicate, complex and involve large elements of prophecy. They are and should be undertaken only by those directly responsible to the people whose welfare they advance or imperil. They are decisions of a kind for which the Judiciary has neither aptitude, facilities nor responsibility and which has long been held to belong in the domain of political power not subject to judicial intrusion or inquiry*".

[297] *Gilligan v. Morgan*, 413 U.S. 1 (1973). A respeito do significado deste precedente no que se refere ao desenvolvimento e aplicação da doutrina das questões políticas, confira-se: REDISH, Martin H. Judicial Review and the Political Question. *Northwestern University Law Review*, Vol. 79, N. 5-6, p. 1031-1061, 1985; GARCIA, Enrique Alonso. El Tribunal Burger y la doctrina de las "political questions" en los Estados Unidos. Revista Española de Derecho Constitucional, N. 1, p. 287-299, 1981; PUSHAW Jr, Robert. J. Judicial review and the political question doctrine: reviving the federalist "rebuttable presumption" analysis. *North Carolina Law Review*, Vol. 80, p. 1.165-1.202, 2002; JAFFE, Jill. The Political Question Doctrine: An Update in Response to Recent Case Law. *Ecology Law Quarterly*, Vol. 38, p. 1.033-1.066, 2011;

Guarda Nacional se abstivessem de violar seus direitos constitucionais, sustentando que o treinamento e armamento de seus integrantes, bem como as ordens superiores de comando tornavam quase inevitáveis o uso de força letal durante as atividades de restabelecimento da ordem. Pretendiam, ademais, a fixação de parâmetros para o uso da força, instituindo-se uma supervisão judicial constante acerca da atuação da Guarda Nacional no futuro. A decisão da Suprema Corte confirmou a improcedência da demanda, tal qual decretada em instâncias inferiores, assinalando a impossibilidade de um tribunal federal valorar áreas críticas do governo, tais como o treinamento, munição adequada e comando da Guarda Nacional, medidas que reclamam conhecimentos técnicos próprios do Legislativo e do Executivo[298].

A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal brasileiro, de outro lado, não costuma justificar o uso da doutrina das questões políticas com base nas deficiências técnicas e estruturais do Judiciário para decidir assuntos técnicos. Tal qual será observado no Capítulo III, esta circunstância é naturalmente atrelada à presunção de constitucionalidade enquanto critério de autocontenção judicial no Brasil.

Um caso específico, contudo, parece revelar a própria incredulidade do tribunal em fazer valer a sua decisão perante o Congresso Nacional, à luz das intrincadas peculiaridades na tramitação dos vetos presidenciais pendentes de votação. De fato, a submissão do Veto Parcial n. 38/2012 a votação plenária no Congresso Nacional motivou a impetração de mandado de segurança por parlamentar, sustentando a necessária observância da ordem cronológica na apreciação dos vetos[299]. Ante a pragmática constatação acerca da existência de mais de três mil vetos pendentes, "alguns com prazo vencido há mais de 13 – treze – anos", o STF resignou-se a constatar a baixíssima

---

BREEDON, Kimberly. Remedial Problems at the Intersection of the Political Question Doctrine, the Standing Doctrine, and the Doctrine of Equitable Discretion. *Ohio Northern University Law Review*, Vol. 34, N. 2, p. 523-566, 2008 e FICKES, Aaron J. Private Warriors and Political Questions: A Critical Analysis of the Political Question Doctrine's Application to Suits against Private Military Contractors. *Temple Law Review*, Vol. 82, N. 2, p. 525-560, 2009.

[298] *Gilligan v. Morgan*, 413 U.S. 1 (1973). Adaptação livre deste autor. Eis o excerto original da decisão: "*No justiciable controversy is presented in this case, as the relief sought by respondents, requiring initial judicial review and continuing judicial surveillance over the training, weaponry, and standing orders of the National Guard, embraces critical areas of responsibility vested by the Constitution*".

[299] MS 31.816 MC-AgR/DF, Pleno, rel. min. Luiz Fux, rel. para acórdão: Min Teori Zavascki, j. 27.02.2013, DJ 13.05.2013. Cabe registrar, ainda, que, examinando os julgados da corte suprema brasileira, foi possível identificar um outro caso isolado em que a natureza política do ato governamental questionado fundou-se em aspectos técnicos: RMS 23.543/DF, 1ª T., rel. min. Ilmar Galvão, j. 27.06.2000, DJ 13.10.2000, p. 21.

probabilidade de cumprimento de decisão que ordenasse a votação dos vetos em atenção à ordem cronológica de aporte no Congresso. Considerou o tribunal "a gravidade das consequências que derivariam do puro e simples reconhecimento, com efeitos *ex tunc*, da inconstitucionalidade da prática até agora adotada pelo Congresso Nacional no processo legislativo de apreciação de vetos presidenciais". E, compondo a fundamentação do julgado, salientou o voto do ministro Ricardo Lewandowski a insindicabilidade judicial do tema, ante o seu cunho político. Neste caso, como se pode perceber, a praxe já de há muito observada no Congresso se impôs sob o raciocínio técnico e abstrato da fiscalização de constitucionalidade, evidenciando a falta de mecanismos institucionais para que o Poder Judiciário superasse o estado de inconstitucionalidade detectado.

3.6. Estado de sítio e intervenção federal na Primeira República brasileira

Durante a chamada Primeira República brasileira, demandas envolvendo a decretação do estado de sítio e da intervenção federal nos estados fornecem indicativos da utilização da teoria das questoes políticas como critério da autocontenção judicial do Supremo Tribunal Federal naquele período.

Aqui se enquadra o caso que, talvez, exprima a mais antiga manifestação das questões políticas enquanto critério de autocontenção judicial do STF, qual seja, o HC 300[300]. Em um momento particularmente conturbado da vida política nacional, em abril de 1982, o então Vice-Presidente da República, Floriano Peixoto, decretou a prisão de quarenta e seis pessoas, sendo quatro senadores, sete deputados federais, marechais, coronéis e – dentre os civis – o poeta Olavo Bilac. O pano de fundo das prisões residia na recusa de o Vice-Presidente convocar eleições presidenciais, em virtude da renúncia do marechal Deodoro da Fonseca, com base no art. 42, da Constituição de 1891[301]. A posição de Floriano Peixoto fundava-se no disposto no art. 1º, § 2º, das Disposições Transitórias do

[300] HC 300 / RJ, Pleno, rel. Min. Costa Barradas, j. 27.04.1892, publicado em: Revista O Direito, Vol. 20, Tomo 58, 1892, p. 302 e Obras Completas de Rui Barbosa (1892), Vol. 19, Tomo 3, 1956, p. 355.

[301] "Art. 42 - Se no caso de vaga, por qualquer causa, da Presidência ou Vice-Presidência, não houverem ainda decorrido dois anos do período presidencial, proceder-se-á a nova eleição.".

texto constitucional[302], que, segundo o seu entender e o do Congresso Nacional, lhe garantiam permanecer no exercício da presidência até o final do mandato.

Reagindo às críticas que se lhe opunham amplamente, Floriano Peixoto decretou, em 10 de abril de 1892, estado de sítio no Distrito Federal por setenta e duas horas, período em que inúmeras prisões foram efetuadas, e os respectivos acusados desterrados. A impetração de *habeas corpus* por Rui Barbosa em favor de presos políticos gerou grande expectativa e os dois lados em disputa pressionavam o Supremo Tribunal Federal[303].

Premido pelos interesses em jogo, o STF, por maioria (vencido apenas o Ministro Pisa e Almeida), aplicou a teoria das questões políticas para consignar não ser lícita a sua apreciação do estado de sítio decretado e tampouco das medidas de repressão adotadas por Floriano Peixoto. Com o receio de acirrar ainda mais a conflagração política experimentada naquele dias, a corte invocou o precedente em *Marbury v. Madison* para afirmar que aquele era, tanto quanto *Marbury*, um caso político, sem, porém, escapar de críticas de ter demonstrado fraqueza incompatível com a postura que se exigia[304].

---

[302] "Art. 1º - Promulgada esta Constituição, o Congresso, reunido em assembléia geral, elegerá em seguida, por maioria absoluta de votos, na primeira votação, e, se nenhum candidato a obtiver, por maioria relativa na segunda, o Presidente e o Vice-Presidente dos Estados Unidos do Brasil.
§ 1º - Esta eleição será feita em dois escrutínios distintos para o Presidente, e o Vice-Presidente respectivamente, recebendo-se e apurando-se em primeiro lugar as cédulas para Presidente, e, procedendo-se em seguida do mesmo modo para o Vice-Presidente,
§ 2º - O Presidente e o Vice-Presidente, eleitos na forma deste artigo, ocuparão a Presidência e a Vice-Presidência da República durante o primeiro período presidencial.".

[303] Lêda Boechat Rodrigues registra, inclusive, que o próprio Floriano Peixoto teria se dirigido à corte afirmando que "se os juízes do Tribunal concederem habeas corpus aos políticos, eu não sei quem amanhã lhes dará o habeas corpus de que, por sua vez, necessitarão" (*História do Supremo Tribunal Federal*. Tomo I (1891-1898 – Defesa das Liberdades Civis). Rio de Janeiro: Editora Civilização Brasileira S.A., 1991, p. 19). Vide ainda: PEIXOTO, Rodrigo. O Supremo Tribunal Federal e o estado de sítio na República Velha: A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal sobre o estado de sítio, do início da República até a Revolução de 30 (1893 - 1930). *Quaestio Juris*, Vol. 10, nº. 02, Rio de Janeiro, pp. 1090-1124, 2017.

[304] Cf. RODRIGUES, Lêda Boechat. *História do Supremo Tribunal Federal*. Tomo I (1891-1898 – Defesa das Liberdades Civis). Rio de Janeiro: Editora Civilização Brasileira S.A., 1991, p. 19-24 e TEIXEIRA, José Elaeres Marques. *A doutrina das questões políticas no Supremo Tribunal Federal – STF*. Dissertação (mestrado) – Universidade Federal de Santa Catarina, 2004, p. 5-66; SILVA, Diogo Bacha e. Os contornos do ativismo judicial no Brasil: O fetiche do Judiciário brasileiro pelo controle dos demais poderes. *Revista de Informação Legislativa*, ano 50, n, 199, p. 163-178, jul./set. 2013; PEIXOTO, Rodrigo. O Supremo Tribunal Federal e o estado de sítio na República Velha: A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal sobre o estado de sítio, do início da República até a Revolução de 30 (1893 - 1930). *Quaestio Juris*, Vol. 10, N. 02, Rio de Janeiro, pp. 1090-1124, 2017.

A decisão se fundou no exame dos artigos 80, § 3º[305] e 34, n. 21[306], ambos da Constituição de 1891, reconhecendo o acórdão que o Congresso detinha competência privativa para aprovar ou reprovar o estado de sítio declarado pelo Presidente da República, bem assim para examinar as medidas excepcionais que ele houver tomado.

A este fundamento se acrescentou, porém, a teoria das questões políticas, ao se asseverar que:

> antes do juízo político do Congresso, não pode o Poder Judicial apreciar o uso que fez o Presidente da República daquela atribuição constitucional, e que, também, não é da índole do Supremo Tribunal Federal envolver-se nas funções políticas do Poder Executivo ou Legislativo.[307]

O acórdão rejeitou, inclusive, a alegação de estarem em risco direitos individuais, entendendo, neste ponto, que "esta circunstância não habilita o Poder Judicial a intervir para nulificar as medidas de segurança decretadas pelo Presidente da República, visto ser impossível isolar esses direitos da questão política, que os envolve e compreende".

Outro exemplo de aplicação da doutrina em comento neste específico âmbito é a decisão proferida no HC 1.063[308], impetrado por Rui Barbosa em favor de acusados de atos criminosos praticados no bojo da insurreição de Canudos e que, por conta desta acusação, haviam sido desterrados para a ilha de Fernando de Noronha[309]. Também aqui se

---

[305] "Art. 80 - Poder-se-á declarar em estado de sítio qualquer parte do território da União, suspendendo-se aí as garantias constitucionais por tempo determinado quando a segurança da República o exigir, em caso de agressão estrangeira, ou comoção intestina (art. 34, nº 21).
(...)
§ 3º - Logo que se reunir o Congresso, o Presidente da República lhe relatará, motivando-as, as medidas de exceção que houverem sido tomadas.".

[306] "Art 34 - Compete privativamente ao Congresso Nacional:
(...)
21º) declarar em estado de sítio um ou mais pontos do território nacional, na emergência de agressão por forças estrangeiras ou de comoção interna, e aprovar ou suspender o sítio que houver sido declarado pelo Poder Executivo, ou seus agentes responsáveis, na ausência do Congresso;".

[307] HC 300 / RJ, Pleno, rel. Min. Costa Barradas, j. 27.04.1892, publicado em: Revista O Direito, Vol. 20, Tomo 58, 1892, p. 302 e Obras Completas de Rui Barbosa (1892), Vol. 19, Tomo 3, 1956, p. 355.

[308] Pleno, rel. Min. Ferreira da Silva, j. 16. 08.1898, publicado em Obras completas de Rui Barbosa (1898), Vol. 25, Tomo 4, 1948, p. 331.

[309] Em realidade, em função da revolta de Canudos, o presidente Prudente de Morais havia decretado estado de sítio, que perdurou até 23 de fevereiro de 1898. Ao cabo do estado de sítio, Rui Barbosa impetrou referido *habeas corpus* sob o fundamento de que, cessado este, cessariam todos os seus efeitos, incluindo o desterro determinado anteriormente.

negou proteção aos direitos individuais alegadamente violados por entender que as medidas governamentais estariam imunes da apreciação judicial.

À semelhança do HC 300, a decisão no HC 1.063 avaliou as disposições dos arts. 34, n. 21 e 80, § 3º, da Constituição de 1891, recorrendo, porém, à teoria das questões políticas para consignar o seguinte:

> E nem a circunstância de acharem-se vinculados direitos individuais às medidas que empregou o chefe do Poder Executivo para salvar o prestígio da lei e garantir a ordem pública, habilita o Poder Judiciário a intervir, por ser impossível separar esses direitos da questão política. Esta é a única interpretação que se adapta ao nosso direito constitucional, que não permite ao Poder Judiciário dilatar a esfera da sua jurisdição para se imiscuir nas funções políticas do Presidente da República.

Ainda no que se refere ao estado de sítio decretado sob a égide da Constituição de 1891, alguns autores recordam que, em três *habeas corpus* em que se discutia, ao fim e ao cabo, a decretação do estado de sítio no Distrito Federal pelo Presidente Hermes da Fonseca em 1914, o STF rechaçou qualquer análise do mérito do ato, mesmo diante da circunstância de o Congresso Nacional estar em recesso[310]. A decisão se baseou na incompetência do STF para avaliar a oportunidade e conveniência da prática de medida tão gravosa quanto a decretação do estado de sítio. Entendeu-se nestes *habeas corpus*, pois, que refugia à atribuição do Poder Judiciário julgar os motivos que embasaram a decisão presidencial, dada a natureza política do ato.

Também no ano de 1914, o Presidente Hermes da Fonseca decretou a intervenção federal no Estado do Ceará – em virtude de levante revolucionário ocorrido naquele Estado, culminando com a dualidade de Executivos e Legislativos naquela unidade federativa, à semelhança dos fatos subjacentes em *Luther v. Borden*.

[310] Trata-se dos *habeas corpus* n. 3.527, 3.528 e 3.539, ajuizados originariamente no Supremo Tribunal Federal. Confira-se: TEIXEIRA, José Elaeres Marques. *A doutrina das questões políticas no Supremo Tribunal Federal – STF*. Dissertação (mestrado) – Universidade Federal de Santa Catarina, 2004, p. 90-91 e RODRIGUES, Lêda Boechat. *História do Supremo Tribunal Federal*. Tomo I (1891-1898 – Defesa das Liberdades Civis). Rio de Janeiro: Editora Civilização Brasileira S.A., 1991, p. 15-58.

A intervenção federal decretada motivou a impetração originária de dois *habeas corpus* no Supremo Tribunal Federal[311]. No julgamento destes processos, o STF consignou que, a despeito de aparente violação da Constituição, não lhe caberia apreciar a intervenção decretada, posto que tal juízo crítico competiria exclusivamente ao Congresso Nacional. Isto porque, nos termos do art. 6º, § 1º, da Constituição Federal de 1891, "cabe, privativamente, ao Congresso Nacional decretar a intervenção nos Estados para (...) decidir da legitimidade de poderes, em caso de duplicata (...)".

A decisão pautou-se por postura autocomedida vez que deixou de apreciar o pedido, apesar de admitir a irregularidade da conduta do Presidente da República, "porque o Congresso é, não somente o juiz, o julgador do ato político da intervenção, mas, também, da responsabilidade do Presidente da República pelo excesso de poder que houvesse praticado"[312].

4. Questões políticas constituem pseudocritério de autocontenção judicial?

Autocontenção judicial, externando uma vontade autônoma do juiz constitucional de se limitar, somente se opera quando a restrição não decorre de norma constitucional ou legal. Quando presente norma jurídica, ainda que passível de interpretação, a limitação é imposta por elemento exterior, e não pela opção do julgador ou do tribunal de se autoconterem.

O exame das decisões judiciais fundadas nas questões políticas revela que nem sempre elas traduzem efetiva autocontenção, na medida em que muitas vezes concorre para a solução do caso alguma norma positivada, a denotar, em realidade, a ocorrência de – por assim dizer – uma forma não autêntica de autocontenção judicial.

---

[311] Trata-se dos HCs 3.513 e 3.688, conforme noticia José Elaeres Marques Teixeira (*A doutrina das questões políticas no Supremo Tribunal Federal – STF*. Dissertação (mestrado) – Universidade Federal de Santa Catarina, 2004, p. 97-100.

[312] Cf. TEIXEIRA, José Elaeres Marques. *A doutrina das questões políticas no Supremo Tribunal Federal – STF*. Dissertação (mestrado) – Universidade Federal de Santa Catarina, 2004, p. 101. Aliás, a decisão não deixou de externar certa lamentação ao reconhecer que o ato presidencial havia sido chancelado posteriormente pelo Legislativo, cabendo, então, ao Poder Judiciário, apenas acatar a resolução.

Como observado acima, no início da formação da jurisprudência da Suprema Corte sobre questões políticas, as decisões fundamentais neste período envolveram a aplicação de disposições constitucionais expressas. *Luther v. Borden, Pacific States Telephone Company v. Oregon* e muitos casos posteriores que reafirmaram suas conclusões em matéria de organização política dos variados estados[313] estiveram fundamentados na interpretação da cláusula constitucional que garante a forma republicana de governo – Artigo IV, seção 4, da Constituição.

Havia, nestas decisões, o que se pode denominar de forma média de autocontenção pela via das questões políticas: ao mesmo tempo em que se interpretava uma disposição constitucional expressa, a Suprema Corte deliberadamente se valia das questões políticas para embasar seus julgamentos. O receio com as repercussões políticas e sociais que se verifica nestas decisões indica que a fundamentação baseada exclusivamente no texto constitucional não seria suficiente para evitar algum tipo de conflagração social ou política temida pela corte. Os casos de duplicata de governos em estados federados brasileiros, também analisados no item 3.2, revela, do mesmo modo, a adoção desta forma média de autorrestrição, eis que concorreram limites normativos externos à intervenção judicial ao se apreciar a organização política destes entes.

A mesma cautela adicional se observa nos casos envolvendo relações exteriores: em realidade, os casos analisados no item 3.1 acima, tanto brasileiros quanto norte-americanos, foram resolvidos, em grande medida, com base em dispositivos dos respectivos textos constitucionais, que, por si sós, já seriam suficientes para a limitar a intervenção judicial. A exemplificar esta constatação, tem-se que, em *Oetjen v. Central Leather Company*, a Suprema Corte assentou, expressamente, que "a condução das relações exteriores de nosso governo está confiada pela Constituição ao executivo e ao legislativo – os departamentos 'políticos' do governo e o que pode ser feito no exercício deste poder político não está sujeito à inquirição ou decisão judiciais"[314].

---

[313] *Kiernan v. City of Portland*, 223 U.S. 151 (1912); *Marshall v. Dye*, 231 U.S. 250 (1913); *O'Neill v. Learner*, 239 U.S. 244 (1915); *Ohio ex rel. Davis v. Hildebrant*, 241 U.S. 565 (1916); *Ohio ex rel. Bryant v. Akron Metropolitan Park Dist*., 281 U.S. 74, 79-80 (1930) e *Highland Farms Dairy, Inc. v. Agnew*, 300 U.S. 608, 612 (1937). Veja-se, a propósito, o item 3.2 acima.

[314] *Oetjen v. Central Leather Company*, 246 U.S. 297 (1918). Tradução livre deste autor. No original: "*The conduct of the foreign relations of our government is committed by the Constitution to the executive and legislative – 'the political' – departments of the government, and the propriety of what may be done in the exercise of this political power is not subject to judicial inquiry or decision*".

Cenário análogo se observa na aplicação, pelo STF, das questões políticas no campo do processo legislativo. A teor do que se extrai dos casos analisados no item 3.3 supra, decididos pelo Supremo Tribunal Federal, o recurso à doutrina em exame nas demandas afetas ao processo legislativo foi conjugado com a aplicação de dispositivos constitucionais e legais que também serviram de limites à jurisdição constitucional do STF.

Em matéria de *impeachment*, do mesmo modo, como examinado acima (item 3.4 deste capítulo), a invocação da doutrina das questões políticas como instrumento para a autocontenção judicial se deu em paralelo à interpretação de cláusulas constitucionais e legais que condicionam a atividade judicial das duas cortes supremas objeto de análise[315].

A doutrina das questões políticas, em todos estes casos, funcionou mais como reforço argumentativo do que propriamente razão essencial para as decisões, eis que a limitação judicial decorrera, fundamentalmente, de regras constitucionais ou legais que já indicavam a impertinência da apreciaçao judicial sobre as questões politicamente mais sensíveis. Também nestes casos, por estes motivos, se pode observar a ocorrência de formas meramente médias de autocontenção.

Diante deste contexto, verifica-se que *Baker v. Carr*, figurando como o grande cânone da sistematização das situações configuradoras das questões políticas[316], significa mais um profundo estudo sobre competências constitucionais do que propriamente um marco da verdadeira definição da autocontenção judicial por intermédio das questões políticas. O peso da vontade endógena de se autorrestringir é contrabalanceado pelo exame de disposições que moldam a separação de poderes na Constituição estadunidense. No voto do *justice* Brennan, que exprimiu o posicionamento da maioria, se admitiu o seguinte:

> Parece que as inúmeras formulações variam levemente de acordo com a forma com que os temas levantados descrevem uma questão política, em que pese

[315] Ilustra esta percepção o seguinte trecho da decisão proferida na ADPF 378, acima estudada: "Diante da razoabilidade de se considerar que há uma autorização implícita para que votações no âmbito do Congresso, em especial quando digam respeito ao sufrágio, sejam declaradas sigilosas pelas regras infraconstitucionais, desde que a finalidade seja coincidente com as finalidades extraíveis das exceções expressas do texto constitucional, a intervenção do Poder Judiciário no Poder Legislativo deve, em homenagem à tripartição dos poderes, submeter-se à autocontenção. Portanto, não compete ao Poder Judiciário sindicar atos administrativos do Parlamento, quando as soluções são múltiplas e constitucionalmente adequadas. Volta-se aqui à noção de autocontenção do Estado-Juiz perante o Parlamento, em homenagem à tripartição dos poderes. Não cabendo ao Poder Judiciário atuar como intérprete do regimento interno de casa legiferante.".

[316] Vide item 2.2 supra.

> cada uma tenha um ou mais elementos que a identifiquem como sendo essencialmente uma função da separação dos poderes.[317]

Assim, a par do mérito de sistematizar as hipóteses de aplicação da teoria das questões políticas, *Baker* conjugou tanto elementos característicos da autocontenção, isto é, a vontade intrínseca por se autolimitar, com normas constitucionais próprias da separação de poderes, demonstrando que a conclusão esteve permeada também por circunstâncias exógenas à própria vontade da corte. Não cabe falar aqui, do mesmo modo, em forma forte de autocontenção, uma vez que tal comportamento não foi a única razão para a atuação judicial mais restringida.

No entanto, situações há em que o recurso às questões políticas traduz pura e simples pseudoautocontenção: apesar de invocado este critério de autocontenção, a postura do tribunal decorre unicamente de normas exógenas. É possível falar, então, em forma fraca (para não dizer falsa) de autocontenção: afirma-se um critério de autorrestrição judicial (no caso, a teoria questões políticas) quando, em realidade, se observa mera aplicação ou interpretação da Constituição ou outra norma ao caso concreto.

Este fenômeno é particularmente evidente na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal brasileiro nas primeiras menções à teoria das questões políticas na Primeira República, como examinado no item 3.6 acima. Nestas situações, tal teoria foi invocada para resolver casos que, em realidade, foram decididos pela aplicação ou interpretação de normas constitucionais ou regimentais.

Com efeito, o HC 300, ao analisar prisões decretadas no bojo do estado de sítio decretado sobre o Distrito Federal em 1892 por Floriano Peixoto, por razões de evidente prudência no conflito interno, citou a teoria das questões políticas (baseando-se, inclusive, em *Marbury v. Madison*), mas a limitação ali verificada decorreu das disposições constitucionais reguladoras da sucessão presidencial, em especial o art. 42, da Constituição de 1891[318] e o art. 1º, § 2º, das Disposições Transitórias da Constituição de 1891[319], bem

[317] *Baker v. Carr*, 369 U.S. 186 (1962). Tradução livre deste autor. No original: "*It is apparent that several formulations which vary slightly according to the settings in which the questions arise may describe a political question, although each has one or more elements which identify it as essentially a function of the separation of powers.*".

[318] "Art. 42 - Se no caso de vaga, por qualquer causa, da Presidência ou Vice-Presidência, não houverem ainda decorrido dois anos do período presidencial, proceder-se-á a nova eleição.".

como das normas afetas ao estado de sítio, sobretudo os artigos 80, § 3º[320] e 34, n. 21[321], do mesmo texto constitucional.

O mesmo se pode observar no julgamento dos *habeas corpus* impetrados em face da decretação da intervenção federal no estado do Ceará também ano de 1914, pelo então presidente Hermes da Fonseca. Aqui, foi decisivo para o julgamento o comando do art. 6º, § 1º, da Constituição Federal de 1891, que dava poder privativo ao Congresso para "decretar a intervenção nos Estados para (...) decidir da legitimidade de poderes, em caso de duplicata (...)". Mais uma vez, em que pese ser possível debater a correta aplicação deste dispostivo ao caso concreto, fato é que o senso de limitação próprio do tribunal não foi o único argumento a decidir a demanda.

É possível perceber, do mesmo modo, que as demandas em que as questões políticas foram invocadas com fundamento nas dificuldades institucionais do Poder Judiciário (item 3.5 deste capítulo) também denotaram o uso de um pseudocritério de autorrestrição judicial. Os casos da assim denominada Era da Reconstrução norte-americana – *Mississippi v Johnson* e *Georgia v. Stanton*, a propósito, indicam que a Suprema Corte mencionou as questões políticas, quando, em realidade, tais casos foram decididos pelas normas constitucionais conformadoras da separação de poderes. *Gilligan v. Morgan*, por sua vez, como visto, analisou temas complexos como treinamento, aparelhamento e comando da Guarda Nacional à luz de disposições constitucionais, tendo as questões políticas figurado como pseudocritério de autolimitação judicial. Também

---

[319] "Art. 1º - Promulgada esta Constituição, o Congresso, reunido em assembléia geral, elegerá em seguida, por maioria absoluta de votos, na primeira votação, e, se nenhum candidato a obtiver, por maioria relativa na segunda, o Presidente e o Vice-Presidente dos Estados Unidos do Brasil.
§ 1º - Esta eleição será feita em dois escrutínios distintos para o Presidente, e o Vice-Presidente respectivamente, recebendo-se e apurando-se em primeiro lugar as cédulas para Presidente, e, procedendo-se em seguida do mesmo modo para o Vice-Presidente,
§ 2º - O Presidente e o Vice-Presidente, eleitos na forma deste artigo, ocuparão a Presidência e a Vice-Presidência da República durante o primeiro período presidencial.".

[320] "Art. 80 - Poder-se-á declarar em estado de sítio qualquer parte do território da União, suspendendo-se aí as garantias constitucionais por tempo determinado quando a segurança da República o exigir, em caso de agressão estrangeira, ou comoção intestina (art. 34, nº 21).
(...)
§ 3º - Logo que se reunir o Congresso, o Presidente da República lhe relatará, motivando-as, as medidas de exceção que houverem sido tomadas.".

[321] "Art. 34 - Compete privativamente ao Congresso Nacional:
(...)
21º) declarar em estado de sítio um ou mais pontos do território nacional, na emergência de agressão por forças estrangeiras ou de comoção interna, e aprovar ou suspender o sítio que houver sido declarado pelo Poder Executivo, ou seus agentes responsáveis, na ausência do Congresso;".

neste caso o agir judicial mais restrito foi imposto pela Constituição, não pelo comportamento unilateral da corte.

Os casos de pseudoautocontenção demonstram um certo senso de utilidade em se mencionar as questões políticas como razão de decidir. Nestas situações, o recurso às questões políticas é meramente figurativo, eis que alguma regra externa aplicada foi, de fato, o motivo para a atuação judicial limitada[322]. Pode-se cogitar, assim, que as questões políticas – enquanto critério de autocontenção – muitas vezes atuam como um ativo que pode ser utilizado por supremas cortes no exercício de suas jurisdições constitucionais: em determinadas situações convém invocá-las, ainda que a solução decorra do próprio ordenamento jurídico-positivo. Questões políticas nestes casos seriam, pois, desnecessárias tecnicamente para fixar limites à atuação jurisdicional. No entanto, ainda assim, gozam de uma utilidade bastante a ponto de serem invocadas nas respectivas decisões. O estudo detido dos argumentos utilizados, porém, descortina, nestes casos, uma forma fraca – ou mesmo falsa – de autocontenção.

Isto não significa, todavia, que as questões políticas nunca caracterizam um critério autêntico de autocontenção judicial. Casos há em que elas são efetivamente tratadas pelos tribunais como limitadores de suas atuações. Portanto, embora em um número muito menor de casos do que se poderia imaginar inicialmente, a invocação das questões políticas pode constituir motivo verdadeiro para o autocomedimento judicial. Nestas hipóteses, elas funcionam sem qualquer elemento limitador externo e somente nestes casos a opção pela autorrestrição é genuinamente fundada em comportamento autônomo da jurisdição constitucional.

Esta forma por assim dizer "forte" (ou mesmo "verdadeira") de autocontenção mediante questões políticas se verificou, por exemplo, em *Marbury v. Madison*, conforme se verifica no excerto abaixo:

---

[322] Na linha da observação precisa de Louis Henkin, "ninguém precisa de uma especial doutrina para descrever o respeito ordinário que as cortes devem ter em relação aos poderes políticos" (Is There a "Political Question" Doctrine? *The Yale Law Journal*, Vol. 85, N. 5, p. 598, 1976. Tradução livre deste autor. No original: "*One needs no special doctrine to describe the ordinary respect of the courts for the political domain.*"). Da mesma maneira, Louis Michael Seidman ressalta que, nestas situações, "a doutrina não faz nenhum trabalho que já não tenha sido feito por provisões substantivas do direito constitucional". (The secret life of the political question doctrine. *The John Marshall Law Review*, Vol. 37, p. 444, 2004. Tradução livre deste autor. No original: "*the doctrine does no work not already done by substantive provisions of constitutional law*").

> E independentemente da opinão que possa ser lançada sobre o modo com que a discricionariedade executiva possa ser usada, não existe e não pode existir poder para controlar tal discricionariedade. Os assuntos são políticos. Eles dizem respeito à nação, não a direitos individuais, e estão atribuídas ao executivo, a decisão do executivo é definitiva.
>
> A província da corte é, somente, decidir sobre direitos dos indivíduos, e não perquirir como o executivo, ou agentes do executivo, desempenham os seus deveres, no que eles possuem discricionariedade. Questões, que sejam políticas em sua natureza, ou que sejam, pela constituição e pelas leis, submetidas ao executivo, não podem nunca ser definidas nesta corte.[323]

Giles v. Harris, do mesmo modo, também traduz um caso de decisão autenticamente fundada pelo autocomedimento, abstraídas considerações sobre a justiça ou adequação do julgado. De fato, Em *Giles* a Suprema Corte rejeitou a inscrição dos negros do condado de Montgomery, Alabama com base unicamente no caráter político da questão, de modo a não se vislumbrar motivo para a tutela judicial pretendida. A decisão em *Coleman v. Miller*, igualmente – examinada a propósito do processo legislativo (item 3.3, acima) –, constitui exemplo de forma forte de autocontenção judicial pela via das questões políticas, eis que o comportamento restringido do tribunal não se baseou em elementos normativos externos.

Como se pode perceber, nem todas as decisões fundadas na doutrina das questões políticas configuram autêntico autocomedimento judicial. Muitas vezes esta postura é observada juntamente com a aplicação de norma jurídica exógena (constitucional ou legal), a mitigar a senso de prudência exclusiva da corte. Afinal, nestas hipóeses, a atuação judicial mais restrita não decorreu unicamente de um ato unilateral da jurisdição constitucional; a Constituição ou o ordenamento legal também lhe impunham agir assim. Nestes casos híbridos, como salientado, verifica-se a ocorrência de forma média de autorrestrição judicial.

---

[323] I Cranch (U. S.) 137 (1803). Tradução livre deste autor. No original: "*By the Constitution of the United States, the President is invested with certain important political powers, in the exercise of which he is to use his own discretion, and is accountable only to his country in his political character, and to his own conscience. [A]nd whatever opinion may be entertained of the manner in which executive discretion may be used, still there exists, and can exist, no power to control that discretion. The subjects are political. They respect the nation, not individual rights, and being entrusted to the executive, the decision of the executive is conclusive. The province of the court is, solely, to decide on the rights of individuals, not to enquire how the executive, or executive officers, perform duties in which they have a discretion. Questions, in their nature political, or which are, by the constitution and laws, submitted to the executive, can never be made in this court.*".

Em outras situações, como visto, a teoria das questões políticas significa apenas um pseudocritério de autocontenção, isto é, hipóteses em que a sua invocação em nada contribui com o desfecho da decisão judicial, pois ela apenas recobre a interpretação ou aplicação de norma constitucional ou legal conformadora da atuação judicial. Trata-se, nestas ocasiões, de forma fraca de autolimitação judicial.

Tem-se, portanto, que o estudo detido da doutrina das questões políticas conduz a um campo sensivelmente menor de sua aplicação como critério autêntico e genuíno de autocontenção judicial. Abstraída a sua utilização em concurso com normas exógenas (forma média de autocontenção) e também a sua utilização falsa (pseudocritério de autocontenção ou forma fraca), a forma forte (ou autêntica, genuína) com que as questões políticas se apresentam como critério de autocontenção ocorrem em um número de situações marcadamente menor do que se poderia supor em uma primeira análise. A prática da autocontenção judicial com base neste critério, como se pode notar, é muito mais rarefeita do que supremas cortes o afirmam em suas decisões.

CAPÍTULO III – PRESUNÇÃO DE CONSTITUCIONALIDADE

1. Noções preliminares

Em um artigo publicado na *The Yale Law Journal*, em 1948, George D. Braden observou que "um dos primeiros dos recentes esforços empreendidos pelos *justices* a fim de criar uma filosofia explícita de autolimitação apareceu na agora famosa nota de rodapé do então pouco notado caso *Carolene Products*"[324]. Na referida nota de rodapé, o *justice* Stone tratava dos variados escopos com que deveria operar a corte ao decidir com base na presunção de constitucionalidade.

Richard Posner, de forma semelhante, registrou que se pode observar a autocontenção judicial quando juízes se mostram deferentes às decisões legislativas e executivas editadas por outros poderes ou órgãos estatais. Para o autor, a autorrestrição judicial é motivada pelo reconhecimento de que os órgãos politicamente eleitos possuem maior capacidade institucional para definir políticas estatais e, em decorrência, os atos normativos por eles aprovados deveriam ser presumidamente adequados. Esta postura refletiria, em suma, um exercício de modéstia judicial[325]. Estas perspectivas assinalam que a presunção de constitucionalidade, na linha da afirmação de Andrew Hessick, constitui "um dos limites que o judiciário se autoimpôs no exercício da jurisdição constitucional"[326].

O Supremo Tribunal Federal, por sua vez, já afirmou que a presunção de constitucionalidade, justificada pela "legitimidade democrática dos agentes públicos eleitos

[324] BRADEN, George D. The search for objectivity in constitutional law. *The Yale Law Journal*, Vol. 57, N. 4, p. 579, 1948. Tradução livre deste autor. No original: "*One of the first of recent efforts by justices to make explicit a philosophy of self-limitation appeared in Chief Justice Stone's now famous footnote in the otherwise little noticed Carolene Products case.*".

[325] POSNER, Richard A. The Rise and Fall of Judicial Self-Restraint. *California Law Review*, Vol. 100, N. 3, p. 520-521, jun. 2012.

[326] HESSICK, F. Andrew. Rethinking the Presumption of Constitutionality. *Notre Dame Law Review*, Vol. 85, N. 4, p. 1.447, 2010. Tradução livre deste autor. No original: "*One of the judiciary's self-imposed limits on the power ofjudicial review is the presumption of constitutionality.*".

encarregados da elaboração normativa", "funciona como fator de autolimitação da atuação do Poder Judiciário, recomendando uma maior deferência em relação ao legislador." [327].

A presunção de constitucionalidade de que gozam os atos normativos do poder público, em especial as leis, traduz a noção de que são os órgãos democraticamente eleitos (e não a judicatura) que melhor representarão a vontade de povo em regimes democráticos[328]. Ademais, esta presunção expressa a probabilidade de que processos políticos regulares tendem a rechaçar opções normativas indesejadas ou equivocadas[329]. A presunção de constitucionalidade, sob este panorama, municia juízes constitucionais com os fatos plausíveis e que sejam necessários para satisfazer testes acerca da constitucionalidade de atos normativos[330].

Em virtude disto é que os órgãos da justiça constitucional recorrem a este juízo de probabilidade para exercer suas funções com comedimento, valendo-se deste critério para, unilateralmente, não exercer em plenitude as tarefas afetas à jurisdição constitucional.

Sob este panorama, tem-se que a presunção de constitucionalidade, figurando como um juízo de probabilidade[331], opera, como observava James Bradley Thayer, como uma regra informal de administração da Justiça[332]. Neste contexto, constitui produto da criação autônoma de juízes e tribunais para não exercerem em todo o seu potencial a função jurisdicional. Ostenta, pois, a condição de limite que a jurisdição constitucional se autoimpõe ao apreciar a constitucionalidade de atos normativos.

---

[327] ADC 41/DF, Pleno, rel. min Roberto Barroso, j. 08.06.2017, DJe 17.08.2017.

[328] Cf. McWHINNEY, Edward. The Supreme Court and the Dilemma of Judicial Policy-Making. *Minnesota Law Review*, Vol. 39, p. 841-842, 1955.

[329] Veja-se a nota de rodapé 4 em *United States v. Carolene Products Co*., 304 U.S. 144 (1938), abaixo comentada.

[330] Cf. HESSICK, F. Andrew. Rethinking the Presumption of Constitutionality. *Notre Dame Law Review*, Vol. 85, N. 4, p. 1.447, 2010.

[331] Vide, a propósito: TOMMASINI, Nicola. *A Presunção de Constitucionalidade e Inconstitucionalidade das Leis*. Dissertação (mestrado) – Universidade de São Paulo, 2018, p. 58-59.

[332] Cf. THAYER, James Bradley. The origin and scope of the American doctrine of constitutional law. *Harvard Law Review,* Vol. VII, n. 3, p. 138, 140, 144 e 152, 1893. Esta mesma compreensão foi expressada pelos *justices* Douglas, Frankfurter e Black em *McCarroll v. Dixie Greyhound Lines, Inc.*, 309 U.S. 176 (1940), conforme item 3.2. abaixo.

2. Caracterização da presunção de constitucionalidade como critério de autocontenção judicial

A presunção de constitucionalidade das leis editadas pelos órgãos democraticamente eleitos remonta à gênese da jurisdição constitucional, tendo sido incorporada pelos dois tribunais examinados nesta pesquisa como critério de autocontenção.

Segundo James Bradley Thayer[333], a primeira menção de que se tem notícia a esta presunção se deu como *obiter dictum* no voto do juiz Pendleton, presidente da Suprema Corte da Virgínia, em 1782, ao questionar o poder de declarar nulos atos legislativos que não fossem contrários aos termos exatos da Constituição[334]. Constata-se, ainda segundo Thayer[335], a existência de outras decisões anteriores a *Marbury v. Madison* – no âmbito de cortes estaduais e da Suprema Corte federal – que declinaram de pronunciar a inconstitucionalidade de leis aprovadas pelo Congresso eis que não identificadas violações claras e plenas à Constituição[336]. Neste mesmo sentido já se afirmava no Federalista 78, publicado em 1788, que, diante de uma "irreconciável discrepância" entre atos normativos e a Constituição, caberia ao Poder Judiciário declarar nulos todos aqueles atos que fossem contrários ao "manifesto espírito da Constituição"[337].

Para Larry D. Kramer, por sua vez, a criação da presunção de constitucionalidade pelos órgãos encarregados da justiça constitucional remonta à disputa travada logo após a ratificação da Constituição norte-americana entre federalistas e republicanos acerca de

---

[333] THAYER, James Bradley. The origin and scope of the American doctrine of constitutional law. *Harvard Law Review*, Vol. VII, N. 3, p. 123-141, 1893.

[334] *Com. v. Call*, 4 Call, 5. O trecho original do voto é o seguinte: "*How far this court, in whom the judiciary powers may in some sort be said to be concentrated, shall have power to declare the nullity of a law passed in its forms by the legislative power, without exercising the power of that branch, contrary to the plain terms of that constitution, is indeed a deep, important, and, I will add, a tremendous question, the decision of which would involve consequences to which gentlemen may not.... have extended their ideas.*".

[335] THAYER, James Bradley. The origin and scope of the American doctrine of constitutional law. *Harvard Law Review*, Vol. VII, N. 3, p. 140-141, 1893.

[336] É o caso da decisão proferida pela Corte Geral da Virgínia, em 1793, em *Kemper v. Hawkins*, Va. Cases, p. 60 e aquelas dada pela Suprema Corte em *Ware v. Hylton*, 3 DalI. 171 e em *Cooper v. Telfair*, 4 Dall. 14., proferidas, respectivamente, em 1796 e 1800.

[337] HAMILTON, Alexander; JAY, John; MADISON, James. *O Federalista*. Tradução de Ricardo Rodrigues Gama. 3ª ed. Campinas: Russell editores, 2010, p. 479.

quem haveria de possuir a palavra final sobre o sentido da Constituição[338]. Para o grupo republicano, liderado por Thomas Jefferson, havendo dúvida sobre a constitucionalidade de uma lei, caberia ao povo superar tal ambiguidade[339]. Segundo a visão que os republicanos tinham a respeito do controle de constitucionalidade, as cortes agiriam na condição de meros agentes do povo. Quando declaravam a inconstitucionalidade de um ato normativo, estariam agindo em conformidade com a presunção de que seus constituintes (o povo) assim o teriam determinado. Mas tal presunção, por esta perspectiva, "não deveria ceder facilmente", cabendo aguardar-se a ocorrência de "condições de quase-certeza", eis que o povo, titular deste poder, teria a capacidade de agir sem a intermediação judicial a qualquer tempo[340]. Os federalistas, de outra parte, compreendiam que o poder de declarar a inconstitucionalidade de atos normativos recairia diretamente sobre juízes e cortes de justiça, que exerceriam este mister por si mesmos, ou seja, não atuariam como delegatários do povo. Também sob este enfoque haveriam os juízes constitucionais de observar a presunção de constitucionalidade. De fato, para os federalistas, a não observância da lei somente seria admitida se a "inconstitucionalidade fosse clara", de maneira que "em todos os casos duvidosos, o ato normativo deveria ser preservado"[341].

Seja como for, tanto para republicanos quanto para federalistas, já ao tempo da formação da federação norte-americana se recorria à presunção de constitucionalidade

---

[338] Vide, a respeito, a exposição histórica realizada no Capítulo I, item 4, desta tese, bem como as referências ali indicadas. Sobre a disputa entre federalistas e republicanos acerca da última palavra em matéria de interpretação constitucional, veja-se também: CASAGRANDE, Cássio Luís; BARREIRA, Jônatas Henriques. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, A. 56 N. 221, p. 259 jan./mar. 2019. Acerca da concepção, em geral, da noção de constitucionalismo forjada a partir da Convenção da Filadélfia de 1787, veja-se: AVELINO, Pedro Buck. *Constitucionalismo: definição e origem*. Dissertação (mestrado) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC/SP. Programa de Pós-Graduação, 2007.

[339] Cf. KRAMER, Larry D. Judicial Supremacy and the End of Judicial Restraint. *California Law Review*, Vol. 100, N. 3, p. 625, jun. 2012 e TREANOR, William Michael. Judicial Review before Marbury. *Stanford Law Review*, Vol. 58, N. 2, p. 455-562, 2005.

[340] KRAMER, Larry D. Judicial Supremacy and the End of Judicial Restraint. *California Law Review*, Vol. 100, N. 3, p. 625-626, jun. 2012. Tradução livre deste autor. O trecho integral, no original, é o seguinte: "*This is an important point to understand: under the Republican view of judicial review, courts were acting as agents of the people. When they declared legislation void for being unconstitutional, they were acting in a manner they presumed their principal had commanded. Such presumptuousness was not to be indulged lightly, however, and should await conditions of near certainty because the principal was capable of acting on its own and retained primary responsibility for doing so at all times.*".

[341] KRAMER, Larry D. Judicial Supremacy and the End of Judicial Restraint. *California Law Review*, Vol. 100, N. 3, p. 625-626, jun. 2012. Tradução livre deste autor. O excerto original tem a seguinte redação: "*It was, even so, important not to withhold enforcement of a law unless its unconstitutionality was clear, and Federalists, too, took pains to emphasize that "in all doubtful cases ... the Act ought to be supported.*".

como ferramenta para comportamentos judiciais unilateralmente restringidos[342], sobretudo porque o texto constitucional não previa expressamente tal presunção[343].

A partir de então, se observou em algumas decisões da Suprema Corte a menção à impossibilidade de se pronunciar a inconstitucionalidade de leis quando houvesse dúvida a respeito da compatibilidade destes atos com a ordem constitucional, ainda que nem sempre se tenha, nestes primeiros casos, declarado a validade da lei com base nesta presunção[344].

É neste contexto que James Bradley Thayer elabora aquela que é considerada obra central em matéria de presunção de constitucionalidade[345]. Neste artigo se encontra, de forma analítica e sistematizada, o racicínio que conduziu à definição clássica de presunção de constitucionalidade, ao afirmar que "um ato legislativo somente pode ser desconsiderado quando aqueles que detêm o direito de elaborar as leis não cometeram apenas um mero erro, mas cometeram um erro muito claro – tão claro que sequer estaria

---

[342] Para Larry D. Kramer, aliás, muito antes da obra de James Bradley Thayer, já se verificava que "um conceito de autocontenção judicial exercia um papel em ambas as teorias acerca do controle de constitucionalidade. De fato, a noção de que as cortes de justiça deveriam exercer contenção já se mostrava algo central para ambas as abordagens." (KRAMER, Larry D. Judicial Supremacy and the End of Judicial Restraint. *California Law Review*, Vol. 100, N. 3, p. 624, jun. 2012. Tradução livre deste autor. No original: "*a concept of judicial self-restraint played a part in both theories of judicial review. That courts should exercise restraint was, in fact, central to both approaches.*").

[343] Andrew F. Hessick recorda que "a Constituição não comanda expressamente a observância da presunção de constitucionalidade (Rethinking the Presumption of Constitutionality. *Notre Dame Law Review*, Vol. 85, N. 4, p. 1.461, 2010. Tradução livre deste autor. No original: "*The Constitution does not explicitly command the presumption of constitutionality*").

[344] Vide, em caráter exemplificativo: *Hylton v. United States*, 3 U.S. 171 (1796); *Cooper v. Telfair*, 4 U.S. 14 (1800); *Dartmouth Coll. v. Woodward*, 17 U.S. 518 (1819) e *Ogden v. Saunders*, 25 U.S. 213 (1827).

[345] THAYER, James Bradley. The origin and scope of the American doctrine of constitutional law. *Harvard Law Review*, Vol. VII, N. 3, p. 129-156, 1893. Sobre a importância deste artigo de James Thayer, confira-se: POSNER, Richard A. The Rise and Fall of Judicial Self-Restraint. *California Law Review*, Vo. 100, N. 3, p. 533, jun. 2012; EPSTEIN, Lee; LANDES, William M. Was There Ever Such a Thing as Judicial Self-Restraint? *California Law Review*, Vol. 100, p. 558, 2012; SHERAIN, Howard. Thayer, Judicial Self-Restraint and Watergate. *Albany Law Review*, Vol. 38, p. 52-65, 1973; KRAMER, Larry D. Judicial Supremacy and the End of Judicial Restraint. *California Law Review*, Vol. 100, N. 3, p. 621-634, jun. 2012; TRIBE, Laurence H. *American Constitutional Law*. 3rd. edition. New York: New York Foundation Press, 2000, p. 304-311; SARMENTO, Daniel Sarmento; SOUZA NETO, Cláudio Pereira: Notas sobre jurisdição constitucional e democracia: a questão da "última palavra" e alguns parâmetros de autocontenção judicial. *Revista Quaestio Iuris*, Vol. 06, N. 02. p. 119-161; CLÈVE, Clèmerson Merlin; LORENZETTO, Bruno Meneses. Constituição federal, controle jurisdicional e níveis de escrutínio. *Direitos Fundamentais & Justiça*, Ano 9, N. 32, p. 113, 2015 e LEYVA, Raymundo Gama. James Bradley Thayer, un precursor de la teoría de las presunciones. *Teoria jurídica contemporânea*, Vol. 1, p. 97-121, 2016. Para Howard Sherain, aliás, "os defensores e críticos da autocontençao judicial, embora concordem em muito pouco, ambos estão de acordo em considerar James Bradley Thayer como o pai da autocontenção no nosso [norte-americano] direito. (Thayer, Judicial Self-Restraint and Watergate. *Albany Law Review*, Vol. 38, p. 53, 1973. Tradução livre deste autor. No original: "*While they agree upon little else, the advocates and the critics of judicial self-restraint agree upon James Bradley Thayer as the father of judicial self-restraint in our law*.").

sujeito a um debate racional"[346]. Tamanha é a relevância da contribuição de James B. Thayer para o tema objeto deste capítulo que se fala, propriamente, em um "modelo thayeriano de deferência"[347].

Para James B. Thayer, a presunção de constitucionalidade decorre da confiança a ser depositada no Poder Legislativo, que, tal como o Judiciário, deve ter atenção à Constituição, conformando seus atos a esta norma superior. Sem que houvesse essa confiança, segundo o autor, não se poderia exigir observância à autoridade dos poderes constituídos[348].

Ao tempo do artigo de Thayer, o debate entre federalistas e republicanos acerca de quem haveria de possuir a palavra final em matéria de defesa da Constituição já se encontrava superado. No final do século XIX a supremacia judicial já havia se consolidado como paradigma prevalecente no controle da constitucionalidade dos atos do poder público[349], o que, por si só, retirava a razão lógica para a subsistência de qualquer presunção em favor da legitimidade de atos de outros poderes. De fato, não haveria motivo para presumir-se a correição dos atos do legislador se, ao fim e ao cabo, e por força da própria Constituição, seria o Poder Judiciário o legítimo intérprete do texto constitucional[350].

---

[346] THAYER, James Bradley. The origin and scope of the American doctrine of constitutional law. *Harvard Law Review,* Vol. VII, N. 3, p. 143, 1893. Tradução livre deste autor. No original: "*It can only disregard the Act when those who have the right to make laws have not merely made a mistake, but have made a very clear one, - so clear that it is not open to rational question.*".

[347] A expressão é encontradas em: POSNER, Richard A. The Rise and Fall of Judicial Self-Restraint. *California Law Review*, Vol. 100, N. 3, p. 533, jun. 2012. Cabe registrar, todavia, que James B. Thayer não era o único autor a se debruçar de forma mais detida sobre a presunção de constitucionalidade ao seu tempo. Larry D. Kramer recorda, a propósito, dos seguintes textos relativamente contemporâneos a James B. Thayer: MEIGS, W. M. The Relation of the Judiciary to the Constitution. American Law Review, Vol. 19, p. 175, 1885 e DODD, Walter Fairleigh. The Growth of Judicial Power. Political Science Quarterly, Vol. 24, N. 2, p. 193-207, 1909. (conforme KRAMER, Larry D. Judicial Supremacy and the End of Judicial Restraint. *California Law Review*, Vol. 100, N. 3, p. 628, jun. 2012).

[348] Cf. THAYER, James Bradley. The origin and scope of the American doctrine of constitutional law. *Harvard Law Review,* Vol. VII, N. 3, p. 142, 1893.

[349] Cf. HESSICK, F. Andrew. Rethinking the Presumption of Constitutionality. *Notre Dame Law Review*, Vol. 85, N. 4, p. 1.455-1.456, 2010. A Suprema Corte reconheceu seu papel como intérprete última da Constituição, dentre outros, em: *Cooper v. Aaron*, 358 U.S. 1 (1958); *Baker v. Carr*, 369 U.S. 186 (1962); *United States v. Morrison,* 529 U.S. 598 (2000) e *Kimel v. Florida Bd. of Regents*, 528 U.S. 62 (2000).

[350] Cf. KRAMER, Larry D. Judicial Supremacy and the End of Judicial Restraint. *California Law Review*, Vol. 100, N. 3, p. 624, jun. 2012. Adaptação livre deste autor. O excerto original é o seguinte: "*Why should the Court defer, after all, if it is, by constitutional design, supposed to be the final, authoritative interpreter?*".

Deste modo, insistir-se na presunção de constitucionalidade como ferramenta para superação de dúvidas remanesceria como criação unilateral da jurisdição constitucional com vistas a preservar o seu capital político, reduzindo o seu próprio poder e, por consequência, maximizando o poder dos demais ramos de governo do Estado[351]. James B. Thayer, neste contexto, promove, em alguma medida, uma releitura do debate entre republicanos e federalistas acerca da titularidade da jurisdição constitucional, imputando-se agora ao Congresso (e não mais ao povo diretamente) a palavra final sobre a constitucionalidade dos atos normativos[352].

Como se pode perceber, James B. Thayer, embora reconhecendo a inviabilidade de se alterar o já cristalizado paradigma da supremacia judicial, buscou no antigo debate a respeito da presunção de constitucionalidade um mecanismo para que a interpretação judicial da Constituição causasse a menor interferência possível nas decisões dos poderes democraticamente compostos[353]. Funcionaria a presunção, ademais, como instrumento de

---

[351] "A presunção, assim, expande o poder do Congresso" (HESSICK, F. Andrew. Rethinking the Presumption of Constitutionality. *Notre Dame Law Review*, Vol. 85, N. 4, p. 1.454, 2010. Tradução livre deste autor. No original: "*The presumption thus expands the power of Congress*").

[352] "A principal preocupação de Thayer (...) seria restabelecer a ideia de que a autoridade primária para interpretar a Constituição está fora das cortes e que a autoridade judicial para declarar atos normativos inconstitucionais é, na melhor das hipóteses, um controle secundário (...) Em realidade, a teoria jeffersoniana não foi alterada nas mãos de Thayer. O mais importante é que a ideia de supervisão popular direta – assumida e amplamente aceita no começo da República – não mais fazia sentido. Ao contrário, Thayer reconheceu que os poderes políticos, especialmente o legislativo, é que oferecem a melhor expressão das visões populares. Mas o ponto crucial e a principal objeção de Thayer era repudiar a ideia de que a autoridade interpretativa sobre a Constituição tenha sido delegada às cortes em primeiro plano. A verdade, Thayer insistia, é exatamente o oposto. E assim é que as determinações legislativas sobre a constitucionalidade devem ser respeitadas, e o papel do judiciário é, quando muito, dar o menor passo quando a legislatura tiver claramente ultrapassado os limites que pessoas razoáveis poderiam dizer ser permitidos". (KRAMER, Larry D. Judicial Supremacy and the End of Judicial Restraint. *California Law Review*, Vol. 100, N. 3, p. 628-629, jun. 2012.Tradução livre deste autor. No original: "*Thayer's main concern—a concern highlighted both by the structure of the article and by the number of times Thayer makes the point—was to reassert that primary authority to interpret the Constitution is outside the courts and that judicial authority to declare statutes unconstitutional is, at most, a subordinate, secondary check (...) To be sure, Jeffersonian theory is not unchanged in Thayer's hands. Most importantly, the idea of direct popular supervision—assumed and widely accepted in the Early Republic—no longer made sense. Instead, Thayer assumed that the political branches of government, and especially the legislature, offer the best expression of popular views. But the crucial point, and Thayer's chief object, was to repudiate the idea that interpretive authority over the Constitution was delegated to courts in the first instance. The truth, Thayer insisted, is exactly the opposite. And so the legislature's determinations of constitutionality are entitled to respect, and the courts' role is at most the minimal one of stepping in when the legislature has plainly gone beyond the limits of what reasonable people could say is permitted"*).

[353] "O problema de Thayer é que, no entanto, a despeito de *Marbury* representar um equívoco, este precedente se arraigou na nossa [norte-americana] tradição jurídica, tendo se legitimado com a passagem do tempo, de modo que agora seria certamente impossível superar o precedente que ele firmou em relação à criação judicial do direito. Então, se *Marbury* não pode ser superado, como tal paradigma poderia subsistir do modo mais inofensivo possível? É no poder que própria Corte tem de elaborar as regras para a sua própria

proteção do Poder Judiciário, eis que, não obstante ser o intérprete último da Constituição, teria ao seu dispor ferramenta de natureza prudencial para evitar reação política adversa (*backlash*) às suas decisões[354]. É sob este panorama que James B. Thayer sustentou ser a presunção de constitucionalidade uma regra de administração da Justiça autonomamente criada pelos tribunais e que, mais do que isso, caberia à jurisdição constitucional aplicar, sempre que possível, tal presunção.

Esta forma de compreender o exercício da jurisdição constitucional nos Estados Unidos forjou, portanto, um específico critério de autocontenção judicial, conferindo à presunção de constitucionalidade a condição de mecanismo hábil para que juízes constitucionais deixassem de exercer em plenitude, ainda quando possível, as tarefas inerentes ao controle de constitucionalidade. Portanto, havendo dúvida a respeito da compatibilidade de um ato normativo em face da Constituição, conforme a anotação de

---

administração que Thayer encontra a solução para este problema. (...) Thayer protegeria o Congresso do judiciário instigando uma regra legítima – a regra interna da presunção de constitucionalidade – contra o precedente judicial já legitimado firmado em *Marbury v. Madison*. Por meio da criação deste conflito de regras internas uma contra a outra, Thayer conseguiu alcançar o resultado de que um ato do Congresso somente poderia ser invalidado quando manifestamente inconstitucional. (...) Especificamente, a presunção de constitucionalidade, como regra de equilíbrio, prescreve o seguinte: quando um ato do Legislativo é questionado perante uma corte, esta corte deve fazer uma presunção inicial em favor da sua constitucionalidade. Cabe à parte que impugna o ato normativo o ônus de provar tal alegação". (SHERAIN, Howard. Thayer, Judicial Self-Restraint and Watergate. *Albany Law Review*, Vol. 38, p. 54, 1973. Tradução livre deste autor. No original: "*Thayer's problem is, however, that while* Marbury *is incorrect, it has become so much a part of our judicial tradition, has been so legitimated by the passing of time, that it is now surely impossible to over-rule Marbury and its precedent for judicial legislation. So, if* Marbury *cannot be overturned, how can it be rendered as harmless as possible? It is in the Court's power to make the rules of its own administration that Thayer finds the solution to this problem. (...) Thayer would protect Congress from thejudiciary by pitting legitimate rule - the administrative presumption of constitutionality rule - against the legitimated Judicial legislation precedent of* Marbury v. Madison. *Through this playing off of rules against each other, Thayer sought to reach the result thait an Act of Congress could be invalidated only when manifestly unconstitutional. (...) Specifically, this counter-balancing presumption of constitutionality rule says this: when an act of the legislature is called into question in litigation before a court, that court should make an initial presumption in favor of the constitutionality ,of the act. It is the party contesting the act who, in asserting its unconstitutionality, must bear the burden of proof of his claim.*"

[354] Cf. KRAMER, Larry D. Judicial Supremacy and the End of Judicial Restraint. *California Law Review*, Vol. 100, N. 3, p. 633, jun. 2012. Segundo este autor, "não existe outra razão [para além da prudência] para fazer o que for necessário para proteger a habilidade da Corte de exercer o seu papel institucional. Em um mundo de supremacia judicial, deferência é simplesmente uma questão de expediente: de quão longe pode a Corte ir, como uma questão prática, sem sacrificar demais o seu capital político. (idem, p. 633. Tradução livre deste autor. No original: "*There is no reason beyond doing what is necessary to protect the Court's ability to play its institutional role. In a world of judicial supremacy, then, deference is simply a matter of expediency: of how far the Court can, as a practical matter, go without sacrificing too much of its political capital.*").

Howard Sherain, a jurisdição constitucional "deve exercer autocontenção judicial mediante o emprego da regra da 'presunção de constitucionalidade'"[355].

A função da presunção de constitucionalidade como instrumento de autorrestrição foi claramente externada no voto concorrente do *justice* Brandeis em *Ashwander v. Tennessee Valley Authority*[356]. Este caso levado à Suprema Corte discutia o direito de acionistas minoritários de uma empresa, com poder de voto, de impedir a execução de um contrato celebrado com uma agência do governo federal norte-americano, sob o argumento da inconstitucionalidade da avença, de modo a evitar danos alegadamente irreparáveis aos interesses da corporação.

Citando um expressivo rol de decisões anteriores que teriam conformado a "de há muito estabelecida presunção em favor da constitucionalidade das leis"[357], o voto em comento salientou o que segue:

> Até mesmo nas situações em que, em virtude do direito material, os investidores tenham o direito de questionar a validade da legislação sob a qual a administração de uma corporação esteja atuando, as cortes devem, no exercício de sua discricionariedade, rejeitar a demanda a não ser que a alegada invalidade seja clara. Isto parece decorrer como corolário da já estabelecida presunção em favor da constitucionalidade de uma lei[358]

A presunção de constitucionalidade se consolidou na jurisprudência da Suprema Corte no parâmetro da "dúvida razoável" que deveria militar em favor da produto do trabalho dos órgãos politicamente compostos[359]. Em suma, como registra Edward

---

[355] SHERAIN, Howard. Thayer, Judicial Self-Restraint and Watergate. *Albany Law Review*, Vol. 38, p. 58, 1973. Tradução livre deste autor. No original: "*should exercise judicial self-restraint by employing the 'presumption of constitutionality' rule.*".

[356] 297 U.S. 288 (1936).

[357] Os precedentes mencionados em Ashwander neste particular são os seguintes: *Calder v. Bull*, 3 Dall. 386, 3 U. S. 399 (1798); *Dartmouth College v. Woodward*, 17 U.S. 518 (1819); *Ogden v. Saunders*, 25 U.S. 213 (1827) e *Sinking-Fund Cases*, 99 U. S. 700 (1878). O excerto citado constitui tradução livre deste autor. No original: "*of the long established presumption in favor of the constitutionality of a statute*".

[358] *Ashwander v. Tennessee Valley Auth.*, 297 U.S. 288 (1936). Tradução livre deste autor. No original: "*Even where by the substantive law stockholders have a standing to challenge the validity of legislation under which the management of a corporation is acting, courts should, in the exercise of their discretion, refuse an injunction unless the alleged invalidity is clear. This would seem to follow as a corollary of the long established presumption in favor of the constitutionality of a statute.*".

[359] Como constou da decisão da Suprema Corte nos *Sinking Fund Cases*, 99 U.S. 700 (1878): "Toda presunção possível é em favor da validade de uma lei, e assim permanece até que o contrário seja

McWhinney, "a não ser que a Corte consiga afirmar que pessoas razoáveis não poderiam aprovar a legislação questionada, a Corte, independentemente de suas próprias visões, tem o dever de mantê-la"[360].

No cenário brasileiro, influenciado, desde a Constituição de 1891, pela doutrina e jurisprudência norte-americanas[361], a presunção de constitucionalidade das leis e atos normativos do poder público se assentou, do mesmo modo, na noção de que apenas os atos flagrantemente inconstitucionais é que caberiam ser declarados ilegítimos pelas autoridades judiciárias[362]. A propósito, Castro Nunes, reconhecendo que a presunção de constitucionalidade consitui uma "regra jurisprudencial", observou que também na jurisdição constitucional brasileira tal presunção se opera no contexto de dúvida sobre a constitucionalidade de um ato[363]. Afirma-se, com frequência, que tal presunção é relativa, cedendo passo sempre que a violação à Constituição for manifesta[364].

A essência da presunção de constitucionalidade está centrada, portanto, na recomendação de se adotar um juízo de provável legitimidade do ato normativo

---

demonstrado para além de uma dúvida racional" (tradução livre deste autor. No original: "*Every possible presumption is in favor of the validity of a statute, and this continues until the contrary is shown beyond a rational doubt.*"). Veja-se, no mesmo sentido: *Spector Motor Co. v. McLaughlin*, 323 U.S. 101 (1944), em que se afirmou que "um princípio central do direito constitucional é que o poder judicial de declarar uma lei inconstitucional é tão excepcional que deve ser utilizado apenas quando 'inevitável'" (tradução livre deste autor. No original: "*A central tenet of constitutional law is that the judicial power to declare a statute unconstitutional is an exceptional one, which should be used only when 'unavoidable'*."). Neste particular, confira-se também: BICKEL, Alexander M. *The Least Dangerous Branch: the Supreme Court at the bar of politics*. New Haven: Yale University Press, 1986, p. 35; HESSICK, F. Andrew. Rethinking the Presumption of Constitutionality. *Notre Dame Law Review*, Vol. 85, N. 4, p. 1.451, 2010 e TOMMASINI, Nicola. *A Presunção de Constitucionalidade e Inconstitucionalidade das Leis*. Dissertação (mestrado) – Universidade de São Paulo, 2018, p. 29-32.

[360] McWHINNEY, Edward. The Supreme Court and the Dilemma of Judicial Policy-Making. *Minnesota Law Review*, vol. 39, p. 848, 1955. Tradução livre deste autor. No original: "*unless the Court can say that reasonable men could not possibly have passed the legislation in question, the Court irrespective of its own views on the legislation, must uphold it.*".

[361] Vide Capítulo II, item 2.

[362] Cf. LESSA, Pedro. *Do Poder Judiciário*. Rio de Janeiro: Livraria Francisco Alves, 1915, p. 139 e 143; MAXIMILIANO, Carlos. *Commentarios à Constituição Brasileira*. 2ª ed. Rio de Janeiror: Jacintho Ribeiro dos Santos editor, 1923, p. 100 e MENDES, Gilmar Ferreira. *Controle Abstrato de Constitucionalidade: ADI, ADC e ADO – comentários à Lei n. 9.868/99*. 1ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 432-481.

[363] "Presume-se que a legislatura agiu dentro dos seus poderes constitucionais; de modo que na dúvida a Côrte se abstém de pronunciar a invalidade do ato" (NUNES, José de Castro. *Teoria e Prática do Poder Judiciário*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1943, p. 590)

[364] Cf. NUNES, José de Castro. *Teoria e Prática do Poder Judiciário*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1943, p. 590 e FAJARDO, Cláudio Marcelo Spalla Fajardo. Súmula STF nº 347: uma nova abordagem sobre a competência do TCU para apreciar a constitucionalidade de leis e de atos normativos do Poder Público. *Revista do TCU*, N. 111. p. 17-34, 2008.

questionado quando existente dúvida a respeito de sua compatibilidade com a Constituição[365].

A jurisprudência da Suprema Corte, ademais, estabeleceu parâmetros graduados de presunção de constitucionalidade, dosando o grau do juízo de probabilidade que juízes constitucionais deveriam creditar às opções legislativas. Não obstante a relevância do estabelecimento de *standards* desta natureza, fato é que coube a uma curta e singela nota de rodapé – completamente despercebida ao tempo em que escrita[366] – assumir a condição de baliza fundamental da presunção de constitucionalidade das leis na jurisprudência da Suprema Corte. Trata-se da quarta nota de rodapé no voto do do *justice* Stone, que exprimiu a posição do tribunal em *United States v. Carolene Products Co*[367], cujo debate subjacente envolvia os limites do Estado na regulação econômica[368].

A hoje célebre nota de rodape (*footnote*) 4 propôs que juízes deveriam ser mais rigorosos na análise da legislação que, *prima facie*, se mostrasse contrária a alguma proibição específica da Constituição, tais como as disposições das dez primeiras emendas. Ademais, a anotação do *justice* Stone sugeriu que as leis que restringissem o processo político deveriam contar com uma presunção mais fraca de sua constitucionalidade, estando, portanto, submetidas a um escrutínio judicial mais rigoroso, eis que o processo político idôneo é que pode evitar que venha a lume decisões legislativas indesejadas. Do mesmo modo, também não deveriam gozar do mesmo prestígio aquelas leis que

---

[365] Vide, por todos: ROCHE, John P. Judicial Self-Restraint. *The American Political Science Review*, Vol. 49, N. 3, p. 763-764, 1955; SPILLENGER, Clyde. Reading the Judicial Canon: Alexander Bickel and the Book of Brandeis. *The Journal of American History*, Vol. 79, N. 1, p. 125-151, 1992 e FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Do Processo Legislativo*. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 98-99.

[366] Cf. BRADEN, George D. The search for objectivity in constitutional law. *The Yale Law Journal*, Vol. 57, N. 4, p. 579-580, 1948.

[367] 304 U.S. 144 (1938).

[368] Acerca da importância da *footnote* 4 de *Carolene Products*, a despeito de ter sido apresentada como *obiter dictum* no julgado, veja-se: SUNSTEIN, Cass R. The Supreme Court 1995 term foreword: Leaving Things Undecided. *Harvard Law Review*, Vol. 110, p. 04-101, 1996; FALLON JR., Richard H. The Supreme Court 1996 term foreword: Implementing the Constitution. *Harvard Law Review*, Vol. 111, p. 56-152, 1997; McWHINNEY, Edward. The Supreme Court and the Dilemma of Judicial Policy-Making. *Minnesota Law Review*, Vol. 39, p. 841, 1955; WRIGHT, J. Skelly. The role of the Supreme Court in a democratic society-judicial activism or restraint? *Cornell Law Review*, Vol. 54, N. 1, 3, p. 26, 1969 e LENTA, Patrick. Judicial Restraint and Overreach. *South African Journal on Human Rights*, Vol. 20, p. 552, 2004. O parâmetro da presunção de constitucionalidade estabelecido na nota de rodapé 4 em *Carolene Products* também já foi citado pelo Supremo Tribunal Federal na ADPF 187/DF (Pleno, rel. min. Celso de Mello, j. 15.06.2011, DJe 29.05.2014).

veiculassem algum tipo de discriminação com "minorias separadas e isoladas"[369] – isto é, aquelas minorias tradicionalmente excluídas – cabendo uma atuação judicial mais incisiva, assim, ao apreciar leis voltadas a grupos religiosos, raciais ou a estrangeiros.

Por consequência, fora deste esquadro indicado em rodapé de *Carolene Products*, a presunção em favor da constitucionalidade das opções políticas majoritárias deveria ser mais forte, reduzindo o espaço de atuação judicial em áreas, e.g., como a disciplina legislativa das atividades econômicas, que, aliás, era o tema levado à apreciação da corte em *Carolene Products*. Tal proposição acabou por configurar, por um lado, uma forma de aperfeiçoamento ou especificação do parâmetro da dúvida razoável, porém indicou, ao mesmo tempo, situações em que tal presunção caberia ser atenuada. A mitigação proposta pela nota de rodapé 4, assim, abre espaço para uma maior intervenção judicial, funcionando nestas situações, em realidade, como um mecanismo inibidor da autocontenção. Trata-se de sensível flexibilização, ante o cenário de "quase-certeza" que se reclamava para a decretação da inconstitucionalidade nos primeiros anos após a ratificação da Constituição norte-americana, como salientado acima.

Tendo em conta o paradigma da dúvida razoável e o padrão estabelecido na nota de rodapé 4 em *Carolene Products*, a presunção de constitucionalidade passou a ser utilizada pela Suprema Corte e pelo STF como critério de autocontenção em inúmeros temas, cada um deles com matizes próprias. Há, pois, alguns indicativos do uso da deferência como critério de autocontenção conforme se pode extrair da jurisprudência destes tribunais. O item a seguir examina como se aplicou, em cada uma destas situações, a autorrestrição judicial do STF e da Suprema Corte por meio da presunção de constitucionalidade.

[369] *United States v. Carolene Products Co*., 304 U.S. 144 (1938). Tradução livre deste autor. No original: "*discrete and insular minorities*".

3. Análise da aplicação da presunção de constitucionalidade como critério de autocontenção judicial

3.1 Regulação econômico-social

A preservação da regulação econômica e social tal qual definida pelos órgãos democráticos constitui importante indicativo do uso da presunção de constitucionalidade como critério de autocontenção judicial da Suprema Corte.

A aplicação da presunção de constitucionalidade como critério de autocontenção nesta seara pode ser ilustrada pela decisão proferida em *O'Gorman & Young, Inc. v. Hartford Fire Ins. Co*[370]. Os três casos decididos conjuntamente por esta decisão discutiam uma lei do estado de Nova Jersey que determinava que as taxas para seguros de incêndio fossem "razoáveis". Os autores sustentavam a inconstitucionalidade da lei estadual ao fundamento de sua irrazoabilidade, o que a tornaria incompatível com a cláusula constitucional do devido processo legal garantido pela Décima Quarta Emenda.

Assentando brevemente que a lei questionada se encontrava dentro do escopo do poder de polícia[371], a decisão da Suprema Corte se limitou a pronunciar a validade da lei atacada porque, à vista do questionamento a ela dirigido, não se vislumbrava qualquer circunstância que pudesse infirmar a presunção de sua constitucionalidade. A sucinta e direta fundamentação do julgado foi assim externada:

> Como questões de fato subjacentes podem afetar a constitucionalidade de leis como a ora examinada, a presunção de constitucionalidade deve prevalecer na ausência de algum fundamento fático no processo para rejeitar a lei. Em uma análise superficial da lei questionada ou dos fatos sobre os quais esta Corte deve

[370] 282 U.S. 251 (1931).

[371] "A lei aqui questionada lida com assunto claramente dentro do escopo do poder de polícia.". (*O'Gorman & Young, Inc. v. Hartford Fire Ins. Co.*, 282 U.S. 251 (1931). Tradução livre deste autor. No original: "*The statute here questioned deals with a subject clearly within the scope of the police power*.".

> se atentar, não se verifica que, em Nova Jersey, não haja os malefícios no ramo dos seguros de incêndio que a lei pretende combater.[372]

Neste caso, suscitada a dúvida a respeito da constitucionalidade do ato normativo, a decisão resultou unicamente da aplicação da presunção da constitucionalidade do ato impugnado. O julgado, com efeito, se limitou a reconhecer que, diante das circunstâncias fáticas discutidas nos autos, não haveria nenhum elemento a inverter a presunção de constitucionalidade. A enxuta fundamentação, portanto, se limitou a proclamar que a lei presumia-se constitucional, o que se mostrou suficiente para o afastamento da dúvida veiculada pelos recorrentes.

Raciocínio semelhante fora aplicado pela Suprema Corte, ainda no século XIX, em *Munn v. Illinois*[373], cujo tema de fundo consistia na impugnação da lei daquele estado que passou a exigir a obtenção de licença para administrar armazéns de grãos. A Constituição do Estado de Illinois, de 1871, continha previsão que atribuía ao Poder Legislativo estadual a inspeção da produção, armazenamento e transporte de grãos. E, regulamentando tal previsão constitucional, foi editada lei estadual que estabelecia a expedição de licença pelo poder público como condição para o exercício desta atividade empresarial, sob pena de responsabilização criminal dos infratores. Assim é que os proprietários de um armazém situado em Chicago foram alvo de persecução penal por não terem apresentado a licença que havia se tornado compulsória, apesar de se tratar de estabelecimento já há muitos anos por eles operado.

A decisão da maioria do tribunal, neste caso, afirmou que as disposições legais atacadas deveriam ser julgadas válidas porque presumidamente constitucionais, mesmo diante das dúvidas suscitadas pelos recorrentes. Argumentaram os recorrentes que a lei estadual se mostrava incompatível com a recém-editada Décima Quarta Emenda na medida em que o poder de polícia assim instituído os teria privado de seus bens sem o devido processo legal.

---

[372] *O'Gorman & Young, Inc. v. Hartford Fire Ins. Co.*, 282 U.S. 251 (1931). Tradução livre deste autor. No original: "*As underlying questions of fact may condition the constitutionality of legislation of this character, the presumption of constitutionality must prevail in the absence of some factual foundation of record for overthrowing the statute. It does not appear upon the face of the statute, or from any facts of which the court must take judicial notice, that, in New Jersey, evils did not exist in the business of fire insurance for which this statutory provision was an appropriate remedy.*".

[373] 94 U.S. 113 (1876).

A impugnação levantada pelos recorrentes foi afastada eis que "toda lei se presume constitucional. As cortes não devem declarar uma lei inconstitucional, a não ser que ela claramente o seja. Se há dúvida, a vontade expressada pelo Poder Legislativo deve ser mantida"[374]. Para além da aplicação da presunção, a Suprema Corte também considerou o conteúdo do verbo "privar" ("*deprive*") – instituído pela Décima Quarta Emenda – para pronunciar a constitucionalidade da lei estadual impugnada, recorrendo-se, inclusive, a longa análise da evolução da possibilidade estatal de interferir na propriedade privada. Neste particular, a fundamentação se deteve, adicionalmente, no fato de não se encontrar precedente aplicável à espécie, tendo em conta se tratar de empreendimento comercial novo à época, marcado por rápido crescimento.

Tendo em conta todos estes elementos, a decisão da maioria asseverou, ao final, que, "se não concorrem nenhuma destas circunstâncias que justifiquem a lei questionada, então nós podemos declará-la írrita porque fruto de excesso do poder legislativo do Estado. Mas se possível imaginar a presença destas circunstâncias, nós devemos presumi-las como existentes"[375].

Em *Mugler v. Kansas*[376], de forma análoga, se expressou comportamento autocomedido por meio da presunção de constitucionalidade em um cenário de dúvida, agregando-se a esta conduta judicial restringida outros fundamentos jurídicos para a preservação da lei impugnada. Debatia-se a lei do estado do Kansas que proibia, naquele ente federado, a manufatura e venda de licores. Sustentava-se que tal regulamentação ofenderia a Décima Quarta Emenda que garantia o devido processo legal na privação de bens particulares. A Suprema Corte considerou, de um lado, a competência do estado para legislar sobre poder de polícia nesta matéria e, de outro, assinalou que a impugnação acerca da constitucionalidade da legislação estadual caberia ser resolvida em favor da presunção da legitimidade do ato normativo.

---

[374] *Munn. Illinois*, 94 U.S, 113 (1876). Tradução livre deste autor. No original: "*Every statute is presumed to be constitutional. The courts ought not to declare one to be unconstitutional unless it is clearly so. If there is doubt, the expressed will of the legislature should be sustained.*".

[375] *Munn. Illinois*, 94 U.S, 113 (1876). Tradução livre deste autor. No original: "*If no state of circumstances could exist to justify such a statute, then we may declare this one void because is excess of the legislative power of the State. But if it could, we must presume it did.*".

[376] 123 U.S. 623 (1887).

Do mesmo modo, a decisão em *Powell v. Pennsylvania*[377] evidencia a opção autônoma por um comportamento judicial restrito mediante a aplicação da presunção de constitucionalidade para sanar dúvida a respeito da validade da norma atacada, mas que também considerou a competência estadual para regular a produção e venda de margarina como fundamento para declarar a constitucionalidade da lei estadual.

A aplicação da presunção de constitucionalidade como mecanismo para viabilizar a adoção de comportamento judicial restrito também se verifica no voto vencido do *justice* Harlan em *Lochner v. New York*[378] – acompanhado pelos *justices* White e Day.

Cabe lembrar que, a partir do *New Deal* articulado pelo governo do presidente Franklin Delano Roosevelt, se observou atuação legislativa mais incisiva na política econômica e social nas primeiras décadas do século XX[379]. Neste momento histórico, a jurisprudência da Suprema Corte era marcada pela alta dose de intervenção judicial nas medidas legislativas adotadas pelo Executivo e Congresso na área econômico-social, fase que se tornou conhecida como Era de Transição ou Era *Lochner*[380]. Neste período – que se estendeu de 1890[381] a 1937[382] – a Suprema Corte atuou sistematicamente para inviabilizar

[377] 127 U.S. 678 (1888).

[378] 198 U.S. 45 (1905).

[379] Sobre o *New Deal*, confira-se, dentre outros: SUNSTEIN, Cass R. The Beard Thesis and Franklin Roosevelt. *The George Washington Law Review*, Vol. 56, p. 114-123, 1987 e TUSHNET, Mark. The New Deal Constitutional Revolution: Law, Politics, or What? *The University of Chicago Law Review*, Vol. 66, p. 1.061-1080, 1999.

[380] A decisão em *Lochner v. New York*, abaixo analisada, ostenta tamanho significado para a caracterização deste período, que seu nome se tornou sinônimo da Era de Transição, conforme: PHILLIPS, Michael J. The slow return of economic substantive due process. *Syracuse Law Review*, Vol. 49, p. 938, 1999; PHILLIPS, Michael J. How Many Times Was Lochner-Era Substantive Due Process Effective? *Mercer Law Review*, Vol. 48, p. 1.048-1.090, 1996-1997; HAWLEY, Joshua D. The Intellectual Origins of (Modem) Substantive Due Process. *Texas Law Review*, Vol. 93, p. 276, 2015; BERNSTEIN, David E. Lochner Era Revisionism, Revised: Lochner and the Origins of Fundamental Rights Constitutionalism. *The Georgetown Law Journal*, Vol. 92, p. 01-60, 2004; ROOSEVELT III, Kermit. Forget the fundamentals: fixing substantive due process. *University of Pennsylvania Journal of Constitutional Law*, Vol. 8, p. 983-1.004, 2006; STONE, Geoffrey R. Citizens United and Conservative Judicial Activism. *University of Illinois Law Review*, Vol. 2012, p. 485-500, 2012 e WANT, William L. Economic Substantive Due Process: Considered Dead Is Being Revived by a Series of Supreme Court Land-use Cases. *University of Hawai'i Law Review*, Vol. 36, p. 455-485, 2014.

[381] A passagem para esta etapa histórica da jurisprudência da Supema Corte se deu com o julgamento de *Chicago, Milwaukee and St. Paul Railroad v. Minnesota*,134 U.S. 418 (1890) e, de forma ainda mais enfática, em 1897, com o julgamento de *Allgeyer v. Louisiana*, 165 U.S. 578 (1897).

[382] A migração para a chamada Era Moderna, extinguindo a Era de Transição, ocorreu com a tentativa de *court-packing* promovida pelo presidente Franklin Delano Roosevelt, que alterou profundamente a composição do tribunal ante as nomeações que teve a oportunidade de fazer em um curto espaço de tempo: os *justices* Black (em 1937), Reed (em 1938), Frankfurter (em 1939), Douglas (em 1939), Murphy (em 1940), Stone (em 1941, como *Chief Justice*), Byrnes (em 1941) e Jackson (em 1941). Sobre o tema, veja-se:

as políticas intervencionsitas que embasavam o *New Deal* articulado pelo governo do presidente Franklin Delano Roosevelt, mediante o uso, sobretudo, da "cláusula do devido processo legal para proteger direitos de propriedade e para suprimir regulações legislativas sobre negócios privados"[383]. Neste período, se observa uma série de pronunciamentos claramente voltados à defesa do liberalismo econômico e social, em detrimento do perfil intervencionista que buscavam imprimir o Congresso e a administração Franklin Delano Roosevelt[384].

Dentre tais decisões, destaca-se o célebre *Lochner v. New York*, julgado em 1905[385], ocasião em que a Suprema Corte declarou a inconstitucionalidade de uma lei do estado de Nova York que limitava a jornada de trabalho de padeiros a dez horas diárias e a sessenta horas semanais. Entendeu o tribunal que tal lei ofendia a liberdade de contratar estatuída pela cláusula do devido processo legal da Décima Quarta Emenda.

É neste contexto que o voto vencido do *justice* Harlan em *Lochner v. New York* traduz autocomedimento pela via da presunção de constitucionalidade e, assim, cabe ser apreciado nesta oportunidade. Partindo da premissa de que o poder de polícia nos estados alcança a proteção da vida, da saúde e da segurança pública contra o abuso de direito de particulares, tal voto asseverou que "um ato legislativo, federal ou estadual, não pode nunca ser desconsiderado ou julgado inválido a não ser que, indubitavel, plena e

---

TRIBE, Laurence H. *American Constitutional Law*. 3rd. edition. New York: New York Foundation Press, 2000, 0. 1.360-1.361.

[383] WOLFE, Christopher. *The Rise of Modern Judicial Review: from constitutional interpretation to judge-made law*. Revised edition. Lanham: Rowman & Littlefield Publishers, Inc, 1994, p. 150. Tradução livre deste autor. No original: "*the due process clause to protect property rights and to oversee lagislative regulation of business*". Confira-se, ainda: STONE, Geoffrey R. Citizens United and Conservative Judicial Activism. *University of Illinois Law Review*, Vol. 2012, p. 490, 2012 e McWHINNEY, Edward. The Supreme Court and the Dilemma of Judicial Policy-Making. *Minnesota Law Review*, Vol. 39, p. 837-838, 1955.

[384] Tais como as decisões proferidas em *Adkins v. Children's Hospital of the District of Columbia*, 261 U.S. 525 (1923); *Adair v. United States*, 208 U.S. 161 (1908); *Coppage v. Kansas*, 236 U.S. I (1915); *Smyth v. Ames*, 171 U.S. 361 (1898); *Wolff Packing Co. v. Court of Industrial Relations*, 262 U.S. 522 (1923); *Tyson and Bros v. Banton*, 273 U.S. 418 (1927) e *New State Ice Co. v. Liebmann*, 285 U.S. 262 (1932).

[385] 198 U.S. 45 (1905). Em *Lochner*, a Suprema Corte declarou a inconstitucionalidade de uma lei do estado de Nova York que limitava a jornada de trabalho de padeiros a dez horas diárias e a sessenta horas semanais. Entendeu o tribunal que tal lei ofendia a liberdade de contratar estatuída pela cláusula do devido processo legal da Décima Quarta Emenda.

palpavelmente seja editado com excesso do poder legislativo"[386]. Afirmando que a boa-fé do legislador caberia ser presumida, referido voto vencido assentou que:

> Nós não podemos presumir que o Estado de Nova York atuou em má-fé. Tampouco podemos assumir que a sua legislatura atuou sem a devida deliberação, ou que não definiu sua posição considerando todas as possíveis informações e em virtude do bem comum. Não podemos afirmar que o Estado atuou de forma desarrazoada, bem como não podemos proceder tendo em conta a teoria de que tal ação é uma mera farsa. Nosso dever, eu proponho, é sustentar que a lei não está em conflito com a Constituição Federal pela razão – e esta é uma razão suficiente – de que ela não se demonstrou ser plena e palpavelmente inconsistente com aquele instrumento. Deixemos o Estado na administração de seus assuntos puramente domésticos desde que não nos pareça, para além de qualquer questionamento, que ele não violou a Constituição Federal. Esta visão necessariamente resulta do princípio segundo o qual a saúde e a segurança do povo de um Estado devem ser prioritariamente protegidos pelo Estado[387].

Tal pronunciamento indica o recurso à presunção de constitucionalidade das leis, externando o paradigma da manutenção do ato normativo a não ser que o ato impugnado fosse clara e palpavelmente inconstitucional. E, em caráter concorrente, o voto em questão acentuou que não caberia aos membros da corte decidir qual seria a melhor visão sobre uma determinada questão econômica, uma vez que, havendo espaço para debate e para uma divergência honesta de opinião, aquela externada pelos órgãos democraticamente compostos é a que deveria prevalecer. Veja-se, a propósito, o seguinte excerto do voto dissidente:

> Se há dúvida acerca da validade de uma lei, esta dúvida deve ser resolvida em favor de sua validade, e os tribunais não devem interferir, relegando à legislatura a responsabilidade pela legislação equivocada. Se o fim que a

[386] *Lochner v. New York*, 198 U.S. 45 (1905). Tradução livre deste autor. No original: "*a legislative enactment, Federal or state, is never to be disregarded or held invalid unless it be, beyond question, plainly and palpably in excess of legislative power*".

[387] Trecho do voto vencido do *justice* Harlan em *Lochner v. New York*, 198 U.S. 45 (1905). Tradução livre deste autor. No original: "*We are not to presume that the State of New York has acted in bad faith. Nor can we assume that its legislature acted without due deliberation, or that it did not determine this question upon the fullest attainable information, and for the common good. We cannot say that the State has acted without reason, nor ought we to proceed upon the theory that its action is a mere sham. Our duty, I submit, is to sustain the statute as not being in conflict with the Federal Constitution for the reason – and such is an all-sufficient reason – it is not shown to be plainly and palpably inconsistent with that instrument. Let the State alone in the management of its purely domestic affairs so long as it does not appear beyond all question that it has violated the Federal Constitution. This view necessarily results from the principle that the health and safety of the people of a State are primarily for the State to guard and protect.*".

> legislatura pretende alcançar está abrangido pelos seus poderes e se os meios empregados para aquele fim, em que pese não os melhores ou mais sábios, não são claramente ou palpavelmente desautorizados, então a corte não pode interferir. Em outras palavras, quando a validade de uma lei é questionada, o ônus da prova, por assim dizer, está sobre aqueles que alegam a sua inconstitucionalidade.[388]

E, para além destes fundamentos, o voto vencido do *justice* Harlan, também analisou com profundidade os efeitos positivos – sociais e médicos – decorrentes da limitação da jornada de trabalho diária em padarias e confeitarias, circunstância examinada no item 4.2 abaixo.

3.2 O juízo de *expertise* técnica

O recurso à presunção de constitucionalidade como mecanismo de autocontenção judicial também se verifica em situações em que a conclusão acerca da constitucionalidade de algum ato normativo dependa de algum juízo de *expertise* técnica que não possa ser proferido por juízes constitucionais.

Laurel Hill Cemetery v. San Francisco[389], julgado pela Suprema Corte em 1910, é um caso que indicia a aplicação da presunção de constitucionalidade neste campo. A empresa interessada, proprietária de um cemitério na cidade de São Francisco desde 1867, moveu ação judicial para compelir a municipalidade e seus oficiais a não aplicarem legislação local que passou a proibir o enterro de mortos dentro dos limites da cidade. Ao tempo do início do empreendimento, o cemitério se localizava fora do perímetro urbano, distante, portanto, de residências e estabelecimentos comerciais. No entanto, com o crescimento da cidade, passou a incidir a proibição imposta pela norma local. A empresa

[388] Excerto do voto dissidente do justice *Harlan* em *Lochner v. New York*, 198 U.S. 45 (1905). Tradução livre deste autor. No original: "*If there be doubt as to the validity of the statute, that doubt must therefore be resolved in favor of its validity, and the courts must keep their hands off, leaving the legislature to meet the responsibility for unwise legislation. If the end which the legislature seeks to accomplish be one to which its power extends, and if the means employed to that end, although not the wisest or best, are yet not plainly and palpably unauthorized by law, then the court cannot interfere. In other words, when the validity of a statute is questioned, the burden of proof, so to speak, is upon those who assert it to be unconstitutional.*".

[389] 216 U.S. 358, 365-66 (1910).

autora sustentava que, embora já estivesse, ao tempo da ação, rodeada de residências e estabelecimentos comerciais, juízos técnicos indicavam que nenhum risco poderia ser causado aos vizinhos, tratando-se de receio decorrente de crença popular ou supestição[390]. A legislação em tela, por sua vez, estava fundada na conclusão técnica de que o enterro em locais imersos no perímetro urbano colocaria em risco a vida e a saúde pública, de modo que sua inobservância acarretaria a aplicação de multa, prisão, ou ambos.

A pretensão foi rejeitada nas instâncias estaduais e pela Suprema Corte. Em sintético voto, a decisão do tribunal registrou que, face à dúvida técnica apresentada, caberia ao tribunal unicamente presumir constitucional a opção legislativa. A fundamentação do julgado, em suma, foi a seguinte:

> Qualquer tribunal deve exercer grande cautela ao superar, ao permitir que seja superada, decisão de autoridades locais em questão envolvendo a saúde da vizinhança, e esta Corte é duplamente relutante em interferir com decisões tomadas pela suprema corte de um estado confirmando uma específica determinação nesta específica questão já deliberada pelo corpo legislativo.
>
> Sempre que houver divergência sobre se uma prática proibida por norma é de fato perigosa, e sobre se tal norma é válida se o perigo for real, esta Corte não considerará a norma uma privação inconstitucional da propriedade por falta de devido processo legal ou por negativa de igual proteção somente por aderir à crença contrária.[391]

Percebe-se, pois, que, no cenário de dúvida fundada a respeito de qual visão técnica sobre o assunto deveria prevalecer, optou a Suprema Corte, autonomamente, por uma postura autocomedida, valendo-se, para tanto, da presunção de constitucionalidade do ato questionado.

---

[390] *Laurel Hill Cemetery v. San Francisco*. 216 U.S. 358, 365-66 (1910). Eis o trecho original do julgado: "*To aid its contention, and in support of the averment that its cemetery, although now bordered by many dwellings, is in no way harmful, the plaintiff refers to opinions of scientific men who have maintained that the popular belief is a superstition.*".

[391] *Laurel Hill Cemetery v. San Francisco*. 216 U.S. 358, 365-66 (1910). Tradução livre deste autor. No original: "*Great caution must be exercised by any tribunal in overruling, or allowing to be overruled, the decision of the local authorities on question involving the health of the neighborhood, and this Court is doubly reluctant to interfere with deliberate decision of the highest court of a state confirming a specific determination on such a question previously reached by the body making the law. Where opinion is divided as to whether a practice prohibited by a police ordinance is dangerous, and if the ordinance be valid if the danger be real, this Court will not overthrow the ordinance as an unconstitutional deprivation of property without due process of law or a denial of equal protection of the law merely because of adherence to the other belief.*".

Proferida pouco após o fim da Era *Lochner*, a decisão em *McCarroll v. Dixie Greyhound Lines, Inc.*[392] também indicou – no voto vencido dos *justices* Douglas, Frankfurter e Black – que a presunção de constitucionalidade poderia ser utilizada como critério de autorrestrição judicial em um tema de caráter eminentemente técnico. Com efeito, a maioria do tribunal julgou inconstitucional uma lei do estado de Arkansas que taxava os veículos de maior porte que ingressassem naquele estado portando mais de vinte galões de gasolina. Segundo a maioria, a medida impunha ônus e limitação ao comércio interestadual, sobretudo em relação aos ônibus que promoviam transporte entre estados.

O voto dissidente dos *justices* Douglas, Frankfurter e Black, todavia, sustentou a validade da lei questionada, dado que deveria ser presumida a constitucionalidade da solução legislativa ao compatibilizar variáveis complexas relacionadas à construção e manutenção das rodovias. O voto dos três juízes que divergiram da maioria salientava, de fato, a complexidade dos fatores afetos à tributação dos veículos de transporte nas novas e importantes rodovias que começavam a cruzar o território norte-americano. Nos termos do voto dissiddente em *McCarroll v. Dixie*,

> Mediante a muito repetida regra judicial que todo ato normativo carrega em si uma presunção de constitucionalidade, nós entendemos que a taxa do estado de Arkansas não se mostrou, para além de uma dúvida razoável, em contrariedade com a provisão constitucional de que 'o Congresso terá o poder para... regular o comércio... entre os vários Estados'. 'Em caso de dúvida real, a lei deve ser preservada'"[393]

A utilização da presunção de constitucionalidade como instrumento para viabilizar a opção unilateral pelo comportamento restringido se extrai ainda do seguinte raciocínio da corrente vencida:

> O só fato destas sutilezas no cálculo terem de ter sido ser sopesadas, tal como o voto concorrente [do *justice* Stone] considerou necessário fazer a fim de estabelecer o artifício da lei, torna manifesta a "dúvida real" acerca da constitucionalidade da lei, e indica que o ônus do cálculo e da especulação foi

[392] 309 U.S. 176 (1940).

[393] *McCarroll v. Dixie Greyhound Lines, Inc.*, 309 U.S. 176 (1940). Tradução livre deste autor. No original: "*Measured by the oft-repeated judicial rule that every enactment of a legislature carries a presumption of constitutional validity, the Arkansas tax has not, in our opinion, been shown to be, beyond all reasonable doubt, in violation of the constitutional provision that 'Congress shall have Power To... regulate Commerce... among the several States.' 'In case of real doubt, a law must be sustained.*".

> assumido pelo exercício da função judicial, quando deveria ser deixado com os poderes legislativos dos Estados e do Congresso.[394]

A jurisprudência constitucional do STF, por sua vez, também se vale da presunção de constitucionalidade das leis e dos atos normativos para viabilizar posturas autocomedidas em situações em que se debate assunto técnico que demande uma particular *expertise*. Tal se observou em demanda que impugnava a aplicação de sanções antitruste ante o reconhecimento de práticas lesivas à ordem econômica[395]. Nesta ação, questionavam-se as sanções impostas pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE ao constatar a ocorrência de práticas lesivas tendentes a eliminar a potencialidade concorrencial de novo varejista no mercado de revenda de combustíveis, quais sejam, a formação de cartel e a criação de barreiras à entrada de outras empresas no mercado de distribuição de combustíveis, além de conduta concertada ilegal entre concorrentes.

Ao analisar os argumentos que poderiam levar ao reconhecimento de vícios na legislação de regência, acarretando, por consequência, a ilegitimidade da sanção administrativa aplicada, o Supremo Tribunal Federal assinalou o seguinte:

> 1. A capacidade institucional na seara regulatória, a qual atrai controvérsias de natureza acentuadamente complexa, que demandam tratamento especializado e qualificado, revela a reduzida expertise do Judiciário para o controle jurisdicional das escolhas políticas e técnicas subjacentes à regulação econômica, bem como de seus efeitos sistêmicos.
> 2. O dever de deferência do Judiciário às decisões técnicas adotadas por entidades reguladoras repousa na (i) falta de expertise e capacidade institucional de tribunais para decidir sobre intervenções regulatórias, que envolvem questões policêntricas e prognósticos especializados e (ii) possibilidade de a revisão judicial ensejar efeitos sistêmicos nocivos à coerência e dinâmica regulatória administrativa.
> (...)
> 4. A Administração Pública ostenta maior capacidade para avaliar elementos fáticos e econômicos ínsitos à regulação.
> (...)

[394] *McCarroll v. Dixie Greyhound Lines, Inc.*, 309 U.S. 176 (1940). Tradução livre deste autor. No original: "*The very fact that such niceties of calculation have to be indulged in as the concurring opinion finds necessary in order to establish the mischief of the statute makes manifest the "real doubt" of any showing of unconstitutionality, and indicates that a burden of calculation and speculation is assumed in the exercise of the judicial function which should be left to the legislatures of the States and the Congress.*".

[395] RE 1.083.955 AgR/DF, 1ª Turma, rel. Min. Luiz Fux, j. 28.05.2019, DJe 07.06.2019.

> 6. A expertise técnica e a capacidade institucional do CADE em questões de regulação econômica demanda uma postura deferente do Poder Judiciário ao mérito das decisões proferidas pela Autarquia.
> (...)
> 9. *In casu*, o Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE, após ampla análise do conjunto fático e probatório dos autos do processo administrativo, examinou circunstâncias fáticas e econômicas complexas, incluindo a materialidade das condutas, a definição do mercado relevante e o exame das consequências das condutas das agravantes no mercado analisado.

Cabe registrar, ainda, o julgamento de ações diretas de inconstitucionalidade, decididas no ano de 2017, tendo por objeto a constitucionalidade de disposições legais que disciplinavam a exploração comercial do amianto crisotila, em face dos riscos à saúde humana causados por esta substância.

Em agosto de 2017, o STF decidiu a ADI 4.066[396], em que se discutia a constitucionalidade do art. 2º, da Lei federal n. 9.055/1995, que permitia a exploração comercial do amianto crisotila, em parâmetros controlados conforme conclusões científicas[397]. No julgamento desta ação direta, que se findou em sessão realizada em 24 de agosto de 2017, cinco ministros se posicionaram pela procedência da ação (Rosa Weber – relatora, Edson Fachin, Ricardo Lewandowski, Celso de Mello e Cármen Lúcia), ao que passo que outros quatro ministros votaram pela sua improcedência (Alexandre de Moraes, Luiz Fux, Gilmar Mendes e Marco Aurélio). Assim, não tendo sido alcançada maioria absoluta, exigida pelo artigo 97 da Constituição, não foi pronunciada a inconstitucionalidade do art. 2º da Lei 9.055/1995[398], em julgamento destituído de eficácia vinculante.

---

[396] ADI 4.066/DF, Pleno, rel. Min. Rosa Weber, j. 24.08.2017, DJe 07.03.2018.

[397] Eis o texto do dispositivo legal:
"Art. 2º O asbesto/amianto da variedade crisotila (asbesto branco), do grupo dos minerais das serpentinas, e as demais fibras, naturais e artificiais de qualquer origem, utilizadas para o mesmo fim, serão extraídas, industrializadas, utilizadas e comercializadas em consonância com as disposições desta Lei.
Parágrafo único. Para os efeitos desta Lei, consideram-se fibras naturais e artificiais as comprovadamente nocivas à saúde humana.".

[398] Cabe registrar que os ministros Roberto Barroso e Dias Toffoli estavam impedidos e o ministro Gilmar Mendes esteve ausente justificadamente da sessão. Anote-se, ainda que a insuficiência do quórum previsto no art. 97 da Constituição constituiu, por si só, elemento de autocontenção do tribunal ao fazer prevalecer, por esta contingência, a presunção da constitucionalidade da lei atacada. Neste sentido expressamente se manifestou o ministro Celso de Mello: "Assentadas tais premissas, cabe assinalar que, não obtida a maioria absoluta no Plenário desta Corte Suprema, não se pode convocar magistrado estranho aos quadros deste Tribunal para completar o 'quorum' de julgamento. Isso significa, portanto, que, em hipótese como a que ora se registra no presente caso, não se pronunciará a inconstitucionalidade do ato estatal, prevalecendo, em tal situação, a presunção 'juris tantum' de legitimidade da norma emanada do Poder Público." .

De toda sorte, o enfático voto vencido do ministro Luiz Fux, fundado exclusivamente na deferência que se deveria creditar à lei impugnada, evidenciou a opção pelo autocomedimento[399]. Sopesando as contribuições hauridas em audiência pública, seu voto registrou que subsistiriam posições científicas opostas no que toca à configuração de danos à saúde humana decorrentes da exploração do amianto[400]. Assim, para o ministro Luiz Fux, dada a falta de *expertise* técnica do tribunal para julgar a causa, haveria de se impor o parâmetro da autocontenção judicial, prestigiando, ao fim e ao cabo, a presumida constitucionalidade do ato atacado. Recorrendo, inclusive, à obra de James Bradley Thayer[401], o voto do ministro Luiz Fux assim aplicou ao caso concreto a presunção de constitucionalidade para efetivar o seu autocomedimento:

> reputo que a uma atuação mais incisiva e particularista dessa Suprema Corte, a partir da invalidação de leis ou atos normativos, somente deve ocorrer nas hipóteses de cabal e inconteste ultraje à Constituição, de ordem que, nas situações de dúvida ou dissenso razoável acerca da (in)compatibilidade do

[399] Curioso notar que, três meses depois, no julgamento conjunto das ADIs 3.406 e 3.470, realizado em 20.11.2017, o min. Luiz Fux reviu sua posição, passando a reconhecer a inconstitucionalidade das disposições legais que autorizavam o uso do amianto. Assim se pronunciou o ministro ao externar o seu novo entendimento: "Senhora Presidente, no primeiro julgamento, da relatoria do Ministro Dias Toffoli, eu fiquei vencido, porque eu entendi que havia uma divergência científica na Academia, e, diante da nossa incapacidade técnica ou institucional, nós deveríamos manifestar uma deferência ao Legislativo, que fez audiências públicas e votou a Lei Federal. Mas, a partir do momento em que o Ministro Dias Toffoli obteve a adesão da maioria, no sentido da inconstitucionalidade da Lei Federal, eu acho que a questão está resolvida pró e contra. As leis que são permissivas são inconstitucionais, e as leis locais que são proibitivas são constitucionais, porque a questão já está decidida.".

[400] Veja-se, neste particular, os excertos pertinentes do voto: "Vale dizer: o equacionamento do caso reclama conhecimentos técnicos e científicos que, em regra, os operadores do Direito não possuem. *In casu*, a questão jurídica debatida (i.e. , constitucionalidade ou não da norma que permite, respeitados determinados limites e condições, a extração, industrialização, utilização e comercialização do amianto crisotila) revela amplo dissenso no seio da sociedade, mormente no espaço científico. (...) o equacionamento da controvérsia contida nestas ações requer, necessariamente, uma *expertise* que esta Suprema Corte não possui. Como dito linhas acima, a dogmática jurídica não oferece um instrumental seguro para responder satisfatoriamente uma causa de tamanha complexidade, do ponto de vista técnico e científico. Mesmo após oitiva das autoridades, permanece uma nuvem cinzenta acerca dos danos à saúde causados tanto pela utilização controlada do amianto crisotila, nos limites engendrados pela legislação nacional, quanto pelo uso de seus substitutos funcionais (e.g., álcool polivinílico e do polipropileno), como defendem alguns." (...) *In casu*, como se pode notar pelos documentos anexados ao Projeto de Lei que resultou na lei ora questionada, e às inúmeras audiências públicas realizadas sobre o tema, tanto no âmbito do Legislativo, como da própria Suprema Corte, importante reafirmar que a controvérsia é marcada por debates técnicos que fogem ao conhecimento convencional e ao raciocínio puramente jurídico. Nesses casos que necessariamente envolvem conhecimentos técnicos, e em se tratando de políticas públicas que não se mostram, à evidência, insuficientes ou inadequadas em termos de proteção à saúde, a postura mais adequada ao Poder Judiciário é a de autocontenção (*judicial self-restraint*) e de deferência às valorações realizadas pelos órgãos especializados, dada sua maior capacidade institucional para o tratamento da matéria.".

[401] A obra citada no voto foi: *The origin and scope of the American doctrine of constitutional law*. *Harvard Law Review,* Vol. VII, N. 3, p. 123-141, 1893.

> conteúdo da norma adversada com a Lei Fundamental, a declaração de constitucionalidade é medida que se impõe, mormente pela presunção de que o legislador, investido que é em suas prerrogativas pelo batismo popular, se afigura autoridade máxima na tomada de decisões políticas legítimas substantivas à luz dos cânones constitucionais. A inconstitucionalidade, portanto, para ser reconhecida, deve ser chapada. A postura de autorrestrição judicial, nesses casos, se justifica em decorrência do fato de que a colmatação do sentido das disposições magnas se situa no amplo espaço de conformação legislativa, motivo por que eventual crítica à substância do produto legislativo não pode, nunca, ter o condão de inquiná-la de nulidade.

Na mesma sessão em que ultimado o julgamento acima relatado, o Supremo Tribunal Federal decidiu a ADI 3.937[402], cujo objeto era a Lei paulista n. Lei nº 12.684/2007, que proibia a utilização, no âmbito daquele Estado, de produtos, materiais ou artefatos que contivessem quaisquer tipos de amianto. Referida lei foi declarada constitucional pela maioria do tribunal, vencidos os ministros Marco Aurélio e Luiz Fux, que julgavam a ação procedente.

O voto do ministro Marco Aurélio, salientando a complexidade técnica do assunto e o contexto de incerteza científica sobre os efeitos do uso do amianto, também manifestou a necessidade de se observar a autolimitação judicial, ao fundamento de que

> O Tribunal tem conhecimento limitado dos efeitos tanto das políticas públicas envolvendo o uso controlado do amianto quanto das consequências práticas que a decisão do Tribunal pode gerar, se vier a assentar banimento. Nessas situações, cumpre observar o predicado da autocontenção, de modo a evitar a consumação de resultado ainda mais danoso no futuro.

E, assim, sopesando as inúmeras e complexas repercussões decorrentes da formulação da política pública neste particular, asseverou o seguinte:

> Em questões envolvendo política pública, de alta complexidade, com elevada repercussão social – e está-se a discutir os destinos de um mercado bilionário e de milhares de empregos –, o Supremo deve adotar postura de deferência à solução jurídica encontrada pelos respectivos formuladores.[403]

[402] ADI 3.937 / SP, Pleno, rel. Min. Marco Aurélio, relator para acórdão Min. Dias Toffoli, j. 24.08.2017, DJe 1º.02.2019.

[403] Veja-se, no mesmo sentido, a ADI 4.029/AM (rel. Min. Luiz Fux, j. 08.03.2012, DJe 27.06.2012), em que, a propósito do exame da validade da medidas provisória que criou o Instituto Chico Mendes de

Também ilustrativo desta forma de atuação do STF o acórdão proferido no RE 760.931[404], que examinou a possibilidade de terceirização de serviços no âmbito da Administração Pública. Apreciou o STF, nesta demanda, acórdão do Tribunal Superior do Trabalho que havia reconhecido a responsabilidade trabalhista subsidiária do ente público quando tomador de serviços terceirizados. Na espécie, dentre outros pontos suscitados, questionava-se a constitucionalidade de dispositivo legal (art. 71, §1º, da Lei 8.666/93) que excluía a responsabilidade da Administração Pública por débitos trabalhistas, fiscais e comerciais de seus contratados. A impugnação se deu em face das disposições constitucionais afetas à livre iniciativa (arts. 1º, inciso IV e 170) e à responsabilidade civil do Estado (art. 37, § 6º).

A maioria do STF reformou o julgado trabalhista, reafirmando a constitucionalidade da disposição legal que atribuía à empresa prestadora de serviços contratada a responsabilidade pelas dívidas trabalhistas, previdenciárias, fiscais e comerciais decorrentes de contrato celebrado com a Administração Pública[405].

Valendo-se de aportes da literatura especializada das ciências econômica e adminstrativa, a maioria do tribunal optou por externar respeito às escolhas legítimas do legislador. Ponderou-se, neste ponto, que, ainda que possível cogitar-se da responsabilidade subsidiária do Estado independentemente de falha na fiscalização contratual – eis que não afastada expressamente no dispositivo legal debatido (art. 71, § 1º, da Lei federal 8.666/93) – não seria o caso de se permitir uma responsabilidade subsidiária irrestrita, "à luz de um princípio geral de deferência ao Legislativo". Segundo afirmou o min. Luiz Fux em meio aos debates, "prestando essa deferência ao Legislativo", o que se

---

Conservação da Biodiversidade, o STF afirmou o seguinte: "Não cabe ao Pretório Excelso discutir a implementação de políticas públicas, seja por não dispor do conhecimento necessário para especificar a engenharia administrativa necessária para o sucesso de um modelo de gestão ambiental, seja por não ser este o espaço idealizado pela Constituição para o debate em torno desse tipo de assunto. Inconstitucionalidade material inexistente."

[404] RE 760.931/DF, Pleno, rel. Min. Rosa Weber, relator para acórdão Min. Luiz Fux, j. 26.04.2017, DJe 12.09.2017.

[405] Lei federal 8.666/93:
"Art. 71. O contratado é responsável pelos encargos trabalhistas, previdenciários, fiscais e comerciais resultantes da execução do contrato.
§ 1º A inadimplência do contratado, com referência aos encargos trabalhistas, fiscais e comerciais não transfere à Administração Pública a responsabilidade por seu pagamento, nem poderá onerar o objeto do contrato ou restringir a regularização e o uso das obras e edificações, inclusive perante o Registro de Imóveis."

observava era "na verdade, uma omissão eloquente para não criar a responsabilidade subsidiária".

O voto do min. Roberto Barroso, aderindo à maioria, salientou que a responsabilidade subsidiária da Administração, enquanto tomadora dos serviço, só estaria configurada quando comprovada falha no dever de fiscalização do cumprimento das obrigações trabalhistas pela prestadora do serviço. E, neste particular, propôs que a fiscalização se operasse conforme os critérios de discricionariedade técnica de cada ente da Administração, admitindo, inclusive, métodos de fiscalização por amostragem. Deste modo, não caberia ao Poder Judiciário avaliar a correição dos meios de fiscalização dos contratos empregados por cada órgão administrativo:

> É que decisões tomadas com base em critério de discricionariedade técnica firmam-se em um juízo de expertise para o qual estão especialmente habilitados o administrador e o órgão técnico que o assessora. Nessas condições, presume-se que tais autoridades têm capacidades institucionais e habilitação mais adequadas para determinadas escolhas, o que recomenda uma atitude de deferência dos demais órgãos, inclusive do próprio Judiciário, a tais escolhas. Esse é o raciocínio empregado para impor maior autocontenção judicial no exame de normas produzidas por agências reguladoras em questões que envolvem expertise técnica na regulação de petróleo, energia elétrica e telecomunicações. A mesma lógica deve ser aplicada à estruturação da fiscalização por amostragem elaborada pelo ente com o suporte de seu órgão de controle externo. Assim, a escolha da modalidade de fiscalização deve se sujeitar a um controle judicial mais brando.[406]

Do mesmo modo, o cunho técnico da matéria legislada propiciou autorrestrição do STF pela via da presunção de constitucionalidade na apreciação da reforma trabalhista instituída pela Lei federal n. 13.467/2017, no ponto em que tornou facultativa a contribuição sindical. Com efeito, na ADI 5.794[407], cujo acórdão decidiu nos mesmos termos outras dezenove ações diretas de inconstitucionalidade a ela apensadas, o STF declarou constitucional a alteração legislativa que retirou o caráter compulsório do pagamento desta verba.

---

[406] RE 760.931/DF, Pleno, rel. Min. Rosa Weber, relator para acórdão Min. Luiz Fux, j. 26.04.2017, DJe 12.09.2017.

[407] ADI 5.794/DF, Pleno, rel. Min. Edson Fachin, relator para acórdão Min. Luiz Fux, j. 29.06.2018, DJe 23.04.2019.

Juntamente com a interpretação dada aos dispositivos constitucionais-tributários invocados pelas organizações sindicais interessadas, a decisão valeu-se, igualmente, do argumento da autolimitação judicial para rejeitar o pedido, prestigiando, portanto, a nova regulamentação legislativa. De fato, ante a dúvida sobre a constitucionalidade da lei, suscitada pelos requerentes, o voto do min. Luiz Fux, relator, assinalou que "não havendo razões teóricas ou elementos empíricos que tornem inadmissível a opção do legislador, é de se respeitar a sua escolha democrática, plasmada na reforma trabalhista sancionada pelo Presidente da República, em homenagem à presunção de constitucionalidade das leis." E, com base na aplicação da presunção, o julgado consignou o seguinte:

> A autocontenção judicial requer o respeito à escolha democrática do legislador, à míngua de razões teóricas ou elementos empíricos que tornem inadmissível a sua opção, plasmada na reforma trabalhista sancionada pelo Presidente da República, em homenagem à presunção de constitucionalidade das leis e à luz dos artigos 5º, incisos IV e XVII, e 8º, caput, da Constituição, os quais garantem as liberdades de expressão, de associação e de sindicalização

Ressaltando também a carência de instrumentos técnicos para se concluir sobre os efeitos que poderiam ou não levar à inconstitucionalidade da lei, o voto do min. Roberto Barroso nesta ADI salientou ser o caso de adotar "uma posição de deferência às escolhas políticas feitas pelo Congresso, por entender que não está em jogo uma questão que envolva direitos fundamentais ou que envolva a proteção das regras do jogo democrático.".

Este cenário indica que o Supremo Tribunal Federal brasileiro também recorre à presunção de constitucionalidade para embasar sua autorrestrição em situações em que não dispõe de conhecimento específico suficiente para refutar as avaliações realizadas por instâncias dotadas de maior amparo técnico.

3.3 Liberdades públicas

Uma outra circunstância indicativa do uso da presunção de constitucionalidade como critério de autolimitação judicial se observa na litigância constitucional envolvendo liberdades públicas.

A adoção de comportamento judicial unilateralmente restringido em virtude da presumida constitucionalidade de atos normativos em matéria de liberdades públicas se observou em *Dennis v. United States*, decidido em 1951[408]. Neste caso criminal, a Suprema Corte manteve a condenação de acusado de ter, juntamente com outros líderes do Partido Comunista, conspirado para depor o governo mediante força ou violência. Decidiu-se, aqui, que a tipificação penal examinada não violava a liberdade de expressão e o devido processo legal, garantidos, respectivamente, pela Primeira e Quinta Emendas à Constituição estadunidense.

O voto do *justice* Felix Frankfurter, que concorreu com o desfecho dado pela maioria, assentou que a atuação judicial, no caso, estaria limitada à garantia do procedimento justo e à prova necessária à condenação. Ele se recusou a avaliar os argumentos suscitados em torno da inconstitucionalidade da lei penal afirmando que os membros da corte devem "escrupulosamente observar os limites estreitos da autoridade judicial, apesar de a autocontenção, por si só, pairar sobre nós. Acima de qualquer circunstância, nós devemos lembrar que a jurisdição constitucional desta corte não é 'um exercício dos poderes de uma superlegislatura'"[409]. E, referendando a validade da repressão penal da liberdade de expressão naquelas circunstâncias, o *justice* Felix Frankfurter ressaltou ser dever dos integrantes do tribunal distinguir política de constitucionalidade, o que demanda "humildade assim como autocontenção para não declarar inconstitucional aquilo que na visão particular de um juiz possa ser considerado inadequado ou perigoso"[410].

Já em *Flemming v. Nestor*[411] questionou-se a constitucionalidade de lei federal (*Social Security Act*) que cessava o pagamento de benefícios a pessoas idosas que tenham sido deportadas após a sua edição por razões e circunstâncias específicas. Ephram Nestor,

---

[408] 341 U.S. 494 (1951).

[409] *Dennis v. United States.* 341 U.S. 494 (1951). Tradução livre deste autor. No original: "*we must scrupulously observe the narrow limits of judicial authority even though self-restraint is alone set over us. Above all, we must remember that this Court's power of judicial review is not 'an exercise of the powers of a super-legislature'.*". Cabe observar que os demais *justices* que formaram a maioria apreciaram de forma minudente a constitucionalidade da legislação penal questionada em face da Primeira Emenda à Constituição norte-americana.

[410] *Dennis v. United States.* 341 U.S. 494 (1951). Tradução livre deste autor. No original: "*Our duty to abstain from confounding policy with constitutionality demands perceptive humility as well as self-restraint in not declaring unconstitutional what in a judge's private judgment is deemed unwise and even dangerous.*".

[411] 363 U.S. 603, 612 (1960).

estrangeiro, se tornou elegível para o benefício legalmente instituído em 1955, tendo sido deportado, contudo, em 1956 por ter sido membro do Partido Comunista de 1933 a 1939. Como esta era uma razão legalmente prevista para a cessação do benefício, o seu pagamento foi logo em seguida suspenso.

Ephram Nestor impugnou judicialmente o ato administrativo que extinguiu o benefício financeiro que auferia, sob o argumento que a disposição legal subjacente o privara do devido processo legal previsto na Quinta Emenda. A impugnação da lei estava centrada no argumento de que a posterior deportação não poderia prejudicar a fruição de vantagem anteriormente concedida de forma regular, de modo que a privação deste direito adquirido seria incompatível com a cláusula constitucional do devido processo legal. Sustentava-se que a cessação da vantagem financeira, neste contexto, violaria também a Sexta Emenda à Constituição, que condiciona as punições criminais a um julgamento com determinadas características.

A Suprema Corte, em primeiro lugar, ante a dúvida provocada pelo apelante, fez incidir a presunção de constitucionalidade sobre a lei que autorizava a cessação do benefício financeiro anteriormente concedido ao interessado. Ressaltou a decisão que as hipóteses legais para a cessação da vantagem pecuniária somente caracterizariam uma "punição" – a ensejar a incidência da Sexta Emenda – se a disposição legal fosse interpretada com o propósito de sancionar um indivíduo. Caso, de outro lado, a lei fosse interpretada como uma medida de regulamentação de uma atividade geral, não caberia considerar seus consectários como punições. Diante desta ambiguidade interpretativa, a Suprema Corte recusou a interpretação do texto legal que conduziria à sua inconstitucionalidade, externando autorrestrição pela via da presunção de constitucionalidade. Segundo a decisão, neste ponto, a " presunção de constitucionalidade que reveste tal lei, assim como qualquer outra, vem a nós para nos proibir de escolher aquela leitura da lei que ocasione a sua invalidade ao invés de salvá-la"[412].

Um último caso da Suprema Corte pode ser trazido à baila para elucidar a aplicação da presunção de constitucionalidade para permitir comportamentos autolimitados deste tribunal na seara das liberdades públicas. Em agosto de 1888, o Congresso norte-

[412] *Flemming v. Nestor*, 363 U.S. 603 (1960). Tradução livre deste autor. No original: "*the presumption of constitutionality with which this enactment, like any other, comes to us forbids us lightly to choose that reading of the statute's setting which will invalidate it over that which will save it.*".

americano aprovou ato legislativo que destinou à União porções de terras particulares sobre as quais se desenrolou a batalha de Gettysburg, importante marco na Guerra Civil de 1861-1865. A medida pretendia preservar o sítio histórico, reconstruindo linhas de batalha e posições táticas. Almejava-se, ademais, implementar atividades de pesquisa para o correto entendimento da batalha. Em 1893 e 1894, o Congresso fixou valores para a compra das terras afetadas a este projeto. Uma companhia ferroviária do estado da Pensilvânia denominada "Gettysburg Electric Railway Company" impugnou judicialmente tais atos alegando (i) ser proprietária de parte da área descrita pelo ato do Congresso, (ii) que detinha direito adquirido à construção de ramo ferroviário sobre a área reservada pelo Congresso e (iii) que os valores destinados à compra das respectivas terras já havia sido integralmente consumidos em contratos de compra e venda celebrados pelo governo federal norte-americano em virtude do ato legislativo questionado. Apontava-se neste processo – *United States v. Gettysburg Elec. Ry. Co.*[413] – o prejuízo que a companhia ferroviária sofreria em sua propriedade eis que não receberia qualquer compensação financeira por tais perdas.

Tais argumentos foram rejeitados pela Suprema Corte que, à vista do cenário de dúvida sobre a validade dos atos legislativos impugnados, fez incidir sobre o caso a presunção de constitucionalidade como medida de autorrestrição do tribunal, nestes termos:

> Diz-se frequentemente que, ao se examinar um ato do Congresso, todo possível significado a ser buscado deve ser em favor de sua constitucionalidade. Um ato do Congresso é presumidamente válido a não ser que sua invalidade seja plena e aparente. Nenhuma presunção de invalidade deve ser acolhida. Ela deve ser demonstrada clara e indubitavelmente. Esta regra foi estabelecida e tem sido seguida por esta Corte desde a fundação do governo.[414]

De outra parte, valendo-se de interpretação de dispositivos constitucionais, a decisão salientou o poder implicitamente atribuído ao governo federal norte-americano de

[413] 160 U.S. 668 (1896).

[414] *United States v. Gettysburg Elec. Ry. Co.*, 160 U.S. 668 (1896). Tradução livre deste autor. No original: "*In examining an act of Congress, it has been frequently said that every intendment is in favor of its constitutionality. Such act is presumed to be valid unless its invalidity is plain and apparent. No presumption of invalidity can be indulged in. It must be shown clearly and unmistakably. This rule has been stated and followed by this Court from the foundation of the government.*".

tomar para si terras particulares para serem afetadas a algum uso público[415]. E, além destas considerações, a decisão registrou a validade de qualquer ato do Congresso que "plena e diretamente tenda a ampliar o respeito e o amor de cidadãos pelas instituições deste país e esteja voltado a acelerar e a fortalecer os motivos para defendê-las"[416].

No âmbito do Supremo Tribunal Federal, o recurso à presunção de constitucionalidade para externar autocomedimento em casos afetos a liberdades públicas previstas na Constituição brasileira se pode verificar no julgamento da ADC 41[417]. Referida ação direta de inconstitucionalidade examinava a previsão de reserva 20% (vinte por cento) das vagas oferecidas em concursos públicos na esfera federal para pessoas negras, estabelecida na Lei federal 12.990/2014. Examinava-se ali, em suma, a constitucionalidade da política de ações afirmativas voltadas à concretização, sobretudo, do direito à igualdade em sua perspectiva material. Ao lado da interpretação dos princípios constitucionais incidentes, tais como o da igualdade, o do concurso público, o da eficiência e o da proporcionalidade, a decisão pautou-se pela presunção de constitucionalidade da lei apreciada para justificar a autorrestrição da corte. Este critério de autocontenção foi invocado pelo ministro Roberto Barroso, em seu voto, nos seguintes termos:

> 17. O princípio da presunção de constitucionalidade refere-se à existência de uma presunção relativa de validade que milita em favor das leis e atos normativos. Tal presunção se justifica pela legitimidade democrática dos agentes públicos eleitos encarregados da elaboração normativa, bem como pelo dever atribuído a tais agentes de promover o interesse público e respeitar os princípios constitucionais . Nesse sentido, o princípio funciona como fator de autolimitação da atuação do Poder Judiciário, recomendando uma maior deferência em relação ao legislador. Em razão disso, como regra, juízes e tribunais não devem declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo quando: (i) a inconstitucionalidade não for patente e inequívoca, existindo tese jurídica razoável para preservação da norma (*princípio do in dubio pro legislatore*); (ii) seja possível decidir a questão por outro fundamento, evitando-se a invalidação de ato de outro poder; e (iii) existir interpretação alternativa

[415] *United States v. Gettysburg Elec. Ry. Co.*, 160 U.S. 668 (1896). Adaptação livre deste autor. Eis o trecho original: "*And also, in our judgment, the government has the constitutional power to condemn the land for the proposed use. It is, of course, not necessary that the power of condemnation for such purpose be expressly given by the Constitution.*".

[416] *United States v. Gettysburg Elec. Ry. Co.*, 160 U.S. 668 (1896). Tradução livre deste autor. No original: "*Any act of Congress which plainly and directly tends to enhance the respect and love of the citizen for the institutions of his country and to quicken and strengthen his motives to defend them*".

[417] ADC 41 / DF, Pleno, rel. Min Roberto Barroso, j. 08.06.2017, DJe 17.08.2017.

> possível, que permita afirmar a compatibilidade da norma com a Constituição (princípio da interpretação conforme a Constituição)
>
> 18. Mais recentemente, tem-se entendido que tal presunção de constitucionalidade deve ser graduada de acordo com alguns parâmetros, voltados a concretizar a diretriz de deferência ao legislador . São eles, entre outros: (i) o grau de legitimidade democrática do ato normativo, que se refere à necessidade de conferir tanto mais peso à presunção de constitucionalidade quanto maior o grau de consenso parlamentar e extraparlamentar atingido durante a sua tramitação e votação; (ii) a proteção de minorias estigmatizadas, que diz respeito à possibilidade de enfraquecer a presunção em questão quando a norma limitar direitos de grupos minoritários, ou de reforçá-la quando, ao contrário, houver benefícios em termos de proteção desses grupos e de seus interesses, e (iii) a relevância material do direito fundamental em jogo, que recomenda um escrutínio mais rigoroso nos casos de normas que restrinjam direitos básicos, de alto valor axiológico, como a dignidade humana, a igualdade e a liberdade de expressão.

Assim exposta a forma com que caberia ao STF valer-se da presunção de constitucionalidade como critério de seu autocomedimento, o voto do ministro Roberto Barroso justificou a sua aplicação no caso concreto nestes termos:

> 19. Pois bem. Tendo em vista todos os parâmetros acima, não é difícil concluir que a Lei n° 12.990/2014 deve ostentar uma presunção reforçada de constitucionalidade. A Lei resultou da aprovação de projeto de lei de iniciativa da Presidência da República, que tramitou em regime de urgência constitucional, e obteve aprovação da quase totalidade dos membros das duas Casas Legislativas. Na Câmara dos Deputados, o Projeto de Lei nº 6.738/2013 foi aprovado em Plenário por amplíssima maioria: foram 314 votos pela aprovação, 36 pela rejeição e 6 abstenções. Já no Senado Federal, o PL foi aprovado pelo Plenário por votação simbólica, contando com a manifestação favorável de todos os presentes. Ademais, a Lei n° 12.990/2014 se destina à proteção de direitos fundamentais de grande relevância material – como o direito à igualdade – titularizados por minorias estigmatizadas, como são os negros.

Desta maneira, juntamente com outras circunstâncias normativas, observa-se que a presunção de constitucionalidade compôs a fundamentação deste julgado do STF como medida de autocontenção judicial.

3.4 Deferência judicial e o emprego da presunção de constitucionalidade na ausência de dúvida

3.4.1 Considerações iniciais

Os casos acima examinados refletem o uso da presunção de constitucionalidade como instrumento de autocontenção judicial em hipóteses de dúvida acerca da compatibilidade do ato normativo impugnado com o respectivo texto constitucional. Em todos eles, diante de um contexto de incerteza sobre o real significado da disposição constitucional invocada, os tribunais examinados optaram, autonomamente, por chancelar o produto da deliberação legislativa. Em comum a todas as decisões acima analisadas, tem-se o fato de haver comando constitucional sobre o qual pende dúvida ou ambiguidade sanadas pela presunção de constitucionalidade. Verificou-se, nas situações indicadas nos itens anteriores, que a presunção de constitucionalidade funciona como critério de autorrestrição judicial quando presente dúvida acerca do significado e alcance da norma constitucional, de modo que a jurisdição constitucional, por presunção, reputa válida a opção do legislador.

No entanto, a Suprema Corte e o STF, por vezes, vinculam as expressões "presunção de constitucionalidade" e "autocontenção judicial" (ou suas sinônimas) em contextos em que não se observam, propriamente, posturas judiciais autocomedidas. Ocasionalmente, de fato, decisões do STF e da Suprema Corte afirmam exercer autorrestrição ou declaram aplicar a presunção de constitucionalidade quando, em realidade, o que se verifica é uma postura deferente naturalmente imposta por outras circunstâncias que não a vontade unilateral da jurisdição constitucional.

Manifestações doutrinárias, aliás, assinalam haver autocontenção judicial e/ou presunção de constitucionalidade, em hipóteses nas quais os órgãos da jurisdição constitucional se mostram deferentes às decisões tomadas pelos demais poderes, sem que se identifiquem – nesta deferência – os elementos próprios da autolimitação judicial ou da presunção de constitucionalidade[418]. Ademais, constata-se em algumas ocasiões, a

[418] Cf. KRAMER, Larry D. Judicial Supremacy and the End of Judicial Restraint. *California Law Review*, Vol. 100, N. 3, p. 625-626, jun. 2012 e HESSICK, F. Andrew. Rethinking the Presumption of Constitutionality. *Notre Dame Law Review*, Vol. 85, N. 4, p. 1.447, 2010.

propósito, o uso indistinto de presunção de constitucionalidade e deferência como expressões sinônimas em textos doutrinários[419].

Em virtude deste diagnóstico – e a fim de sanear conceitualmente as distinções entre presunção de constitucionalidade e deferência judicial – cabe examinar casos em que tal presunção foi utilizada para se referir a posturas judiciais deferentes que não necessariamente retratam autocontenção judicial.

3.4.2 A ausência de disciplina constitucional: a deferência em matéria não regulada pela Constituição

Em primeiro lugar, cabe lembrar de situações em que não há disposição constitucional a balizar a atividade legislativa. Nestes casos, ante o silêncio constitucional, não exsurge qualquer dúvida capaz de resolvida por meio da presunção de constitucionalidade. Nesta quadra, os comportamentos judiciais mais restringidos não são fruto de opção unilateral do STF ou da Suprema Corte; nestas hipóteses, a deferência ao legislador (e o consequente prounciamento da constitucionalidade do ato normativo) decorre da ausência de norma constitucional a nortear a decisão judicial. Tais situações refletem uma deferência judicial que decorre naturalmente da inexistência de disciplina constitucional sobre algum determinado assunto. Não se trata, pois, de postura restrita autonomamente criada pela jurisdição constitucional.

[419] Cf. BREST, Paul. The Conscientious Legislator's Guide to Constitutional Interpretation. *Stanford Law Review*, Vol. 27, N. 3, p. 585-602, 1975; DAWSON, Edward C. Adjusting the Presumption of Constitutionality Based on Margin of Statutory Passage. *University of Pennsylvania Journal of Constitutional Law*, Vol. 16, N. 1, p. 97-152, 2013; MENDELSON, Wallace. Mr. Justice Rutledge's Mark upon the Bill of Rights. *Columbia Law Review*, Vol. 50, N. 1 p. 48-51, 1950; KARST, Kenneth L. Legislative Facts in Constitutional Litigation. *The Supreme Court Review*, p. 75-112, 1960; WATSON, Katherine. When Substantive Due Process Meets Equal Protection: Reconciling *Obergefell* and *Glucksberg*. *Lewis & Clark Law Review*, Vol. 21, N. 1, p. 245-276, 2017; PATTI, F. Italia. Judicial Deference and Political Power in Fourteenth Amendment and Dormant Commerce Clause Cases. San Diego Law Review, Vol 56, N. 1, 221-246, 2019; PARK, Joshua. Economic Protectionism: Irrationally Constitutional. *Pepperdine Law Review*, Vol. 45, N. 1, p. 149-188, 2018; STEVENS, Chloe. Raising Constitutional Eyebrows on Private Takings and Due Course of Law: Where Do We Go from Here. *Baylor Law Review*, Vol. 70, N. 2, p. 666-688, 2018 e HUHN, Wilson. Realism over Formalism and the Presumption of Constitutionality: Chief Justice Roberts' Opinion Upholding the Individual Mandate. *Akron Law Review*, Vol. 46, N. 1, p. 117-136, 2013.

Este tipo de deferência – calcada na inexistência de dúvida sobre alguma disposição constitucional – se verificou no célebre voto vencido do *justice* Holmes em *Lochner v. New York*[420]. Tal voto se limitou à necessária deferência que deveria ser creditada à legislação questionada, sem externar qualquer fundamento capaz de reforçar a sabedoria, justiça ou adequação das medidas econômicas e sociais levadas a efeito pelo órgão legislativo. Em suas palavras:

> Este caso é decidido com base em uma teoria econômica que grande parte do país não compartilha. Se fosse o caso de expressar a minha concordância com esta teoria, eu deveria estudá-la a fundo antes de tomar a minha decisão. Mas eu não concebo ser este o meu dever, porque eu acredito firmemente que a minha concordância ou discordância não tem relação com o direito que a maioria tem de incorporar as suas opiniões no direito. Mas uma constituição não é feita para incorporar uma particular teoria econômica, seja ela mais paternalista, seja ela de *laissez faire*.[421]

Este pronunciamento, por vezes considerado um símbolo de autocontenção judicial pela via da presunção de constitucionalidade[422], indicou apenas que, na ausência de uma corrente econômica eleita pela Constituição, a conduta judicial naturalmente exigível seria a deferência à opção política majoritária firmada pelos legisladores do estado de Nova York.

---

[420] 198 U.S. 45 (1905);

[421] *Lochner v. New York*, 198 U.S. 45 (1905). Tradução livre deste autor. No original: "*This case is decided upon an economic theory which a large part of the country does not entertain. If it were a question whether I agreed with that theory, I should desire to study it further and long before making up my mind. But I do not conceive that to be my duty, because I strongly believe that my agreement or disagreement has nothing to do with the right of a majority to embody their opinions in law. But a constitution is not intended to embody a particular economic theory, whether of paternalism and the organic relation of the citizen to the State or of laissez faire.*". Em análise doutrinária acerca do voto do juiz Holmes em *Lochner*, John Paul Stevens salientou que ele restou fundamentado no fato de que a opção do legislativo de Nova York não era irracional, o que seria suficiente para decidir o caso. (STEVENS, John Paul. Judicial Restraint. *San Diego Law Review*, Vol. 22, N. 2/3 p. 450, mai./jun. 1985).

[422] Cf. KENS, Paul. *Lochner v. New York*: Tradition or Change in Constitutional Law. *New York University Journal of Law & Liberty*, Vol. 1, N. 1 p. 404-431, 2005; BERNSTEIN, David E. Lochner v. New York: A Centennial Retrospective. *Washington University Law Quarterly*, Vol. 83, N. 5, p. 1469-1528, 2005; SHAMAN, Jeffrey M. On the 100th Anniversary of Lochner v. New York. Tennessee Law Review, Vol. 72, N. 2, p. 455-508, 2005; BARNETT, Randy E. After All These Years, Lochner Was Not Crazy - It Was Good. *Georgetown Journal of Law & Public Policy*, Vol. 16, N. 2, p. 437-444, 2018 e RODRIGUES, Lêda Boechat. A Côrte Suprema e o Direito Constitucional Americano. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1958, p. 107, 130-132.

Deferência semelhante se observou, também, nos votos dissidentes dos *justices* Holmes, Taft e Sanford em *Adkins v. Children's Hospital*, julgado em 1923[423], também considerado exemplo de postura judicial autorrestrita por meio da presunção de constitucionalidade[424].

O tema de fundo neste caso envolvia a fixação de salário mínimo para o trabalho de mulheres e crianças no hospital infantil do Distrito de Columbia. O hospital – figurando na condição de empregador – moveu ação judicial para não ser compelido a observar a remuneração básica fixada pelo Congresso, ao fundamento de que tal medida violava a liberdade de contratar garantida pela Quinta Emenda.

Tal pretensão não foi acolhida pela maioria do tribunal. A dissidência dos *justices* Taft e Sandford esteve fundada, inicialmente, no argumento da superação de *Lochner* por *Bunting v. Oregon*[425]. Ainda assim, Taft e Sandford consignaram não caber à Suprema Corte optar por uma específica forma de regulação da esfera econômica e social. Consignaram estes *justices* não ser "função da Corte declarar atos legislativos inválidos simplesmente porque aprovados para por em marcha visões econômicas que ela Corte entenda equivocadas ou inconsistentes"[426].

Oliver W. Holmes também dissentiu da maioria em *Adkins*, apresentando sua divergência em separado. Desta vez, porém, optou por abordagem distinta daquela utilizada dezoito antes em *Lochner*. Em *Adkins*, seu voto expandiu o argumento fundado unicamente na deferência aos poderes democraticamente compostos para recordar

---

[423] 261 U.S. 525 (1923).

[424] Cf. BERNSTEIN, David E. Lochner v. New York: A Centennial Retrospective. *Washington University Law Quarterly*, Vol. 83, N. 5, p. 1469-1528, 2005; SHAMAN, Jeffrey M. On the 100th Anniversary of Lochner v. New York. Tennessee Law Review, Vol. 72, N. 2, p. 455-508, 2005; BURKE, David M. The Presumption of Constitutionality Doctrine and the Rehnquist Court: A Lethal Combination for Individual Liberty. *Harvard Journal of Law & Public Policy*, Vol. 18, N. 1, p. 73-174, 1994; COX, Archibald. The Role of Congress in Constitutional Determinations. *University of Cincinnati Law Review*, Vol. 40, N. 2, p. 199-262, 1971 e RODRIGUES, Lêda Boechat. A Côrte Suprema e o Direito Constitucional Americano. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1958, p. 107, 130-132.

[425] 243 U.S. 426 (1917). Em *Bunting v. Oregon* – segundo observou este voto vencido – a Suprema Corte manteve uma lei que limitava o limite diario de 10 (dez) horas de trabalho de qualquer pessoa em moinhos, fábricas ou estabelecimentos de manufatura. Entendendo que a lei reputada constitucional naquela oportunidade se aplicava a todo e qualquer emprego industrial, concluiu-se que a autoridade da decisão em *Lochner* estaria superada, o que justificava a divergência.

[426] *Adkin´s v. Children´s Hospital*, voto vencido do *Chief Justice* Taft. Tradução livre deste autor. No original: "*it is not the function of this Court to hold congressional acts invalid simply because they are passed to carry out economic views which the Court believes to be unwise or unsound*".

inúmeros casos da Suprema Corte em que leis restritivas da liberdade de contratar foram julgadas constitucionais[427]. Ao que tudo indica, a postura de simples deferência, não tendo ecoado na Corte nos dezoito anos entre *Lochner* e *Adkins*, ensejou uma avaliação de fundo da lei federal que estabelecia padrões remuneratórios mínimos a crianças e mulheres. No entanto, de modo sutil, Holmes não deixou de repetir, também em *Adkins*, a impropriedade de manifestação judicial sobre a maior ou menor adequação da política econômica implementada pelo legislador quando presente espaço para debate razoável a respeito.

A ausência de referenciais constitucionais a ensejar posturas judiciais deferentes – mas não necessariamente coincidentes com a ideia de autocontenção judicial ou de presunção de constitucionalidade – também se verifica em temas ligados a liberdades públicas.

O entendimento da maioria da Suprema Corte em *Minersville School District v. Gobitis*[428] e, de modo ainda mais enfático, o voto dissidente do *justice* Felix Frankfurter em *West Virginia State Board of Education. v. Barnette*[429] retratam deferência judicial muitas vezes categorizadas como autolimitação judicial por meio da presunção de constitucionalidade[430].

---

[427] "Sem enumerar todas as leis restritivas que foram mantidas, eu mencionarei algumas que, segundo penso, interferiram com a liberdade de contratar de uma uma forma mais séria e direta que a ora apreciada". *Adkin´s v. Children´s Hospital*, 261 U.S. 525 (1923). Tradução livre deste autor. No original: "*Without enumerating all the restrictive laws that have been upheld, I will mention a few that seem to me to have interfered with liberty of contract quite as seriously and directly as the one before us.*".

[428] 310 U.S. 586 (1940). Neste caso, a Suprema Corte declarou válida legislação do estado da Pensilvânia que obrigava alunos em escolas públicas a participarem de cerimônia diária de saudação da bandeira nacional norte-americana, na qual deveriam também recitar em uníssono o juramento à bandeira. A saudação – *pledge of allegiance* – exigia dos alunos jurar apoiar a bandeira dos Estados Unidos e "a república que ela representa; uma nação indivisível, com liberdade e justiça para todos" (tradução livre deste autor. No original: "*and to the Republic for which it stands; one Nation indivisible, with liberty and justice for all*". À exceção do *justice* Stone, o restante do tribunal – cuja posição foi lavrada pelo *justice* Felix Frankfurter – entendeu que os estados poderiam impor tal obrigação sem que isso violasse a liberdade de expressão (o trecho original é o seguinte: "*This Court cannot exercise censorship over the conviction of legislatures that a particular program or exercise will best promote in the minds of children who attend the common schools an attachment to the institutions of their country, nor overrule the local judgment against granting exemptions from observance of such a program.*"). Esta compreensão se mostrou deferente aos estados, na medida em que se lhes reconheceu o poder de adotar os meios apropriados para evocar e fomentar um sentimento de unidade nacional entre as crianças matriculadas em escolas públicas.

[429] 319 U.S. 624 (1943).

[430] Referindo-se à decisão da Suprema Corte em *Minersville School District v. Gobitis*, Lêda Boechat Rodrigues, afirma que "partindo da presunção de constitucionalidade das leis estaduais, aceitou a validade de lei do Estado da Pennsylvania que excluía de suas escolas os filhos menores das Testemunhas de Jeová que, em nome de suas crenças, recusassem saudar a bandeira" (RODRIGUES, Lêda Boechat. A Côrte Suprema e o Direito Constitucional Americano. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1958, p. 261). No mesmo sentido,

Em *West Virginia State Board of Education. v. Barnette* a maioria da Suprema Corte declarou que a liberdade de expressão era violada pela obrigação de saudar e prometer lealdade à bandeira dos Estados Unidos[431]. O único voto dissidente foi o do *justice* Felix Frankfurter, que, três anos antes, expressara o entendimento majoritário da corte pela validade do juramento à bandeira em *Gobitis*. A fim de evitar posturas intolerantes do tribunal, salientou o *justice* Frankfurter o dever de deferência dos órgãos judiciais relativamente àqueles órgãos legislativos encarregados de aprovar leis e medidas produzidas em uma ambiente de dissenso[432]. E, neste contexto, o seu voto dissidente afirmou que a humildade judicial não traduz uma abdicação da função judicial, mas sim o correto exercício da função da corte[433].

Nos termos de sua dissidência, o *justice* Felix Frankfurter assinalou que todas as vezes em que o tribunal é demandado a anular uma lei deve se lembrar que a autocontenção judicial, por si só, é que limita o uso arbitrário da autoridade dos seus membros[434]. E, para justificar o desempenho limitado da atuação judicial, Frankfurter

---

confira-se: MENDELSON, Wallace. Mr. Justice Rutledge's Mark upon the Bill of Rights. *Columbia Law Review*, Vol. 50, N. 1 p. 48-51, 1950; GIVENS, Richard A. The Impartial Constitutional Principles Supporting *Brown v. Board of Education*. *Howard Law Journal*, Vol. 6, N. 2, p. 179-186, 1960; SUMMERS, Clyde W. Sources and Limits of Religious Freedom. *Illinois Law Review*, Vol. 41, N. 1, 53-80, 1947 e KARST, Kenneth L. Legislative Facts in Constitutional Litigation. *The Supreme Court Review*, p. 75-112, 1960.

[431] Analisou-se, em *West Virginia State Board of Education. v. Barnette*, a exigência, imposta a alunos e professores de escolas públicas, de saudarem a bandeira nacional, de forma compulsória, por meio do erguimento do braço direito e a extensão da palma da mão direita. Segundo a normativa editada pelo *Board of Education* da Virgínia Ocidental, os alunos que se recusassem a fazê-lo estariam sujeitos a expulsão e não seriam readmitidos até que aceitassem submeter-se ao juramento. Em decorrência, os pais destes alunos poderiam ser acusados de crime em razão da falta injustificada à frequência escolar. O caso concreto envolvia criança cuja família era seguidora das Testemunhas de Jeová e que invocou a sua liberdade de culto para se abster de saudar a bandeira ao fundamento de que a lei divina estaria acima de quaisquer leis ou governos seculares.

[432] *West Virginia State Board of Educucation v. Barnette*, 319 U.S. 624 (1943). Adaptação livre deste autor. No original: "*For those who pass laws not only are under duty to pass laws. They are also under duty to observe the Constitution. And even though legislation relates to civil liberties, our duty of deference to those who have the responsibility for making the laws is no less relevant or less exacting. And this is so especially when we consider the accidental contingencies by which one man may determine constitutionality and thereby confine the political power of the Congress of the United States and the legislatures of forty-eight states.*".

[433] *West Virginia State Board of Educucation v. Barnette*, 319 U.S. 624 (1943). Adaptação livre deste autor. No original: "*The attitude of judicial humility which these considerations enjoin is not an abdication of the judicial function. It is a due observance of its limits*."

[434] *West Virginia State Board of Educucation v. Barnette*, 319 U.S. 624 (1943). Adaptação livre deste autor. No original: "*The admonition that judicial self-restraint alone limits arbitrary exercise of our authority is relevant every time we are asked to nullify legislation.* (...) *Judicial self-restraint is equally necessary whenever an exercise of political or legislative power is challenged. There is no warrant in the constitutional*

registrou que a função judicial não se compara com a atividade legislativa, tampouco é livre o suficiente para agir como uma superlegislatura[435].

Ademais, a deferência dada por seu voto às opções legislativas quando em jogo assunto de aprofundada divergência moral – como era o caso do juramento à bandeira à luz da liberdade de expressão – também justificou a postura de humildade judicial que caracterizou o seu entendimento. Neste contexto, realçou ele a importância proporcionalmente maior da autocontenção à razão em que a corte seja provocada a decidir sobre domínios sociais e políticos que estariam completamente fora do escopo jurisdicional[436]. Em suas palavras:

> Eu acredito que compreendo integralmente as objeções à lei que estamos a analisar. Mas rejeitar que ela apresenta uma questão sobre a qual homens possam razoavelmente divergir parece-me uma intolerância. E considerando que homens tão razoáveis divergem entre si, penso estar fora do meu poder constitucional indicar a minha visão sobre a sabedoria desta lei[437].

No que toca à jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, a ADI 5.498[438] indicia comportamento declaradamente autocontido por força de deferência que se deveria prestar ao Poder Legislativo em matéria de *impeachment*. Referida ação tinha objeto a forma de votação, pelo plenário da Câmara dos Deputados, do parecer da Comissão

---

basis of this Court's authority for attributing different roles to it depending upon the nature of the challenge to the legislation. Our power does not vary according to the particular provision of the Bill of Rights which is invoked.".

[435] *West Virginia State Board of Educucation v. Barnette*, 319 U.S. 624 (1943). Adaptação livre deste autor. No original: "*In neither situation is our function comparable to that of a legislature, or are we free to act as though we were a super-legislature.*".

[436] *West Virginia State Board of E ducucation v. Barnette*, 319 U.S. 624 (1943). Adaptação livre deste autor. No original: "*The uncontrollable power wielded by this Court brings it very close to the most sensitive areas of public affairs. As appeal from legislation to adjudication becomes more frequent, and its consequences more far-reaching, judicial self-restraint becomes more, and not less, important, lest we unwarrantably enter social and political domains wholly outside our concern.*".

[437] *West Virginia State Board of Educucation v. Barnette*, 319 U.S. 624 (1943). Tradução livre deste autor. No original: "*I think I appreciate fully the objections to the law before us. But to deny that it presents a question upon which men might reasonably differ appears to me to be intolerance. And since men may so reasonably differ, I deem it beyond my constitutional power to assert my view of the wisdom of this law against the view of the State of West Virginia.*".

[438] ADI 5.498 MC/DF, Pleno, rel. Min. Marco Aurélio, relator para acórdão Min. Teori Zavascki, j. 14.04.2016, DJe 11.05.2017.

Especial formada no bojo do processo de *impeachment*. Examinava-se, ali, o art. 187, § 4º, do Regimento Interno da Câmara que, para este ato, impunha votação nominal mediante a chamada de Deputados, alternadamente, do norte para o sul e vice-versa. O partido requerente postulava fosse dada interpretação conforme ao dispositivo regimental para o fim de impor votação por ordem alfabética ou, alternativamente, votação simultânea de todos os deputados, por meio de painel eletrônico. Alegava-se, para tanto, a inconstitucionalidade da interpretação que vinha sendo dada pela Câmara ao dispositivo regimental, por meio da qual votavam inicialmente todos os deputados da região norte para, na sequência, votarem todos os deputados da região sul (ou vice-versa, conforme o caso), alternando-se a partir daí a colheita dos votos de deputados por cada uma das regiões mais ao norte e mais ao sul.

Instantes antes do julgamento da demanda, o então presidente da Câmara dos Deputados noticiou à corte que, revendo a praxe anterior da casa legislativa, interpretaria o dispositivo regimental no sentido de promover a alternância norte-sul por bancadas estaduais (e não mais por alternância individual de cada deputado).

Com exceção do min. Marco Aurélio, relator, que deferia a cautelar postulada, o restante da corte a indeferiu, declarando, dentre outros aspectos, ser o caso de se adotar postura comedida. O voto do Min. Roberto Barroso assentou o que segue:

> Nós decidimos, ao fixarmos o rito, que, onde não havia o Congresso intervindo, nem legislado, como talvez devesse ter feito ao editar uma lei sobre o *impeachment*, eu sustentei, e foi a posição majoritária do Tribunal, que nós deveríamos seguir tudo na mais estrita semelhança ao que se passou no "Caso Collor". Porém, eu acho que a superveniência de uma norma votada legitimamente na Câmara se impõe sobre o regime anterior a menos que essa norma fosse inconstitucional. Eu, pessoalmente e com a devida vênia, não acho que o art. 187, § 4º, seja inconstitucional. Eu acho que ele estabelece um critério razoável. Talvez eu preferisse outro, mas não cabe a mim decidir isso.
>
> (...)
>
> Não é o que eu acho melhor, mas não sou eu, a meu ver, o intérprete final dessa questão, a menos que eu achasse que ela viola a Constituição. Eu sou o intérprete da Constituição. Portanto, se a autoridade competente faz uma interpretação que me parece razoável, eu penso que o Supremo deva aceitá-la, ainda que não a considere mais conveniente[439]

[439] Do mesmo modo, o min. Luiz Fux, prestigiando as opções do Câmara dos Deputados, consignou a impropriedade de intervir para pronunciar inconstitucionalidades ou estabelecer interpretações, ainda que tal fosse possível: "Mas o fundamento que mais me seduz é exatamente esse que o Ministro Barroso destacou

Reiterando a opção pela autorrestrição, o min. Roberto Barroso assim se pronunciou nos debates:

> Eu devo dizer que, tal como preferia a ordem alfabética, também prefiro a posição do Ministro Luiz Edson Fachin de que a votação fosse individual. Porém, acho que, adotando algum grau de autocontenção aqui, não acho que a interpretação dada pelo presidente seja fora de propósito. Acho que é uma interpretação compatível com o artigo 187, § 4º.

Todas estas decisões expressam posturas judiciais deferentes mas não traduzem, propriamente, a aplicação da presunção de constitucionalidade. Por se tratar de campos constitucionalmente abertos[440], o reconhecimento da constitucionalidade das leis se impôs de modo exógeno aos dois tribunais; a atuação judicial mais contida, nestes casos, não decorreu de critérios unilateralmente forjados pela jurisdição constiticional.

3.4.3 Deferência e aplicação de competências claramente estabelecidas na Constituição

Observa-se na jurisprudência da Suprema Corte a invocação da presunção de constitucionalidade ao resolver casos que, em realidade, não apresentam o cenário de dúvida interpretativa que caracteriza este critério de autocontenção judicial. Ao contrário, cuida-se de demandas em que o tribunal reconhece a competência constitucional dos entes

---

com relação à deferência que devemos ter ao Poder Legislativo, que seria, data maxima venia, extremamente extravagante que o Poder Judiciário ditasse regras regimentais para a Câmara dos Deputados.".

[440] Larry D. Kramer observa, a propósito, que *justices* conservadores, diferentemente dos liberais, viam um escopo mais limitado da Constituição de modo que "eles se opunham aos *Justices* liberais que usavam a Constituição para formular políticas em áreas que eles entendiam não endereçadas de qualquer forma pela Constituição e que, por isso, estariam adequadamente relegadas à legislatura ordinária" (KRAMER, Larry D. Judicial Supremacy and the End of Judicial Restraint. *California Law Review*, Vol. 100, N. 3, p. 632, jun. 2012. Tradução livre deste autor. No original: "*They saw the scope of the Constitution differently, however—as more limited in its scope—and they objected to liberal Justices using the Constitution to make policy in arenas they deemed unaddressed by the Constitution one way or the other and for that reason properly left to ordinary politics.*". Veja-se também: LEAL, Roger Stiefelmann. Pluralismo, políticas públicas e a Constituição de 1988: considerações sobre a práxis constitucional brasileira 20 anos depois. In: MORAES, Alexandre de (coord.). Os 20 Anos da Constituição da República Federativa do Brasil. São Paulo: Atlas, 2009, p. 73-97.

federados para disciplinar determinada matéria. Não se trata, aqui, de ambiguidade normativa sanada por presunção; a deferência verificada decorre, em realidade, de competências expressamente definidas na Constituição.

Tome-se como exemplo a decisão proferida em *South Carolina Hwy. Dept. v. Barnwell Bros, Inc.*[441], ao apreciar a constitucionalidade de uma lei estadual da Carolina do Sul que limitava em vinte mil libras o peso de caminhões que viessem a transitar por rodovias estaduais. A corte rejeitou o argumento de que tal lei impediria o fluxo de caminhões comerciais através do estado por meio, inclusive, do aumento dos custos comerciais. Afirmou-se o seguinte:

> Considerando que a adoção de um regulamento sobre peso e largura em detrimento de outro é uma escolha legislativa e não judicial, a constitucionalidade não pode ser determinada pelo sopesamento judicial dos méritos da escolha legislativa. Tampouco pode ser repelida a opção legislativa se o peso da prova apresentada em juízo pode prestigiar algum outro parâmetro. O julgamento legislativo é presumidamente amparado por fatos conhecidos pela legislatura, a não ser que fatos judicialmente conhecidos ou provados afastem essa possibilidade.[442]

Em acréscimo a esta ponderação, a decisão agregou a presunção de constitucionalidade como razão de decidir, salientando que, mediante este critério de autocontenção, seria o caso de reputar válida a lei questionada, até porque "a experiência própria da Carolina do Sul não deveria ser ignorada"[443].

A decisão em *Day-Brite Lighting, Inc. v. Missouri*[444], por seu turno, consignou que a Suprema Corte não deve funcionar como uma "superlegislatura", voltada a sopesar a

---

[441] 303 U.S. 177 (1938).

[442] *South Carolina Hwy. Dept. v. Barnwell Bros, Inc.*, 303 U.S. 177 (1938). Tradução livre deste autor. No original: "*That since the adoption of one weight or width regulation, rather than another is a legislative not a judicial choice, constitutionality is not to be determined by weighing in the judicial scales the merits of the legislative choice and rejecting it if the weight of evidence presented in court appears to favor a different standard. The legislative judgment is presumed to be supported by facts known to the legislature unless facts judicially known or proved preclude that possibility.*".

[443] *South Carolina Hwy. Dept. v. Barnwell Bros, Inc.*, 303 U.S. 177 (1938). O trecho original da decisão é o seguinte: "*These considerations, with the presumption of constitutionality, afford adequate support for the weight limitation without reference to other items of the testimony tending to support it. Furthermore, South Carolina's own experience is not to be ignored.*".

[444] 342 U.S. 421 (1952). Afirmando se tratar de decisão autocontida por meio de postura judicial deferente à legislatura, veja-se: SOWELL, Thomas. Undue Process. *Southwestern University Law Review*, Vol. 11, N. 4,

justiça ou adequação dos produtos do debate legislativo. Ademais, assentou-se que "os Estados possuem competência constitucional para experimentar novas técnicas"[445], ressaltando a importância da margem de liberdade regulatória do entes locais, que deveria ser preservada por força do autocomedimento judicial. Neste caso, afirmou-se a constitucionalidade da lei do estado de Missouri que permitia aos empregados ausentarem-se do trabalho, por quatro horas, no dia de votação, para participar de eleições, estatuindo, ainda, a punição dos empregadores que deduzissem salários em função desta ausência.

Esta compreensão foi reiterada em 1955 em *Williamson v. Lee Optical of Okla., Inc.*[446]. Neste processo, declarou-se a constitucionalidade da lei do Estado de Oklahoma que vedava a exploração comercial de lentes ópticas por pessoas não licenciadas como optometristas ou oftalmologistas. A decisão, pautada pela deferência judicial, assinalou ser ampla a competência estadual para dispor sobre o assunto, de maneira que, ainda que a legislação impusesse ônus excessivos ou mesmo desperdício, eventual correção caberia apenas ao respectivo Poder Legislativo.

Já em 1963, a decisão em *Ferguson* v. *Skrupa*[447] reafirmou a necessidade por deferência aos demais órgãos políticos salientando "o retorno à proposição constitucional original de que tribunais não substituem o julgamento dos corpos legislativos, eleitos para aprovar leis, conforme suas próprias crenças sociais e econômicas"[448]. Aqui, afirmou-se o

---

p. 1361-1370, 1979 e JACKSON, Jeffrey D. Classical Rational Basis and the Right to Be Free of Arbitrary Legislation. *Georgetown Journal of Law & Public Policy*, Vol. 14, N. 2, p. 493-516, 2016

[445] Tradução livre deste autor. No original: "*the state legislatures have constitutional authority to experiment with new techniques*".

[446] 348 U. S. 483, 488 (1955). A autocontenção expressada por meio da deferência observada neste caso é afirmada em: SOWELL, Thomas. Undue Process. *Southwestern University Law Review*, Vol. 11, N. 4, p. 1361-1370, 1979; BERNICK, Evan. Subjecting the Rational Basis Test to Constitutional Scrutiny. *Georgetown Journal of Law & Public Policy*, Vol. 14, N. 2, p. 347-354, 2016; NEILY, Clark. Litigation without Adjudication: Why the Modern Rational Basis Test Is Unconstitutional. *Georgetown Journal of Law & Public Policy*, Vol. 14, N. 2, p. 537-558, 2016; STINEBAUGH, Jennie S. Constitutional Law - *Heller v. Doe*: The Rational Basis Review Guessing Game. *University of Memphis Law Review*, Vol 25, N. 1, p. 329-350, 1994; PARK, Joshua. Economic Protectionism: Irrationally Constitutional. *Pepperdine Law Review*, Vol. 45, N. 1, p. 149-188, 2018 e JACKSON, Jeffrey D. Classical Rational Basis and the Right to Be Free of Arbitrary Legislation. *Georgetown Journal of Law & Public Policy*, Vol. 14, N. 2, p. 493-516, 2016

[447] 372 U. S. 726, 730 (1963). Sustentando ter havido aplicação da presunção de constitucionalidade em *Ferguson*, confira-se: JACKSON, Jeffrey D. Classical Rational Basis and the Right to Be Free of Arbitrary Legislation. *Georgetown Journal of Law & Public Policy*, Vol. 14, N. 2, p. 493-516, 2016; FUNSTON, Richard. The Double Standard of Constitutional Protection in the Era of the Welfare State. *Political Science Quarterly*, Vol. 90, N. 2, p. 261-287, 1975

[448] Tradução livre deste autor. No original: "*We have returned to the original constitutional proposition that courts do not substitute their social and economic beliefs for the judgment of legislative bodies, who are elected to pass laws.*".

amplo poder dos estados de editarem leis que considerem práticas comerciais indevidas, desde que não desrespeitassem alguma proibição constitucional específica ou a disposição de lei federal sobre o assunto.

Todos estes casos indicam que a deferência declarada nas respectivas decisões consubstanciam, a rigor, o reconhecimento de competências constitucionalmente asseguradas aos estados, não havendo, propriamente, um raciocínio baseado em presunção com vistas a superar um cenário de dúvida hermenêutica sobre disposições constitucionais[449].

4. Presunção de constitucionalidade é pseudocritério de autocontenção?

4.1 Uso autêntico da presunção de constitucionalidade como critério de autocontenção judicial

O exame dos julgados que embasam o presente capítulo denotam que a presunção de constitucionalidade figura, por vezes, como critério efetivo de autorrestrição judicial. Verifica-se, nestas hipóteses, manifestações verdadeiras, autênticas ou genuínas da noção endógena de autocontenção judicial. Nestes casos, juízes constitucionais adotam comportamentos retringidos mediante a autoimposição de barreira fundada na presunção de constitucionalidade.

Isto se verificou, como se pode extrair dos itens 3.1 e 3.2 acima, em julgados da Suprema Corte que exteriorizaram a autocontenção pela via da presunção de constitucionalidade nas situações de regulação econômico-social e de juízo de *expertise*

[449] Não obstante, é amplamente reconhecida a relevância destes casos na jurispdrudência da Suprema Corte nos pós-Era *Lochner*, como se pode verificar em: PATTI, F. Italia. Judicial Deference and Political Power in Fourteenth Amendment and Dormant Commerce Clause Cases. *San Diego Law Review*, Vol 56, N. 1, 221-246, 2019; SIMSON, Gary J. The Conclusive Presumption Cases: The Search for a Newer Equal Protection Continues. *Catholic University Law Review*, Vol. 24, N. 2, p. 217-242, 1975; PHILLIPS, Michael J. Entry Restrictions in the Lochner Court. *George Mason Law Review*, Vol. 4, N. 3, p. 405-456, 1996; MCGOLDRICK JR, James M. The Rational Basis Test and Why It Is So Irrational: An Eighty-Year Retrospective. *San Diego Law Review*, Vol. 55, N. 4 p. 751-802, 2018 e STEVENS, John Paul. Judicial Restraint. *San Diego Law Review*, Vol. 22, N. 2/3 p. 448, mai./jun. 1985.

técnica. Com efeito, a decisão proferida em *O'Gorman & Young, Inc. v. Hartford Fire Ins. Co.*, tratando da intervenção do Estado na ordem econômica, revelou a vontade autônoma de não se exercer em sua plenitude a jurisdição constitucional. Isto porque, havendo argumentos capazes de serem enfrentados, conduzindo, eventualmente, à pronúncia de vícios na legislação impugnada, optou o tribunal por manter-se comedido em virtude, unicamente, da presunção de constitucionalidade. Deste modo, tal decisão limitou-se estritamente a chancelar a deliberação política majoritária, que deveria ser prestigiada à míngua de qualquer violação clara à Constituição.

Da mesma maneira, a análise dos julgados selecionados permite verificar que a presunção de constitucionalidade atua como critério autêntico de autocontenção judicial da Suprema Corte em demandas que questionam decisões técnicas tomadas por órgãos legislativos. De fato, seja nos votos vencidos dos *justices* Douglas, Frankfurter e Black em *McCarroll v. Dixie*, seja na posição majoritária em *Laurel Hill Cemetery v. San Francisco*, o autocomedimento observado nestes pronunciamentos decorreu exclusivamente da presunção de constitucionalidade creditada aos juízos de *expertise* técnica formulados pelos órgãos competentes. Evidenciou-se, pois, um limite autoimposto pelo tribunal ante o reconhecimento de suas dificuldades institucionais em apreciar circunstâncias tecnicamente complexas.

No âmbito do Supremo Tribunal Federal, configura manifestação autêntica de autorrestrição por meio da presunção de constitucionalidade a decisão proferida no RE 1.083.955 AgR/DF[450], cuja fundamentação indica hipótese de real e efetiva autocontenção exercida pelo STF com base na presunção de constitucionalidade das leis e atos normativos (conforme item 3.2 acima).

Como se pode perceber, o recurso à presunção de constitucionalidade como critério real de autocontenção pode ser observado na jurisprudência constitucional de ambas as cortes supremas analisadas nesta pesquisa. Nestas hipóteses, como visto, os pronunciamentos judiciais se encontram desvinculados de outras limitações normativamente impostas à atuação judicial, bem como não denotam qualquer juízo de valor sobre as decisões tomadas por outros poderes ou órgãos. Por tais motivos, é cabível afirmar que tais situações expressam formas fortes de autocontenção pela via da presunção de constitucionalidade.

[450] 1ª Turma, rel. Min. Luiz Fux, j. 28.05.2019, DJe 07.06.2019, analisado no item 3.2 acima.

4.2 Usos não autênticos da presunção de constitucionalidade como critério de autocontenção judicial

A apreciação dos julgados que compõem o presente capítulo indica a existência de situações em que a presunção de constitucionalidade não traduz efetiva opção da jurisdição constitucional por se autorrestringir. Cuida-se de circunstâncias em que a invocação deste critério caracteriza, em algum grau, um desvirtuamento da noção de autocontenção judicial. Tal ocorre quando (i) a autocontenção judicial declarada na decisão signfica, em realidade, a concordância do tribunal com o ato impugnado; (ii) quando a autolimitação está conjugada com outros fatores externos de limitação do exercício da jurisdição constitucional ou mesmo (iii) quando a menção à autorrestrição é meramente retórica, porquanto o fundamento da limitação da atuação judicial não é a conduta autônoma do tribunal.

Os casos analisados neste capítulo indicam, em primeiro lugar, que tanto a Suprema Corte quanto o STF se valem da presunção de constitucionalidade como expediente voltado a expressar, ainda que de modo velado, a anuência judicial às decisões tomadas pelo Legislativo ou outros órgãos técnicos do Estado[451]. Sob esta perspectiva, a presunção de constitucionalidade se presta muito mais para justificar as posições valorativas-substantivas do juiz em relação a determinada lei, ao invés de figurar como critério genuíno de restrição da atuação judicial[452]. Observou-se, a propósito, que a "existência de uma presunção de constitucionalidade já foi utilizada, em muitas ocasiões,

[451] Veja-se, a propósito: VERMEULE, Adrian. *Judging under uncertainty: an institutional theory of legal interpretation*. Cambridge: Harvard University Press, 2006, p. 220-221.

[452] Cf. Richard A. Posner, ao afirmar que a modalidade de autocontenção fundada estritamente na deferência ao legislador se extinguiu ou de fato nunca existiu (The Rise and Fall of Judicial Self-Restraint. *California Law Review*, V. 100, N. 3, p. 533, jun. 2012). Kenneth Karst sustenta, neste particular, que "um juiz dá a aparência de manter as suas prórias impressões fora do caso quando ele afirma que deve julgar válida a lei porque não existe um mínimo de opiniões indicando a sua irrazoabilidade. Desta maneira a presunção de constitucionalidade pode servir ao julgador como um escudo contra reações hostis à decisão dele, tal como um dado constitucional absoluto" (KARST, Kenneth L. Legislative Facts in Constitutional Litigation. The Supreme Court Review, p. 88, 1960. Tradução livre dese autor. No original: "*A judge gives the appearance of keeping his own evaluations out of the case when he states that he must uphold legislation because there is a sufficient minimum body of opinion supporting its reasonableness. In this fashion the presumption can serve the judge much as would a constitutional absolute, as a shield from hostile reactions to his decision*".

para ateunar o impacto da legislação, ao interpretá-la de modo a evitar dificuldades constitucionais"[453].

Tal se verificou no julgamento de *Munn v. Illinois* (examinado no item 3.1 acima) que, ao mesmo tempo em que proclamou a presumida constitucionalidade da legislação impugnada, recorreu a longa e pormenorizada exposição histórica sobre a intervenção estatal na propriedade privada, indicando, ao final, a concordância da corte com a deliberação normativa levada a efeito pelo Poder Legislativo. De maneira análoga, a decisão em *United States v. Gettysburg Elec. Ry. Co*. (objeto do item 3.3 supra), apesar de ter invocado a presunção de constitucionalidade, consignou enfaticamente ser constitucional todo ato normativo do Congresso destinado a "ampliar o respeito e o amor de cidadãos pelas instituições deste país e esteja voltado a acelerar e a fortalecer os motivos para defendê-las"[454].

Situação semelhante se observou no voto dissidente do *justice* Harlan em *Lochner* (item 3.1 supra) ao invocar a presunção de constitucionalidade das leis que não fossem clara e palpavelmente contrárias à Constituição, ao mesmo tempo em que também analisou com profundidade os efeitos sociais e médicos positivos decorrentes da limitação da jornada de trabalho diária em padarias e confeitarias[455]. Portanto, com certa contradição, o

---

[453] KARST, Kenneth L. Legislative Facts in Constitutional Litigation. *The Supreme Court Review*, p. 87, 1960. Tradução livre deste autor. No original: "*The existence of a presumption of constitutionality has been used by the Court on many occasions to soften the impact of legislation by interpreting it to avoid possible constitutional difficulties*").

[454] *United States v. Gettysburg Elec. Ry. Co.*, 160 U.S. 668 (1896). Tradução livre deste autor. No original: "*Any act of Congress which plainly and directly tends to enhance the respect and love of the citizen for the institutions of his country and to quicken and strengthen his motives to defend them*".

[455] O *justice* Harlan, em seu voto dissidente, apesar de afirmar não competir à corte avaliar a sabedoria da legislação, se valeu de contribuições acadêmicas de estudiosos da área da saúde laboral para tentar demonstrar que a lei atacada deveria ser mantida porque o trabalho dos padeiros, se exercido por muitas e ininterruptas horas em ambientes aquecidos e geralmente durante a madrugada, implicaria sérios danos à saúde destes profissionais. O voto adentrou, ainda, com base nestes aportes médicos, à seara dos efeitos danosos ao sistema respiratório e eventuais prejuízos visuais decorrentes da exposição à trigo em pó, além de elencar todas as possíveis doenças passíveis de serem contraídas por padeiros caso expostos a longas jornadas laborais (confira-se o excerto original da decisão neste particular: "*Another writer says: 'The constant inhaling of flour dust causes inflammation of the lungs and of the bronchial tubes. The eyes also suffer through this dust, which is responsible for the many cases of running eyes among the bakers. The long hours of toil to which all bakers are subjected produce rheumatism, cramps and swollen legs. The intense heat in the workshops induces the workers to resort to cooling drinks, which, together with their habit of exposing the greater part of their bodies to the change in the atmosphere, is another source of a number of diseases of various organs. Nearly all bakers are pale-faced and of more delicate health than the workers of other crafts, which is chiefly due to their hard work and their irregular and unnatural mode of living, whereby the power of resistance against disease is greatly diminished. The average age of a baker is below that of other workmen; they seldom live over their fiftieth year, most of them dying between the ages of forty and fifty. During periods of epidemic diseases, the bakers are generally the first to succumb to the disease,*

julgador ressaltou a necessidade de autocontenção mas sem deixar de externar com veemência a sua opinião pessoal sobre a justiça da lei atacada.

O mesmo ocorreu no julgamento do RE 760.931 (examinado no item 3.2 supra), em que o STF decidiu pela constitucionalidade da terceirização no âmbito da Administração Pública. Neste caso, não obstante as menções à deferência ao Legislativo expressadas nos votos dos ministros Luiz Fux e Roberto Barroso, o acórdão se baseou na literatura especializada das ciências econômica e administrativa para concluir, concordando com o Congresso, que a legislação questionada não precarizava o trabalho humano. Ademais, a decisão, contrariando a neutralidade própria da noção de deferência, elencou expressamente todos os benefícios da terceirização. Evidenciou-se, desta sorte, que o paradigma, aqui, não foi o de manter a validade da norma por não identificar uma violação clara à Constituição, mas sim o de inequívoca concordância da corte com a opção legislativa, pronunciando argumentos em reforço àqueles utilizados no debate parlamentar[456].

---

and the number swept away during such periods far exceeds the number of other crafts in comparison to the men employed in the respective industries.'"). Ainda, o voto se valeu de informes oficiais do estado de Nova York para atestar que jornadas de trabalho reduzidas propiciam melhores condições de saúde, maior expectativa de vida e maior inteligência e inventividade (adaptação livre deste autor. No original: "*In the Eighteenth Annual Report by the New York Bureau of Statistics of Labor it is stated that, among the occupations involving exposure to conditions that interfere with nutrition is that of a baker (p. 52). In that Report, it is also stated that, 'from a social point of view, production will be increased by any change in industrial organization which diminishes the number of idlers, paupers and criminals. Shorter hours of work, by allowing higher standards of comfort and purer family life, promise to enhance the industrial efficiency of the wage-working class -- improved health, longer life, more content and greater intelligence and inventiveness.*'"). A sua fundamentação, ademais, recorreu à análise comparativa das jornadas diárias de trabalho na Austrália, Reino Unido, Dinamarca, Noruega, Suécia, França, Suíça, Alemanha, Bélgica, Itália, Áustria e Rússia.

[456] Veja-se, a propósito, o expressivo e minudente rol de vantagens da legislação impugnada apresentado pelo STF: "5. A terceirização apresenta os seguintes benefícios: (i) aprimoramento de tarefas pelo aprendizado especializado; (ii) economias de escala e de escopo; (iii) redução da complexidade organizacional; (iv) redução de problemas de cálculo e atribuição, facilitando a provisão de incentivos mais fortes a empregados; (v) precificação mais precisa de custos e maior transparência; (vi) estímulo à competição de fornecedores externos; (vii) maior facilidade de adaptação a necessidades de modificações estruturais; (viii) eliminação de problemas de possíveis excessos de produção; (ix) maior eficiência pelo fim de subsídios cruzados entre departamentos com desempenhos diferentes; (x) redução dos custos iniciais de entrada no mercado, facilitando o surgimento de novos concorrentes; (xi) superação de eventuais limitações de acesso a tecnologias ou matérias-primas; (xii) menor alavancagem operacional, diminuindo a exposição da companhia a riscos e oscilações de balanço, pela redução de seus custos fixos; (xiii) maior flexibilidade para adaptação ao mercado; (xiii) não comprometimento de recursos que poderiam ser utilizados em setores estratégicos; (xiv) diminuição da possibilidade de falhas de um setor se comunicarem a outros; e (xv) melhor adaptação a diferentes requerimentos de administração, know-how e estrutura, para setores e atividades distintas".

Estes casos indicam que a presunção de constitucionalidade pode ser utilizada menos como critério genuíno de autocontenção e mais como mecanismo de reforço da opção do legislador, quando convergente com a opinião do julgador.

Há, ainda, uma segunda modalidade de utilização não autêntica da presunção de constitucionalidade enquanto critério de autocontenção judicial. O exame das decisões que permeiam este capítulo indicam, de fato, que posturas declaradamente autocontidas por vezes conjugam a presunção de constitucionalidade com outros fatores exógenos de limitação da jurisdição constitucional. É possível falar, aqui, tal como se observou em relação às questões políticas[457], de uma forma média de autocontenção judicial, na medida em que o não exercício da função jurisdicional em sua plenitude é fruto não somente de um critério legítimo de autorrestrição (presunção de constitucionalidade), mas também de outros elementos externos que normativamente balizam a atividade destas duas cortes supremas.

Sob este panorama, o exame dos julgados acima estudados revela que o STF brasileiro praticou esta forma não genuína de autocontenção quando se encontra diante de temas ligados ao juízo de *expertise* técnica e às liberdades públicas.

A apreciação dos casos listados no item 3.2 acima permite constatar que, no julgamento de causas que demandem *expertise* técnica, a presunção de constitucionalidade como critério de autorrestrição judicial se apresentou em votos isolados do STF, na medida em que com ela concorreram outros fundamentos normativos para a limitação da atividade jurisdicional. Isto se observa na declaração da constitucionalidade da reforma trabalhista[458] e na vedação da exploração do amianto crisotila[459]. Em ambos estes casos, as respectivas decisões consideraram dispositivos constitucionais, legais e precedentes jurisprudenciais incidentes para balizar a opção pela chancela da constitucionalidade dos respectivos atos. Porém, como se observou no item 3.2 acima, os votos dos ministros Roberto Barroso (no caso da reforma trabalhista), Luiz Fux (no casos do amianto e da reforma trabalhista) e Marco Aurélio (no caso do amianto) agregaram à fundamentação dos respectivos acórdãos

[457] Vide Capítulo II, item 4.

[458] ADI 5.794 / DF, Pleno, rel. Min. Edson Fachin, relator para acórdão Min. Luiz Fux, j. 29.06.2018, DJe 23.04.2019. Vide item 3.2 supra.

[459] ADI 4.066/DF, Pleno, rel. Min. Rosa Weber, j. 24.08.2017, DJe 07.03.2018 e ADIs 3.406 e 3.470 e ADI 3.937/SP, Pleno, rel. Min. Marco Aurélio, relator para acórdão Min. Dias Toffoli, j. 24.08.2017, DJe 1º.02.2019, todas analisadas no item 3.2 acima.

ponderações calcadas na autolimitação pela via da presunção, indicando que esta deveria ser a postura a ser observada em cada uma das destas decisões do STF. Da mesma forma, ao decidir a ADC 41 – cujo tema de fundo envolvia a análise de liberdades públicas (item 3.3 supra) – a atuação comedida do STF decorreu não só da opção pela presunção de constitucionalidade – veiculada exclusivamente pelo ministro Roberto Barroso – mas também da interpretação das normas constitucionais que balizaram a atuação da corte naquele caso.

Já no âmbito da Suprema Corte, tendo em conta as decisões examinadas neste capítulo, o uso compartilhado da presunção juntamente com outros fatores exógenos de limitação se observou no julgamento de causas relacionadas à regulação econômico-social e às liberdades públicas. Como se verificou nos itens 3.1 e 3.3 acima, as decisões proferidas em *Munn v. Illinois*, *Mugler v. Kansas*, *Powell v. Pennsylvania*, *Dennis v. United States* e *United States v. Gettysburg Elec. Ry. Co*. conjugaram a autocontenção fundada na presunção de constitucionalidade com a aplicação de normas constitucionais e precedentes jurisprudenciais para justificar o desempenho da função jurisdicional de modo mais comedido.

Resta, ainda, a terceira modalidade de uso não genuíno da deferência como critério de autocontenção. Neste contexto, extrai-se dos casos examinados neste capítulo que a Suprema Corte e o Supremo Tribunal Federal, por vezes, se valem da presunção de constitucionalidade como pseudocritério de autocontenção, ao externar uma postura declaradamente autolimitada quando, em realidade, o que limita a sua atuação não é, em nenhuma medida, a vontade do tribunal; a limitação da jurisdição constitucional está, nestas situações, no próprio ordenamento jurídico.

Esta conduta se observou nos julgados que, não obstante mencionarem o uso da presunção de constitucionalidade ou mesmo se declararem serem autocontidos, não revelam comportamentos restritos oriundos unilateralmente da vontade da jurisdição constitucional. Cuida-se de decisões que veiculam as noções de presunção de constitucionalidade ou de autocontenção mas cujos desfechos comedidos ou deferentes são impostos por circunstâncias exógenas.

De fato, as decisões listadas no item 3.4 supra indicam posturas judiciais deferentes aos poderes politicamente compostos, sem que tenha havido autêntica autocontenção judicial ou o recurso a genuína presunção de constitucionalidade. Seja

porque não havia norma constitucional passível de dúvida a respeito de seu alcance (item 3.4.2 acima), seja porque a Constituição continha comando inequívoco a respeito de alguma competência legislativa por ela estabelecida (item 3.4.3 supra), em nenhum destes casos cabe falar em presunção de constitucionalidade como critério autêntico de autorrestrição judicial.

A ausência de disciplina constitucional expressa sobre determinado tema (item 3.4.2 acima) enseja, por si mesma, deferência judicial, na medida em que, à míngua de baliza normativa, não caberia outra conduta à jurisdição constitucional. Nestas hipóteses, como examinado, o reconhecimento da constitucionalidade decorre naturalmente da inexistência de norma constitucional passível de ser violada. Neste contexto, a deferência judicial observada não é fruto de critério autonomamente forjado pela jurisdição constitucional. Ao contrário, a deferência às opções legislativas se impõe justamente em razão da falta de norma constitucional a ser tutelada.

Já o estabelecimento inequívoco de competências legislativas pela Constituição (item 3.4.3 supra) também pode propiciar comportamentos judiciais comedidos e, nesta medida, a deferência ao legislador observada não decorre de nenhum critério unilateralmente criado pelo tribunal. Nestes casos, diante de provocações a respeito do equívoco ou exagero de alguma regulação estatal, a jurisdição constitucional deixa de pronunciar qualquer vício em virtude da competência assinalada na Constituição a algum órgão legislativo. É a aplicação judicial destas normas constitucionais que enseja a deferência aos corpos legislativos. Não se observa, aqui, nenhuma restrição endógena; ao revés, o comportamento judicial deferente se impõe em razão de elementos normativos exógenos.

Percebe-se, nestas hipóteses, a ocorrência de pseudoautocontenção na medida em que a conduta deferente (por vezes utilizada como sinônimo de presunção de constitucionalidade) não advém de comportamento autônomo da jurisdição constitucional. É a própria Constituição (ao ser omissa sobre algum assunto ou ao indicar a competência legislativa sobre certa matéria) que reclama do juiz constitucional a deferência ao legislador. Pode-se dizer, a propósito, que a presunção de constitucionalidade sempre expressa uma conduta judicial deferente, mas nem sempre a recíproca é verdadeira. Basta considerar que uma decisão que aplica a doutrina das questões políticas também assume um figurino de deferência, tal como a aplicação das formas fortes e médias da presunção

de constitucionalidade[460]. Entretando, como ressaltado, comportamentos judiciais deferentes podem decorrer também da aplicação ou interpretação de comandos constitucionais e, nesta condição, se observam apenas elementos exógenos de limitação da jurisdição constitucional. Em outras palavras, a deferência judicial é efeito que pode tanto ser causado por critérios autênticos de autocontenção quanto por circunstâncias normativas externas à vontade unilateral de juízes constitucionais.

Este contexto sugere que o recurso à presunção de constitucionalidade pode se justificar exclusivamente para afastar eventuais críticas sobre a decisão da justiça constitucional. Nas situações descritas no item 3.4 acima não se verifica qualquer comportamento unilateralmente restringido; a declaração de constitucionalidade se impõe por fatores externos à opção autônoma do tribunal. E, sob este enfoque, a cogitação da presunção de constitucionalidade nestas decisões reflete forma fraca de autocontenção judicial, indicando a ocorrência pseudocritério. Afinal, apesar de tais pronunciamentos se reconhecerem em alguma medida autocomedidos, apenas promovem o exercício regular da função judicante.

[460] Cabe ressaltar que a teoria das questões políticas e a presunção de constitucionalidade se distinguem no que toca à deferência que delas resulta. Na doutrina das questões políticas, o juiz constitucional, em sua apreciação, sequer chega ao ponto de atingir dúvida sobre o parâmetro constitucional invocado. Nesta seara, é indiferente a existência ou não de ambiguidade sobre o texto constitucional. Já a presunção de constitucionalidade, para ser aplicada, exige um passo a mais na atividade judicante: é preciso superar o caráter político da questão para, somente a partir daí, cogitar-se de dúvida interpretativa. Somente após ultrapassada a barreira da feição política do ato, e havendo dúvida interpretativa sobre a sua manifesta incompatibilidade ou não com a Constituição, é que se impõe a presunção de constitucionalidade como mecanismo de autorrestrição judicial.

CAPÍTULO IV – CRITÉRIOS PROCESSUAIS DE AUTOCONTENÇÃO

1. Autocontenção judicial e juízo de mérito

Em uma determinada decisão da Suprema Corte, o *justice* Felix Frankfurter sustentou que "as cortes não reveem assuntos, especialmente assuntos constitucionais, até que elas tenham que fazê-lo". Conforme o seu entendimento, a atuação da Suprema Corte estaria submetida a uma razão prática segundo a qual "não se deve chegar a uma decisão prematura ou desnecessária". Segundo ele, este modo de agir permite que a jurisdição constitucional da Suprema Corte possa ser exercida de forma mais sábia, "restringindo-a às situações em que uma decisão seja de fato necessária"[461].

Convergindo com estes apontamentos, Gene R. Nichol Jr observou que "as tensões necessariamente resultantes das decisões judiciais anulando os atos dos poderes democráticos obviamente não devem ser deflagradas sem razão suficiente"[462].

É neste contexto que a Suprema Corte norte-americana criou limites ao exercício de sua própria jurisdição com vistas a não se pronunciar sobre o mérito de demandas, evitando, em decorrência, tais tensões[463].

---

[461] Todas as citações deste parágrafo são adapatações de trecho do voto concorrente do juiz Felix Frankfurter em *Joint Anti-Facist Refugee Comm. v. McGrath*, 341 U.S. 123, 154-55 (1951). O excerto integral é o seguinte: "Cortes não reveem assuntos, especialmente assuntos constitucionais, até que elas tenham que fazê-lo. (...) Em parte, esta prática reflete a tradição segundo a qual as cortes, tendo poder final, podem exercê-lo mais sabiamente se se restringirem às situações nas quais uma decisão é necessária. Em parte, ele é fundada na razão prática de não criar um conflito com o executivo ou o legislativo prematuramente ou sem propósito". Tradução livre deste autor. No original: "*Courts do not review issues, especially constitutional issues, until they have to.... In part, this practice reflects the tradition that courts, having final power, can exercise it most wisely by restricting themselves to situations in which decision is necessary. In part, it is founded on the practical wisdom of not coming prematurely or needlessly in conflict with the executive or legislature.*".

[462] NICHOL JR, Gene R. Causation as a Standing Requirement: The Unprincipled Use of Judicial Restraint. *Kentucky Law Journal*, Vol. 69, p. 214, 1980. Tradução livre deste autor. No original: "*The tensions necessarily resulting from judicial decisions voiding the acts of co-equal, and more democratic, branches of government obviously should not be encountered needlessly.*".

[463] Cf. SHAPIRO, David L. Jurisdiction and discretion. *New York University Law Review*, Vol. 60, N. 4, p. 543-589, 1985; FALLON JR, Richard H. Of justiciability, remedies, and public Law litigation: notes on the

No âmbito do Supremo Tribunal Federal brasileiro se pode observar, da mesma maneira, o uso de "estratégias de autocontenção que procuram embasamento em questões formais, de natureza procedimental, para justificar o não julgamento de litígios constitucionais"[464].

Nestas situações, a limitação que os órgãos de jurisdição constitucional se autoimpõem opera por meio de técnicas que inviabilizam pronunciamentos sobre o mérito das diversas demandas levadas a apreciação. Inibem integralmente, portanto, que se alcancem juízos valorativos sobre as questões constitucionais suscitadas nas ações ou recursos manejados. Diferentemente dos critérios de autocontenção estudados até aqui, esta forma de restrição desejada pelos órgãos judiciais não permite qualquer chancela das opções levadas a efeito pelos poderes democraticamente compostos. São, por isso mesmo, denominados critérios processuais de autocontenção judicial[465].

2. Casos, controvérsias e a doutrina da justiciabilidade (*justiciability*): a sistematização dos critérios processuais de autocontenção nos Estados Unidos

O Artigo III, seção 2, da Constituição norte-americana condiciona o exercício da jurisdição pelos órgãos judiciais federais à existência de casos e controvérsias, cujas configurações constituem uma primeira e evidente limitação normativamente imposta à Suprema Corte[466]. Cuida-se, pois, de uma forma exógena de restrição, eis que, segundo o

---

jurisprudence of Lyons. *New York University Law Review*, Vol. 59, N. 1, p. 14, 1984 e REDISH, Martin H. Abstention, Separation of Powers, and the Limits of the Judicial Function. *The Yale Law Journal*, Vol. 94, N. 1, p. 71-115, 1984.

[464] LIMA, Flavia Danielle Santiago; NETO, José Mário Wanderley Gomes. Autocontenção à brasileira? Uma taxonomia dos argumentos jurídicos (e estratégias políticas?) explicativo(a)s do comportamento do STF nas relações com os poderes majoritários. *Revista de Investigações Constitucionais*, Curitiba, Vol. 5, N. 1, p. 235, jan./abr. 2018.

[465] Conforme suscitado no Capítulo I, item 2 supra. Vide ainda: ROCHE, John P. Judicial Self-Restraint. *The American Political Science Review*, vol. 49, n. 3, p. 765-770, 1955 e (MADURO, Miguel Poiares. In Search of a Meaning and Not in Search of the Meaning: Judicial Review and the Constitution in Times of Pluralism. *Wisconsin Law Review*, N. 2, p 55, 2013.

[466] Eis o texto do dispositivo: "*The judicial Power shall extend to all Cases, in Law and Equity, arising under this Constitution, the Laws of the United States, and Treaties made, or which shall be made, under their Authority;—to all Cases affecting Ambassadors, other public ministers and Consuls;—to all Cases of admiralty and maritime Jurisdiction;—to Controversies to which the United States shall be a Party;—to Controversies between two or more States;—between a State and Citizens of another State;—between*

texto constitucional, sem o aperfeiçoamento de litígios concretos não será possível manifestação judicial[467].

A jurisprudência da Suprema Corte norte-americana, porém, forjou uma série de outros requisitos procedimentais com o objetivo de não decidir demandas levadas à sua apreciação. Para além da exigência constitucional de haver um caso ou uma controvérsia, estes requisitos processuais foram criados pela própria corte para limitar o acesso à sua jurisdição.

Em geral, o recurso a estas técnicas procedimentais enseja a negativa de atuação do tribunal, expressada na negativa de "*take or accept jurisdiction*"[468]. A incidência destas ferramentas faz com que o tribunal opte – livremente – por não emitir qualquer posição a respeito da questão de fundo objeto da causa.

Alexander Bickel tratou os institutos da *mootness*, *ripeness*, *standing*, questões políticas e *certiorari* como ferramentas para o não exercício da jurisdição da Suprema Corte, denominando-as, quando coletivamente consideradas, de virtude passivas[469]. À luz do perfil endógeno que embasa o conceito de autocontenção judicial nesta pesquisa, a negativa de *certiorari* não pode ser considerada fruto exclusivo da vontade do tribunal para restringir a sua atuação. A figura do *certiorari* – não obstante exercida com ampla discricionariedade pela Suprema Corte[470] – é disciplinada em leis aprovadas pelo

---

Citizens of different States;—between Citizens of the same State claiming Lands under Grants of different States, and between a State, or the Citizens thereof, and foreign States, Citizens or Subjects."

[467] A principal razão de ser desta condição reside na opção dos *framers* pela impossibilidade de as autoridades judiciárias serem provocadas para emitirem meras opiniões ou para que respondessem consultas. Confira-se, a este respeito, dentre outros: LANDES, William M.; POSNER, Richard A. The Economics of Anticipatory Adjudication. *The Journal of Legal Studies*, Vol. 23, N. 2, p. 683-719, 1994; FALLON JR, Richard H. Of justiciability, remedies, and public Law litigation: notes on the jurisprudence of Lyons. *New York University Law Review*, Vol. 59, N. 1, p. 14, 1984 e SCOTT, Kenneth E. Standing in the Supreme Court – A Functional Analysis. *Harvard Law Review*, Vol. 86, N. 4, p. 645-692, 1973. No âmbito dos julgados da Suprema Corte, veja-se, especialmente: *Flast v. Cohen*, 392 U.S. 83, 95-97 (1965) e *Duke Power Co. v. Carolina Envtl. Study Group, Inc*., 438 U.S. 59, 72 (1978).

[468] Cf. TRIBE, Laurence H. *American Constitutional Law*. 3rd. edition. New York: New York Foundation Press, 2000, p. 325.

[469] Cf. BICKEL, Alexander M. *The Least Dangerous Branch: the Supreme Court at the bar of politics*. New Haven: Yale University Press, 1986, p. 111-198. Vide a discussão a respeito realizada no Capítulo I, na qual se asseverou que a expressão virtudes passivas reflete os fundamentos a partir dos quais se constroem as técnicas objeto de análise no presente capítulo. Não se confunde esta expressão, portanto, com os critérios jurisprudencialmente criados a partir de virtudes passivas.

[470] O *certiorari* constitui, grosso modo, o mecanismo pelo qual a Suprema Corte pode, atendendo a pedido da parte, avocar casos decididos em instâncias inferiores. Trata-se, em realidade, de requerimento passível de ser formulado pelas partes diretamente à Suprema Corte, suscitando que se pronuncie sobre causa não

Congresso norte-americano[471], tratando-se, portanto, de limite decorrente de previsão normativa exógena. Já a doutrina das questões políticas, como anteriormente salientado[472], constitui critério material de autocontenção, motivo pelo qual não comporta exame juntamente com os critérios analisados neste capítulo.

Assim, dentre as virtudes passivas mencionadas por Alexander Bickel, apenas *ripeness*, *mootness* e *standing* constituem requisitos prévios ao exame do mérito criados pela Suprema Corte. Conjuntamente reunidos formam a teoria da justiciabilidade (*justiciability*), gênero que abrange todas estas exigências procedimentais para o acesso legítimo ao Poder Judiciário federal norte-americano[473]. Compõem, assim, as chamadas "doutrinas de acesso" ("*access doctrines*")[474], por meio das quais a Suprema Corte reserva

---

submetida, a princípio, à competência recursal do tribunal. Uma vez negado o acesso pela via do *certiorari*, a Suprema Corte não se manifesta sobre o mérito da demanda. O exercício deste poder pela Suprema Corte – que remonta ao tempo da formação da federação norte americana – é declaradamente discricionário, tendo o *justice* Felix Frankfurter afirmado em seu voto vencido em *Dart v. Burford*, 339 U.S. 200, 226 (1950), que "a negativa [de *certiorari*] significa que esta Corte se recusou a apreciar o caso. Não significa nada além disto" (Tradução livre deste autor. No original: "*The denial means that this Court has refused to take the case. It means nothing else.*"). A respeito da função, aplicabilidade e caráter discricionário do *certiorari*, confira-se: LINZER, Peter. The Meaning of Certiorari Denials. *Columbia Law Review*, Vol. 79, N. 07, p. 1.227-1.305, 1979; TEGER, Stuart. H; KOSINSKI, Douglas. The Cue Theory of Supreme Court Certiorari Jurisdiction: A Reconsideration. *The Journal of Politics*, Vol. 42, p. 834-846, 1980; CAMERON, Charles M.; SEGAL, Jeffrey A.; SONGER, Donald. Auditing in a Political Hierarchy: An Informational Model of the Supreme Court's Certiorari Decisions. *American Political Science Review*, Vol. 94, N. 1, p. 101-116, 2000; GUNTHER, Gerald. The subtle vices of the "passive virtues"- a comment on principle and expediency in judicial review. *Columbia Law Review*, Vol. 64, N. 01, p. 01-25, 1964 e VLADECK, Stephen I. The passive-aggressive virtues. *Columbia Law Review*, Vol. 111, p. 122-140, 2011.

[471] Com efeito, o regime legislativo do *certiorari* tem origem no antigo *Judicial Code*, editado em 03 de março de 1911, tendo passado por uma longa evolução normativa (como, por exemplo, as emendas realizadas ao *Judicial Code* em 1914 e 1916, o chamado *Webb Act* de 1916 e a denominada *Judge´s Bill* de 1925), até culminar no seu regramento atual: o Título 28 do *United States Code* de 1976 (U.S.C.) – que consubstancia o vigente *Judicial Code* – mais especificamente em seu parágrafo 1.253, com a redação conferida pelo *The Supreme Court Case Selections Act*, aprovado em 27 de junho de 1988. Sobre as sucessivas alterações legislativas no que se refere ao *certiorari*, confira-se: LINZER, Peter. The Meaning of Certiorari Denials. *Columbia Law Review*, Vol. 79, N. 07, p. 1.227-1.305, 1979. Além disso, não se pode olvidar que a operacionalização prática do *certiorari* dentre os membros da Suprema Corte se encontra regulada nas *Supreme Court Rules* (veja-se, a propósito: SONGER, Donald. R. Concern for Policy Outputs as a Cue for Supreme Court Decisions on Certiorari. *The Journal of Politics*, Vol. 41, p. 1.185-1.194, 1979 e BURBANK, Stephen B. Of Rules and Discretion: The Supreme Court, Federal Rules and Common Law. *Notre Dame Law Review*, Vol. 63, p. 693-719, 1988).

[472] Vide Capítulo I, item 6.

[473] Cf. *Lujan v. Defenders of Wildlife*, 504 U.S. 555 (1992) e TRIBE, Laurence H. *American Constitutional Law*. 3rd. edition. New York: New York Foundation Press, 2000, p. 311.

[474] Cf. GUILDS, Ryan. A Jurisprudence of Doubt: Generalized Grievances as a Limitation to Federal Court Access. *North Carolina Law Review*, Vol. 74, p. 1.863-1.911, 1996.

a si um "poder geral de declinar da jurisdição que lhe foi conferida"[475]. Tais técnicas indicam, em suma, quando o poder judicial não deve ser exercido, *mesmo quando possível*.

A definição do que é ou não justiciável está fundada, em grande medida, no senso de prudência e no poder discricionário da Corte[476], erigindo uma "rota de fuga da adjudicação"[477].

O caráter endógeno destas técnicas que limitam o acesso à jurisdição da Suprema Corte foi enfaticamente explicitado no voto concorrente do juiz Brandeis em *Ashwander v. Tennessee Valley Authority*[478]. Tal pronunciamento, ademais, se propôs a sistematizar os requisitos de justiciabilidade (*justiciability*), ao reunir todos eles sob a característica comum de evidenciarem uma *política* da Suprema Corte. Segundo o voto em questão, "a Corte desenvolveu, para sua própria governança, nos casos reconhecidamente sujeitos à sua jurisdição, uma série de regras que lhe permitiram não decidir uma grande parte das questões constitucionais cujas resoluções lhe eram demandadas"[479]. Os critérios

---

[475] BICKEL, Alexander M. *The Least Dangerous Branch: the Supreme Court at the bar of politics*. New Haven: Yale University Press, 1986, p. 118. Tradução livre deste autor. No original: "*general power to decline the exercise of jurisdiction that is given*".

[476] Cf. FALLON JR, Richard H. Of justiciability, remedies, and public Law litigation: notes on the jurisprudence of Lyons. *New York University Law Review*, Vol. 59, N. 1, p. 14, 1984. Do mesmo modo, para Laurence Tribe, a definição do que é justiciável ou não pode ser encontrada na prudência da Corte (*American Constitutional Law*. 3rd. edition. New York: New York Foundation Press, 2000, p. 311). Seria, portanto, um poder discricionário (idem, p. 312), a indiciar se tratar de critério endógeno. No mesmo sentido: BRILMAYER, Lea. The jurisprudence of article III: Perspectives on the case or controversy requirement. *Harvard Law Review*, Vol. 93, N. 2, p. 297-321, 1979; TUSHNET, Mark. The sociology of article III: response to Professor Brilmayer. *Harvard Law Review*, Vol. 93, N. 8, p. 1698-1726, 1980; CLAEYS, Eric R. Article III, section 2 games: game-theoretic account of standing and other justiciability doctrines. *The Southern California Law Review*, Vol. 67, N. 5, p. 1.321-1.368, 1994 e DORF, Michael C. Dicta and article III. *University of Pennsylvania Law Review*, Vol. 142, N. 6, p. 1.997-2.070, 1994. Qualificando as técnicas da *mootness*, *ripeness* e *standing* como *self-regarding*, Laurence Tribe afirma que, "ao decidir se existe um caso ou controvérsia justiciável, cortes federais necessariamente falam de seu próprio poder" (TRIBE, Laurence H. *American Constitutional Law*. 3rd. edition. New York: New York Foundation Press, 2000, p. 311. Tradução livre deste autor. No original: "*In deciding wheter a justiciable case or controversy exists, federal courts necessarily speak to their* own *power.*". No mesmo sentido: MONAGHAN, Henry. Constitutional Adjudication: The Who and When. *The Yale Law Journal*, Vol. 82, N. 7 p. 1.363-1.397, 1973.

[477] BICKEL, Alexander M. *The Least Dangerous Branch: the Supreme Court at the bar of politics*. New Haven: Yale University Press, 1986, p. 125. Tradução livre deste autor. No original: "*avenue of escape from adjudication*".

[478] 297 U.S. 288 (1936). Neste caso, a Suprema Corte decidiu que acionistas minoritários com direito de voto em uma empresa preenchiam o requisito processual do *standing* na ação judicial proposta para evitar que a companhia levasse a efeito um contrato celebrado em seu nome com uma agência governamental, reconhecendo que a execução da avença causaria danos irreparáveis aos autores.

[479] *Ashwander v. Tennessee Valley Authority*. 297 U.S. 288 (1936). Tradução livre deste autor. No original: "*The Court developed, for its own governance in the cases confessedly within its jurisdiction, a series of rules under which it has avoided passing upon a large part of all the constitutional questions pressed upon it for decision.*".

processuais de autocontenção da Suprema Corte – a partir de então também conhecidos por *Ashwander rules* – "têm a sua fonte em razões discricionárias e não em considerações puramente constitucionais"[480].

O mesmo propósito sistematizador das técnicas processuais de autocontenção se observou em *Poe v. Ullman*, julgado em 1961[481]. A posição majoritária em *Poe* – expressada no voto do *justice* Felix Frankfurter – assinalou que "a restrição da nossa jurisdição aos casos e controvérsias abrangidos pelo significado do Artigo III da Constituição (...) não é a única limitação ao exercício dos nossos poderes, especialmente nos casos que levantam questões constitucionais."[482]. Citando o voto concorrente do juiz Louis Brandeis em *Ashwander*, a maioria em *Poe v. Ullman* salientou que *mootness*, *ripeness*, *standing*, isto é, as doutrinas de acesso (*access doctrines*), refletem uma política que decorre

> da historicamente definida e em sua natureza limitada função das cortes e do reconhecimento de que, sob a baliza adversarial do nosso sistema, o processo adjudicatório é mais seguramente fundado quando exercido sobre o impacto de um conflito vivo entre dois demandantes antagonistas, o que torna a resolução do assunto controverso uma necessidade prática. "A melhor lição da experiência desta Corte nos aconselha a não conhecer de questões constitucionais para além da mais estrita necessidade."[483].

---

[480] *Flast v. Cohen*, 392 U.S. 83 (1968). Tradução livre deste autor. No original: "*find their source in policy, rather than purely constitutional, considerations*".

[481] 367 U.S. 497 (1961). Neste caso, a Suprema Corte foi provocada a se pronunciar sobre a constitucionalidade de uma lei de 1879, do estado de Connecticut, que criminalizava a distribuição e o uso de medicamentos contraceptivos, bem como a orientação médica a respeito do uso destes medicamentos, sob o argumento de que tal disposição violaria o devido processo legal garantido pela Décima Quarta Emenda. A maioria do tribunal decidiu não emitir qualquer decisão sobre o mérito, afirmando que, desde 1940 não se registrava qualquer ação criminal voltada à punição destes atos. Considerando que os autores da ação não estavam sendo acusados e tampouco havia ameaça concreta de se submeterem a qualquer tipo de persecução penal reputou-se ausente o requisito do *standing*, inviabilizando o exercício da jurisdição do tribunal. Nos termos do voto do *justice* Felix Frankfurter, que externou a posição majoritária: "o fato de o estado Connecticut ter escolhido não demandar a observância da lei, retira das ações a atualidade que é uma condição indispensável para a adjudicação constitucional. Esta Corte não pode ser árbitra de debates afetos a sombras vazias e inofensivas". Tradução livre deste autor. No original: "*The fact that Connecticut has not chosen to press the enforcement of this statute deprives these controversies of the immediacy which is an indispensable condition of constitutional adjudication. This Court cannot be umpire to debates concerning harmless, empty shadows.*".

[482] *Poe v. Ullman*, 367 U.S. 497 (1961). Tradução livre deste autor. No original: "*The restriction of our jurisdiction to cases and controversies within the meaning of Article III of the Constitution,* see Muskrat v. United States, 219 U. S. 346, *is not the sole limitation on the exercise of our appellate powers, especially in cases raising constitutional questions.*".

[483] *Poe v. Ullman*, 367 U.S. 497 (1961). Tradução livre deste autor. No original: "*have derived from the historically defined, limited nature and function of courts and from the recognition that, within the*

Assim, ao rejeitar o caráter justiciável da pretensão, referido voto consignou, ainda, que a "justiciabilidade (*justiciability*) não é, obviamente, um conceito legal com um conteúdo fixo ou suscetível de verificação científica. Sua utilização é a resultante de muitas pressões sutis, incluindo a adequação das questões para serem decididas por esta Corte e o risco atual aos litigantes caso não deferida a tutela pretendia"[484].

De outra parte, porém, o voto vencido do *justice* William Douglas em *Poe v. Ullman* identificou o caráter justiciável daquele pleito em específico. Em que pese a divergência quanto a admissibilidade da jurisdição naquele caso concreto, sua manifestação também ressaltou os caracteres endógenos da *mootness*, *ripeness* e *standing*.

De fato, esta manifestação divergente em *Poe* indicou os pilares que sustentariam a política desenvolvida pela Suprema Corte para não se pronunciar sobre questões constitucionais reputadas prematuras, nenhum deles erigido a partir de requisitos constitucionais expressos. Apontou o *justice* Douglas, neste sentido, (i) que o poder do tribunal reside precipuamente na tarefa de decidir controvérsias particulares em conformidade com a Constituição; (ii) que os litigantes devem levar à corte controvérsias que exijam resolução imediata; (iii) que a controvérsia deve ser real e dos próprios litigantes, a fim de aperfeiçoar o necessário cenário adversarial e (iv) que não haja outros meios para solucionar a disputa, a fim de evitar, inclusive, conflitos desnecessários com outros poderes[485].

---

framework of our adversary system, the adjudicatory process is most securely founded when it is exercised under the impact of a lively conflict between antagonistic demands, actively pressed, which make resolution of the controverted issue a practical necessity. 'The best teaching of this Court's experience admonishes us not to entertain constitutional questions in advance of the strictest necessity'.".

[484] *Poe v. Ullman*, 367 U.S. 497 (1961). Tradução livre deste autor. No original: "*Justiciability is, of course, not a legal concept with a fixed content or susceptible of scientific verification. Its utilization is the resultant of many subtle pressures,including the appropriateness of the issues for decision by this Court and the actual hardship to the litigants of denying them the relief sought*".

[485] Cf. *Poe v. Ullman*, 367 U.S. 497 (1961). O excerto correspondente do voto é o seguinte: "*The policy referred to is one to which I unreservedly subscribe. Without undertaking to be definitive, I would suppose it is a policy the wisdom of which is woven of several strands: (1) due regard for the fact that the source of the Court's power lies ultimately in its duty to decide, in conformity with the Constitution, the particular controversies which come to it, and does not arise from some generalized power of supervision over state and national legislatures ; (2) therefore it should insist that litigants bring to the Court interests and rights which require present recognition and controversies demanding immediate resolution; (3) also it follows that the controversy must be one which is in truth and fact the litigant's own, so that the clash of adversary contest which is needed to sharpen and illuminate issues is present and gives that aid on which our adjudicatory system has come to rely; (4) finally, it is required that other means of redress for the particular right claimed be unavailable, so that the process of the Court may not become overburdened and conflicts*

Desta sorte, seja sob a denominação de virtudes passivas[486], seja sob a nomenclatura de justiciabilidade (*justiciability*) ou doutrinas de acesso (*access doctrines*), as técnicas empregadas pela Suprema Corte para limitar o acesso à sua jurisdição são consideradas mecanismos de autocontenção judicial[487], na medida em que configuram "*judge-made doctrines*"[488]. Alexander Bickel, aliás, identifica nas técnicas processuais ora analisadas uma verdadeira feição política, uma vez que elas conferem à Suprema Corte a ocasião para escolher quando deve limitar a sua atuação[489]. Assim, por se tratarem de barreiras à apreciação do mérito de demandas impostas por criação da própria Suprema Corte, qualificam-se como critérios processuais de autocontenção judicial[490].

3. Análise da aplicação dos critérios processuais de autocontenção da Suprema Corte

3.1 *Ripeness*

Ripeness e *mootness* constituem doutrinas criadas pela Suprema Corte com vistas a evitar que o tribunal expeça as chamadas *advisory opinions*, mantendo-se adstrito ao julgamento de causas e controvésias entre partes que estejam efetivamente em litígio. Ambas cuidam dos efeitos que a passagem do tempo causa na admissibilidade ou não das

---

with other courts or departments of government may not needlessly be created, which might come about if either those truly affected are not the ones demanding relief, or if the relief we can give is not truly needed.".

[486] Cabendo ressalvar, mais uma vez, a distinção conceitual entre virtudes passivas e autocontenção judicial promovida no Capítulo I desta tese.

[487] Cf. SPILLENGER, Clyde. Reading the Judicial Canon: Alexander Bickel and the Book of Brandeis. *The Journal of American History*, Vol. 79, N. 1, p. 125-151, 1992 e LUBAN, David. Justice Holmes and the metaphysics of judicial restraint. *Duke Law Journal*, Vol. 44, p. 449-523,1994.

[488] REDISH, Martin H. The passive virtues, the countermajoritarian principle, and the "judicial-political" model of constitutional adjudication. *Connecticut Law Review*, Vol. 22, p. 647, 1990.

[489] BICKEL, Alexander M. *The Least Dangerous Branch: the Supreme Court at the bar of politics*. New Haven: Yale University Press, 1986, p. 125. Sobre o "faro político" e o senso de oportunidade das técnicas propostas por Bickel, confira-se: MENDES, Conrado Hübner. *Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação*. Tese (doutorado) – Universidade de São Paulo – USP. Programa de Pós-Graduação, 2008, p. 100-111.

[490] Cf. ROCHE, John P. Judicial Self-Restraint. *The American Political Science Review*, Vol. 49, N. 3, p. 766-766, 1955.

demandas; tanto *ripeness* quanto *mootness* tratam do momento ótimo de apreciação judicial como requisito para que possa haver exame do mérito de determinada causa.

A fim de garantir que a corte não seja levada a se pronunciar sobre temas jurídicos abstratos, passou-se a exigir das partes interessadas que a demanda não fosse *prematura*. *Ripeness* traduz a ideia, portanto, de que a causa já está *madura* para julgamento. Cuida-se, deste modo, de requisito criado para assegurar que os pedidos levados ao Judiciário sejam fundados em litígios concretos, e não baseados em contingências especulativas futuras.

Sob este critério processual, é realizado um prognóstico gradual acerca da posição do autor, examinando se, ao tempo do julgamento, haverá interesse maduro o suficiente a propiciar a manifestação judicial[491]. Como aponta Laurence Tribe,

> a conclusão de que uma questão não é madura [*ripe*] para ser julgada geralmente enfatiza um exame prospectivo da controvérsia que indica que eventos futuros poderão afetar a sua estrutura de modo a determinar a sua justiciabilidade atual, seja por se demonstrar que uma decisão tardia é mais adequada, seja por se evidenciar que o problema ainda não está apropriadamente maduro para julgamento[492].

Na decisão que julgou os *Regional Rail Reorganization Act Cases*[493], a Suprema Corte registrou que a *ripeness* "é particularmente uma questão de *timing*"[494] e que a sua aplicação "envolve o exercício da contenção judicial para evitar decisões desnecessárias em assuntos constitucionais", motivo pelo qual "é a Corte que deve determinar quando exercer essa restrição, não devendo se curvar aos desejos das partes"[495]. Do mesmo modo,

---

[491] Cf. BICKEL, Alexander M. *The Least Dangerous Branch: the Supreme Court at the bar of politics*. New Haven: Yale University Press, 1986, p. 123.

[492] TRIBE, Laurence H. *American Constitutional Law*. 3rd. edition. New York: New York Foundation Press, 2000, p. 334. Tradução livre deste autor. No original: "*The conclusion that an issue is not ripe for adjudication ordinarily emphasizes a prospective examination of the controversy which indicates that future events may affect its structure in ways that determine its present justiciability, either by making a later decision more apt or by demonstrating that the matter is not yet appropriate for adjudication*".

[493] 419 U.S. 102 (1974).

[494] *Regional Rail Reorganization Act Cases*, 419 U.S. 102 (1974). Adaptação livre deste autor. O trecho original é o seguinte: "*And, since ripeness is peculiarly a question of timing, it is the situation now, rather than the situation at the time of the District Court's decision, that must govern.*".

[495] *Regional Rail Reorganization Act Cases*, 419 U.S. 102 (1974). Adaptação livre deste autor. Eis o excerto original: "*Further, to the extent that questions of ripeness involve the exercise of judicial restraint from unnecessary decision of constitutional issues, the Court must determine whether to exercise that restraint and cannot be bound by the wishes of the parties.*".

em *Flast v. Cohen*[496], o voto concorrente do *justice* William Douglas salientou que "existe uma sábia discricionariedade judicial que geralmente consegue distinguir uma questão frívola de uma questão substancial e casos maduros para decisão de outros que demandam medidas administrativas prévias"[497].

A aplicação reiterada deste critério processual de autocontenção pela Suprema Corte[498] fez com que o tribunal fixasse dois principais fatores na análise da maturidade da demanda para que seu mérito seja julgado. Estes fatores foram sistematizados em *Abbott Laboratories v. Gardner*[499] – um dos principais pronunciamentos sobre a teorização do requisito da causa madura (*ripeness*)[500].

Em *Abbott*, discutia-se uma emenda ao *Food, Drug and Cosmetic Act* que exigia dos produtores a indicação, nas embalagens de medicamentos, dos nomes técnicos das respectivas substâncias, eis que, até então, tais produtos eram comercializados apenas com os nomes comerciais dados pelos respectivos produtores. A medida legislativa visava alertar os médicos, indicando-lhes que as mesmas substâncias constantes de medicamentos consagrados com nomes comerciais poderiam ser compradas a custos menores. A ação foi proposta por trinta e sete empresas químicas e farmacêuticas e pela Associação dos Produtores Farmacêuticos, que questionavam a regulamentação editada pelo *Commissioner of Food and Drugs*, mediante delegação do Secretário de Saúde. Alegavam os autores que o *Comissioner* extrapolou sua autoridade ao determinar, com fundamento na nova lei, que todos os rótulos, propagandas e outros materiais impressos relacionados à prescrição médica fossem adaptados para indicar, além do nome comercial já estabelecido, o nome da

---

[496] 392 U.S. 83 (1968).

[497] *Flast v. Cohen*, 392 U.S. 83 (1968). Tradução livre deste autor. No original: "*There is a wise judicial discretion that usually can distinguish between the frivolous question and the substantial question, between cases ripe for decision and cases that need prior administrative processing*".

[498] Vide, exemplificadamente: *United Public Workers v. Mitchell*, 330 U.S. 75 (1947), *Communist Party v. SACB*, 367 U.S. 1 (1961), *Carter v. Carter Coal Co.*, 298 U.S. 238 (1936); *Pierce v. Society of Sisters*, 268 U.S. 510 (1925) e *Poe v. Ullman*, 367 U.S. 497 (1961).

[499] *Abbott Laboratories v. Gardner*, 387 U.S. 136 (1967).

[500] Confome, dentre outros: FLOREN, David. Pre-enforcement ripeness doctrine: the fitness of harship. *Oregon Law Review*, Vol. 80, p. 1107-1138, 2001; NICHOL JR, Gene R. Ripeness and the constitution. *University of Chicago Law Review*, Vol. 54, p. 153-183, 1987; HAFFNER, Julia. C. *Suitum v. Tahoe Regional Planning Agency*: The United States Supreme Court revisists ripeness in the regulatory takings context. *Tulane Environmental Law Journal*, Vol. 11, p. 129-142, 1997; MURCHISON, Brian C. On ripeness and "pragmatism" in administrative law. *Administrative Law Review*, Vol. 41, N. 2, p. 159-200, 1989 e BRENNAN, Beth; CLIFFORD, Matt. Standing, Ripeness, and Forest Plan Appeals. *Public Land Resources Law Review*, Vol. 17, p. 125-152, 1996.

substância ativa manipulada. A corte de circuito acolheu o pedido dos autores, isentando-os de alterar todas as embalagens dos produtos comercializados. A corte de apelação, porém, reverteu este julgamento sem adentrar ao mérito da causa, eis que não identificara uma controvérsia atual passível de causar dano às empresas interessadas. A Suprema Corte, por fim, reconheceu que a demanda já ostentava maturidade suficiente (requisito da *ripeness*), determinando a devolução do processo à Corte de Apelação, para que emitisse juízo acerca do mérito da demanda.

A decisão da Suprema Corte considerou que a regulamentação questionada impunha impactos diretos e imediatos às empresas interessadas e que, além disso, levava as companhias farmecêuticas a um dilema: ou promoviam a custosa adaptação, alterando todo o material promocional e rótulos nas embalagens, destruindo aqueles já produzidos, ou estariam sujeitas a penalidades civis e criminais ante a possível acusação de venda de medicamentos indevidamente rotulados.

Assentou-se, portanto, que o requisito da causa madura (*ripeness*) se destina essencialmente a evitar decisões prematuras, afastando o tribunal, por consequência, de debates meramente abstratos. Diante deste contexto, em *Abbott*, a Suprema Corte fixou que a *ripeness* envolve a análise de dois fatores: (i) a adequação cronológica da questão submetida ao controle de constitucionalidade (*fitness of the issue for judicial review*), isto é, a aferição de fatos ou circunstâncias ainda incertos, que podem não ocorrer como previsto ou que podem mesmo sequer vir a ocorrer e (ii) eventuais danos à parte causados pela demora na aferição da constitucionalidade (*hardship to the parties of withholding court consideration*), ou seja, também constitui elemento da *ripeness* o exame da extensão de eventuais danos causados pela demora no julgamento até que a causa se apresente definitivamente madura.

3.2 *Mootness*

Mootness constitui outra criação jurisprudencial da Suprema Corte decorrente da influência do tempo na apreciação do mérito das ações judiciais. Todavia, ao contrário da *ripeness*, esta técnica reflete a preocupação com a sucessão de eventos que venham a

desnaturar uma controvérsia que antes existia. Traduz ela, assim, o sentido cronologicamente inverso da *ripeness*: enquanto a *ripeness* afasta demandas prematuras, a *mootness* rechaça ações que não mais apresentam controvérsias atuais, isto é, que já estejam prejudicadas.

Este mecanismo condiciona o exercício da jurisdição da Suprema Corte a que a disputa permaneça viva e atual ao tempo do julgamento pelo tribunal[501]. Sem estas características, a corte seria levada a emitir pronunciamentos sobre proposições jurídicas em abstrato[502]. Se a passagem do tempo ensejar a perda destes caracteres, não se terá preenchido este requisito para que o assunto seja justiciável, inviabilizando, portanto, que a Suprema Corte se manifeste sobre o seu mérito. Laurence Tribe aduz, aliás, que "agindo como as duas barras de um alicate, *ripeness* e *mootness* podem conduzir um litigante a uma estreita janela de tempo durante a qual uma ação judicial se mostre viável"[503]. Em *United States v. Munsingwear, Inc*.[504] se fixou a regra, aliás, por meio da qual se exige controvérsia efetiva e real ao tempo do julgamento pela Suprema Corte, não lhe cabendo analisar o mérito caso a demanda venha a se tornar prejudicada (*moot*) na sua tramitação até a Suprema Corte ou enquanto pendente a sua decisão.

O papel da *mootness* como critério processual de autocontenção da Suprema Corte pode ser bem explicitado na decisão proferida em *Honig v. Doe*[505]. John Doe – jovem portador de distúrbio emocional que o levava a ter comportamento agressivo no ambiente escolar – foi expulso da unidade escolar pública estadual em que estava matriculado em razão de sua conduta disruptiva. Propôs, então, ação judicial em face do ato de expulsão editado pelo distrito escolar de São Francisco (*San Francisco Unified School District*), sob o fundamento de que o procedimento de expulsão violava o contraditório e outras garantias de alunos portadores de deficiência previstas em lei federal (*Education of the Handicapped Act*), em especial o direito à educação pública apropriada

[501] Cf. *Lewis v. Continental Bank Corp.*, 494 U.S. 472 (1990).

[502] Veja-se: *Hall v. Beals*, 396 U.S. 45 (1969).

[503] TRIBE, Laurence H. *American Constitutional Law*. 3rd. edition. New York: New York Foundation Press, 2000, p. 345. Tradução livre deste auror. No original: "*Acting together as a two-pronged pincer, ripeness and mootness can squeeze a plaintiff into a narrow window of time during which a lawsuit is possible.*". A própria Suprema Corte, a propósito, já vinculou a *mootness* à noção de "*time constraint*" (*Norman v. Reed*, 502 U.S. 279, 1992).

[504] 340 U. S. 36 (1950).

[505] 484 U.S. 305 (1988).

às suas circunstâncias. Jack Smith, adolescente nas mesmas condições do autor, foi admitido no processo, passando a sustentar as mesmas violações. Tanto a corte federal distrital quanto a corte de apelações regional reconheceram as violações alegadas pelos autores e proibiram a imposição de penalidades disciplinares gravosas como a expulsão. Determinaram, ainda, a implementação de um sistema de monitoramento dos direitos previstos na legislação federal, além de imporem ao estado da Califórnia a obrigação de prestar diretamente educação pública às crianças com deficiência sempre que identificasse que algum órgão educacional local estivesse prestando tal serviço de modo insuficiente.

Ao tempo do julgamento da causa pela Suprema Corte, no entanto, John Doe já possuía vinte e quatro anos de idade, o que prejudicou o conhecimento da demanda em relação a ele, eis que a legislação federal invocada limitava os direitos nela previstos às crianças e jovens com deficiência que tivessem de três a vinte e um anos de idade.

O voto concorrente do *Chief Justice* William Rehnquist em *Honig v. Doe*, recordando que o caso que primeiro discutiu a doutrina da causa prejudicada (*mootness*) sequer mencionava os requisitos previstos no Artigo III da Constituição[506], salientou que as restrições ao exercício da jurisdição impostas pela *mootness* decorriam muito mais da vontade discricionária do tribunal do que do próprio texto constitucional. Seu argumento estava fundado na constatação de que a Suprema Corte, muitas vezes, decide apreciar o mérito de demandas que, não obstante inequivocamente prejudicadas pela *mootness*, apresentariam circunstâncias que possivelmente se repetiriam em outros futuros feitos[507]. Trata-se de um escape ao efeito da *mootness* que, ao lado de outras exceções forjadas pela Suprema Corte[508], evidenciam que, à vista das peculiaridades dos casos concretos, é exclusivamente a vontade do tribunal – e não o Artigo III – que define o que será ou não submetido à sua jurisdição. Segundo observou o *Chief Justice* William Rehnquist no julgamento em análise, "se a nossa doutrina da *mootness* se nos impusesse pelos requisitos

[506] Trata-se da decisão proferida em *Mills v. Green*, 159 U. S. 651 (1895).

[507] Cuida-se da exceção fundada na "*capable of repetition, yet evading review*".

[508] Ainda que diante de uma causa prejudicada (isto é, colhida pela *mootness*) e, portanto, não justiciável, a Suprema Corte admite proceder ao exame de mérito (i) se o assunto é recorrente, (ii) se o autor, a despeito de ter a sua demanda prejudicada, pode prosseguir na causa figurando como representante de uma classe de indíviduos com interesses ainda ativos, (iii) se o pleito do autor se desfez ante a anuência da parte contrária à pretensão, porém não em caráter definitivo e (iv) quando, a despeito do aparente prejuízo da causa, há efeitos colaterais passíveis de causar outras violações. O rol é indicado por Laurence Tribe (*American Constitutional Law*. 3rd. edition. New York: New York Foundation Press, 2000, p. 347).

dos casos ou controvérsias exigidos pelo Art. III, nós não teríamos mais o poder de decidir quais ações estariam ou não prejudicadas [*moot*]"[509].

Deste modo, não só a restrição ao acesso à Suprema Corte quando uma questão se mostrar prejudicada (*moot*), como também o exercício excepcional da jurisdição em casos prejudicados, indicam que este filtro é operacionalizado no mais das vezes em função de critérios puramente autônomos e unilaterais do tribunal, não decorrendo de imposição normativa externa. A ilustrar tal constatação, o *justice* John Paul Stevens, em seu voto concorrente em *Bowen v. Roy*[510] afirmou "ser, claramente, um princípio de autocontenção judicial que a incerteza sobre os fatos devem evitar investigações constitucionais desnecessárias"[511].

Ainda segundo a doutrina da Suprema Corte neste particular, o reconhecimento de que uma demanda se encontra prejudicada (*moot*) se dá em cada questão suscitada pelas partes do processo, podendo alcançar umas mas não outras. Tal construção se observa no julgamento de *Powell v. McCormack*, cuja decisão foi proferida em 1969[512].

Adam Clayton Powell Jr foi reeleito deputado em 1966 para representar o estado de Nova York no Congresso norte-americano durante a 90ª legislatura. No entanto, por meio de uma resolução da Câmara dos Deputados (*House of Representatives*), ele foi impedido de assumir o cargo neste mandato uma vez que estava sendo investigado por ter usado indevidamente verbas públicas federais durante o seu mandato como deputado na 89ª legislatura do Congresso. Apurava-se, de fato, o custeio irregular de viagens dele e de funcionários de seu gabinete mediante recursos públicos daquela casa legislativa. A resolução da Câmara impediu que Adam Clayton Powell sequer assumisse os compromissos do cargo relativamente a 90ª legislatura até que ultimada a investigação.

Diante deste contexto é que Powell e alguns eleitores seus ajuizaram, perante uma corte de circuito federal, ação contra John W. McCormack, Presidente da Câmara (*Speaker*

---

[509] *Honig v. Doe*, 484 U.S. 305 (1988). Tradução livre deste autor. No original: "*If our mootness doctrine were forced upon us by the case or controversy requirement of Art. III itself, we would have no more power to decide lawsuits which are 'moot'*".

[510] 476 U.S. 693 (1986).

[511] *Bowen v. Roy*, 476 U.S. 693 (1986). Tradução livre deste autor. No original: "*It is, of course, an elementary principle of judicial restraint that uncertainty about the facts should prevent unnecessary constitutional disquisitions.*".

[512] 395 U.S. 486 (1969).

of the House), sustentando que a Câmara somente poderia inviabilizar o seu mandato caso identificasse a ausência de algum requisito constitucional para a assunção do mandato, arrolados no Artigo I, seção 2, da Constituição[513]. A ação se baseava no fato de que tais requisitos foram considerados preenchidos pela Câmara, motivo pelo qual sua exclusão seria inconstitucional.

A corte de circuito rejeitou o pedido e a corte de apelações respectiva manteve tal decisão. A Suprema Corte, contudo, entendeu equivocada a rejeição da demanda e, em decorrência, ilegítima a exclusão do autor da 90ª legislatura do Congresso. Quando o caso foi decidido pela Suprema Corte, a 90ª legislatura já havia se encerrado, de modo que Powell foi autorizado a assumir o mandato de deputado na 91ª legislatura, para a qual também havia sido eleito.

Registrou a Suprema Corte que Powell, preenchendo os requisitos constitucionais de idade, residência e nacionalidade, não poderia ter sido alijado do cargo. Para os aspectos que merecem atenção neste capítulo[514], tem-se que a maioria do tribunal entendeu que "o caso não restou prejudiciado pela posse de Powell na 91ª legislatura do Congresso, uma vez que o seu pleito de pagamento retroativo de salários permanecia sendo uma questão viável"[515]. Porém, quanto ao pedido para exercer o mandato para o qual foi eleito junto à 90ª legislatura, o tribunal reconheceu a incidência da *mootness*, deixando de apreciá-lo no mérito.

---

[513] A disposição constitucional exige, para o cargo de Deputado, a condição de cidadão estadunidense, a idade mínima de vinte e cinco anos e ser residente no estado pelo qual pretende concorrer. No original: "*No Person shall be a Representative who shall not have attained to the Age of twenty five Years, and been seven Years a Citizen of the United States, and who shall not, when elected, be an Inhabitant of that State in which he shall be chosen.*".

[514] Não se examina, aqui, portanto, os demais fundamentos externados no julgamento do mérito da causa. Cabe registrar, porém, que, invocando o precedente firmado em *Baker*, o voto majoritário – exarado pelo C*hief Justice* Earl Warren – assinalou que o poder do Congresso de julgar as qualificações de seus membros (Artigo I, seção 5, da Constituição) reflete um compromisso constitucional textualmente demonstrável, de modo que a Câmara não poderia aferir outros requisitos para o exercício do mandato que não os expressamente previstos na Constituição. Neste particular, a Corte entendeu que a demanda não causaria uma confrontação embaraçosa entre os poderes Judiciário e Legislativo, uma vez que o sistema de governo norte-americano autoriza tribunais federais a interpretar a Constituição de forma diferente da interpretação dada pelos outros poderes. Em *Powell*, o tribunal desconsiderou por completo a apreciação congressual a respeito da lisura de um congressista, afirmando que a opinião da casa legislativa sobre a conduta moral de um de seus membros não configurava questão política.

[515] *Powell v. McCormack*, 395 U.S. 486 (1969). Tradução livre deste autor. No original: "*The case has not been mooted by Powell's seating in the 91st Congress, since his claim for back salary remains a viable issue*".

Distinguindo as diversas questões postas à apreciação da corte em *Powell*, o voto majoritário assinalou que "apesar de uma dentre as várias questões ter se tornado prejudicada [*moot*], a questão viva remanescente supre o requisito constitucional de haver um caso ou controvérsia"[516]. E, a partir desta conclusão, abriu-se margem para que a Suprema Corte examinasse os argumentos de fundo que envolviam o poder da Câmara de aferir os requisitos para o exercício do mandato por deputados eleitos.

3.3 *Standing*

Por *standing* se designa a técnica pela qual a Suprema Corte afere se uma parte possui interesse suficiente em uma controvérsia para obter a resolução judicial da demanda[517].

Distingue-se o *standing* dos demais critérios processuais de autocontenção da Suprema Corte. Comparando-o especificamente com a *ripeness*, tem-se que a técnica do *standing* procura aferir *quais* questões podem ser legitimamente suscitadas, não se preocupando *quando* caberiam ser debatidas[518]. E, de outro lado, a Suprema Corte já assentou que a doutrina da *mootness* pode ser considerada como "a doutrina do *standing* prolongada no tempo: o requisito do interesse pessoal que deve existir no começo da ação (*standing*) deve continuar através do seu desenrolar (*mootness*)"[519].

Deste modo, o que a Suprema Corte analisa em razão da sua doutrina sobre *standing* é o interesse pessoal de cada litigante em um específico processo, e não,

---

[516] *Powell v. McCormack*, 395 U.S. 486 (1969). Tradução livre deste autor. No original: "*Where one of the several issues presented becomes moot, the remaining live issues supply the constitutional requirement of a case or controversy*".

[517] Cf. *Sierra Club v. Morton*, 405 U.S. 727 (1972). Afirmou-se, neste caso, que "se uma parte tem interesse suficiente para obter a resolução judicial de uma controvérsia já justiciável é o que tem sido tradicionalmente denominado de *standing* para mover uma ação judicial." Tradução livre deste autor. No original: "*Whether a party has a sufficient stake in an otherwise justiciable controversy to obtain judicial resolution of that controversy is what has traditionally been referred to as the question of standing to sue."*.

[518] Vide *Communist Party v. SACB*, 367 U.S. 1 (1961).

[519] *United States Parole Comm'n v. Geraghty, 445 U.S. 388 (1980)*. Tradução livre deste autor. No original: "*as'the doctrine of standing set in a time frame: the requisite personal interest that must exist at the commencement of the litigation (standing) must continue throughout its existence (mootness).*"".

individualmente, cada questão ou tema ventilado[520]. Portanto, ainda que se esteja diante de uma lei inconstitucional, se ela não causar qualquer tipo de prejuízo ao autor, ele não deterá interesse (*standing*), de modo que não caberá qualquer pronunciamento sobre o mérito de sua pretensão[521]. A doutrina do *standing* define, em suma, em que medida há uma controvérsia real e substancial, ao examinar a robustez do interesse do autor, ou seja, se é possível identificar um dano razoavelmente capaz de ser sanado pela medida judicial reclamada[522]. Trata-se, portanto, de um filtro criado pela Suprema Corte com vistas a estabelecer uma "autogovernança judicial" [523] no que toca à viabilidade das decisões de mérito do tribunal.

A aplicação do *standing* pela Suprema Corte indica se tratar de limite ao acesso à sua jurisdição criado pelo próprio tribunal com base em critérios prudenciais de seus integrantes. Tal construção se pode observar em *Valley Forge Christian College v. Americans United for Separation of Church and State, Inc.*, julgado em 1982[524], cuja decisão constitui paradigma na jurisprudência acerca do tema do "interesse de contribuintes" ("*taxpayer standing*").

Em 1949 o Congresso norte-americano aprovou o *Federal Property and Administrative Services Act* com o objetivo de implementar um sistema mais econômico e eficiente de administrar e eliminar bens excedentes pertencentes ao patrimônio do governo federal. Para tanto, referida lei autorizou o Secretário de Estado de Saúde, Educação e Bem-Estar a transferir imóveis considerados excedentes para entidades públicas ou privadas para que fossem empregados com finalidade educacional. Com este desiderato é

---

[520] Cf. FALLON JR, Richard H. Of justiciability, remedies, and public Law litigation: notes on the jurisprudence of Lyons. *New York University Law Review*, Vol. 59, N. 1, p. 13, 1984. Do mesmo modo: "O aspecto fundamental do *standing* é que ele foca na parte que procura levar o seu pleito a uma corte federal, e não nas questões que ele deseja ver examinadas". (*Flast v. Cohen*, 392 U.S. 83 (1968). Tradução livre deste autor. No original: "*The fundamental aspect of standing is that it focuses on the party seeking to get his complaint before a federal court, and not on the issues he wishes to have adjudicated.*").

[521] Cf. BICKEL, Alexander M. *The Least Dangerous Branch: the Supreme Court at the bar of politics*. New Haven: Yale University Press, 1986, p. 119. Em geral, o debate sobre *standing* costuma permear a análise de questionamentos formulados por particulares em face de ações governamentais, em que pese também poder ser observado em causas civis e criminais. Vide, a propósito: STEARNS, Maxwell L. Standing and social choice: historical evidence. *University of Pennsylvania Law Review*, Vol. 144, N. 2, p. 309-462, 1995.

[522] Cf. TRIBE, Laurence H. *American Constitutional Law*. 3rd. edition. New York: New York Foundation Press, 2000, p. 313.

[523] A expressão foi utilizada pela Suprema Corte em *Warth v. Seldin*, 422 U.S. 490, 500 (1975). Tradução livre do autor. No original: "*judicial self-governance*".

[524] 454 U.S. 464 (1982).

que um antigo hospital militar na Filadélfia, avaliado, à época, em US$ 577.500,00, foi transferido gratuitamente ao *Valley Forge Christian College*, uma instituição educacional sem fins lucrativos administrada pela organização religiosa denominada Assembleias de Deus ("*Assemblies of God*").

Em virtude desta cessão, uma organização dedicada à laicidade do Estado moveu ação judicial em uma corte de circuito federal alegando que a transação violara a Primeira Emenda, ao fundamento de que cada um de seus associados "estaria privado do uso justo e constitucional de seus impostos pagos"[525]. A corte de circuito não conheceu do pedido afirmando que os autores, enquanto pagadores de impostos, não detinham interesse (*standing*) na propositura da demanda. A corte de apelações superior, porém, reformou esta decisão ao reconhecer que, apesar de os autores não ostentarem interesse (*standing*) como contribuintes ("*taxpayers*"), tinham eles interesse (*standing*) enquanto meros cidadãos.

Ao apreciar o caso, a Suprema Corte declinou de sua jurisdição, afirmando que os autores não detinham o interesse (*standing*) necessário para questionar a cessão do imóvel, não identificando dano capaz de lhes propiciar qualquer interesse, fossem eles encarados como contribuintes de impostos federais ou como meros cidadãos.

O voto da maioria, redigido por William Rehnquist, assinalou que

> na expressão '*standing*' está subsumido um *blend* de requisitos constitucionais e de considerações prudenciais (...) não havendo clareza nos votos desta Corte se as características particulares do requisito do *standing* são impostas pelo Art. III por sua própria força ou se foram erigidas pela própria Corte, não estando abrangidas pela linguagem da Constituição[526].

Assim, a maioria da Suprema Corte reconheceu a falta de interesse (*standing*) dos autores concluindo que "para além dos requisitos constitucionais, o judiciário federal também fixou um conjunto de princípios prudenciais que influenciam a questão do

[525] *Valley Forge Coll. v. Americans United*, 454 U.S. 464 (1982). Tradução livre deste autor. No original: "*would be deprived of the fair and constitutional use of his (her) tax dollars.".*

[526] *Valley Forge Coll. v. Americans United*, 454 U.S. 464 (1982). Tradução livre deste autor. O trecho original do julgado é o seguinte: "*The term 'standing' subsumes a blend of constitutional requirements and prudential considerations, see* Warth v. Seldin, *422 U. S. 490, 422 U. S. 498 (1975), and it has not always been clear in the opinions of this Court whether particular features of the 'standing' requirement have been required by Art. III* ex proprio vigore, *or whether they are requirements that the Court itself has erected and which were not compelled by the language of the Constitution.*".

standing"[527]. O senso de prudência da Suprema Corte produziu, portanto, um requisito para que as partes obtivessem do tribunal decisão de mérito acerca de suas causas, criando-se o paradigma segundo o qual "a Corte tem declinado de julgar 'questões abstratas de amplo significado público', que expressem 'queixas generalizadas', difusamente compartilhadas e mais adequadamente resolvidas pelos poderes políticos"[528].

Com base, inclusive, nesta feição prudencial do *standing*, a Suprema Corte deixou de se pronunciar sobre o mérito da demanda, afirmando não ter identificado qualquer forma de prejuízo aos autores – econômico ou não – que pudesse lhes facultar o acesso à jurisdição do tribunal.

Portanto, a prática jurisprudencial da Suprema Corte[529] corrobora que o *standing* é produto – ainda que parcialmente, conforme exposto no item 6.1 abaixo – da livre criação, pelo tribunal, de um requisito para a obtenção de pronunciamentos de mérito. Opera, precipuamente, como mecanismo que proíbe a edição de decisões judiciais, exceto quando necessárias para proteger direitos efetivamente em perigo[530].

Como consequência natural, a falta de interesse (*standing*), enquanto causa para evitar o pronunciamento acerca do mérito, pode ser reconhecida de ofício pela Suprema Corte e a qualquer tempo[531].

---

[527] *Valley Forge Coll. v. Americans United*, 454 U.S. 464 (1982). Tradução livre deste autor. No original: "*Beyond the constitutional requirements, the federal judiciary has also adhered to a set of prudential principles that bear on the question of standing*.".

[528] *Valley Forge Coll. v. Americans United*, 454 U.S. 464 (1982). Tradução livre deste autor. No original: "*the Court has refrained from adjudicating "abstract questions of wide public significance" which amount to "generalized grievances," pervasively shared and most appropriately addressed in the representative branches.*".

[529] Veja-se, exemplificadamente: *Flast v. Cohen*, 392 U.S. 83 (1968); *Warth v. Seldin*, 422 U.S. 490, 500 (1975); *Gladstone, Realtors v. Village of Bellwood*, 441 U.S. 91 (1979) e *Secretary of State of Maryland. v. Munson Co.*, 467 U.S. 947 (1984).

[530] Cf. FALLON JR, Richard H. Of justiciability, remedies, and public Law litigation: notes on the jurisprudence of Lyons. *New York University Law Review*, Vol. 59, N. 1, p. 15, 1984. O excerto original é o seguinte: "*Moreover, even when an issue is framed factually for judicial resolution, the Court has insisted that standing doctrine forbids judicial decisions except where necessary to protect rights presently in danger.*".

[531] Conforme a decisão em *Mt. Healthy City School Dist. Bd. of Educ. v. Doyle*, 429 U.S. 274 (1977).

4. Análise da aplicação dos critérios processuais de autocontenção do Supremo Tribunal Federal

4.1 A exigência de pertinência temática para aferição da legitimidade à propositura de ações de controle concentrado e abstrato

O modelo abstrato e concentrado de controle de constitucionalidade brasileiro vigente prevê, como é cediço, um rol taxativo de legitimados à propositura de ações diretas de (in)constitucionalidade (arts. 103 e 102, § 1º, da Constituição de 1988). Por se tratar de processos objetivos de controle abstrato de constitucionalidade, cuja legitimação é extraordinária[532], nem a Constituição nem a legislação regulamentadora destas ações (Leis federais n. 9.868/99 e 9.882/99) exigem qualquer requisito afeto à demonstração da legitimidade das autoridades e entes legitimados. A legitimidade destas autoridades e entidades decorre, portanto, da própria Constituição[533].

No entanto, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, visando limitar a sua atuação no controle abstrato das normas, passou a exigir de algumas entidades arroladas no art. 103 da Constituição a demonstração da pertinência temática como condição para viabilizar a sua legitimidade. A criação jurisprudencial de tal requisito, como será exposto abaixo, impôs uma barreira procedimental à obtenção da manifestação do STF acerca do mérito de ações do controle concentrado de constitucionalidade. Gilmar Ferreira Mendes, em âmbito doutrinário, salienta que a exigência de pertinência temática "não decorre dos expressos termos da Constituição e parece ser estranha à natureza do sistema de fiscalização abstrata de normas". Aliás, segundo o autor, "dificilmente poderia ser formulada até mesmo pelo legislador ordinário"[534]. Luís Roberto Barroso, por sua vez,

---

[532] Cf. NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Ações Constitucionais*. 2ª ed. São Paulo: Editora Método, 2013, p. 04-06.

[533] Cf. MENDES, Gilmar Ferreira. *Controle Abstrato de Constitucionalidade: ADI, ADC e ADO – comentários à Lei n. 9.868/99*. 1ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 83.

[534] *Controle Abstrato de Constitucionalidade: ADI, ADC e ADO – comentários à Lei n. 9.868/99*. 1ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 124. Já em seu Curso de Direito Constitucional, o eminente autor assinala que a diferenciação ora examinada "não encontra respaldo na Constituição" (MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 1.158). Cabe ressalvar que o art. 30 da Lei 9.868/99, ao disciplinar a ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Distrito Federal em face de sua Lei Orgânica, mediante alteração na Lei 8.185/1991, estabeleceu, expressamente, o requisito da pertinência temática para a

salienta que o estabelecimento de dois grupos distintos de legitimados – conforme estejam subordinados ou não ao requisito da pertinência temática – foi sendo consolidado pela "jurisprudência do Supremo Tribunal Federal", "ao longo dos anos de vigência da Nova Carta, e independentemente de qualquer norma expressa"[535]. Clèmerson Merlin Clève[536], Dirley da Cunha Jr.[537], Flávio Martins[538], Nathalia Masson[539], Luiz Vicente de Medeiros Queiroz Neto[540], Aderruan Rodrigues Tavares[541] e Flavia Danielle Santiago Lima e José Mário Wanderley Gomes Neto[542] também sustentam se tratar de criação jurisprudencial do STF sem respaldo no texto constitucional.

Atualmente, portanto, a jurisprudência do STF consagra a divisão dos legitimados em neutros (ou universais) e especiais (ou interessados), de modo que estão dispensados da demonstração da pertinência temática o Presidente da República, as Mesas da Câmara e do Senado, o Procurador-Geral da República, o Conselho Federal da OAB e o partido político com representação no Congresso Nacional; ao passo em que tal requisito se mostra exigível das Mesas de Assembleia Legislativa ou da Câmara Legislativa, dos Governadores de estado ou do Distrito Federal e das confederações sindicais ou entidades de classe de âmbito nacional[543].

---

legitimidade das entidades sindicais ou de classe de atuação no Distrito Federal. Abstraída a possível inconstitucionalidade desta inovação – como salienta Gilmar Mendes – tem-se que, para o específico caso da fiscalização abstrata no âmbito distrital, o requisito ora examinado conta com previsão legal e, portanto, a sua exigência não cabe ser considerada técnica processual de autocontenção. Frise-se que este requisito, unicamente oponível na esfera do Distrito Federal, é atualmente previsto na Lei 11.697/2008, que revogou a Lei 8.185/1991.

[535] BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*. 8ª ed. São Paulo, Saraiva, 2019. p.228.

[536] *A fiscalizaçao abstrata da constitucionalidade no direito brasileiro*, 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 162-165.

[537] *Curso de Direito Constitucional*. 8ª ed. Salvador: Editora Juspodivm, 2014, p. 284.

[538] *Curso de Direito Constitucional*. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2019, p. 253-254.

[539] *Manual de Direito Constitucional*. 7ª ed. Salvador: Juspodivm, 2019, p. 1.360.

[540] A Pertinência Temática como Requisito da Legitimidade Ativa para o Processo Objetivo de Controle Abstrato de Normas. *Revista do Tribunal Regional Federal 1ª Região*, Brasília, Vol. 15, N. 7, p. 58-74, 2003.

[541] A Inconstitucionalidade da Pertinência Temática para os Legitimados Especiais do Controle Abstrato de Normas. *Revista DPU*, N. 48, p. 107-115, 2012.

[542] Autocontenção à brasileira? Uma taxonomia dos argumentos jurídicos (e estratégias políticas?) explicativo(a)s do comportamento do STF nas relações com os poderes majoritários. Revista de Investigações Constitucionais, Curitiba, Vol. 5, N. 1, p. 236, jan./abr. 2018.

[543] Veja-se, exemplificadamente: ADI 1.157 MC, Plenário, rel. min. Celso de Mello, j. 1º.12.1994, DJ 17.11.2006; ADI 1.407 MC, Plenário, rel. min. Celso de Mello, j. 7.3.1996, DJ 24.11.2000; ADI 1.873, Plenário, rel. min. Marco Aurélio, j. 02.09.1998, DJ 19.09.2003; ADI 2.656, Plenário, rel. min. Maurício

Esta criação, todavia, remonta aos primeiros anos de atividade do STF após a promulgação da Constituição de 1988.

Com efeito, um dos primeiros debates mais significativos no plenário do STF acerca da necessidade ou não de pertinência temática dos autores legitimados à deflagração do controle abstrato de constitucionalidade ocorreu por ocasião do julgamento da medida cautelar postulada na ADI 138, na sessão do dia 14 de fevereiro de 1990[544].

Referida ação fora proposta pela Associação dos Magistrados Brasileiros – AMB, com fundamento no art. 103, inciso IX[545], da Constituição, e visava a declaração de inconstitucionalidade de dispositivos da Constituição do estado do Rio de Janeiro que vinculavam entre si as remunerações do Procurador-Geral do Estado, do Procurador-Geral de Justiça, do Defensor Público-Geral e dos delegados de polícia.

Os votos dos ministros Sydney Sanches (relator), Octavio Gallotti e Aldir Passarinho observaram que o texto constitucional não carreou a nenhum órgão de cúpula da magistratura a legitimidade para a propositura da ação direta de inconstitucionalidade – conferindo situação de aparente desigualdade dos magistrados em relação aos advogados e promotores, cujas chefias institucionais[546] teriam legitimidade para defender os "interesses políticos" ou mesmo "econômicos", ainda que "indiretos" das respectivas classes[547].

A propósito destas observações, o ministro Paulo Brossard, apesar de reconhecer a legitimidade, na espécie, da AMB, controverteu o fundamento corporativista que se

---

Corrêa, j. 08.05.2003, DJ 1º.08.2003; ADI 3.059 MC, Plenário, rel. min. Ayres Britto, j. 15.04.2004, DJ 20.08.2004; ADI 2.903, Plenário, rel. min. Celso de Mello, j. 1º.12.2005, DJe 19.09.2008; ADPF 144, Plenário, j. 06.08.2008, DJe 26.02.2010; ADI 3.413, Plenário, rel. min. Marco Aurélio, j. 1º.06.2011, DJe 1º.08.2011 e ADI 3.702, Plenário, rel. min. Dias Toffoli, j. 1º.06.2011, DJe 30.08.2011

[544] ADI 138/RJ-MC, Pleno, rel. min. Sydney Sanches, j. 14.02.1990, DJ 16.11.1990, p. 13.058. Cabe registrar, ademais, que a pertinência temática, enquanto requisito das ações de controle concentrado, foi objeto de discussão lateral no voto do ministro Celso de Mello na ADI 146 MC/RS, Plenário, rel. min. Rel. Paulo Brossard, j. 24.09.1990, DJ 19.12.2001, p. 3. No entanto, em que pese a cogitação desta barreira naquele específico voto, o pleno do STF admitiu a ação por reconhecer na autora (Associação dos Delegados de Polícia do Brasil) a condição de representante de classe. Do mesmo modo, a conclusão firmada na ADI 138 ora examinada foi muito brevemente citada ao se reconhecer a legitimidade da AMB na ADI 202 MC / BA, Pleno, rel. min. Sepúlveda Pertence, j. 23.03.1990, DJ 02.04.1993, p. 0561.

[545] Art. 103. Podem propor a ação direta de inconstitucionalidade e a ação declaratória de constitucionalidade:
(...)
IX - confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional.

[546] Respectivamente o Conselho Federal da OAB e o Procurador-Geral da República.

[547] Os trechos citados foram mencionados nos votos referidos acima.

colocava a cada uma das autoridades legitimadas ao ajuizamento das ações do controle concentrado. Sustentou o ministro Paulo Brossard que as entidades legitimadas "falam como autoridades nacionais e não na defesa de tal ou qual interesse, porque têm, de certa forma, responsabilidade na defesa da ordem constitucional". Contudo, ao expressar esta sua discordância em relação a este ponto, suscitou que caberia discutir a pertinência temática de governadores quando buscassem a declaração de inconstitucionalidade de leis de outros estados[548] e de confederações sindicais[549]. Por outro lado, o ministro Paulo Brossard acabou por ventilar, lateralmente, a desnecessidade de se perquirir qualquer forma de pertinência temática de partidos políticos[550].

As ponderações realizadas a respeito da legitimidade da associação autora, neste caso, levaram o ministro Sepúlveda Pertence, de outro lado, a afirmar que, no controle abstrato de constitucionalidade, "em princípio se dispensa a indagação da legitimação ativa

[548] Veja-se o seguinte excerto do voto do ministro Paulo Brossard na ADI 138 ora examinada: "Já quando se trata de Governador de Estado, pergunto: o Governador do Estado 'x' pode questionar a legitimidade de tal ou qual lei do Estado 'y'? Vamos supor, até, que essa lei seja manifestamente inconstitucional, ou aparentemente inconstitucional, mas que não fira interesse do Estado do Governador, por hipótese, autor da ação. A Constituição, quebrando o monopólio até ontem conferido ao Procurador-Geral do Estado (sic), ampliou o leque das pessoas, das entidades e das autoridades que podem vir ao Supremo Tribunal Federal a reclamar prestação jurisdicional, em ação direta, quis exatamente fazer com essa possibilidade não fosse prerrogativa das autoridades federais, mas uma homenagem à Federação, motivo porque também Governadores de Estado podem ajuizar a ação direta? São questões que estão em aberto.". Seguindo a mesma orientação, o ministro Moreira Alves, em seu voto na ADI 138, também cogitou da limitação inerente à legitimidade dos governadores de estados, nestes termos: "Em se tratando de processo objetivo, o conceito correspondente ao do interesse subjetivo é o de pertinência objetiva, ou seja, o legitimado para propor ação direta de inconstitucionalidade tem a sua legitimação circunscrita à pertinência entre suas atribuições e a repercussão nelas da norma que impugna como inconstitucional. Por isso, não pode o Governador de um Estado propor ação direta de inconstitucionalidade de lei editada por outro Estado e que não tenha qualquer pertinência com o Estado a que ele preside.".

[549] O voto do ministro Paulo Brossard na ADI em comento assim se manifestou relativamente às confederações sindicais: "As entidades de Direito Privado – Confederação Sindical, por exemplo –, parece-me claro que ela está legitimada para discutir todo assunto que diga respeito a sua categoria e não a outras categorias, pois para isso existem as respectivas outras entidades. Mesmo em relação à Confederação Sindical, como há várias, quais seriam os limites desses interesses? Quando nós chegamos às entidades de classe de âmbito nacional, renovam-se os problemas. Foi uma abertura que fez o constituinte, chamando entidades de Direito Privado, ao elenco das autoridades ou entidades que podem provocar, no Supremo Tribunal Federal, julgamento de lei que os diretamente interessados não questionaram.".

[550] A propósito dos partidos políticos, assim se manifestou o ministro Paulo Brossard em meio aos debates na ADI em tela: "O SENHOR MINISTRO PAULO BROSSARD: - O fato é que, qualquer partido político, tendo representação parlamentar, não importa o número, está legalmente qualificado para ajuizar a ação direta. Trata-se de uma inovação interessante e importante, porque dá ao partido político um papel da mais alta relevância, colocando-o lado a lado do Procurador-Geral ou da Mesa da Câmara, da Mesa da Assembléia, do Presidente da República. O partido político, ou pode questionar sobre toda e qualquer matéria ou ficaria adstrito a um capítulo muito reduzido de assuntos que poderia equacionar em uma ação direta. ". Tanto é assim que, ainda nos debates deste caso, o ministro Paulo Brossard formulou o seguinte alerta: "O Ministro SYDNEY SANCHES está se queixando de que os partidos não têm usado essa cláusula [que lhes confere legitimidade para a ação direta], mas quando começarem a usá-la, não se queixará mais.".

dos órgãos autorizados, no interesse impessoal da defesa da Constituição". Todavia, considerando mesmo que se tratava de debate incipiente no seio do STF, à luz da então recente Constituição de 1988, o ministro Sepúlveda Pertence, ressalvando se tratar de conclusão provisória, não afastou a possibilidade de se exigir a demonstração de "uma relação de pertinência entre a finalidade institucional das entidades privadas autorizadas, no art. 103, à propositura da ação direta e o objeto concreto desta".

Pouco mais de um ano depois, em sessão plenária realizada em 22 de maio de 1991, o STF apreciou outra ação direta de inconstitucionalidade proposta pela Associação dos Magistrados Brasileiros – AMB, autuada sob o número 305[551], desta vez impugnando disposições da Constituição do estado do Rio Grande do Norte e de lei complementar daquele estado que promoviam a equiparação de vencimentos entre carreiras do sistema de justiça potiguar. A maior parte dos dispositivos questionados não dizia respeito à magistratura, circunstância que colheu a atenção dos julgadores, levando-os a editar o primeiro pronunciamento inequívoco acerca da necessidade de pertinência temática para aferição da legitimidade[552].

Diante deste contexto, o ministro relator, Paulo Brossard, salientando a sua preocupação com o elevado número de ações diretas ajuizadas por entidades privadas[553], afirmou a necessidade de que entidades de classe e confederações sindicais detivessem efetiva amplitude nacional para que pudessem deflagrar, validamente, processos abstratos de controle concentrado de constitucionalidade[554]. Embora relembrando a possibilidade

[551] ADI 305/RN-MC, Pleno, rel. min. Paulo Brossard, j. 22.05.1991, DJ 06.05.1994, p. 10.468.

[552] Conforme se extrai do início do voto do ministro Paulo Brossard, relator deste caso: "Senhor Presidente, o assunto que, preliminarmente, será colocado à apreciação do Tribunal já foi aflorado por mais de uma vez, mas ainda não foi objeto de decisão que, a meu ver, o Tribunal deve tomar. É o problema de saber se, no caso das entidades de classe e confederações sindicais, inciso IX do artigo 103 da Constituição, deve haver pertinência da norma impugnada com a natureza e a finalidade da entidade de classe. Isto porque, no caso vertente, a Associação dos Magistrados Brasileiros, exceto o § 4º, do artigo 82, argui a inconstitucionalidade de vários dispositivos da Constituição do Estado do Rio Grande do Norte e da norma da Lei Complementar estadual nº 77/90, que não dizem respeito à Magistratura.".

[553] Constou de seu voto o seguinte: "Sou o primeiro a reconhecer que, pelo número de ações ajuizadas, caminhamos para um rumo inquietante e noto que os partidos políticos com representação no Congresso ainda não descobriram essa via.".

[554] De fato, nesta ADC, a preocupação do ministro Paulo Brossard residia na amplitude nacional das entidades de classe e confederações sindicais, sem o que não lhes seria lícito acessar o STF no controle concentrado. Vale notar, de toda sorte, que a atuação em âmbito nacional é predicado das entidades de classe imposto pelo próprio art. 103, inciso IX da Constituição, ao passo que as confederações sindicais, por definição, constituem organizações sindicais de âmbito nacional. Deste modo, a condicionante processual proposta em seu voto nada mais fazia do que reproduzir caracteres já reclamados pela ordem normativa positiva, não se tratando, pois, de mecanismo autêntico de autolimitação judicial.

teórica de se exigir a prova da pertinência temática na hipótese de ações ajuizadas por governadores de estados[555], o voto do ministro relator, atendo-se ao caso concreto, proposto por entidade de classe, apontou "que não há necessidade de pertinência entre a norma arguida e os objetivos sociais da entidade de classe, para legitimá-la nas ações diretas, embora reconheça que razões em contrário, de utilidade e conveniência são abundantes".

A partir destas observações, todos os demais ministros externaram menos preocupação com a feição nacional da associação autora, detendo-se, ao contrário, na necessidade de se constatar a própria pertinência entre a norma questionada e as finalidades institucionais da entidade autora. Assim é que os votos dos ministros Marco Aurélio[556], Carlos Velloso[557], Sepúlveda Pertence[558], Octavio Gallotti[559], Néri da Silveira[560], Moreira Alves e Sydney Sanches, esboçando a dicotomia legitimados neutros x legitimados universais, consagraram uma circunstância procedimental que, ao contrário do caráter nacional das entidades autoras, não era exigida pelo texto constitucional.

---

[555] Segundo as suas palavras na ADI 305, "parece-me que temos que fazer distinções, admitindo que alguns dos legitimados para propor ação dessa natureza não estejam sujeitos ao requisito da pertinência, como sucede como o Presidente da República, ao passo que outros o estão, como o Governador de um Estado que só pode arguir a inconstitucionalidade de lei estadual ou federal que tenha pertinência com o seu Estado.".

[556] Nos termos de seu voto, "há necessidade de uma ligação entre a Requerente da ação direta de inconstitucionalidade e a matéria veiculada, em se tratando de entidade de classe de âmbito nacional ou confederação sindical".

[557] Afirmou o ministro Carlos Velloso que "se a autora é uma confederação sindical, ou uma entidade de classe de âmbito nacional, as normas que ela pode impugnar devem ser pertinentes à categoria ou à classe que representa.".

[558] O seu voto acentuou o que segue: "o que não admito é que haja absoluto alheiamento entre a temática da ação direta e a finalidade inconstitucional (sic) da associação que, de certo modo, limita a sua própria personalidade jurídica.".

[559] Assim se pronunciou referido ministro: "continuo entendendo que deve ser exigida, como condição para a legitimidade das entidades de classe, a proporem ação direta, a pertinência entre a finalidade de cada uma delas e o conteúdo da norma impugnada.".

[560] Verifica-se o seguinte excerto de seu voto: "Compreendo, pois que a relação de pertinência há de ser buscada no momento em que se cuida de verificar a legitimidade, ou não, da autora, porque, de contrário, seria de entender que qualquer entidade, qualquer confederação sindical pode impugnar, perante o Supremo Tribunal Federal, lei ou ato normativo federal ou estadual que não tenha nenhuma vinculação, ligação com interesse da categoria profissional representada. Não pode ser esse o sentido da Constituição. Para impugnar, de uma forma geral, qualquer lei estão Procurador-Geral da República, o Conselho Federal da Ordem dos Advogados, os partidos políticos e as autoridades referidas nos demais incisos do art. 103.". O pronunciamento do ministro Néri da Silveira na ADI 305, juntamente com o voto do ministro relator deste caso (min. Paulo Brossard), ressaltou a perplexidade que se teria com ações propostas por governadores versando sobre atos normativos de outros estados que não os seus respectivos.

A ADI 305 consagrou, desta sorte, a necessidade de alguns entes legitimados demonstrarem, preliminarmente, alguma pertinência temática com a norma que pretendem impugnar. Deste modo, tem-se, a partir do julgamento da ADI 305, o surgimento de um obstáculo processual à apreciação das questões de fundo de ações do controle concentrado, não previsto no texto constitucional ou legal, a revelar que esta barreira se originou unicamente da vontade autônoma do STF de restringir a sua atuação na seara do controle concentrado e abstrato.

A conclusão firmada na ADI 305 foi expressamente reproduzida na ADI 77[561], ao se decretar a ilegitimidade da coautora Associação Brasileira de Consultores Tributários para questionar dispositivos legais regulamentadores do imposto sobre a renda de pessoas jurídicas e na ADI 03[562], ao se declarar a legitimidade irrestrita do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil para a "propositura de ação direta de inconstitucionalidade contra qualquer ato normativo que possa ser objeto dessa ação, independe do requisito da pertinência entre o seu conteúdo e o interesse dos advogados".

Esta orientação restritiva do acesso à jurisdição constitucional abstrata e concentrada do STF se reiterou na análise da medida cautelar pleiteada na ADI 893[563], proposta mais vez pela Associação dos Magistrados Brasileiros – AMB em face de dispositivos de lei ordinária do estado do Paraná que estabelecia limites remuneratórios a juízes e servidores do Poder Judiciário daquele estado. A maioria do Supremo Tribunal Federal conheceu da ação apenas naqueles pontos que afetavam os membros e servidores do Poder Judiciário paranaense[564], salientando que se formara no seio do STF jurisprudência que exigia a relação de especial pertinência entre a ação proposta e os interesses do autor.

A dicotomia que distinguia as duas categorias de legitimados (de um lado os neutros e, de outro, aqueles dos quais se exigia a pertinência temática) se consolidou na decisão proferida na ADI 902[565], na qual se estabeleceu, com clareza, relativamente aos

[561] ADI 77 MC / DF, Plenário, rel. min. Sepúlveda Pertence, j. 19.03.1992, DJ 23.04.1993, p. 6.918.

[562] ADI 03 / DF, Plenário, rel. min. Moreira Alves, j. 07.02.1992, DJ 18.09.1992, p. 15.407.

[563] ADI 893 MC / PR, Plenário, rel. min. Carlos Velloso, j. 1º.01.1993, DJ 03.09.1993, p. 17.743.

[564] Restou vencido unicamente o ministro Marco Aurélio, que restringia a legitimidade da autora aos magistrados do Tribunal de Justiça do Paraná (com a exclusão, portanto, dos temas ligados aos servidores) aplicando de forma ainda mais enfática o requisito da pertinência temática da entidade classista.

[565] ADI 902 MC / SP, Plenário, rel. min. Marco Aurélio, j. 03.03.1994, DJ 22.04.1994, p. 8.941.

governadores de estados, que "tratando-se de impugnação de ato normativo de Estado diverso daquele governado pelo requerente, impõe-se a demonstração do requisito 'pertinência'".

Já a partir do julgamento da ADI 1.114[566], citando os precedentes acima examinados, o STF passou a admitir como "plenamente plausível, portanto, a exigibilidade da pertinência", ao reiterar a dispensa deste requisito para as ações movidas pelos partidos políticos e pelo Conselho Federal da OAB. A dispensa do requisito da pertinência temática ao Conselho Federal da OAB na ADI 1.114 decorreu, inclusive, da afirmação de que a sua natureza autárquica a fazia transcender "os limites de mero órgão de representação dos interesses da categoria profissional"[567]. Cabe observar, porém, que, na ADI 138 – acima examinada – o caráter classista da OAB foi invocado justamente para fundamentar a legitimidade ampla de seu Conselho Federal na condição de "chefia institucional" dos advogados para defender seus "interesses políticos" ou "econômicos"[568].

Este contexto indica que logo nos primeiros anos de vigência da Constituição de 1988 o Supremo Tribunal Federal tratou de exigir o requisito da pertinência temática para as entidades de classe de âmbito nacional, espraiando-se este entendimento para outros legitimados. Fixou-se, como consequência desta construção do tribunal, um requisito processual para a admissibilidade das ações próprias da fiscalização abstrata não previsto normativamente[569]. E, a partir desta criação autonomamente estabelecida pelo STF, o

[566] ADI 1.114 MC / DF, Plenário, rel. min. Ilmar Galvão, j. 31.08.1994, DJ 30.09.1994, p. 26.165.

[567] ADI 1.114 MC / DF, Plenário, rel. min. Ilmar Galvão, j. 31.08.1994, DJ 30.09.1994, p. 26.165.

[568] Aliás, o caráter endógeno da dispensa do requisito da pertinência temática se confirma na incoerência do STF quanto à natureza mais ou menos classista do Conselho Federal da OAB. Enquanto na ADI 1.114 se procurou afastá-lo da condição de representante de classe para dispensar a exigência da pertinência temática (distinguindo-o, portanto, das demais associações de classe), na ADI 138 a sua natureza classista foi reafirmada para justamente ratificar a legitimidade deste Conselho para a propositura da ADI, na condição de defensor dos interesses da classe dos advogados. Aliás, recentemente, o STF declarou que "ante a natureza jurídica de autarquia corporativista, cumpre à Justiça Federal, a teor do disposto no art. 109, I, da Carta da República, processar e julgar ações em que figure na relação processual quer o Conselho Federal da OAB" (RE 595.332, Plenário, rel. min. Marco Aurélio, j. 31-8-2016, DJe 23.6.2017), circunstância incompatível com o argumento que embasou a ADI 1.114.

[569] Salientando a sua condição de "construção pretoriana", Fábio Periandro de Almeida Hirsch assevera que "a figura da pertinência temática foi erigida pela jurisprudência da Corte Suprema como um verdadeiro requisito objetivo para o conhecimento da Ação Direta" (HIRSCH, Fábio Periandro de Almeida. Crise de funcionalidade do Supremo Tribunal Federal Brasileiro. *Direito UNIFACS – Debate Virtual*, N. 132, p. 118, 2011. Afirmando se tratar de criação jurisprudencial do STF sem lastro no texto constitucional, veja-se também: ARGUELHES, Diego Werneck. Poder não é querer: preferências restritivas e redesenho institucional no Supremo Tribunal Federal pós-democratização. *Universitas JUS*, V. 25, N. 1, p. 25-45, 2014

tribunal tem reiterado tal exigência em face daqueles órgãos e autoridades para os quais reputou necessária a demonstração da pertinência temática. Como já admitiu o próprio STF, o "vínculo de pertinência temática" decorre, em suma, de "restrição jurisprudencial"[570]. Independentemente das críticas doutrinárias que recaem sobre esta construção da corte[571], o seu cunho endógeno revela se tratar de mecanismo processual de autocontenção do Supremo Tribunal Federal.

4.2 A necessidade de prequestionamento como requisito de admissibilidade do recurso extraordinário: a súmula 282 do STF e os casos que ensejaram a sua edição

A prática contemporânea da jurisdição constitucional do Supremo Tribunal Federal demonstra que o tribunal se vale de outra barreira processual para inibir decisões de mérito. Trata-se da costumeira aplicação da súmula 282 do tribunal, que assim dispõe: "É inadmissível o recurso extraordinário, quando não ventilada, na decisão recorrida, a questão federal suscitada.". O instituto do prequestionamento estabelecido por esta súmula não conta com previsão constitucional ou legal no ordenamento pós-1988, até porque o texto constitucional vigente se vale de termos marcadamente abertos ao descrever as hipóteses de cabimento deste recurso[572].

---

e ARGUELHES, Diego Werneck; RIBEIRO, Leandro Molhano. Criatura e/ou Criador: transformações do Supremo Tribunal Federal sob a Constituição de 1988. *Revista de Direito GV*, V. 12, N. 2, p. 405-440, 2016.

[570] ADI 1.407 MC, Pleno, rel. min. Celso de Mello, j. 07.03.1996, DJ 24.11.2000.

[571] Gilmar Ferreira Mendes anota, a este respeito, que "a falta de autorização constitucional para que o legislador estabeleça outras limitações ao direito de propositura suscita dúvida sobre a correção do entendimento esposado pelo Supremo Tribunal Federal. Pareceria mais ortodoxo, pois, tendo em vista a natureza objetiva do processo de controle abstrato de normas, que, na espécie, fosse admitida a ação direta independentemente de qualquer juízo sobre a configuração ou não de uma relação de pertinência" (MENDES, Gilmar Ferreira. *Jurisdição Constitucional*. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 184). Vide também: CARVALHO, Ernani. Dimensão política do acesso à justiça: aspectos da revisão judicial. 1n: GOMES NETO, José Mário Wanderley (Org.). Dimensões do Acesso à Justiça. Salvador, Editora PODIVM, 2008. p.46.

[572] Art. 102, inciso III, da Constituição de 1988:
"III - julgar, mediante recurso extraordinário, as causas decididas em única ou última instância, quando a decisão recorrida:
a) contrariar dispositivo desta Constituição;
b) declarar a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal;
c) julgar válida lei ou ato de governo local contestado em face desta Constituição.

Atualmente, porém, a súmula 282 representa importante instrumento de restrição ao acesso ao STF, há muito consolidada no exame da admissibilidade do recurso extraordinário, seja por decisões proferidas por tribunais de segundo grau, seja por decisões emanadas do próprio Supremo Tribunal Federal[573]. O seu comando encontra-se, assim, profundamente incorporado na praxe forense brasileira, sendo que sua aplicação fundamenta parcela significativa das decisões que proclamam a inadmissibilidade do recurso extraordinário[574]. Em resumo, como registrou o voto do ministro Celso de Mello no AI 258.889 AgR,

> A exigência de prequestionamento explícito da matéria constitucional qualifica-se como requisito necessário à adequada interposição do recurso extraordinário. Para que esse pressuposto se repute atendido, torna-se indispensável que o acórdão recorrido tenha efetivamente examinado, de modo expresso, a controvérsia de direito constitucional suscitada no debate da causa.[575]

A sua origem reside, porém, em singelas demandas – a maioria delas cíveis e empresariais – julgadas pelo STF na década de 1960, sob a égide da Constituição de 1946. E, sob este panorama, a análise dos casos que embasaram a edição da súmula 282 revela que o Supremo Tribunal Federal buscou, por meio de criação jurisprudencial sua, recuperar a aplicação de um requisito de admissibilidade do RE expressamente afastado pela Constituição de 1946.

De fato, os textos constitucionais de 1891 a 1937 continham previsões textuais das quais se poderia, pela via interpretativa, encontrar algum lastro normativo-positivo para o prequestionamento como requisito de admissibilidade do recurso extraordinário[576]. Tais disposições constitucionais, especialmente quanto ao cabimento do RE na hipótese de

---

d) julgar válida lei local contestada em face de lei federal.".

[573] Cf. QUINTAS, Fábio Lima. A Nova Dogmática do Recurso Extraordinário: o Advento da Repercussão Geral e o Ocaso do Prequestionamento. *Revista DPU*, N. 22, p. 07-23, 2008.

[574] Cf. MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Recurso extraordinário e recurso especial*. 14ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2018, p. 312-332. Cabe lembrar, aqui, que a restrição às decisões de mérito impostas pelo requisto do prequestionamento ensejou a criação pretoriana de outro mecanismo: cuida-se da Súmula 356 do STF, segundo a qual "O ponto omisso da decisão, sobre o qual não foram opostos embargos declaratórios, não pode ser objeto de recurso extraordinário, por faltar o requisito do prequestionamento."

[575] AI 258889 AgR / MA, Plenário, rel. Min. Celso de Mello, j. 09.08.2000, DJ 08.10.2004, p. 003.

[576] Vide: artigo 59, § 1º, alínea "a", da Constituição de 1891; artigo 76, inciso III, alínea "a" e "b", da Constituição de 1934 e artigo 101, inciso III, alíneas "a" e "b", da Constituição de 1937.

violação de tratado ou lei federal, autorizavam o manejo do recurso extraordinário quando *questionada* a aplicação destes atos normativos[577].

A Constituição de 1946, no entanto, valeu-se de disciplina textual um pouco diversa para o recurso extraordinário, limitando-se, neste ponto, a autorizar o manejo do RE "quando a decisão for contrária a dispositivo desta Constituição ou à letra de tratado ou lei federal"[578], sem mencionar qualquer questionamento prévio[579]. Ademais, o texto de

[577] Sobre o assento constitucional do prequestionamento nos ordenamentos de 1891, 1934 e 1937, veja-se: SANTOS, Francisco Cláudio de Almeida. O prequestionamento na doutrina e na jurisprudência. In: *Doutrina do STJ: Edição Comemorativa: 15 anos*. Brasília: Superior Tribunal de Justiça, p. 347-365, 2005. Comentando o art. 59, da Constituição de 1891, Pedro Lessa ressaltava que "de accordo com a letra do texto constitucional, que autorisa o recurso, quando se *questiona* sobre a validade, ou a applicação, de tratados e leis federaes, ou quando se *contesta* a validade de leis ou de actos dos governos dos Estados, em face da Constituição, a regra é exigir para a admissão do recurso que na justiça local *se tenha questionado* acerca da validade, ou da applicação de uma das leis, ou de um dos tratados, ou dos actos a que allude a Constituição." (Do Poder Judiciário. Rio de Janeiro: Livraria Francisco Alves, 1915, p. 117, destaques no original).

[578] Art. 101, inciso III, alínea "a", da Constituição de 1946. O dispositivo integral tinha a seguinte redação:
"III - julgar em recurso extraordinário as causas decididas em única ou última instância por outros Tribunais ou Juízes:
a) quando a decisão for contrária a dispositivo desta Constituição ou à letra de tratado ou lei federal;
b) quando se questionar sobre a validade de lei federal em face desta Constituição, e a decisão recorrida negar aplicação à lei impugnada;
c) quando se contestar a validade de lei ou ato de governo local em face desta Constituição ou de lei federal, e a decisão recorrida julgar válida a lei ou o ato;
d) quando na decisão recorrida a interpretação da lei federal invocada for diversa da que lhe haja dado qualquer dos outros Tribunais ou o próprio Supremo Tribunal Federal."

[579] Confira-se: ASSUMPÇÃO, Helcio Alves de. Recurso extraordinário: requisitos constitucionais de admissibilidade. In: FABRÍCIO, Adroaldo Furtado (coord.). *Meios de impugnação ao julgado civil: estudos em homenagem a José Carlos Barbosa Moreira*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2007, p. 284. Como registrou Eduardo Ribeiro de Oliveira, "Nos textos constitucionais editados até 37, ao se cuidar do cabimento do extraordinário, com base em violação da lei, consignava-se que sobre sua aplicação se haveria de ter questionado. Em 46 a expressão é encontrada apenas no dispositivo que regula a hipótese do recurso em que discutida a validade de lei federal em face da Constituição. Veio a ser eliminada a partir da Carta de 67. O uso daquele termo favorecia a interpretação de que exigível houvesse sido a matéria colocada pela parte, pois assim se poderia dizer que se questionara sobre a aplicação da lei. Doutrinadores dos mais respeitados, entretanto, escrevendo quando vigente aquela outra redação punham-se de acordo em que, decidida a causa, com base em fundamentação que as partes não houvessem tido em conta, o recurso seria admissível, se coexistissem os demais pressupostos, malgrado a ausência de prequestionamento anterior. Não há proveito em ampliar-se a discussão quanto às conseqüências que se haveriam de tirar daquela expressão, que não subsiste no direito vigente. Importante assinalar, entretanto, que a jurisprudência é absolutamente pacífica, com algumas vozes destoantes, também a doutrina se orienta no sentido de que permanece necessário o prequestionamento, malgrado a Constituição não mais conter o termo acima apontado, ausente também das leis processuais. Mister verificar qual seu fundamento e esse haveria de ser buscado na Constituição. Se nela não se contém, ter-se-ia de concluir pela injuridicidade da exigência, não havendo como considerá-lo indispensável para o conhecimento do recurso. E não se terá dele outro conceito, a toda evidência, que o autorizado pelas disposições constitucionais" (...) Permito-me afirmar, desde logo, que não se encontra, seja na Constituição, seja em qualquer outra lei, razão capaz de amparar o asserto de que os recursos extraordinário e especial tenham seu conhecimento condicionado a que a matéria neles agitada haja sido de anterior consideração pela parte. (...) Se o julgado afrontou a Constituição ou declarou a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal, cabível será o extraordinário, pela só razão de a decisão ter esse conteúdo, nada importando a atividade das partes." (OLIVEIRA, Eduardo Ribeiro de.

1946 inaugurou nova – e aberta – hipótese de cabimento do RE, passando a admiti-lo "quando na decisão recorrida a interpretação da lei federal invocada for diversa da que lhe haja dado qualquer dos outros Tribunais ou o próprio Supremo Tribunal Federal."[580]. Por esta razão, José Afonso da Silva, analisando a disciplina do recurso extraordinário na Constituição de 1946, asseverou o seguinte:

> É de notar-se que as Constituições de 34 e 37 exigiam que se houvesse questionado sôbre a aplicação da lei federal para que se legitimasse a interposição do Recurso. A atual Carta Magana, contudo, eliminou a cláusula 'sôbre cuja aplicação se haja questionado.' Por isso, hoje, não se exige pré-questionamento sôbre a aplicação da lei federal, para interpor-se o remédio constitucional; basta que a decisão a tenha vulnerado.[581]

O ordenamento de 1967/1969, por sua vez, suprimiu por completo os verbos "questionar" e "contestar" ao dispor sobre a admissibilidade do recurso extraordinário, tornando ainda mais distante a raiz normativa-constitucional do prequestionamento[582].

Assim, sob a vigência da Constituição de 1946, aparentemente mais elástica quanto à viabilidade do RE – em comparação com os textos anteriores, o Supremo Tribunal Federal cristalizou o prequestionamento como pressuposto de admissibilidade deste recurso na súmula 282. Tal súmula, aprovada em 13 de dezembro de 1963, foi lastreada em oito precedentes – seis recursos extraordinários, um recurso de embargos de divergência em recurso extraordinário e um recurso de agravo de instrumento em recurso extraordinário – julgados entre 1961 e 1963 –, todos eles consignando o prequestionamento como pressuposto de admissibilidade sem qualquer indicação do fundamento constitucional ou legal para tanto.

Prequestionamento. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; NERY JR, Nelson. *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis de acordo com a Lei 9.756/98*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, pp. 246-247).

[580] Art. 101, inciso III, alínea "d", da Constituição de 1946.

[581] SILVA, José Afonso da. *Do recurso extraordinário no direito processual brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1963, p. 198.

[582] Conforme o art. 114, inciso III da Constituição de 1967 e art. 119, inciso III com a redação conferida pela EC 1/69. Sobre esta modificação textual, assim se pronunciou Athos Gusmão Carneiro: "Embora a expressão não mais tenha constado da Carta Outorgada de 1967/69, o Pretório Excelso manteve expressamente as referidas Súmulas nº 282 e 356". (CARNEIRO, Athos Gusmão. *Requisitos Específicos de Admissibilidade do Recurso Especial*. In: STJ - dez anos a serviço da justiça. Brasília: Consulex, 1999, p. 184).

Importa notar que os precedentes que ensejaram a edição da súmula versavam todos eles sobre demandas singelas – tais como ações de despejo[583], acidente do trabalho[584], mora na entrega de apartamento em construção[585], perecimento de bens em concordata[586], vícios redibitórios em construção de imóvel[587] e nulidade de ato de relotação de servidor público estadual[588] – atualmente incompatíveis com a relevância da matéria objeto das competências recursais do STF, sobretudo após a instituição do requisito da repercussão geral[589].

Todos os processos que propiciaram a edição da súmula 282 condicionaram a admissibilidade do recurso extraordinário ao preenchimento do requisito do prequestionamento, circunstância que se consolidou na praxe forense nacional, como salientado acima. Desde então, diante da ausência de referências normativas das quais se pudesse extrair tal requisito de admissibilidade, tem-se que "a doutrina do prequestionamento está fundada, sobretudo, na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, que lhe dá, com as inevitáveis oscilações de construções do gênero, contornos mais ou menos rígidos, que se têm de preencher para chegar ao julgamento do mérito do recurso extraordinário"[590].

---

[583] RE 48.815, 1ª Turma, rel. min. Gonçalves de Oliveira, j. 26.10.1961, DJ 30.11.1961 e RE 53.740, 2ª Turma, rel. min. Ribeiro da Costa, j. 06.08.1963, DJ 03.10.1963.

[584] RE 42.662, 2ª Turma, rel. min. Victor Nunes Leal, j. 03.10.1961, DJ 26.10.1961 e RE 48.165/SP, 1ª Turma, rel. min. Luiz Gallotti, j. 11.07.1963, DJ 26.09.1963.

[585] RE 50.157, 2ª Turma, rel. min.Victor Nunes Leal, j. 05.04.1963, DJ 16.05.1963.

[586] RE 46.882-Edv, Plenário, rel. min. Victor Nunes Leal, j. 09.11.1962, DJ 17.12.1962.

[587] AI 28.938, 2ª Turma, rel. min. Victor Nunes Leal, j. 16.04.1963, DJ 24.05.1963.

[588] RE 49.075, 2ª Turma, rel. min. Victor Nunes Leal, j. 25.09.1962, DJ 16.11.1962.

[589] Cf. MACIEL, Adhemar Ferreira. Restrição à admissibilidade de recursos na Suprema Corte dos Estados Unidos e no SupremoTribunal Federal do Brasil. In: FABRÍCIO, Adroaldo Furtado (coord.). *Meios de impugnação ao julgado civil: estudos em homenagem a José Carlos Barbosa Moreira*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2007, p. 40.

[590] ASSUMPÇÃO, Helcio Alves de. Recurso extraordinário: requisitos constitucionais de admissibilidade. In: FABRÍCIO, Adroaldo Furtado (coord.). *Meios de impugnação ao julgado civil: estudos em homenagem a José Carlos Barbosa Moreira*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2007, p. 285. Francisco Cláudio de Almeida Santos assinalou, a propósito, que "foi estabelecido em criação pretoriana, com caráter impositivo, o requisito processual chamado 'prequestionamento', como está no verbete 282 da Súmula" (SANTOS, Francisco Cláudio de Almeida. Recurso especial: Visão geral. Informativo Jurídico da Biblioteca Ministro Oscar Saraiva, p.156, 2010).

O texto constituional de 1988, especialmente na hipótese de cabimento arrolada no art. 102, inciso III, alínea "a"[591], também não contém qualquer elemento normativo a ratificar tal exigência, de modo que, ainda nos dias de hoje, é possível concluir que o prequestionamento configura medida de limitação às decisões de mérito do STF imposta a si mesmo por sua própria vontade, a caracterizar instrumento de autocontenção processual do tribunal. Considera-se, com efeito, que, ante a "omissão constitucional sobre a temática"[592], o prequestionamento configura "pressuposto jurisprudencial de admissibilidade"[593] do recurso extraordinário.

O caráter autônomo desta construção jurisprudencial se pode ilustrar, ainda, pela oscilação jurisprudencial afeta a aplicabilidade do requisito do prequestionamento. De fato, à míngua de fatores normativos externos, sobressaem alterações de entendimento a respeito

---

[591] Eis o texto do inciso III, do art. 102, da Constituição brasileira vigente:
"Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe:
(...)
III - julgar, mediante recurso extraordinário, as causas decididas em única ou última instância, quando a decisão recorrida:
a) contrariar dispositivo desta Constituição;
b) declarar a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal;
c) julgar válida lei ou ato de governo local contestado em face desta Constituição.
d) julgar válida lei local contestada em face de lei federal.".

[592] FELTEN, Maria Silvana. O prequestionamento nos recursos excepcionais cíveis. *Revista Jus Plenum*. Caxias do Sul, V. 8, N. 43, 98, 2012.

[593] RODRIGUES, Fernando Anselmo. Requisitos de admissibilidade do recurso especial e do recurso extraordinário.In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Org.) *Aspectos polêmicos e atuais do recurso especial e do recurso extraordinário*.São Paulo:Revista dos Tribunais, 1997.p. 215. Comentando a mudança nos textos constitucionais a partir da Constituição de 1946, José Ignacio Botelho de Mesquita e Nelson Nery Jr. esclarecem o seguinte: "A consequência desta alteração – alteraçao liberal, sem dúvida, como o era a Constituição de 1946 – foi avolumar-se a quantidade de Recursos Extraordinários perante o Supremo Tribunal Federal, e muito acima da capacidade de trabalho e de decisão do Supremo. E por que isto? Porque deixava-se de lado o rigor da definição da questão federal para passar-se a admitir o Recurso Extraordinário em casos muito semelhantes àqueles em que se admitiria uma apelação e em que se alega que a decisão do Tribunal – em matéria de direito – decidiu errado. Desaparece aquela feição do Recurso Extraordinário vinculada ao princípio federativo em seus termos mais estritos, em seus termos mais puros, e se transforma o Recurso Extraordinário num meio mais amplo de revisão das decisões e de controle das decisões dos tribunais estaduais por parte do Supremo Tribunal Federal. Diria que esta visão mais aberta, mais liberal, do Recurso Extraordinário, durou, afinal de contas, muito pouco, porque ela aparece com a Constituição de 1946; mas já em 1963 e com base em precedentes de 1963 e 1961 – o Supremo Tribunal Federal, editando a Súmula, já fixa o prequestionamento como indispensável ao conhecimento do Recurso Extraordinário, embora a legislação houvesse sido alterada para que não mais fosse necessário o questionamento" (*Teses, estudos e pareceres de processo civil*, Vol. 2. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 190-191). No mesmo sentido, ratificando se tratar de criação unilateral do STF, veja-se: CUNHA, Guilherme Caldas da. Controle constitucional do cabimento do recurso especial. Revista dos Tribunais, N. 704, p. 36-40, 1994; ALMEIDA, Jean Alves Pereira. Teoria geral do prequestionamento. Revista Dialética de Direito Processual. São Paulo, N. 97, p.75, 2011 e MACEDO, Elaine Harzheim; SCALZILLI, Roberta. Prequestionamento no recurso especial sob a ótica da função do STJ no sistema processual civil: uma análise perante o novo Código de Processo Civil. *Revista de Processo*, 2017.

(i) das variadas espécies de prequestionamento (ficto[594], explícito[595], implícito[596] e numérico[597]); (ii) da possibilidade de o STF decidir sobre o cabimento, em geral, de recursos especiais[598] (ou se, ao revés, tal análise é exclusiva do STJ[599]) e (iii) da

[594] Segundo a Súmula 356 do STF, "o ponto omisso da decisão, sobre o qual não foram opostos embargos declaratórios, não pode ser objeto de recurso extraordinário, por faltar o requisito do prequestionamento". Esta orientação é contrária à da Súmula 211 do STJ ("Inadmissível recurso especial quanto à questão que, a despeito da oposição de embargos declaratórios, não foi apreciada pelo Tribunal *a quo*."). O Código de Processo Civil de 2015 parece ter rejeitado a orientação jurisprudencial veiculada na Súmula 211 do STJ ante o teor do seu art. 1.025: "Consideram-se incluídos no acórdão os elementos que o embargante suscitou, para fins de pré-questionamento, ainda que os embargos de declaração sejam inadmitidos ou rejeitados, caso o tribunal superior considere existentes erro, omissão, contradição ou obscuridade." Note-se que mencionado Código em nenhum momento institui ou disciplina o prequestionamento – de modo que a fonte de tal requisito processual permanece sendo endógena. No entanto, a legislação procurou sanar a importante divergência de entendimentos no tocante a necessidade ou não de acolhimento dos embargos de declaração para se considerar a matéria prequestionada.

[595] "Considera-se explícito o questionamento, quando o tribunal *a quo*, mesmo sem fazer referência expressa a dispositivos legais, nem declinar os números que os identificam no Ordenamento Jurídico, enfrenta as regras neles contidas." (EREsp 155.358/SP , Corte Especial, rel. min. Humberto Gomes de Barros, j. 17.12.1999, DJ. 28.02.2000, p. 29).

[596] O próprio Supremo Tribunal Federal, por vezes, decide contra o enunciado de sua Súmula 356 passando a exigir o prequestionamento explícito, não reputando suficiente o prequestionamento implícito. Confira-se, e.g.: "O requisito do prequestionamento é indispensável, por isso que inviável a apreciação, em sede de recurso extraordinário, de matéria sobre a qual não se pronunciou o Tribunal de origem. 2. A simples oposição dos embargos de declaração, sem o efetivo debate acerca da matéria versada pelos dispositivo constitucional apontado como malferido, não supre a falta do requisito do prequestionamento, viabilizador da abertura da instância extraordinária. (...) (Precedentes: AI n. 793.610-AgR, Relator o Ministro Ricardo Lewandowski, 1ª Turma, DJe de 17.11.2010; RE n. 569.145, Relator o Ministro Gilmar Mendes, 2ª Turma, DJe de 8.11.10; AI n. 704.599-AgR, Relatora a Ministra Cármen Lúcia, 1ª Turma, DJe de 1.2.11; AI n. 758.626-AgR, Relator o Ministro Celso de Mello, 2ª Turma, DJe de 23.3.03.11, entre outros). 3. Agravo regimental a que se nega provimento." (RE 611937 AgR, rel. min. Luiz Fux, j. 23.08.2011, DJ 12.09.2011). Veja-se ainda, seguindo a mesma orientação: "A tese do prequestionamento implícito – levantada no regimental – é insuficiente para transpor a pacífica jurisprudência deste Tribunal em relação à necessidade do exame – pelo acórdão recorrido – da matéria constitucional atacada no recurso extraordinário" (AI 508418 AgR / BA, 1ª. T., rel. min. Sepúlveda Pertence, j. 27.09.2005, DJ 14.10.2005, p. 01161).

[597] "A exigência do prequestionamento não impõe que a decisão recorrida mencione expressamente o dispositivo constitucional indicado como violado no recurso extraordinário. Basta, para a configuração do requisito, o enfrentamento da questão pelo juízo de origem." (ARE 713.338 AgR, 2ª T. rel. min. Ricardo Lewandowski, j. 26.02.2013, DJ.08.03.2013).

[598] "Cabe, porém, o extraordinário se, para conhecer ou não do recurso especial, parte o acórdão do STJ de proposição contrária em tese aos seus pressupostos típicos de admissibilidade, definidos explícita ou implicitamente no art. 105, III, da Constituição" (RE 273.351/SP, 1ª T. rel. min. Sepúlveda Pertence, j. 27.6.00, DJU 25.8.00, p. 74). Ainda: "Definida a área de competência de ambas as Cortes, certo está que o Supremo Tribunal Federal, pela competência excepcional e incontrastável prevista no caput do art. 102 da Lei Magna, enquanto guarda da Constituição, pode, em princípio, conhecer de recurso extraordinário também de decisão proferida pelo STJ, quer no exercício da competência originária, quer de competência recursal ordinária, quer em recurso especial (CF, art. 105, I, II e III), desde que o julgado contrarie dispositivo da Constituição, inclusive o art. 105 e seus incisos. Assim, *ad exemplum*, se o Superior Tribunal de Justiça julgar, em recurso especial, causa não enquadrável nas hipóteses a), b) e c) do inciso III do art. 105 aludido, pode, eventualmente, configurar-se espécie submetida a recurso extraordinário, *ut* art. 102, III, a), da Constituição, precisamente, por ofensa ao art. 105, III, da Lei Maior." (RE 190.104/RJ , 2ª T. rel. min. Néri da Silveira j. 12.11.96, DJU 14.11.97, p. 58.787).

possibilidade de o STF considerar aperfeiçoado o pressuposto do prequestionamento de recurso especial[600] (ou se, ao contrário, a decisão do STJ neste ponto é inconstrastável[601]). Aliás, a própria flexibilização da exigência do prequestionamento pelo Supremo Tribunal Federal[602] ratifica que não só a implementação deste requisito, como também o seu desenvolvimento ao longo do tempo, são forjados a partir da criação jurisprudencial autônoma daquela corte.

---

[599] "Não compete a esta Corte, segundo sua pacífica jurisprudência, verificar se, no julgamento do Recurso Especial, o Superior Tribunal de Justiça decidiu corretamente, ao considerar, no caso concreto, atendidos, ou não, seus pressupostos. Em outras palavras, enquanto no exercício das competências previstas no art. 105, III, da C.F., a decisão daquela E. Corte é soberana" (AI 175.432/DF , 1ª T. rel. min. Sydney Sanches, j. 25.5.99, DJU 17.12.99, p. 5). No mesmo sentido, exemplificadamente: AI 151.063/SP, 2ª T., rel. min. Néri da Silveira, j. 13.5.96, DJU 18.10.96, p. 39.850).

[600] "Recurso especial. Falta de prequestionamento. O acórdão recorrido violou, pelo menos, o artigo 105, III, a, ao decidir sobre questão que não fora prequestionada, por não ter sido ventilada pelo acórdão local, nem ter sido objeto de embargos de declaração nessa instância, o que, aliás, determinou que não fosse ela invocada no recurso especial." (RE 208.775/SP , 1ª T., rel. min. Moreira Alves, j. 18.4.00, DJU 19.5.00, p. 2).

[601] "RE contra acórdão proferido em julgamento de recurso especial: falta de prequestionamento da alegação de contrariedade ao art. 105, III, CF. É incabível o RE por ofensa ao art. 105, III, da Constituição, se a decisão proferida pelo STJ não afirma a desnecessidade do prequestionamento para o conhecimento do REsp. Incidência das Súmulas 282 e 356. Ademais, o RE é inadmissível para o reexame das premissas concretas da decisão que conheceu ou não conheceu do recurso especial" (RE 209.140/SP, 1ª T., rel. min. Sepúlveda Pertence, j. 08.08.2000, DJU 29.9.2000, p. 97)

[602] Veja-se, a título exemplificativo: "A despeito de a questão de fundo estar pacificada no âmbito desta Suprema Corte em relação às demandas que tratem sobre o mesmo tema, ainda assim se exige a presença dos pressupostos específicos de conhecimento do recurso extraordinário, como é o caso do prequestionamento. (...). Estou, entretanto, mais inclinada a valorizar, preponderantemente, as manifestações do Tribunal, especialmente as resultantes de sua competência mais nobre – a de intérprete último da Constituição Federal. Já manifestei, em ocasiões anteriores, minha preocupação com requisitos processuais que acabam por obstaculizar, no âmbito da própria Corte, a aplicação aos casos concretos dos precedentes que a constitucionalidade ou inconstitucionalidade de normas. (...) Esses julgados, segundo entendo, constituem um primeiro passo para a flexibilização do prequestionamento nos processos cujo tema de fundo foi definido pela composição plenária da Suprema Corte, com o fim de impedir a adoção de soluções diferentes em relação à decisão colegiada." (AI 375011 AgR / RS, 2ª T., rel. min. Ellen Gracie, j. 05.10.2004, DJ 28.10.2004, p. 00037).

4.3 A vedação à análise da matéria fática e à rediscussão de provas no recurso extraordinário: as súmulas 279 e 454 do STF e os casos que as ensejaram

A doutrina processual brasileira trata o recurso extraordinário como instrumento de impugnação de fundamentação vinculada e de direito estrito[603]. Seu efeito devolutivo seria, nesta medida, restrito[604]. Flávio Cheim Jorge assinala, ainda, que

> Enquanto os recursos extraordinários tutelam o direito objetivo, os recursos ordinários visam proteger imediatamente o direito subjetivo dos recorrentes. Os recursos extraordinários, por tutelarem o direito objetivo, são considerados recursos de estrito direito ou mesmo excepcionais. Não buscam a correção da injustiça da decisão.[605]

Segundo esta perspectiva doutrinária, o recurso extraordinário configuraria remédio de cunho político-constitucional, apartando-se da noção clássica de simples meio de impugnação da decisão judicial[606].

No entanto, a despeito destas ponderações da literatura processualista especializada, tem-se que a vedação à análise de provas e de fatos no âmbito do recurso extraordinário é produto de construção pretoriana do STF, havida com o objetivo de impor outro óbice ao julgamento de mérito desta espécie recursal[607].

Foi com este desiderato que o Supremo Tribunal Federal editou, em 1963, a súmula 279, cujo exame demonstra se tratar de mecanismo de autocontenção processual do

---

[603] Vide, por todos: BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Comentários ao Código de Processo Civil*, Vol. V, 14ª ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1981, p. 253-254.

[604] Conforme, exemplificadamente: DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro. *Curso de Direito Processual Civil*, Vol. 3. 16ª ed. Salvador: Juspodivm, 2019, p. 370.

[605] JORGE, Flávio Cheim. *Teoria Geral dos Recursos Cíveis*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 18.

[606] Cf. MANCUSO. Rodolfo de Camargo. *Recurso extraordinário e recurso especial*. 14ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018, p. 159-166.

[607] Vide, a respeito: CAMBI, Eduardo. Critério da *transcendência* para a admissibilidade do recurso extraordinário (art. 102, § 3º, da CF): entre a autocontenção e o ativismo do STF n contexto da legitimação democrática da jurisdição constitucional. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim *et al* (coord). *Reforma do Judiciário: primeiras reflexões sobre a Emenda Constitucional n. 45/2004*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005, p. 158-159 e OLIVEIRA, Guilherme José Braz de. *Repercussão geral das questões constitucionais e suas consequências para o julgamento do recurso extraordinário*. Dissertação (mestrado) – Universidade de São Paulo – USP. Program de pós-graduação, 2009, p. 46.

tribunal. Com efeito, ao tempo da edição desta súmula, vigorava a Constituição brasileira de 1946, cujo texto não vedava a apreciação de fatos e de provas pelo Supremo Tribunal Federal ao apreciar recursos extraordinários[608]. Em 1963, por iniciativa do ministro Victor Nunes Leal, o STF vivenciava relevante propósito sistematizador de sua jurisprudência, o que resultou na criação de cerca de 400 (quatrocentos) enunciados sumulares, cristalizando grande parte dos entendimentos jurisprudenciais majoritários à época.

Dentre eles, aprovou-se o texto da súmula 279, com o seguinte teor: "Para simples reexame de prova não cabe recurso extraordinário.". Posteriormente, em 1º de outubro de 1964, o tribunal aprovou a súmula 454 de sua jurisprudência ("Simples interpretação de cláusulas contratuais não dá lugar a recurso extraordinário."), que constitui mero desdobramento da conclusão mais geral fixada na de número 279[609].

Os precedentes que propiciaram a criação da súmula 279 (AI 20.710 e CT 3.713, abaixo indicados) corroboram a constatação de que o filtro por ela criado não decorreu de qualquer limitação normativamente imposta à atuação do STF.

Com efeito, no AI 29.710, os recorrentes impugnavam acórdão do Tribunal de Justiça do estado de São Paulo que lhes negou a tutela possessória pretendida. Em voto da lavra do minitro Evandro Lins, relator – consubstanciado em dois curtos parágrafos – assim se pronunciou a Primeira Turma do STF:

> Tôda a matéria discutida – posse – girou em tôrno da prova dos autos. A própria petição do agravante evidencia que o que se pretende, através do recurso extraordinário, é o reexame de matéria de fato, pois aí se diz e se repete que "os autores ora agravantes alegaram e provaram" (e enumera uma série de detalhes do feito, com indicação fôlhas e de peças).

---

608 "Art 101 - Ao Supremo Tribunal Federal compete:
(...)
III - julgar em recurso extraordinário as causas decididas em única ou última instância por outros Tribunais ou Juízes:
a) quando a decisão for contrária a dispositivo desta Constituição ou à letra de tratado ou lei federal;
b) quando se questionar sobre a validade de lei federal em face desta Constituição, e a decisão recorrida negar aplicação à lei impugnada;
c) quando se contestar a validade de lei ou ato de governo local em face desta Constituição ou de lei federal, e a decisão recorrida julgar válida a lei ou o ato;
d) quando na decisão recorrida a interpretação da lei federal invocada for diversa da que lhe haja dado qualquer dos outros Tribunais ou o próprio Supremo Tribunal Federal.".

609 Cf. MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Recurso extraordinário e recurso especial*. 14ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2018, p. 169.

> Houve aplicação da lei, em face das provas, dentro das atribuições da justiça local. Inadmissível, pois, o apêlo extraordinário.[610]

Já a decisão na carta testemunhável autuada sob o número 3.713, a fundamentação para a inadmissibilidade do RE foi ainda mais enxuta, pronunciada nos seguintes termos: "Considerando que, tendo se limitado à apreciação de prova de factos e à applicação aos factos provados das disposições de Lei que os regiam, o Accordam recorrido, delle não cabe recurso extraordinário"[611].

Curioso notar que tal súmula, que assumiu relevância ímpar no contencioso travado perante o STF[612], foi lastreada apenas em dois precedentes, com um intervalo de cerca de 40 (quarenta) anos entre cada um deles. A decisão da CT 3.713, aliás, foi proferida sob a égide da Constituição de 1891, da qual também não se extraía qualquer embasamento textual acerca desta restrição à jurisdição do STF[613].

A súmula 454, aprovada, por sua vez, em 1º de outubro de 1964, foi precedida de 5 (cinco) acórdãos[614], proferidos nos anos de 1962 e 1963, que também confirmam que a vedação ao reexame de cláusulas contratuais constituiu criação exclusiva da corte. Em nenhum deles, por ocasião do exame de demandas afetas a cobrança de débitos, indenização por perdas e danos, despejo e parceria agrícola, se identifica qualquer fundamento jurídico-positivo para a restrição neles observada. De se destacar, a propósito, a singeleza com que tais conclusões foram enunciadas, sem ter havido qualquer debate

---

[610] AI 29.710, 1ª Turma, rel. min. Evandro Lins, j. 14.10.1963, DJ 17.12.1963.

[611] CT 3.713, rel. min. Guimarães Natal, DJ 09.04.1924, DJ 09.04.1924, RSTF 71/75.

[612] Confira-se: MARINONI, Luiz Guilherme. Reexame da prova diante dos recursos especial e extraordinário. In: FABRÍCIO, Adroaldo Furtado (coord.). *Meios de impugnação ao julgado civil: estudos em homenagem a José Carlos Barbosa Moreira*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2007, p. 441-464.

[613] Assim dispunha o texto originário de 1891 – vigente ao tempo da decisão na CT 3.713 – acerca do cabimento do recurso extraordinário:
"Art. 59 - Ao Supremo Tribunal Federal compete:
(...)
§ 1º - Das sentenças das Justiças dos Estados, em última instância, haverá recurso para o Supremo Tribunal Federal:
a) quando se questionar sobre a validade, ou a aplicação de tratados e leis federais, e a decisão do Tribunal do Estado for contra ela;
b) quando se contestar a validade de leis ou de atos dos Governos dos Estados em face da Constituição, ou das leis federais, e a decisão do Tribunal do Estado considerar válidos esses atos, ou essas leis impugnadas.".

[614] AI 26.521-Edv, Plenário, rel. min. Hermes Lima, j. 05.08.1963, DJ 19.09.1963; AI 28.402, 1ª Turma, rel. min. Gonçalves de Oliveira, j. 28.03.1963, DJ 14.06.1963; AI 28.898, 1ª Turma, rel. min. Pero Chaves, j. 27.06.1963, DJ 25.07.1963; AI 29.259, 2ª Turma, rel. min. Victor Nunes Leal, j. 14.05.1963, DJ 09.05.1963 e AI 26.521, 1ª Turma, rel. min. Henrique D´Avila, j. 12.07.1962, DJ 18.10.1962.

acerca da interpretação ou aplicação a ser dada ao art. 101, inciso III, da Constituição então vigente – a de 1946.

O estabelecimento da vedação em comento ensejou o desenvolvimento de outros conceitos e categorias jurídicas a fim de minimamente equacionar as mais variadas situações concretas levadas à apreciação do STF em sede de recurso extraordinário. A principal delas consiste na distinção entre apreciação da prova e a aferição dos critérios legais para a valoração da prova. Por meio desta construção jurisprudencial, se considera que a qualificação jurídica do fato versa sobre questão de direito, viabilizando, pois, a análise de aspectos fáticos pelo tribunal. Como observa Danilo Knijnik, permite-se que o STF exerça "típico controle lógico da prova, ou seja, um controle que, debruçando-se sobre a teoria do valor ou do conhecimento – e, não, sobre o material probatório –, permite verificar a existência de alguma infração lógico-jurídica"[615]. Com base nesta distinção, tem-se que "o reexame vedado na via extraordinária, é relativo à existência ou correção dos fatos afirmados como certos. Não é vedado o reexame da legitimidade da qualificação jurídica dos fatos. O STF afasta a incidência da Súmula 279 quando se discute a qualificação jurídica dos fatos"[616].

A partir desta orientação jurisprudencial verificou-se – como era de se imaginar – posicionamentos divergentes no que toca à efetiva caracterização das questões de fato ou de direito, elementos necessários à incidência ou não das Súmulas 279 e 454 do STF.

Apesar das inúmeras cogitações doutrinárias acerca de técnicas teóricas voltadas à distinção precisa entre matéria de fato e de direito[617], o cenário de ambiguidade nas decisões judiciais neste ponto permanece, gerando perplexidade e insegurança jurídica a partes e advogados[618]. Não raro, o costumeiro rigor com que se aplica a barreira imposta

---

[615] KNIJNIK, Danilo. Os standards do convencimento judicial: paradigmas para o seu possível controle. *Revista Forense*, Vol. 353, N. 353, p. 45, 2001.

[616] RE 220999 / PE, 2ª T., rel. min. Marco Aurélio, relator para acórdão min. Nelson Jobim, j. 25.04.2000, DJ 24.11.2000, p. 00104.

[617] Vide, exemplificadamente: MARINONI, Luiz Guilherme. Reexame da prova diante dos recursos especial e extraordinário. In: FABRÍCIO, Adroaldo Furtado (coord.). *Meios de impugnação ao julgado civil: estudos em homenagem a José Carlos Barbosa Moreira*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2007, p. 441-464 e CREMONESI, Fernando Levin. Da Revaloração das provas e os recursos excepcionais. *Revista da Defensoria Pública da União*, N. 01, p. 62-76, 2009.

[618] Segundo Layla Gonçalves Hatab e Margareth Vetis Zaganelli, "a dificuldade do operador do direito reside em descobrir quando se estará diante de uma decisão recorrida em que o pleito de reforma implicará, necessariamente, em reexame do conjunto probatório, ou, de outro modo, quando o objeto da reforma estará somente adstrito à valoração da prova. Na primeira hipótese, o recurso excepcional sequer será conhecido,

pela Súmula 279 é atenuado pela também jurisprudencialmente forjada distinção entre "revolvimento fático-probatório" e "revaloração da prova". Já se decidiu, a propósito, que, "a mera revaloração jurídica dos elementos de prova utilizados na apreciação dos fatos pelo magistrado de primeiro grau não implica reexame do acervo fático-probatório, porquanto meramente jurídica a questão de fundo."[619]. E, ainda, hipóteses há em que o óbice da Súmula 279 é simplesmente afastado, em conformidade com outros critérios eleitos unilateralmente pelo tribunal. Em determinado caso criminal, e.g., o STF reconheceu que, apesar de ser vedada a revaloração das provas, "a conclusão adotada pela Corte estadual, a meu ver, é, *data venia*, de uma irrazoabilidade, de uma desproporcionalidade aferível ictu *occuli*."[620].

Como se pode perceber, os filtros de admissibilidade constantes da Súmula 279 e 454 exigem do STF a criação de fórmulas, categorias e critérios aos quais nem sempre o tribunal se mantém adstrito, o que também denota que o estabelecimento destas barreiras à análise do mérito decorrem de postura autônoma e unilateral do Supremo Tribunal Federal.

4.4. A necessidade de controvérsia judicial relevante como pressuposto da ação declaratória de constitucionalidade

Por meio da EC 3/1993, instituiu-se no controle de constitucionalidade abstrato e concentrado brasileiro a figura da ação declaratória de constitucionalidade. O texto

---

enquanto que, na segunda hipótese, a admissibilidade recursal será positiva com o conseqüente conhecimento do recurso interposto." (Recursos excepcionais e valoração de provas. *Revista Eletrônica de Direito Processual*, Vol. 7, N. 7, p. 380, 2011). A mesma crítica pode ser verificada em CREMONESI, Fernando Levin. Da Revaloração das provas e os recursos excepcionais. *Revista da Defensoria Pública da União*, N. 01, p. 62-76, 2009.

[619] HC 132981 AgR / PR, 1ª T., rel. min. Rosa Weber, j. 29.06.2018, DJe 06.08.2018.

[620] HC 98816 / SP, 1ª T., rel. min. Ricardo Lewandowski, j. 29.06.2010, DJe 03.09.2010. Comentando a Súmula 7 do STJ – em apontamento de todo aplicável à presente discussão – Hercílio Luiz Tavares Junior acentua que "ao mesmo tempo, de forma paradoxal, o STJ procede ao reexame de fatos e provas, em situações especiais, utilizando como argumento para a prática dessa excepcionalidade, o conceito de valoração da prova. Pela noção de valoração da prova, em contraposição ao reexame, o STJ estaria adotando uma prática de auto-regulação de decisões, baseando-se unicamente na sua jurisprudência, fundamentado em precedentes" (JUNIOR, Hercilio Luiz Tavares. "O que não está nos autos, não está no mundo...": a diversidade da interpretação da verdade formal no controle do reexame de provas em recursos especiais pelo Superior Tribunal de Justiça. *Universitas Jus*, Vol. 22, N. 1, p. 04, 2011).

constitucional emendado para este fim foi comedido na disciplina normativa do instituto, limitando-se prever, com contornos gerais, o foro competente[621], o rol de legitimados[622] e seus efeitos[623].

Não dispôs a EC 3/1993 sobre nenhum outro pressuposto da ação declaratória de constitucionalidade, porém, o Supremo Tribunal Federal, ao analisar as primeiras ações desta natureza, condicionou a sua admissibilidade à existência de controvérsia judicial relevante relativamente ao ato normativo objeto da ação.

As decisões do STF nas ADC´s 01 e 08 abaixo comentadas configuram manifestação da autolimitação processual da corte na medida em que criaram requisito de admissibilidade para o exame de mérito da ação declaratória de constitucionalidade não previsto ou mesmo extraível da Constituição. Deste modo, no interstício entre a promulgação da EC 3/1993 e a edição da Lei 9.868/99[624], que inaugurou normativamente tal exigência, a necessidade de demonstração da controvérsia judicial relevante figurou

---

[621] "Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe:
I - processar e julgar, originariamente:
a) a ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual e a ação declaratória de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 3, de 1993)".

[622] "Art. 103. Podem propor a ação de inconstitucionalidade:
(...)
§ 4.º A ação declaratória de constitucionalidade poderá ser proposta pelo Presidente da República, pela Mesa do Senado Federal, pela Mesa da Câmara dos Deputados ou pelo Procurador-Geral da República." (texto com a redação conferida pela Emenda Constitucional nº 3, de 1993). A Emenda Constitucional nº 45, de 2004, como é cediço, revogou este parágrafo, estendendo à ADC o mesmo rol de legitimados da ADI

[623] "Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe:
I - processar e julgar, originariamente:
(...)
§ 2º As decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, nas ações declaratórias de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal, produzirão eficácia contra todos e efeito vinculante, relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e ao Poder Executivo. (Incluído em § 1º pela Emenda Constitucional nº 3, de 17/03/93)".

[624] O art. 14, inciso III, da Lei 9.868/99 contemplou, legislativamente, o requisito ora analisado nestes termos:
"Art. 14. A petição inicial indicará:
I - o dispositivo da lei ou do ato normativo questionado e os fundamentos jurídicos do pedido;
II - o pedido, com suas especificações;
III - a existência de controvérsia judicial relevante sobre a aplicação da disposição objeto da ação declaratória.
Parágrafo único. A petição inicial, acompanhada de instrumento de procuração, quando subscrita por advogado, será apresentada em duas vias, devendo conter cópias do ato normativo questionado e dos documentos necessários para comprovar a procedência do pedido de declaração de constitucionalidade.".

como pressuposto da ADC decorrente unicamente da vontade autônoma do STF de restringir seus pronunciamentos de mérito por esta via[625].

Zeno Veloso, aliás, observou que "a existência de dúvida relevante ou de controvérsia grave não foi explicitamente apresentada como pressuposto de admissibilidade da ADC", salientando que a sua imposição foi fruto "de interpretação que o STF deu ao Texto Constitucional"[626]. E, em sede doutrinária, Gilmar Ferreira Mendes, de seu turno, anotou que "embora o texto constitucional não tenha contemplado expressamente esse pressuposto, é certo que ele é inerente às ações declaratórias", até porque, segundo sua visão, "não se afigura admissível a propositura de ação direta de constitucionalidade, se não houver controvérsia ou dúvida relevante quanto à legitimidade da norma."[627].

É neste contexto que as ações declaratórias de constitucionalidade julgadas antes do advento da Lei 9.868/99 veicularam manifestações de autolimitação processual do STF ao criar, sem lastro normativo externo, filtro para a admissibilidade desta específica ação.

De fato, resolvendo questão de ordem na ADC n. 01[628], a maioria do STF declarou incidentalmente a constitucionalidade da EC 3/1993 no ponto em criou a ação declaratória de constitucionalidade, sanando importante debate doutrinário que se colocava acerca da legitimidade do novo instrumento[629]. E, na mesma questão de ordem, o Supremo

---

[625] De fato, "este pressuposto para o ajuizamento da ação afirmado pela via jurisprudencial foi acolhido pela Lei n. 9.868/99 (que regulamentou o processo e julgamento da ADI e ADC, e recentemente também da ADIO), ao dispor expressamente que a petição inicial da ação deverá indicar '[...] a existência de controvérsia judicial relevante sobre a aplicação da disposição objeto da ação declaratória' (art. 14, III)." (LEITE, Fábio Carvalho. Ação Declaratória de Constitucionalidade: expectativa, realidade e algumas propostas. *Seqüência*, Florianópolis, N. 69, p. 113-114, 2014).

[626] VELOSO, Zeno. *Controle jurisdicional de constitucionalidade*. 2ª ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2000, p. 286.

[627] MENDES, Gilmar Ferreira. Ação Declaratória de Constitucionalidade e Demonstração da Existência de Controvérsia Judicial. *Revista Jurídica Virtual*, Vol. 1, N. 9, p. 01, 2000.

[628] ADC 1 QO / DF, Plenário, rel. min. Moreira Alves, j. 27.10.1993, DJ 16.06.1995, p. 18.212.

[629] Sobre o debate que precedeu o julgamento da questão de ordem na ADC 01, bem como os efeitos do julgado em relação aos pontos que se mostravam controversos antes dele, veja-se: COÊLHO, Sacha Calmon Navarro. Ação declaratória de constitucionalidade – sua constitucionalidade. *Revista do Tribunal Regional Federal da 1ª Região*. Brasília, Vol. 06, N. 2, p. 27-32, 1994; RODRIGUES, Nina T. Disconzi. O controle de constitucionalidade no direito brasileiro e as Leis 9.868/99 e 9.882/99. *Revista de Informação Legislativa*, A. 38, N. 149, p. 111-124, 2001; MARTIN, Andréia Garcia; AUGUSTO, Silma Maria. Análise do Requisito da Relevante Controvérsia Judicial em Sede de Ação Declaratória de Constitucionalidade. *Revista do Direito Público*, Londrina, Vol. 8, N. 2, p.91-118, 2013 e MEDEIROS, Anderson Araújo de. Fundamentos da ação declaratória de constitucionalidade. *Revista de Estudos Jurídicos do UNI-RN*, Natal, N. 1, p. 266-278, agosto 2015.

Tribunal Federal assentou que o conhecimento do mérito das ações declaratórias de constitucionalidade demandaria dos respectivos requerentes a prova da existência de controvérsia judicial relevante acerca do ato normativo cuja legitimidade se pretendia ver ratificada.

O relator, ministro Moreira Alves, assim justificou a necessidade de observância do pressuposto procedimental em comento:

> É ínsito a essa ação, para caracterizar-se o interesse objetivo de agir por parte dos legitimados para propô-la, que preexista controvérsia que ponha em risco essa presunção, e, portanto, controvérsia judicial no exercício do controle difuso de constitucionalidade, por ser esta que caracteriza inequivocamente esse risco. Dessa controvérsia, que deverá ser demonstrada na inicial, afluem, inclusive, os argumentos pró e contra a constitucionalidade, ou não, do ato normativo em causa, possibilitando a esta Corte o conhecimento deles e de como têm sido eles apreciados judicialmente.[630]

O voto do ministro Néri da Silveira também enfrentou a questão da controvérsia judicial relevante com vagar, assim se pronunciando:

> Compreendo, todavia, que essa aparente dificuldade formal, à míngua de disciplina constitucional ou legal do processo da ação declaratória de constitucionalidade, resta superada, com a exigência que se há de ter como ínsita, ao novo instituto, qual seja, a demonstração, com a inicial, do dissídio em torno da constitucionalidade da emenda à Constituição ou lei, ou mesmo ato normativo, todos do âmbito federal, já instaurado em Cortes, Juízos ou órgãos judiciários, à época do ajuizamento da ação.
>
> É que, em realidade, não se tratando de consulta à Corte Suprema, mas de ação, com decisão materialmente jurisdicional, impõe-se, à instauração da demanda em exame, que se faça comprovada, desde logo, a existência de controvérsia em torno da validade ou não da lei ou ato normativo federal, nos Tribunais do País. Do contrário, o litígio não teria justificativa, na instância originária e única desta Corte, que se transformaria desse modo, em órgão de consulta prévia, acerca da constitucionalidade da lei ou ato normativo federal, para que os Poderes da República aplicassem a norma, com certeza de sua validade.

O STF buscou, desta sorte, afastar-se da natureza de órgão consultivo das autoridades legitimadas à propositura da ADC, medida que, ao mesmo tempo em que

[630] Tal fundamento para a exigência da controvérsia judicial relevante foi integral e expressamente acolhido pelos ministros Sepúlveda Pertence, Francisco Rezek, Ilmar Galvão, Paulo Brossard e Néri da Silveira.

louvável pela prudência externada[631], indicia o caráter endógeno desta criação, à míngua de previsão normativa deste requisito.

Ressalte-se que a decisão cuidou de, expressamente, estabelecer o processo para o julgamento da ADC até que sobreviesse lei específica que o disciplinasse, circunstância que reforça se tratar de possível expressão da autorrestrição do Supremo Tribunal Federal para o exame do mérito das ações declaratórias de constitucionalidade.

A mesma orientação foi reproduzida no julgamento da ADC n. 08[632], decidida pouco antes da promulgação da Lei 9.868/99, assim ementada no ponto que interessa à presente pesquisa:

> O ajuizamento da ação declaratória de constitucionalidade, que faz instaurar processo objetivo de controle normativo abstrato, supõe a existência de efetiva controvérsia judicial em torno da legitimidade constitucional de determinada lei ou ato normativo federal. Sem a observância desse pressuposto de admissibilidade, torna-se inviável a instauração do processo de fiscalização normativa "in abstracto", pois a inexistência de pronunciamentos judiciais antagônicos culminaria por converter, a ação declaratória de constitucionalidade, em um inadmissível instrumento de consulta sobre a validade constitucional de determinada lei ou ato normativo federal, descaracterizando, por completo, a própria natureza jurisdicional que qualifica a atividade desenvolvida pelo Supremo Tribunal Federal.

Preocupava-se o STF em enfrentar os argumentos que suscitavam a inconstitucionalidade da EC 3/1993 e, portanto, da própria ADC. Um dos que ocupou maior atenção dos ministros dizia respeito à ausência de contraditório. Na ADC n. 01, o ministro Marco Aurélio aderiu a esta crítica, declarando a inconstiticionalidade da EC 3/1993 justamente porque, com a instituição de efeito vinculante na ADC, "as lides em andamento são apanhadas e aí os desfechos respectivos decorrerão de simples e obrigatória observância do que decidido em processo diverso, sem dele ter participado os verdadeiramente interessados". Na mesma ADI, o ministro Francisco Rezek consignou que

[631] Neste sentido: BARROS, Sérgio Resende de. Controle de constitucionalidade: Proposta de simplificação. *Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo*, N. 54, p. 21-44, 2000; COÊLHO, Sacha Calmon Navarro. Ação declaratória de constitucionalidade – sua constitucionalidade. Revista do Tribunal Regional Federal da 1ª Região. Brasília, Vol. 06, N. 2, p. 27-32, 1994; RODRIGUES, Nina T. Disconzi. O controle de constitucionalidade no direito brasileiro e as Leis 9.868/99 e 9.882/99. *Revista de Informação Legislativa*, A. 38, N. 149, p. 111-124, 2001 e LEITE, Fábio Carvalho. Ação Declaratória de Constitucionalidade: expectativa, realidade e algumas propostas. *Seqüência*, Florianópolis, N. 69, p. 112, 2014.

[632] ADC 8 MC / DF, Plenário, rel. min. Celso de Mello, j. 13.10.1999, DJ 04.04.2003, p. 38.

só estaria preparado para aceitar a inovação caso houvesse algum mecanismo que pudesse assegurar o caráter contraditório do nova instrumento processual.

Os votos externados no julgamento da questão de ordem da ADC n. 01 enfrentaram detidamente este ponto, em especial o voto do ministro relator Moreira Alves. Ocorre, porém, que os argumentos veiculados para preservar a recém-instituída ADC colidiam com o requisito da controvérsia judicial relevante, o que se mostra consentâneo com a opção unilateral por um comportamento restringido do STF.

De fato, o ministro Moreira Alves, relator da ADC n. 01, afastou o óbice da ausência de contraditório neste instrumento em razão da natureza de processo objetivo da ADC, "em que não há prestação de jurisdição em conflitos de interesses que pressupõem necessariamente partes antagônicas". Por este motivo, apontou o ministro relator que "a jurisprudência desta Corte já se firmou no sentido de que (...) pode-se prescindir das informações dos Poderes ou órgãos de que emanou o ato normativo impugnado". Ademais, observou que, no controle abstrato e concentrado, pode haver confusão entre legitimados ativo e passivo, como na hipótese de governador que questiona ato de seu antecessor, a dispensar a oitiva do mesmo órgão nestes casos. Com tais considerações, a maioria do STF acolheu o entendimento do relator segundo o qual "a ação declaratória de constitucionalidade tem natureza de processo objetivo, a saber, a de um processo essencialmente unilateral, não-contraditório, sem partes, no qual há um requerente, mas não há necessariamente um requerido".

Se todos estes fundamentos compartilhados pela maioria hão de se acolhidos – como parece ser o caso – não haveria razão lógica para se exigir a demonstração de controvérsia judicial relevante. A prevalência da natureza de processo objetivo da ADC, como salientado pelo próprio STF, dispensa qualquer mecanismo contraditório, a evidenciar que a exigência do requisito em tela decorreu de conduta autônoma do tribunal.

Diante deste contexto, "consagrou-se, portanto, na jurisprudência do Tribunal, a exigência quanto à necessidade de demonstração de controvérsia judicial sobre a legitimidade da norma a fim de que se possa instaurar o controle abstrato de declaração de constitucionalidade"[633]. Deste modo, desde a sua instituição – por meio da EC 3/1993 –

[633] MENDES, Gilmar Ferreira. Ação Declaratória de Constitucionalidade e Demonstração da Existência de Controvérsia Judicial. *Revista Jurídica Virtual*, Vol. 1, N. 9, p. 02, 2000.

até que sobreviesse a disciplina estabelecida pela Lei 9.868/99, a exigência deste requisito traduziu medida de autocontenção processual do Supremo Tribunal Federal.

5. Considerações críticas sobre a autocontenção processual do STF

5.1 O uso velado dos critérios processuais

O exame das criações jurisprudenciais do STF analisadas neste capítulo indica que a autocontenção processual praticada pelo tribunal costuma ser exercida de forma velada.

Com efeito, os mecanismos processuais de restrição às manifestações de mérito do Supremo Tribunal Federal não são qualificados pela corte como medidas de autocontenção de sua jurisdição constitucional. Trata-se, efetivamente, de filtros de admissibilidade instituídos livremente pela jurisprudência do tribunal, que, no entanto, em nenhum momento, afirma exercer com eles políticas de autorrestrição judicial. O uso velado destas ferramentas processuais de autocontenção judicial se verifica de forma mais evidente, sobretudo, nos primeiros casos em que forjadas cada uma das técnicas examinadas no item 4 deste capítulo

Em síntese, percebe-se que as decisões que criaram e que aplicam estes filtros não os vinculam conceitualmente à noção de autorrestrição judicial. Não obstante, os mecanismos indicados no item 4 refletem formas de limitação endógena, sob a perspectiva de requisitos formais de admissibilidade de ações e recursos, aderindo, em grande medida, ao conceito de autocontenção judicial.

A praxe do STF revela, pois, a aplicação de filtros procedimentais que – como salientado acima – configuram, em alguma medida, autolimitação judicial. Todavia, a omissão do tribunal no que toca à vinculação de tais barreiras ao conceito de autocontenção judicial faz com a autorrestrição do Supremo Tribunal Federal, ao menos sob a faceta processual, seja exercida de modo não declarado.

Esta circunstância, inclusive, pode guardar alguma relação com o fato de a doutrina especializada brasileira, com raras exceções, não se debruçar sobre as formas processuais de autocontenção do STF[634].

No cenário norte-americano, de outro vértice, como analisado no item 3 acima, a Suprema Corte vincula abertamente as noções de *ripeness*, *mootness* e *standing* à prática da autocontenção judicial, o que talvez justifique o fato de a literatura especializada daquele país explorar de forma muito mais enfática os mecanismos procedimentais de autorrestrição judicial[635].

5.2 Os filtros processuais do STF são pseudocritérios de autocontenção judicial?

De outro vértice, a análise crítica das ferramentas processuais de autocontenção do Supremo Tribunal Federal permite distinguir diferentes graus de influência de elementos normativos externos na criação das técnicas que restringem a atuação da corte. E, sob este panorama, permite-se identificar distintos pesos (forte ou médio) na manifestação dos critérios processuais de autocontenção do STF.

A exigência de pertinência temática para alguns dos legitimados à propositura das ações de controle abstrato, em primeiro lugar, é a que se mostra mais aderente à noção de autorrestrição judicial. Traduz, por consequência, o critério processual mais autêntico de autolimitação do STF por ser, dentre todas as técnicas, a mais distante de qualquer

[634] Exceção merece ser feita às breves menções a mecanismos processuais de autocontenção do STF formuladas por Sergio Fernando Moro (*Jurisdição Constitucional como Democracia*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004, p. 21-217), Eduardo Cambi (Critério da transcendência para a admissibilidade do recurso extraordinário (art. 102, § 3º, da CF): entre a autocontenção e o ativismo do STF n contexto da legitimação democrática da jurisdição constitucional. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim et al (coord). *Reforma do Judiciário: primeiras reflexões sobre a Emenda Constitucional n. 45/2004*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005, p. 158-159 e, sobretudo, ao recente artigo de Flavia Danielle Santiago Lima e José Mário Wanderley Gomes Neto (Autocontenção à brasileira? Uma taxonomia dos argumentos jurídicos (e estratégias políticas?) explicativo(a)s do comportamento do STF nas relações com os poderes majoritários. *Revista de Investigações Constitucionais*, Curitiba, Vol. 5, N. 1, p. 221-247, jan./abr. 2018), que procuram, expressamente, identificar formas processuais de autocontenção do STF.

[635] Vide, por todos: ROCHE, John P. Judicial Self-Restraint. *The American Political Science Review*, Vol. 49, N. 3, p. 762-772, 1955; BICKEL, Alexander M. *The Least Dangerous Branch: the Supreme Court at the bar of politics*. New Haven: Yale University Press, 1986 e LEE, Evan Tsen. *Judicial Restraint in America: how the ageless wisdom of the federal courts was invented*. New York: Oxford University Press, 2011.

imposição limitativa externa. Cuida-se, de fato, de expressão da vontade do tribunal, sem qualquer relação com qualquer outra limitação exógena de sua atuação, a configurar técnica inequívoca de autorrestrição judicial. Trata-se, sob esta perspectiva, de forma forte de autorrestrição judicial.

Já a necessidade de prequestionamento, ao tempo de sua criação, em 1963, apresentava feição preponderantemente endógena quando aplicada às hipóteses de (i) violação à Constituição ou à lei federal (art. 101, inciso III, alínea "a", da CF/1946[636]) ou de (ii) interpretação da lei federal diversa da que lhe houvesse dado qualquer dos outros Tribunais ou o próprio Supremo Tribunal Federal (art. 101, inciso III, alínea "d", da CF/1946[637]). Nestas hipóteses, o prequestionamento atua como medida autêntica de autorrestrição judicial, posto que os textos constitucionais e legais subjacentes não fornecem lastro interpretativo suficiente para a criação deste filtro.

Por outro lado, os demais casos previstos naquele texto constitucional continham expressões textuais das quais se poderia – ao menos em tese – extrair algum fundamento exógeno para o requisito do prequestionamento[638]. Vale reiterar o apontamento, contudo, de o STF, na criação da súmula 282, jamais ter fundamentado tal pressuposto em norma da Constituição.

---

[636] "Art 101 - Ao Supremo Tribunal Federal compete:
(...)
III - julgar em recurso extraordinário as causas decididas em única ou última instância por outros Tribunais ou Juízes:
a) quando a decisão for contrária a dispositivo desta Constituição ou à letra de tratado ou lei federal;
(...)"

[637] "Art 101 - Ao Supremo Tribunal Federal compete:
(...)
III - julgar em recurso extraordinário as causas decididas em única ou última instância por outros Tribunais ou Juízes:
(...)
d) quando na decisão recorrida a interpretação da lei federal invocada for diversa da que lhe haja dado qualquer dos outros Tribunais ou o próprio Supremo Tribunal Federal.".

[638] É o caso dos verbos "questionar" e "contestar" previstos no art. 101, inciso III, alíneas "b" e "c", da Constituição de 1946:
"Art 101 - Ao Supremo Tribunal Federal compete:
(...)
III - julgar em recurso extraordinário as causas decididas em única ou última instância por outros Tribunais ou Juízes:
(...)
b) quando se questionar sobre a validade de lei federal em face desta Constituição, e a decisão recorrida negar aplicação à lei impugnada;
c) quando se contestar a validade de lei ou ato de governo local em face desta Constituição ou de lei federal, e a decisão recorrida julgar válida a lei ou o ato;
(...)"

E, à luz do ordenamento de 1988, tem-se que a reiterada aplicação da súmula 282 significa genuína medida de autorrestrição judicial em todas as hipóteses de cabimento do RE atualmente ventiladas no art. 102, inciso III, da CF/1988, eis que nenhuma delas apresenta vocábulos ou expressões ambíguas das quais se poderia – mais uma vez em tese – retirar a causa da limitação imprimida pelo prequestionamento. Diante deste contexto, em que ausentes fatores normativos exógenos a autorizar a criação – e reiterada aplicação – da Súmula 282, cabível afirmar que a exigência de prequestionamento constitui manifestação forte de autocontenção.

A vedação ao reexame de fatos e provas (súmulas 279 e 454), por sua vez, também caracteriza manifestação autêntica, verdadeira – e, portanto, forte – de autocontenção processual do STF, posto que do ordenamento jurídico positivo não se extrai tal condicionante. É bem verdade que tal conclusão – apesar de legítima dogmaticamente – se cotrapõe à origem e evolução histórica do recurso extraordinário no Brasil, tal como as descrevem a doutrina nacional predominante, conforme item 4.3 acima. Isto porque a literatura especializada neste particular reconhece, de forma robusta, ser natural tal vedação ao RE. Assim, parece que tal limitação, em que pese ser ampla e historicamente reconhecida em âmbito doutrinário, nunca contou com maior reflexão jurisprudencial acerca das balizas normativas que assim poderiam ter forjado o recurso extraordinário brasileiro.

Em último lugar, a necessidade de controvérsia constitucional relevante na ADC é o instrumento cuja natureza como sendo autêntico mecanismo de autorrestrição é a mais duvidosa. De fato, não obstante o silêncio normativo a seu respeito (sanado, como visto, pelo art. 14, inciso III, da Lei 9.868/99), os votos lançados na ADC n. 01 parecem qualificar este como sendo um pressuposto implícito na Constituição, ao vinculá-lo à natureza mesma da jurisdição constitucional do Supremo Tribunal Federal, que não abrange função consultiva[639]. Sob esta perspectiva, deflui-se que a corrente majoritária

[639] É o que se infere, sobretudo, do seguinte excerto do voto do min. Néri da Silveira na aludida ADC 01: "Compreendo, todavia, que essa aparente dificuldade formal, à míngua de disciplina constitucional ou legal do processo da ação declaratória de constitucionalidade, resta superada, com a exigência que se há de ter como ínsita, ao novo instituto, qual seja, a demonstração, com a inicial, do dissídio em torno da constitucionalidade da emenda à Constituição ou lei, ou mesmo ato normativo, todos do âmbito federal, já instaurado em Cortes, Juízos ou órgãos judiciários, à época do ajuizamento da ação. É que, em realidade, não se tratando de consulta à Corte Suprema, mas de ação, com decisão materialmente jurisdicional, impõe-se, à instauração da demanda em exame, que se faça comprovada, desde logo, a existência de controvérsia em torno da validade ou não da lei ou ato normativo federal, nos Tribunais do País. Do contrário, o litígio não teria justificativa, na instância originária e única desta Corte, que se transformaria desse modo, em órgão de

naquela ADC tentou de algum modo conectar este requisito à proibição de emissão de opiniões consultivas pelo STF, reconhecendo, em função desta circunstância, ser este pressuposto minimanente implícito na Constituição. Ainda assim, porém, o assento normativo externo para a exigência da controvérsia judicial relevante, por ser altamente duvidoso, permite qualificar este requisito como fruto da autocontenção judicial da corte ou, no mínimo, como produto conjugado de exigência constitucional com a vontade livre do tribunal – em que pese não declarada – de se autolimitar. Deste modo, em relação a este filtro processual, seria lícito falar-se em forma média de autocontenção, eis que fundada simultaneamente em elementos exógenos (implícitos na Constituição) e endógenos.

Por fim, da análise dos instrumentos de autocontenção processual do STF, infere-se que o tribunal não costuma utilizar estes mecanismos procedimentais como forma de ocultar a aplicação de outros critérios de autocontenção[640]. O mesmo não se verifica, no entanto, no âmbito da Suprema Corte norte-americana, como evidenciado no item 6 abaixo.

5.3 Outras cogitações doutrinárias

Para além da avaliação crítica dos critérios processuais de autocontenção do Supremo Tribunal Federal, algumas cogitações doutrinárias que guardam alguma proximidade com as técnicas examinadas neste capítulo merecem ser apreciadas, nesta oportunidade, a fim de verificar se traduzem ou não comportamento autorrestritos.

Examinando a prática do Supremo Tribunal Federal brasileiro, Flávia Danielle Santiago Lima e José Mário Wanderley Gomes consideram estratégias de autorrestrição do STF (i) a decretação da perda superveniente de objeto de ações de controle concentrado em virtude da revogação da norma questionada ou alteração posterior no texto constitucional

---

consulta prévia, acerca da constitucionalidade da lei ou ato normativo federal, para que os Poderes da República aplicassem a norma, com certeza de sua validade.".

[640] Até porque, recorde-se, o STF se vale de seus critérios de autocontenção processuais de forma eminentemente velada, deixando de atrelar tais instrumentos à noção de autocontenção judicial.

paradigmático[641] e – (ii) enquanto vigorou este entendimento – o reconhecimento da ilegitimidade ativa do partido político autor da ação direita de inconstitucionalidade em face da perda superveniente da representação no Congresso[642]. Tais observações recomendam análise detida a fim de, saneando conceitos, averiguar se de fato as circunstâncias descritas configuram critérios processuais de autocontenção judicial.

Cumpre examinar, em primeiro lugar, a perda superveniente do objeto de ações próprias da fiscalização abstrata de constitucionalidade, em virtude da alteração do parâmetro constitucional ou da revogação do ato normativo impugnado. É da praxe jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal não examinar o mérito de ações direitas de inconstitucionalidade quando ocorrentes tais hipóteses de alteração ou revogação normativa, propiciando o questionamento se esta conduta significa, de algum modo, medida de autocontenção judicial.

A conclusão deve partir, necessariamente, das disposições normativas aplicáveis ao controle abstrato como um todo e, em particular, à ação direta de inconstitucionalidade. Observa-se, neste sentido, que o art. 102, inciso I, alínea "a" estabelece unicamente a competência do STF para julgar ADI e ADC cujo objeto seja "lei ou ato normativo". A lei federal 9.868/99, por sua vez, determina que o pedido nestas ações deve indicar "o dispositivo da lei ou do ato normativo impugnado e os fundamentos jurídicos do pedido" (art. 3º, inciso I e art. 14, inciso I). A lei em tela não indica, outrossim, as causas da inépcia que autorizam o indeferimento liminar, monocraticamente, inclusive (art. 4º e 15).

O caráter aberto destas disposições normativas sugere aparente dúvida sobre se o não pronunciamento do STF nos casos ora analisados é fruto da aplicação delas ou se decorre da vontade da corte de restringir a sua atuação.

Ao se deparar com alterações supervenientes no parâmetro constitucional, o Supremo Tribunal Federal costuma, do ponto de vista formal, julgar prejudicadas ADIs

[641] LIMA, Flavia Danielle Santiago; NETO, José Mário Wanderley Gomes. Autocontenção à brasileira? Uma taxonomia dos argumentos jurídicos (e estratégias políticas?) explicativo(a)s do comportamento do STF nas relações com os poderes majoritários. *Revista de Investigações Constitucionais*, Curitiba, Vol. 5, N. 1, p. 243, jan./abr. 2018.

[642] LIMA, Flavia Danielle Santiago; NETO, José Mário Wanderley Gomes. Autocontenção à brasileira? Uma taxonomia dos argumentos jurídicos (e estratégias políticas?) explicativo(a)s do comportamento do STF nas relações com os poderes majoritários. *Revista de Investigações Constitucionais*, Curitiba, Vol. 5, N. 1, p. 244, jan./abr. 2018.

reconhecendo a perda superveniente do objeto[643]. Identifica-se, ainda, para esta mesma hipótese, decisões de não conhecimento da ADI[644] e que reconhecem ser o caso de "extinção anômala do processo"[645]. A decretação do prejuízo da ação ou o seu não conhecimento porém, não costumam ser acompanhadas da indicação de fundamento constitucional ou legal que imponha tal forma de agir.

De forma semelhante, a revogação ou ineficácia supervenientes do ato normativo impugnado no curso da ação direta de inconstitucionalidade levam o Supremo Tribunal Federal a proclamar prejudicadas as ações, por perda do objeto[646]. Verifica-se, ainda, nestas mesmas hipóteses, o recurso às fórmulas do não conhecimento[647] e da extinção anômala[648] como motivos para não se examinar a impugnação de fundo. Em nenhum destes casos, porém, se indicou disposição constitucional ou legal que justificasse tais desfechos nas decisões. Em alguns julgados, vale frisar, a ausência de alguns institutos processuais (como condições da ação e pressupostos processuais) foi mencionada

[643] Vide, e.g: ADI 1120 / PA, rel. min. Celso de Mello, j. 28.02.2002, DJ 07.03.2002, p. 0007; ADI 1434 / SP, Pleno, rel. min. Sepúlveda Pertence, j. 10.11.1999, DJ 25.02.2000, p. 00050; ADI 1907-QO / DF, Pleno, rel. min. Octavio Gallotti, j. 18.02.1999, DJ 26.03.1999, p. 00002; ADI 512 / PB, Pleno, rel. min. Marco Aurélio, j. 03.03.1999, DJ 18.06.2001, p. 00002; ADI 1137 / RS, Pleno, rel, min. Ilmar Galvão, j. 25.03.1999, DJ 19.09.2003, p. 00016; ADI 60 / BA, Pleno, rel. min. Néri da Silveira, j. 17.06.1999, DJ 31.08.2001, p. 00034; ADI 1993 / DF, Pleno, rel. min. Octavio Gallotti, j. 23.06.1999, DJ 03.09.1999, p. 00025.

[644] Tal qual se pode verificar nestes julgados: ADI 15 / DF, Pleno, rel. min. Sepúlveda Pertence, j. 14.06.2007, DJe 31.08.2007; ADI 512 / PB, Pleno, rel. min. Marco Aurélio, j. 03.03.1999, DJ 18.06.2001, p. 00002; ADI 1993 / DF, Pleno, rel. min. Octavio Gallotti, j. 23.06.1999, DJ 03.09.1999, p. 00025.

[645] É o caso, dentre outras, da seguinte decisão: ADI 1120 / PA, rel. min. Celso de Mello, j. 28.02.2002, DJ 07.03.2002, p. 0007.

[646] Confira-se, a título exemplificativo: ADI 1445 QO / DF, Pleno, rel. min. Celso de Mello, j. 03.11.2004, DJ 29.04.2005, p. 00008; ADI 2840 / ES, Pleno, rel. min. Ellen Gracie, j. 06.11.2003, DJ 11.06.2004, p. 00004; ADI 1203 QO / PI, Pleno, rel. min. Celso de Mello, j. 19.04.1995, DJ 19.05.1995, p. 13992; ADI 784 / SC, Pleno, rel. min. Moreira Alves, j. 14.08.1997, DJ 26.09.1997, p. 47474; ADI 737 / DF, Pleno, rel. min. Moreira Alves, j. 16.09.1993, DJ 22.10.1993, p. 22252; ADI 221 / DF, Pleno, rel. min. Moreira Alves, j. 16.09.1993, DJ 22.10.1993, p. 22251; ADI 2010-QO / DF, Pleno, rel. min. Celso de Mello, j. 13.06.2002, DJ 28.03.2003, p. 00064; ADI 293-QO / DF, Pleno, rel. min. Celso de Mello, j. 06.05.1993, DJ 18.06.1993, p. 12109.

[647] Vide, e.g.: ADI 737 / DF, Pleno, rel. min. Moreira Alves, j. 16.09.1993, DJ 22.10.1993, p. 22252; ADI 221 / DF, Pleno, rel. min. Moreira Alves, j. 16.09.1993, DJ 22.10.1993, p. 22251.

[648] Veja-se, dentre outras: ADI 1445 QO / DF, Pleno, rel. min. Celso de Mello, j. 03.11.2004, DJ 29.04.2005, p. 00008; ADI 293-QO / DF, Pleno, rel. min. Celso de Mello, j. 06.05.1993, DJ 18.06.1993, p. 12109.

superficialmente para justificar a não apreciação do mérito da ADI na hipótese de revogação ou ineficácia supervenientes da lei ou ato questionado[649].

Este breve retrospecto é bastante para afastar o predicado autocontido dos pronunciamentos do STF que não julgam o mérito de ADIs em virtude de alterações supervenientes na norma constitucional paradigmática ou por conta de revogação do ato questionado enquanto pendente a tramitação do processo. Em que pese as decisões, via de regra, não restarem expressamente fundamentadas em disposições constitucionais ou legais, a atuação mais restrita nestes hipóteses é produto da interpretação das balizas impostas ao STF seja pela Constituição (art. 102, I, alínea "a", da Constituição), seja pelo direito processual civil (em virtude de condições e pressupostos processuais). Desta sorte, ainda que a Constituição e a Lei 9.868/99 não disponham expressamente sobre tais intercorrências normativas (no texto do parâmetro alegadamente violado ou no ato reputado como violador), não é de se acolher a sugestão doutrinária que rotula tais casos como mecanismos de autorrestrição judicial.

De fato, a mera ausência de indicação de dispositivo normativo não é suficiente para se concluir que a inadmissibilidade advém exclusivamente de vontade do tribunal. Seja sob o prisma da interpretação que o STF dá à expressão "lei ou ato normativo" (art. 102, I, alínea "a", da Constituição), seja pela incidência das normas processuais afetas às condições da ação e pressupostos processuais, tais hipóteses de extinção sem resolução de mérito não se qualificam como mecanismos processuais de autocontenção judicial.

A mesma conclusão se aplica ao entendimento – durante o tempo em que prevaleceu – que reputava prejudicada a ADI quando verificada perda superveniente da representação parlamentar do partido requerente[650]. Ao contrário do que se sustenta

[649] É o caso das seguintes decisões: ADI 2105 / DF, rel. min. Celso de Mello, j. 15.10.2001, DJ 23.10.2001, p. 00033; Rp 1110 / RS, Pleno, rel. min. Néri da Silveira, j. 29.09.1982, DJ 25.03.1983, p. 034463; ADI 709 / PR, Pleno, rel min. Paulo Brossard, j. 07.10.1992, DJ 20.05.1994, p. 12247

[650] Nos termos do art. 103, inciso VIII, da Constituição, é deferida a legitimidade para a propositura de ações diretas de inconstitucionalidade e ações declaratórias de constitucionalidade aos partidos políticos com representação no Congresso Nacional. Vale frisar que, atualmente, o STF não julga prejudicadas as ADIs propostas por partidos políticos que, no curso do processo, venham a perder a representação no Congresso Nacional. A virada jurisprudencial se deu na apreciação da questão de ordem suscitada na ADI 2054 QO / DF (Pleno, rel. min. Ilmar Galvão, relator para acórdão min. Sepúlveda Pertence, j. 20.03.2003, DJ 17.10.2003, p. 00013), tendo sido reiterada desde então, a teor, e.g., dos seguintes precedentes: ADI 2618 AgR-AgR / PR, Pleno, rel. min. Carlos Velloso, relator para acórdão min. Gilmar Mendes, j. 12.08.2004, DJ 31.03.2006, p. 00007 e ADI 4900 / DF, Pleno, rel. min. Teori Zavascki, relator para acórdão min. Roberto Barroso, j. 11.02.2015, DJe 20.04.2015.

doutrinariamente, a incidência de norma exógena, aqui, é ainda mais clara, por se tratar de condição imposta textualmente pela Constituição. A representação no Congresso figura como requisito constitucional da legitimidade dos partidos políticos, de modo que era a interpretação deste limite exterior que inviabilizava a decisão de mérito quando se deparava com a perda superveniente da representação congressual do partido autor. A elucidar esta percepção, veja-se a decisão monocrática do ministro Celso de Mello na ADI 2.060[651], ao reconhecer a carência de ação do partido que deixa de possuir representação no Congresso ao longo da tramitação de ADI por ele ajuizada mediante, a um só tempo, interpretação art. 103, inciso VIII da Constituição e aplicação dos arts. 267, § 3º e 462, ambos do Código de Processo Civil de 1973[652].

6. Considerações críticas sobre a autocontenção processual da Suprema Corte

6.1 As virtudes passivas da Suprema Corte são pseudocritérios de autocontenção judicial?

A análise detida da *ripeness*, da *mootness* e do *standing* demonstra que tais instrumentos não são integralmente produtos da autocontenção judicial da Suprema Corte; constituem, em realidade, um *blend* de elementos normativo-constitucionais (exógenos) e

[651] ADI 2060 MC / RJ, rel min. Celso de Mello, j. 14.04.2000, DJ 26.04.2000, p. 00018. No mesmo sentido, cabe conferir: ADI 1063 / DF, rel. min. Celso de Mello, j. 18.06.2001, DJ 08.08.2001, p. 00095.

[652] Art. 267. Extingue-se o processo, sem resolução de mérito:
(...)
IV - quando se verificar a ausência de pressupostos de constituição e de desenvolvimento válido e regular do processo;
V - quando o juiz acolher a alegação de perempção, litispendência ou de coisa julgada;
Vl - quando não concorrer qualquer das condições da ação, como a possibilidade jurídica, a legitimidade das partes e o interesse processual;
Vll - pela convenção de arbitragem; (Redação dada pela Lei nº 9.307, de 23.9.1996)
(...)
§ 3º O juiz conhecerá de ofício, em qualquer tempo e grau de jurisdição, enquanto não proferida a sentença de mérito, da matéria constante dos ns. IV, V e Vl; todavia, o réu que a não alegar, na primeira oportunidade em que Ihe caiba falar nos autos, responderá pelas custas de retardamento.
Art. 462. Se, depois da propositura da ação, algum fato constitutivo, modificativo ou extintivo do direito influir no julgamento da lide, caberá ao juiz tomá-lo em consideração, de ofício ou a requerimento da parte, no momento de proferir a sentença.

prudenciais (endógenos). Isto porque os obstáculos aos pronunciamentos de mérito da Suprema Corte podem, em alguma medida, decorrer da interpretação que se possa dar aos casos e controvérsias (*cases* e *controversies*), requisitos previstos no Art. III da Constituição. Aliás, a cogitação acerca da dupla fonte (constitucional e prudencial) destes instrumentos já foi externada pela própria Suprema Corte ap aplicar técnicas, embora com dosagens diversas para cada uma delas.

Já se afirmou, em primeiro lugar, que "a doutrina da *ripeness* é decorrente tanto das limitações ao poder judiciário impostas pelo Artigo III quanto de razões prudenciais para não exercer jurisdição"[653].

Por outro lado, ao examinar o instituto da *mootness* ao lado das demais técnicas da doutrina da justiciabilidade (*justiciability doctrine*), a Suprema Corte admitiu, em *Franks v. Bowman Transportation Co., Inc.*[654], que tais ferramentas "por operarem em casos confessadamente sujeitos à nossa jurisdição (...) encontram a sua fonte mais em considerações políticas, e menos em considerações puramente constitucionais"[655].

Ademais, ao tratar do "interesse pessoal" ("*personal stake*") caracterizador da figura da *mootness* assim se manifestou o tribunal, reconhecendo a origem dúplice desta técnica:

> Decisões recentes desta Corte consideraram o requisito do interesse pessoal com algum cuidado. (...) nós já decidimos que o requisito do interesse pessoal tem um duplo aspecto. De um lado, ele deriva das limitações do Art. III sobre o poder do judiciário federal. De outro, ele incorpora restrições adicionais, autoimpostas, ao exercicio do poder judicial. Por exemplo: E.g., *Singleton v. Wulff*, 428 U. S. 106, 428 U. S. 112 (1976); *Warth v. Seldin*, 422 U. S. 490, 422 U. S. 498 (1975).[656]

---

[653] *Reno v. Catholic Social Services, Inc*., 509 U.S. 43 (1993). Tradução livre deste autor. No original: "*Ripeness doctrine is drawn both from Article III limitations on judicial power and from prudential reasons for refusing to exercise jurisdiction*". No mesmo sentido, confira-se: *Suitum v. Tahoe Regional Planning Agency*, 520 U.S. 725 (1997).

[654] 424 U.S. 747 (1976).

[655] *Franks v. Bowman Transportation Co., Inc.*, 424 U.S. 747 (1976). Tradução livre deste autor. No original: "*Because [such] rules operate in 'cases confessedly within [the Court's] jurisdiction,'... they find their source in policy, rather than purely constitutional, considerations.*".

[656] *United States Parole Comm'n v. Geraghty*, 445 U.S. 388 (1980). Tradução livre deste autor. No original: "*Recent decisions of this Court have considered the personal stake requirement with some care. (...) we have held that the personal stake requirement has a double aspect. On the one hand, it derives from Art. III limitations on the power of the federal courts. On the other, it embodies additional, self-imposed restraints*

A controvérsia sobre a natureza exclusivamente endógena ou não se mostra ainda mais evidente no que toca ao *standing*. Uma série de decisões da Suprema Corte[657] cogitam de um padrão dual desta técnica, denotando que tal critério tem suas bases tanto em exigências impostas pela Constituição quanto na vontade da Suprema Corte.

Em *Valley Forge Coll. v. Americans United*[658], a título de exemplo, a Suprema Corte reconheceu expressamente que o *standing* deflui tanto de requisitos constitucionais quanto de considerações prudenciais. Expôs, ademais, que nem sempre se identificou claramente em suas decisões quais aspectos particulares deste instrumento são exigidos pelo Art. III e quais são aqueles autoimpostos pelo tribunal, isto é, quais seriam as hipóteses em que sua aplicação não se encontra compreendida pelo texto constitucional[659].

Essa dualidade de fontes da doutrina do *standing* levou à Suprema Corte, aliás, a identificar um "mínimo constitucional irredutível" de *standing* exigido pelo Artigo III[660]. Sob este enfoque – textualmente imposto à Suprema Corte pela Constituição – estariam os seguintes elementos do *standing*: um autor deve, grosso modo, demonstrar que sofreu um (i) dano efetivo, que a (ii) causa deste dano possa ser minimamente atribuída à conduta da parte contrária e que, via de regra, (iii) o dano possa ser revertido pela decisão judicial almejada[661]. Tais seriam, assim, os elementos mínimos – fundados no texto constitucional – para o preenchimento do requisito do *standing*. Para além deles, porém, outros poderiam

---

on the exercise of judicial power. E.g., Singleton v. Wulff, 428 U. S. 106, 428 U. S. 112 (1976); Warth v. Seldin, 422 U. S. 490, 422 U. S. 498 (1975).".

[657] Vide, e.g.: *Tileston v. Ullman*, 318 U.S. 44, 46 (1943); *United States v. Richardson*, 418 U.S. 166, 176-80 (1974); *Warth v. Seldin*, 422 U.S. 490, 500 (1975) e *Valley Forge Christian College v. Americans United for Separation of Church & State, Inc*., 454 U.S. 464, 474 (1982).

[658] 454 U.S. 464 (1982).

[659] *Valley Forge Coll. v. Americans United*, 454 U.S. 464 (1982). Adaptação livre deste autor. Eis o trecho correspodente da decisão: "*The term 'standing' subsumes a blend of constitutional requirements and prudential considerations, see* Warth v. Seldin, *422 U. S. 490, 422 U. S. 498 (1975), and it has not always been clear in the opinions of this Court whether particular features of the 'standing' requirement have been required by Art. III* ex proprio vigore, *or whether they are requirements that the Court itself has erected and which were not compelled by the language of the Constitution.*".

[660] Cf. *Bennett v. Spear*, 520 U.S. 154 (1997). Tradução livre do autor. No original: "*irreductible constittional minimum*".

[661] Tais elementos exclusivamente constitucionais do *standing* foram inicialemente assentados pela Suprema Corte em *Valley Forge Coll. v. Americans United*, 454 U.S. 464 (1982) e posteriormente reiterados em *Lujan v. Defenders of Wildlife*, 504 U.S. 555 (1992) e em *Bennett v. Spear*, 520 U.S. 154 (1997).

ser acrescentados como medida pura, autêntica, de autocontenção judicial do tribunal, ou seja, fundados unicamente no senso de prudência de seus membros.

Tal contexto é amplificado pela doutrina norte-americana, que, em matéria de *standing*, ora vislumbra a dupla origem do instituto[662], ora sustenta ser ele produto exclusivo dos pressupostos do acesso à jurisdição da Suprema Corte estabelecidos no Art. III da Constituição[663].

Todas estas perspectivas induzem à conclusão de que os critérios processuais de autocontenção da Suprema Corte se fundamentam, ainda que parcialmente, nas limitações externamente impostas ao tribunal pelo Art. III da Constituição. Sob este enfoque, portanto, cabe concluir que elas funcionam como formas médias de autocontenção, porquanto fundadas, concomitantemente, em elementos normativos (exógenos) e prudenciais (endógenos).

Cabe registrar, porém, que todos os instrumentos afetos à doutrina da justiciabilidade (*justiciability doctrine*), isto é todas as ferramentas processuais analisadas no item 3 acima, não apresentam uma linha divisória clara entre os seus respectivos fundamentos constitucionais (interpretação dos "casos e controvérsias" constantes do Art. III) e exclusivamente prudenciais. O exame das decisões relacionadas neste capítulo indica uma fronteira no mais das vezes fluida entre o que é interpretação da Constituição e o que é exigência advinda da autocontenção (*self-restraint*). A própria Suprema Corte, aliás, já reconheceu a fragilidade desta divisão entre as fontes constitucionais e prudenciais de *ripeness*, *mootness* e *standing* ao asseverar que "justiciabilidade (*justiciability*) não é, obviamente, um conceito legal com um conteúdo fixo ou suscetível de verificação científica. Sua utilização é a resultante de muitas pressões sutis, incluindo a adequação das

---

[662] Cf. NICHOL JR, Gene R. Causation as a Standing Requirement: The Unprincipled Use of Judicial Restraint. *Kentucky Law Journal*, Vol. 69, p. 185-226, 1980. Alexander Bickel distingue o *pure standing* – expressão que designa a criação exclusiva da Suprema Corte – do *constitutional standing* – expressão que abrange as limitações externamente impostas pelo Artigo III (The Supreme Court 1960 Term Foreword: the passive virtues. *Harvard Law Review*, Vol. 75, N. 40, p. 40-79, 1961). Richard Fallon Jr, por sua vez, aponta que os limites não constitucionais do *standing* (isto é, a sua feição genuinamente endógena) carreiam ao autor de uma demanda o ônus de buscar direitos seus (e não terceiros) e de demonstrar que o dano é suportado por ele próprio ou pelo grupo por ele representado (e não por terceiros) (Of justiciability, remedies, and public Law litigation: notes on the jurisprudence of Lyons. *New York University Law Review*, Vol. 59, N. 1, p. 18, 1984).

[663] Cf, por todos: BERGER, Raoul. Standing to Sue in Public Actions: Is it a Constitutional Requirement? *Yale Law Journal*, Vol. 78, p. 816-841, 1969.

questões para serem decididas por esta Corte e o risco atual aos litigantes caso não deferida a tutela pretendida."[664].

6.2 A aplicação velada de critérios materiais de autocontenção por intermédio do *standing*

Para além do debate acerca dos usos autênticos ou não dos critérios processuais, é possível afirmar que o *standing*, sob uma outra pespectiva, pode figurar como pseudocritério de autocontenção: a que revela ser tal técnica procedimental utilizada, por vezes, para ocultar o efetivo uso de critérios materiais de autolimitação judicial.

Em *Valley Forge* (item 3.3 supra), e.g., a justificativa para o não conhecimento da demanda em razão da falta de *standing* foi expressamente fundamentada no fato de que "a Corte tem declinado de julgar 'questões abstratas de amplo significado público', que expressem 'queixas generalizadas', difusamente compartilhadas e mais adequadamente resolvidas pelos poderes políticos"[665].

O mesmo julgado, ademais, citando o quanto decidido em *United States v. Richardson*[666], a despeito de não exercer jurisdição ante declarada falta de *standing*, consignou que

> Conflitos repetidos e diretos entre o Poder Judiciário e os poderes democraticamente compostos não serão benéficos a nenhum deles a longo

[664] *Poe v. Ullman*, 367 U.S. 497 (1961). Tradução livre deste autor. No original: "*Justiciability is, of course, not a legal concept with a fixed content or susceptible of scientific verification. Its utilization is the resultant of many subtle pressures, including the appropriateness of the issues for decision by this Court and the actual hardship to the litigants of denying them the relief sought.*". Especificamente com relação ao *standing*, a decisão em *United States Parole Comm'n v. Geraghty*, 445 U.S. 388 (1980) acentuou que "o aspecto prudencial do *standing* é corretamente descrito como uma doutrina de contornos incertos". Tradução livre deste autor. No original: "*The prudential aspect of standing aptly is described as a doctrine of uncertain contours*".

[665] *Valley Forge Coll. v. Americans United*, 454 U.S. 464 (1982). Tradução livre deste autor. No original: "*the Court has refrained from adjudicating "abstract questions of wide public significance" which amount to "generalized grievances," pervasively shared and most appropriately addressed in the representative branches.*".

[666] 418 U.S. 166 (1974).

> prazo. A confiança pública, essencial ao Judiciário, e a vitalidade, fundamental aos poderes políticos, podem se desgastar se nós não exercermos a autocontenção no uso do nosso poder de negar as ações dos demais poderes.[667]

Verifica-se assim, que, não obstante a negativa de jurisdição com base na falta de *standing*, não deixou o tribunal externar algum juízo valorativo sobre o mérito da demanda. Tal se observou na identificação de uma característica tipicamente política para a configuração da falta de *standing*, além de o tribunal ter transparecido que, sob a ótica da teoria das questões políticas, o pleito dos contribuintes – autores daquele processo – mereceria juízo de reprovação.

Situação parecida pode ser verificada em *Commonwealth of Massachusetts v. Mellon*[668], cuja decisão julgou conjuntamente uma ação proposta pelo estado de Massachusetts e outra ajuizada por uma cidadã. Ambas questionavam a constitucionalidade de lei aprovada pelo Congresso norte-americano que instituía um programa voltado à proteção da vida e saúde de gestantes e recem-nascidos (*Maternity Act*, de 1921). Tal lei permitia que estados aderissem ao programa por ela estabelecido, atribuindo a uma comissão federal o gerenciamento das medidas a serem tomadas pelos estados que optassem por aplicar o mencionado programa de proteção.

O tribunal se eximiu de julgar o mérito da causa, por não reconhecer interesse (*standing*) dos autores – o estado de Massachusetts e a autora que propora a ação na qualidade de contribuinte. Afirmou-se que a lei questionada não causava nenhum prejuízo aos estados – já que poderiam simplesmente optar por não aderir ao programa por ela instituído – e, com relação às pessoas físicas, decidiu-se que o só fato de serem contribuintes (*tax payers*) não lhes conferiam o necessário interesse (*standing*).

Talvez em função da pouca sistematização dos critérios de autocontenção processual da Suprema Corte àquela época[669], a decisão se valeu de argumentos próprios

---

[667] *Valley Forge Coll. v. Americans United*, 454 U.S. 464 (1982). Tradução livre deste autor. No original: "*[R]epeated and essentially head-on confrontations between the life-tenured branch and the representative branches of government will not, in the long run, be beneficial to either. The public confidence essential to the former and the vitality critical to the latter may well erode if we do not exercise self-restraint in the utilization of our power to negative the actions of the other branches.*".

[668] 262 U.S. 447 (1923).

[669] Com efeito, como registrado no item 2 acima, a sistematização dos critérios processuais se iniciou na década de 1930 com as *Ashwander Rules*, consolidando-se a partir da década de 1960 com o julgamento, sonbretudo, de *Poe v. Ullman*.

da teoria das questões políticas, chancelando, ainda que de forma velada, a constitucionalidade da lei atacada. De fato, em paralelo à aplicação da doutrina do *standing*, a Suprema Corte observou que a alegada usurpação dos poderes reservados aos estados pela Décima Emenda, "tal como apresentada, constitui uma questão política, e não judicial, e, portanto, não é um assunto sobre o qual se admite o exercício do poder judicial"[670].

A decisão registrou, ainda, que o caso não apresentaria um debate sobre violação de direitos individuais, mas sim "questões abstratas do poder político, de soberania, de governo"[671], até porque se considerou que a aplicação de leis federais que poderiam reduzir taxas impostas a um vasto número de contribuintes – como era o caso – seria essencialmente uma questão pública e não individual. Percebe-se, assim, que a recusa de exercer jurisdição sobre o caso, com base na falta de interesse (*standing*), ocultou um debate afeto ao caráter político dos argumentos lançados.

Do mesmo modo, já se observou que a declaração acerca da falta de *standing* pode, na verdade, mascarar a vontade da Suprema Corte de não examinar aspectos técnicos de leis ou atos normativos editados com base em *expertise* específica. Neste contexto observa-se que o reconhecimento da ausência de interesse (*standing*) pode constitur forma velada de aplicação da presunção de constitucionalidade em juízos que reclamem *expertise* técnica. É o que se verificou, e.g., em *Perkins v. Lukens Steel Co.*[672], cuja decisão, não obstante decretar a falta de *standing*, se mostrou presumiu a validade da interpretação administrativa de legislação que regulava contratos públicos.

Tem-se, portanto, que a técnica do *standing* pode ser utilizada pela Suprema Corte como pseudocritério processual de autocontenção sob uma outra dimensão: não obstante explicite a ausência de pressuposto ao exame do mérito da causa (interesse), abre-se espaço para a aplicação – ainda que velada – de critérios materiais de autorrestrição judicial.

---

[670] *Commonwealth of Massachusetts v. Mellon*, 262 U.S. 447 (1923). Tradução livre deste autor. No original: "*that question, as it is thus presented, is political, and not judicial, in character, and therefore is not a matter which admits of the exercise of the judicial power.*".

[671] *Commonwealth of Massachusetts v. Mellon*, 262 U.S. 447 (1923). Tradução livre deste autor. No original: "*abstract questions of political power, of sovereignty, of government*".

[672] 310 U.S. 113 (1940).

7. Critérios processuais do STF: similares nacionais das técnicas norte-americanas?

A análise realizada neste Capítulo permite identificar conexões entre os critérios processuais de autocontenção criados pela Suprema Corte e aqueles forjados pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.

Cabe observar, em primeiro lugar, que a exigência do prequestionamento se assemelha ao requisito da *ripeness*. O instituto norte-americano, como salientado no item 3.1 supra, exige que as causas a serem julgadas pela Suprema Corte estejam maduras. Veda-se, sob esta perspectiva, o exame prematuro do mérito das demandas que são levadas à sua apreciação.

Tais elementos se encontram presentes no requisito do prequestionamento, imposto pela jurisprudência do STF como providência necessária à admissibilidade do recurso extraordinário. A necessidade de que a questão constitucional tenha sido previamente debatida nas instâncias inferiores ostenta os mesmos contornos de causa madura que caracteriza a *ripeness*. É bem verdade que a *ripeness* considera, também, a influência de eventos futuros na controvérsia judicial, circunstância que não se observa na exigência de prequestionamento. Ambas as figuras, no entanto, servem aos respectivos tribunais como medidas capazes de rejeitar o exame de mérito de processos cujas questões constitucionais ainda não se encontrem suficientemente maduras ou debatidas. Tanto o prequestionamento quanto a *ripeness*, em suma, reclamam a existência de uma *controvérsia*, e que seja *atual*, sobre aspectos constitucionais de um processo judicial.

De outro vértice, a exigência de controvérsia judicial relevante como pressuposto de admissibilidade da ação declaratória de constitucionalidade, no período entre a promulgação da EC 3/1993 e a regulamentação infraconstitucional deste instrumento pela Lei 9.868/99, pode explicitar mecanismo semelhante à *ripeness* ou à *mootness*, a depender do ângulo de análise.

Ao demandar a demonstração da existência de disputas judiciais pretéritas ou em andamento, o STF se valeu de raciocínio análogo ao da observado na *ripeness*, na medida em que se faria necessária a prova de debates judiciais concretos sobre o ato normativo que se pretendia ver abstratamente declarado constitucional por meio da ADC.

Por outro lado, nos termos do voto do ministro Néri da Silveira na ADC n. 01, examinado no item 4.4 acima, sem tal requisito "o litígio não teria justificativa, na instância originária e única desta Corte, que se transformaria desse modo, em órgão de consulta prévia". Percebe-se que a preocupação que norteou a criação desta exigência é a mesma que inspirou a Suprema Corte a forjar as noções de *ripeness* e de *mootness*, voltadas que estão a evitar que o tribunal norte-americano seja utilizado como órgão consultivo.

Nota-se, assim, que o STF fez aplicar a uma ação do seu controle abstrato e concentrado de constitucionalidade técnicas próprias do controle difuso e concreto da Suprema Corte. Com efeito, a rejeição de demandas prejudicadas, prematuras ou meramente abstratas é compatível com a jurisdição constitucional norte-americana – difusa e concreta –, ao passo que, na ADC, se promove uma análise em tese da constitucionalidade de um ato normativo[673]. Assim, em que pese a distinção entre os modelos de controle de constitucionalidade neste particular, é possível traçar um paralelo entre a necessidade de controvérsia judicial relevante como requisito da ADC e as técnicas da *mootness* e *ripeness* sob a perspectiva do afastamento da utilização do STF como mero órgão consultivo.

Por fim, cabe destacar a identidade que se pode extrair entre o *standing* tal qual desenvolvido pela Suprema Corte e a pertinência temática que o STF exige de alguns legitimados à propositura de ações da fiscalização abstrata de constitucionalidade. De fato, a teor dos casos examinados no item 4.1 supra, a pertinência temática passou a ser exigida pela jurisprudência do STF como condição da ação[674], propiciando o mesmo tipo de análise judicial reclamada pelo *standing* no âmbito do direito norte-americano.

O *standing*, como explicitado no item 3.3 acima, reclama da parte litigante a demonstração de algum interesse pessoal seu em cada demanda particular. Ainda que a Suprema Corte se depare com uma norma inconstitucional, rejeita-se o exame do mérito se

---

[673] Comparando aspectos do controle difuso-concreto de constitucionalidade no Brasil e nos Estados Unidos, Juliano Taveira Bernardes aponta que "não se admite controle concreto se a discussão envolve interpretação da lei em tese. O provimento judicial deve pôr fim a litígio concreto e individualizado, numa verdadeira fiscalização de constitucionalidade tendente a resolver conflito de interesses instaurado entre as partes. Não há lugar, portanto, para controvérsias calcadas em simples teses jurídicas (*moot cases*)." (Novas perspectivas de utilização da ação civil pública e da ação popular no controle concreto de constitucionalidade. *Revista Jurídica Virtual*, Brasília, Vol. 5, N. 52, p. 02, 2003).

[674] Para Flávio Martins, aliás, "a pertinência temática deve ser vista como uma condição da ação, na modalidade interesse de agir" (*Curso de Direito Constitucional*. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2019, p. 523).

não se vislumbrar qualquer forma de prejuízo ao autor. Pela doutrina do *standing*, como ressaltado, o interesse do autor se verifica a partir de uma controvérsia real e substancial e que esteja ele diante de um dano concreto, que possa ser afastado pela tutela judicial pretendida.

Raciocínio similar embasou a jurisprudência que criou o requisito da pertinência temática para aferição da legitimidade de alguns entes legitimados a deflagrar o controle abstrato de constitucionalidade no STF. Patente, deste modo, a relação que se pode promover entre a pertinência temática criada pelo STF como condição das ações de seu controle abstrato e o *standing* como delineado pela Suprema Corte.

CAPÍTULO V – PERFIL DA AUTOCONTENÇÃO JUDICIAL: GARANTIA DA PLURALIDADE OU OUTRA FORMA DE ATIVISMO?

1. Comparando a autocontenção judicial no Brasil e nos Estados Unidos

1.1 O peso dos critérios nas decisões

O exame conjunto dos critérios de autocontenção expressados pelo Supremo Tribunal Federal e pela Suprema Corte revela que tais criações jurisprudenciais exercem pesos diferenciados nas decisões que os veiculam.

A teor do que ilustram os casos analisados nos capítulos precedentes, a teoria das questões políticas e a presunção de constitucionalidade se apresentam muitas vezes de forma conjugada com outros argumentos suscitados no julgamento; não atuam, nestas hipóteses de forma média de autorrestrição, como o único fundamento para a decisão.

Com efeito, tanto o STF quanto a Suprema Corte fazem uso das formas médias dos critérios materiais de autocontenção, indicando que, nestas situações, a livre vontade do tribunal de exercer posturas autocomedidas não costuma ser suficiente para o desfecho dos julgamentos em que esta opção é externada. Nestas hipóteses, o recurso a estes critérios de autolimitação judicial é conjugado com outros argumentos, a indicar que não basta declarar optar-se pela autocontenção, seja sob a via da doutrina das questões políticas, seja sob a perspectiva da presunção da constitucionalidade das leis e atos normativos.

Comparando-se os dois tribunais examinados sob a perspectiva das formas fracas de autocontenção, ou seja, as manifestações não genuínas destes critérios, as práticas destas cortes também se aproximam. Nestes casos, do mesmo modo, tanto o STF quanto a Suprema Corte se valem da teoria das questões políticas e da presunção de constitucionalidade como reforço argumentativo, uma vez que o real motivo para a restrição observada é outro.

Assemelham-se, assim, as práticas das duas cortes na utilização dos critérios materiais de autorrestrição judicial: ainda que, por si sós, tais critérios não costumem ser suficientes para o desfecho das demandas judiciais, acabam sendo mencionados no corpo das respectivas fundamentações. Extrai-se, desta sorte, que a jurisdição constitucional do STF e a da Suprema Corte se valem da teoria das questões políticas e da presunção de constitucionalidade com algum *senso de utilidade* ao fundamentar as razões de decidir. Pode-se dizer, sob este enfoque, que elas figuram como uma espécie de ativo ou recurso destes tribunais, quando conveniente externar que determinado desfecho é fruto destas medidas de autocontenção judicial.

Em suma, ressalvadas as suas manifestações genuínas (isto é, as suas formas fortes indicadas no item 4 do Capítulo II e item 4 do Capítulo III), os critérios materiais podem se apresentar com um peso apenas relativo na composição dos fundamentos das decisões judiciais em que externados, atuando, nestas situações, como fundamentos adicionais para os resultados dos respectivos julgamentos.

As técnicas processuais de autocontenção cunhadas pelo STF e pela Suprema Corte, de outro lado, apresentam características distintas entre si no que toca ao peso que ostentam nas respectivas decisões. Os filtros processuais criados pelo Supremo Tribunal Federal se apresentam, em sua maioria, como formas fortes de autocontenção judicial. Isto porque, ressalvada a necessidade de controvérsia constitucional relevante na ADC, os critérios processuais forjados pelo STF decorrem de comportamentos endógenos daquele tribunal, não contando com o concurso de outros fatores normativos. Tratando-se de barreiras processuais impostas exclusivamente por criações autonômas daquela corte, cabem ser categorizadas como formas fortes de autocontenção processual. Somente a necessidade de demonstração de controvérsia constitucional relevante na ADC, conforme examinado no item 5.2 do Capítulo IV, parece indicar uma forma média de autocontenção, dada a cumulação de elementos exógenos (implícitos na Constituição de 1988) e endógenos.

Já os critérios processuais de autorrestrição da Suprema Corte – *mootness*, *ripeness* e *standing* – configuram formas médias de autocontenção ante a dupla fonte que se observa em relação a elas: ora são aplicadas como desdobramentos dos requisitos do Art. III da Constituição, ora se impõem como fruto de manifestação endógena – essencialmente prudencial – daquela corte.

Há, portanto, uma *retórica autocontida* de ambas as cortes estudadas nesta pesquisa, que se identifica no manejo não autêntico dos critérios materiais e processuais de autocomedimento judicial, ocasiões em que razões normativas exógenas contribuem ou, por si sós, são suficientes para justificar a atuação jurisdicional limitada em um determinado caso.

1.2 A repercussão na colegialidade: a autocontenção é argumento que une a maioria?

Da análise dos casos que embasam os capítulos precedentes é possível constatar uma distinção na prática da autocontenção pelo STF e pela Suprema Corte: o caráter mais individualizado ou mais colegiado que podem assumir as menções à autorrestrição judicial em cada decisão. Neste ponto, tendo em conta os precedentes estudados, observa-se distinção na forma como tais cortes supremas se valem dos critérios materiais de autocontenção[675].

A perspectiva de análise ora sugerida demanda a observação preliminar de um importante fator: as distintas metodologias de decisão do STF e da Suprema Corte.

No Supremo Tribunal Federal, cada decisão é integrada pelos votos – escritos ou orais – de todos os membros do tribunal. A decisão é formada, assim, a partir do voto do relator, dos votos dos demais ministros e das discussões publicamente tomadas no plenário da corte[676], todos estes elementos compondo a fundamentação de cada julgado. Este sistema permite que todos os ministros externem suas opiniões em apartado, sejam elas convergentes ou não com a maioria em cada processo. Ademais, a tomada de decisão colegiada é realizada necessariamente a partir do voto proferido pelo relator, sendo que a

[675] Cabe registrar que a análise comparativa promovida neste item só cabe ser realizada em relação aos critérios das questões políticas e da presunção de constitucionalidade. O uso das técnicas processuais de autorrestrição judicial não dá ensejo ao debate suscitado nesta oportunidade porque, uma vez aplicadas pela maioria do colegiado, ensejam a inadmissibilidade de ações ou recursos junto às cortes supremas analisadas. Conquanto possa haver divergência entre os julgadores acerca da admissibilidade ou não de uma medida judicial em particular, é somente na aplicação da teoria das questões políticas ou da presunção de constitucionalidade que cabe aferir o peso que cada um destes critérios pode assumir na formação dos fundamentos, isto é, se são compartilhados pela maioria ou se se comportam como argumento adicional (em votos concorrentes) ou como argumento vencido (em votos dissidentes).

[676] Conforme arts. 93 a 103 do Regimento Interno do STF.

definição da relatoria é dada por sorteio aleatório entre os membros da corte[677]. Tendo como ponto de partida o entendimento do relator a respeito do caso, permite-se que todos os outros ministros a ele adiram ou dele divirjam – total ou parcialmente – expondo ou não por escrito as suas razões.

Já na Suprema Corte, o processo deliberativo é realizado, essencialmente, a portas fechadas[678]. Ao longo da sessão judiciária ("*term*"), os *justices* se reúnem sem a participação de qualquer outra pessoa[679] para discutir os casos já previamente submetidos à arguição oral ("*oral arguments*" colhidos durante as "*hearing sessions*"). Em tais reuniões deliberativas – denominadas "*conferences*" – os *justices* debatem os casos e elaboram uma votação preliminar. Dada a usual complexidade dos casos julgados, bem como a pluralidade de questões e fundamentos a serem enfrentados em cada um deles, esta discussão e votação preliminares não encerram o debate e algumas vezes tampouco indiciam qual será a decisão final. Como já observou William H. Rehnquist, "as grandes diretrizes emergem das discussões reservadas ("*conference discussion*"), mas geralmente isso não ocorre com os refinamentos"[680]. Daí porque, após o debate entre o colegiado na *conference*, um dos *justices* é designado para elaborar o voto que expressará a posição unâmime ou dominante, conforme o caso[681]. Esta tarefa por sua vez, envolve a elaboração

[677] Veja-se a propósito o art. 66 do Regimento Interno do STF:
Art. 66. A distribuição será feita por sorteio ou prevenção, mediante sistema informatizado, acionado automaticamente, em cada classe de processo.
§ 1º O sistema informatizado de distribuição automática e aleatória de processos é público, e seus dados são acessíveis aos interessados.
§ 2º Sorteado o Relator, ser-lhe-ão imediatamente conclusos os autos.

[678] Em suma, são três os momentos de atuação abertos públicos: quando o tribunal anuncia a concessão de *certiorari*; durante os chamados "*oral arguments*" (ocasião em que os *justices* podem questionar advogados durante a apreciação de circunstâncias do caso) e por ocasião do anúncio das decisões ao final tomadas e redigidas em caráter definitivo. Sobre as vantagens institucionais deste modelo, vide: POWELL JR, Lewis F. What Really Goes on at the Supreme Court. *American Bar Association Journal*, Vol 66, N. 6, p. 721-723, 1980.

[679] Como registra William H. Rehnquist, delas não participam sequer os assistentes dos *justices* (os *clerks*) (*The Supreme Court: revised and updated*. New York: Vintage Books, 2002, p. 253) .

[680] REHNQUIST, William H. *The Supreme Court: revised and updated*. New York: Vintage Books, 2002, p. 257. Tradução livre deste autor. No original: "*The broad outlines emerge from the conference discussion, but often not the refinements.*". William Rehnquist salienta, inclusive, que as reuniões para discussão dos casos ("*conferences*") se prestam muito menos ao convencimento ou mudança de opinião dos *justices*, ostentando maior relevância para o estabelecimento da forma com que será expressado o entendimento da maioria (idem, p. 258).

[681] Caso o *Chief Justice* integre a maioria formada em um determinado caso, cabe a ele designar um dos *associate justices* para redigir a decisão, podendo designar a si próprio para tanto. Geralmente se observa uma divisão equitativa entre os membros do tribunal para a tarefa de elaborar os votos dos casos decididos ao

de um rascunho da futura decisão ("*draft*") que é compartilhado com aqueles que expressaram a mesma opinião. Os demais *justices* podem encaminhar memorandos contendo sugestões de alterações no voto, o que pode, eventualmente, proporcionar algum tipo de negociação entre aquele incumbido da redação do voto e os demais que se posicionaram no mesmo sentido[682]. Aqueles que dissentiram da maioria, ficam incumbidos de elaborar o voto dissidente[683]. Há, ainda, a possibilidade de algum *justice* formular voto concorrente em apartado, quando a convergência com o desfecho arbitrado pela maioria é apenas parcial, quando se mostra necessário ressalvar ou acrescentar algum fundamento na decisão ou quando algum ponto especifico mereça ser destacado ou esclarecido. Somente após ser superada a etapa de ajustes no voto que expressa a opinião majoritária – tendo todos os *justices* finalmente aderido a algum voto ou elaborado o seu próprio –, é que a decisão da corte é tornada pública em sessão aberta do tribunal.

Feita esta contextualização, extrai-se dos casos analisados nos Capítulos II e III que os critérios de autocontenção neles examinados, quando pronunciados pelo Supremo Tribunal Federal, parecem ser invocados pontualmente por apenas alguns de seus ministros, seja em votos vencidos, seja como acréscimo feito a outros argumentos já lançados pelos demais. São raros os casos em que a menção a algum critério de autocontenção figura como elemento de unidade capaz de reunir as opiniões da maioria dos integrantes do tribunal.

Com efeito, a teor do que se observa nos casos expostos nos itens 3.3, 3.4 e 3.5 do Capítulo II, a doutrina das questões políticas foi mencionada apenas em votos individuais de alguns ministros do STF nas seguintes situações indiciárias da aplicação deste critério: processo legislativo[684], *impeachment*[685] e limitações institucionais do Poder Judiciário[686].

---

longo da sessão ("*term*"). Caso, no entanto, o *Chief Justice* não tenha composto a maioria, compete ao *justice* mais antigo que tenha aderido à maioria designar o julgador a quem se incumbirá a redação da decisão.

[682] Cf. SPRIGGS II, James F.; MALTZMAN, Forrest; WAHLBECK, Paul J. Bargaining on the U.S. Supreme Court: Justices' Responses to Majority Opinion Drafts. *The Journal of Politics*, Vol. 61, N. 2 p. 485-506, 1999.

[683] Em geral, o *justice* mais antigo dentre aqueles que divergiram da maioria em um determinado caso fica encarregado de redigir esta posição, à qual outros podem aderir igualmente (cf. REHNQUIST, William H. *The Supreme Court: revised and updated*. New York: Vintage Books, 2002, p. 265).

[684] No MS 20.464/DF (Pleno, rel. Min. Soares Muñoz, j. 31.10.1984, DJ 07.12.1984, p. 20.987) apenas o voto do ministro Francisco Rezek esteve fundamentado neste critério de autocontenção judicial, enquanto que o voto do ministro relator, Soares Muñoz, analisou as disposições constitucionais e regimentais incidentes sobre o assunto, qual seja, a necessidade ou não de acordo de lideranças para que fosse iniciada a votação de PEC. Já na ADPF n. 01-QO/RJ (Pleno, rel. Min. Néri da Silveira, j. 03.02.2000, DJ 07.11.2003, p.

O mesmo se observa em relação à presunção de constitucionalidade, que figurou isoladamente na fundamentação de apenas alguns votos individuais proferidos por ministros do STF quando aplicada em matéria de liberdades públicas[687] (item 3.3. do Capítulo III) e em virtude da *inexpertise* do Poder Judiciário em alguns temas[688] (item 3.2 do Capítulo III).

Portanto, infere-se da análise dos casos examinados nos Capítulos precedentes que a invocação da teoria das questões políticas e da presunção de constitucionalidade pode não ser compartilhada pela unanimidade dos membros do STF como fundamento determinante das decisões do plenário daquela corte. Em suma, a postura autocontida por meio destes critérios pode se apresentar como caracterítica mais de alguns votos em particular do que da decisão colegiada como um todo. Quando assim aplicados, os critérios materiais de autocontenção fornecem um acréscimo argumentativo utilizado por apenas alguns dos juízes.

Em outras ocasiões foi possível observar coesão dos integrantes do STF em torno da autorrestrição judicial como motivo determinante compartilhado pela maioria, ainda que concorrendo com outros argumentos. Dentre os casos que embasam a presente investigação, tal coesão se mostrou excepcional: apenas em alguns casos antigos, julgados

---

001), a inviabilidade de se adentrar na motivação política de veto em virtude do caráter político deste ato constou apenas da fundamentação dos votos ministros Nelson Jobim, Sepúlveda Pertence e Moreira Alves.

[685] No MS 20.941/DF (Pleno, rel. Min. Aldir Passarinho, rel. para acórdão Min. Sepúlveda Pertence, j. 09.02.1990, DJ 31.08.1992, p. 22) e na ADPF 378 (Pleno, rel. Min. Edson Fachin, rel. para acórdão Min. Roberto Barroso, j. 17.12.2015, DJe 08.03.2016) verifica-se que a menção à autocontenção constou apenas de passagens esparsas em alguns dos votos declarados em cada um processos.

[686] Veja-se que no MS 31.816 MC-AgR/DF (Pleno, rel. Min. Luiz Fux, rel. para acórdão: min Teori Zavascki, j. 27.02.2013, DJ 13.05.2013) a teoria das questões políticas compôs a fundamentação unicamente do voto do ministro Ricardo Lewandowski.

[687] Na ADC 41 (Pleno, rel. Min Roberto Barroso, j. 08.06.2017, DJe 17.08.2017), apenas o voto do min. Roberto Barroso se pautou pela presunção de constitucionalidade.

[688] No RE 760.931/DF (Pleno, rel. Min. Rosa Weber, relator para acórdão Min. Luiz Fux, j. 26.04.2017, DJe 12.09.2017), que examinou a possibilidade de terceirização de serviços no âmbito da Administração Pública, apenas os ministros Luiz Fux e Roberto Barroso acrescentaram aos fundamentos externados pela maioria ponderações afetas à autocontenção judicial pela via da presunção de constitucionalidade. Da mesma maneira, na ADI 5.794/DF (Pleno, rel. Min. Edson Fachin, relator para acórdão Min. Luiz Fux, j. 29.06.2018, DJe 23.04.2019), que discutiu a alteração legislativa que tornou facultativa a contribuição sindical, tal critério de autorrestrição judicial somente foi lembrado pelos votos dos ministros Luiz Fux e Roberto Barroso. Já nas ações diretas de inconstitucionalidade que discutiam a exploração comercial do amianto crisotila (ADI 4.066/DF, Pleno, rel. Min. Rosa Weber, j. 24.08.2017, DJe 07.03.2018 e ADI 3.937 / SP, Pleno, rel. min. Marco Aurélio, relator para acórdão Min. Dias Toffoli, j. 24.08.2017, DJe 1º.02.2019), a presunção de constitucionalidade como razão de decidir compôs somente a fundamentação dos votos dos ministros Marco Aurélio e Luiz Fux.

ainda na Primeira República, é que se constatou ter a maioria da corte inequivocamente adotado a postura autocomedida como fundamento precípuo da decisão[689].

Tal modo individualizado de se invocar os critérios de autocontenção pelo STF se justifica, em alguma medida, em virtude da metodologia de trabalho do tribunal. Dada a ampla possibilidade de manifestações individuais, muitas vezes parcelando o entendimento da corte à luz das posições de cada ministro, tem-se um ambiente propício a que a autocontenção seja tratada de forma pontual em alguns votos proferidos em cada caso.

De outro lado, no âmbito da Suprema Corte, a análise dos casos que veiculam a teoria das questões políticas ou a presunção de constitucionalidade indica que, no mais das vezes, o debate em torno destes critérios se torna central na fundamentação dos julgados. Dados os casos que compõem o presente estudo, tais critérios costumam ocupar espaço central na fundamentação das decisões, figurando como motivo determinante das opções levadas a cabo pela maioria. Assim, uma vez declarada a opção pela autocontenção, assume ela a condição de fundamento determinante compartilhado por todo o colegiado, não se limitando a figurar em votos isolados.

De fato, a partir dos casos analisados no Capitulo II, infere-se que a doutrina das questões políticas ocupou lugar de destaque nas fundamentações das decisões que veicularam posturas autocontidas ao apreciar relações exteriores norte-americanas[690] (item 3.1); a organização política de entes federados[691] (item 3.2); processo legislativo[692] (item 3.3), *impeachment*[693] (item 3.4) e limitações institucionais do Poder Judiciário[694] (item 3.5).

---

[689] É o caso da utilização da doutrina das questões políticas na apreciação do estado de sítio e intervenção federal na vigência da Constituição de 1891 (Capítulo II, item 3.6) e no exame da duplicata de governos no estado do Amazonas (Capítulo II, item 3.2). Na experiência recente do STF, pode-se mencionar, e.g., decisões pontuais envolvendo a aplicação da teoria das questões políticas nas relações exteriores brasileiras (HC 72.851/SP, Pleno, rel. Min. Celso de Mello, j. 25.10.1995, DJ 28.11.2008 – vide Capítulo II, item 3.1) e a utilização da presunção de constitucionalidade em temas tecnicamente complexos (RE 1.083.955 AgR/DF, 1ª Turma, rel. Min. Luiz Fux, j. 28.05.2019, DJe 07.06.2019 – vide Capítulo III, item 3.2).

[690] Conforme, e.g., *Oetjen v. Central Leather Co*., 246 U.S. 297 (1918).

[691] Vide *Luther v. Borden*, 48 U.S. 1 (1849); *Pacific States Tel. & Tel. Co. v. Oregon*, 223 U.S. 118 (1912) e *Colegrove v. Green*, 328 U.S. 549 (1946).

[692] Confira-se, a propósito, a decisão proferida em *Coleman v. Miller*, 307 U.S. 433 (1939).

[693] Vide *Nixon v. United States*, 506 U.S. 224 (1993).

[694] Veja-se, a propósito: *Mississippi v. Johnson*, 71 U.S. 475 (1866); *Georgia v. Stanton*, 73 U.S. 50 (1867); *Giles v. Harris*, 189 U.S. 475 (1903); *Ness v. Fisher*, 223 U.S. 683 (1912); *Riverside Oil Co. v. Hitchcock*,

A presunção de constitucionalidade, da mesma forma, uma vez invocada como justificativa para o autocomedimento judicial, como verificado no Capítulo III, tende a figurar como *ratio decidendi* das decisões da Suprema Corte. É o que se observou de sua aplicação em matéria de liberdades públicas[695] (item 3.3); em assuntos que demandem *expertise* técnica[696] (item 3.2) e, sobretudo, na seara da regulação econômica e social[697] (item 3.1).

Esta constatação, no entanto, não afasta a possibilidade de que votos concorrentes na Suprema Corte agreguem outros argumentos para além da autocontenção ou mesmo que ressalvem a adesão a um critério de autocomedimento sufragado pela maioria. Igualmente, quando a maioria decide não pautar sua postura pelo autocomedimento judicial, pode ele constar apenas de votos vencidos[698]. E, ainda, é possível que, em uma determinada decisão, a autocontenção seja invocada como razão de decidir por apenas um ou alguns *justices*, sem que ao redor dela tenha se formado maioria[699].

Tais são situações em que a autocontenção judicial ostenta um peso meramente relativo na fundamentação das decisões da Suprema Corte; cuida-se de hipóteses que, à luz dos precedentes analisados nesta tese, se mostram excepcionais na prática daquele tribunal. De fato, o método de decisão da Suprema Corte viabiliza a formação de maior coesão em torno dos possíveis argumentos para decidir uma causa, de modo que, uma vez eleita a via do autocomedimento, o respectivo critério adotado tende a figurar como fundamento central nos julgados.

---

190 U.S. 316 (1903); *Chicago & Southern Air Lines, Inc. v. Waterman Steamship Corp*, 333 U.S. 103 (1948) e *Gilligan v. Morgan*, 413 U.S. 1 (1973).

[695] Tal como verificado em *Minersville School District v. Gobitis*, 310 U.S. 586 (1940), posteriormente superado por *West Virginia State Board of Education. v. Barnette*, 319 U.S. 624 (1943).

[696] Vide, neste sentido: *Laurel Hill Cemetery v. San Francisco*, 216 U.S. 358, 365-66 (1910).

[697] É o que se observou em *United States v. Carolene Products Co*., 304 U.S. 144 (1938); *O'Gorman & Young, Inc. v. Hartford Fire Ins. Co*, 282 U.S. 251 (1931); *Munn v. Illinois*, 94 U.S. 113 (1876); *Mugler v. Kansas*, 123 U.S. 623 (1887) e *Powell v. Pennsylvania*, 127 U.S. 678 (1888).

[698] É o caso de importantes votos vencidos proferidos durante a chamada Era Lochner, tais como as dissidências dos *justices* Harlan e Holmes em *Lochner v. New York* e as posições vencidas manifestadas pelos *justices* Holmes, Taft e Sandford em *Adkins v. Children's Hospital* (vide Capítulo III, itens 3.1 e 3.4). Como exemplo desta situação, tem-se, ainda, os votos dissidentes em *McCarroll v. Dixie Greyhound Lines, Inc*. (Capítulo III, item 3.2) e o voto vencido do *justice* Felix Frankfurter em *West Virginia State Bd. of Educ. v. Barnette* (item 3.4 do Capítulo III)

[699] Tal é o que se observou no voto concorrente do *justice* Felix Frankfurter em *Dennis v. United States* (vide Capítulo III, item 3.3).

1.3 A coerência no uso dos critérios de autocontenção judicial

Sob o prisma da coerência da aplicação dos critérios de autorrestrição judicial pelos dois tribunais objeto desta pesquisa, semelhanças e divergências entre eles podem ser apontadas.

Uma primeira – e já suscitada – semelhança reside no fato de que ambas as cortes supremas contam com formas fortes, médias e fracas de autocontenção. A análise levada a efeito nos capítulos precedentes indica que tantos critérios materiais quanto as técnicas processuais de autolimitação não se apresentam apenas de forma *pura* na jurisdição constitucional. O cotejo das situações que indiciam a ocorrência de posturas autocontidas demonstra que se pode observar (i) aplicações autênticas dos critérios (formas fortes de autocontenção), eis que desatreladas de qualquer outro limite exógeno; (ii) aplicações em concorrência com limites normativos externos (formas médias de autocontenção) e (iii) hipóteses de meros pseudocritérios (formas fracas de autocontenção), quando caracterizam apenas uma argumentação decorativa, dada a efetiva incidência de alguma norma limitativa exógena. Sob esta perspectiva, observa-se coerência entre o Supremo Tribunal Federal e a Suprema Corte, eis que ambas as cortes apresentam manifestações das variadas formas de autocontenção.

A partir do exame das circunstâncias que indiciam os diversos critérios, verifica-se algumas semelhanças no uso de cada um deles. Destaca-se, por primeiro, a importância das situações que expressam formas médias de autocontenção nas duas cortes supremas examinadas. Inúmeros casos relevantes no desenvolvimento da jurisdição constitucional de ambos os tribunais contaram com esta forma de comportamento autorrestrito. Nestas hipóteses, como observado, os critérios de autocontenção foram acompanhados de elementos limitativos exógenos, seja de índole constitucional, seja de ordem legal.

Por outro lado, a prática de ambos os tribunais revela, tal como exposto no Capítulo III, item 4.2, o uso da presunção de constitucionalidade como mero artifício retórico quando, em realidade, o tribunal concorda com as opções valorativas do legislador. Esta utilização não autêntica da presunção de constitucionalidade, como visto,

se apresenta tanto no STF quanto na Suprema Corte, aproximando, assim, a praxe dos dois tribunais.

O exame dos casos que embasam os capítulos precedentes, porém, revela pontos de distanciamento entre STF e Suprema Corte no que toca à aplicação prática dos critérios de autocontenção.

Dos casos examinados nesta pesquisa constata-se, inicialmente, que o Supremo Tribunal Federal manifestou genuinamente sua autocontenção sobretudo sob a perspectiva processual. De outra parte, dentro do universo de casos analisados neste tribunal, a teoria das questões políticas e a presunção de constitucionalidade se aplicaram, na grande maioria dos casos, em conjunto com limites externamente impostos, na condição de reforço argumentativo (forma média) ou apenas significaram uma menção vazia à autocontenção a título de pseudocritério (forma fraca).

No âmbito da Suprema Corte, por sua vez, e tendo em conta o exame dos casos indicados nos capítulos anteriores, as manifestações autênticas (formas fortes) de autocontenção se apresentam sobretudo na doutrina das questões políticas e na presunção de constitucionalidade. As técnicas processuais daquele tribunal, de outra parte, se aplicam em conjunto com outros fatores normativos; ratificando, assim, a dupla fonte (constitucional e prudencial) da *ripeness*, *mootness* e *standing*, a teor do exposto no Capítulo IV, item 6.1.

2. Tendências da autocontenção: categoria em extinção?

Um importante debate doutrinário entre Richard Posner e Pamela Karlan, a propósito da presunção de constitucionalidade na Suprema Corte, dá ensejo à cogitação acerca do futuro da autocontenção. Cumpre, pois, expor tal debate, contextualizando-o, em seguida, com a análise que se desenvolve na presente pesquisa.

Analisando especificamente a presunção de constitucionalidade (ou, em suas palavras, o tipo ou modelo thayeriano de autocontenção), Richard Posner sustenta que a autocontenção judicial não mais subsiste, tanto no meio acadêmico quanto na prática judicial da Suprema Corte.

Do ponto de vista acadêmico, Richard Posner aponta que, em última análise, o modelo da deferência judicial prescreve que juízes chancelem leis que considerem inconstitucionais. Tal contradição fez com que a teoria da autocontenção (ao menos sob a perspectiva da presunção de constitucionalidade) perdesse espaço no debate acadêmico[700].

Da perspectiva da atuação prática da Suprema Corte, o autor salienta que a deferência judicial se extinguiu em função da estratégia adotada pela ala conservadora do tribunal após o fim da Corte Warren. Neste período, a Suprema Corte, segundo Posner, "promoveu uma importante expansão do direito constitucional, de matriz liberal, por meio de um exuberante ativismo judicial"[701]. A reação conservadora iniciada com a presidência do *Chief Justice* William Rehnquist, ao contrário do que se poderia imaginar, não superou de imediato os entendimentos liberais fixados no período anterior. Ao contrário, a nova composição conservadora, em um primeiro momento, preservou a jurisprudência que lhe precedia ao externar a sua deferência aos precedentes firmados, que, no mais das vezes, contrariavam a nova orientação predominante[702]. Paulatinamente, especialmente após as nomeações realizadas pelo presidente Ronald Reagan[703], é que as posições conservadoras foram sendo implementadas, substituindo, pouco a pouco, o ativismo liberal por um ativismo conservador[704].

Neste cenário, sustenta Richard Posner, subsiste um reduzido espaço de atuação para um juiz autocontido, eis que a preservação de precedentes com os quais se discorda "exigiria um grau de autoabnegação que não se pode realisticamente exigir dos *justices* da

---

[700] POSNER, Richard A. The Rise and Fall of Judicial Self-Restraint. *California Law Review*, Vol. 100, N. 3, p. 546, jun. 2012.

[701] POSNER, Richard A. The Rise and Fall of Judicial Self-Restraint. *California Law Review*, Vol. 100, N. 3, p. 546, jun. 2012. Adaptação livre deste autor. No original: "*Its* [modelo thayeriano de autocontenção] *judicial demise is attributable to the exuberant activism of the Warren Court, which in the 1950s and 1960s powered a major, left-leaning expansion of constitutional law.*".

[702] POSNER, Richard A. The Rise and Fall of Judicial Self-Restraint. *California Law Review*, Vol. 100, N. 3, p. 547, jun. 2012. Adaptação livre deste autor. No original: "*The conservative successors to the liberal Justices of the Warren Court were not about to embrace the ratchet theory of judicial restraint (urged, naturally, by liberals) that I mentioned earlier: unrestrained liberals expand constitutional rights; restrained conservatives preserve those rights by complying scmpulously with precedent in order to limit their own judicial discretion.*".

[703] Indicação do então *associate justice* William Rehnquist para presidir a corte, além das nomeações de Sandra Day O´Connor e Antonin Scalia.

[704] No mesmo sentido: KRAMER, Larry D. Judicial Supremacy and the End of Judicial Restraint. *California Law Review*, Vol. 100, N. 3, p. 622, jun. 2012.

Suprema Corte"[705]. Segundo o autor, o que se pode esperar em momentos de transição como este é uma onda sucessiva de ativismos, e nunca de autocontenção[706].

Com base neste diagnóstico e no exame das mudanças pelas quais passou a estrutura da Suprema Corte e da alteração do perfil das indicações a ela realizadas[707], Richard Posner conclui que o argumento thayeriano da autocontenção judicial morreu.

Este diagnóstico é controvertido por Pamela Karlan[708]. A autora observa que, em realidade, as cortes evitam admitir que decidem com base em um modelo de autocontenção, apesar de esta parecer ser uma qualidade a ser enaltecida[709]. Isto ocorreria porque, atualmente, a Suprema Corte já não teria mais receio do descumprimento de suas decisões[710]. Hodiernamente, o papel central da jurisdição constitucional da Suprema Corte a torna protagonista dos processos de mudança social, ao contrário do que se observava no século XIX, quando o tribunal ainda duvidava da sua própria capacidade de condicionar a

---

[705] POSNER, Richard A. The Rise and Fall of Judicial Self-Restraint. *California Law Review*, Vol. 100, N. 3, p. 547, jun. 2012. Tradução livre deste autor. No original: "*would require a degree of self-abnegation that could not realistically be expected of Supreme Court Justices.*".

[706] POSNER, Richard A. The Rise and Fall of Judicial Self-Restraint. *California Law Review*, Vol. 100, N. 3, p. 547-548, jun. 2012. Adaptação livre deste autor. No original: "*What one can expect, however, as shown in Lee Epstein and William Landes's Essay, is a transition period between successive waves of activism. The optimal strategy for a new majority may be an initial period of restraint. intended to bolster claims that the old majority was recklessly activist, followed by a period of activism intended to erase and then replace the activist jurisprudence of the old majority.*".

[707] Richard Posner observa que "o aumento na qualidade e quantidade do *staff* da Suprema Corte (especialmente os *clerks*) nos anos recentes, aliado às nomeações sobretudo de juízes de carreira e à redução do número de casos que a Corte analisa, permitiu à composição atual produzir votos com mais elementos de técnica jurídica do que em períodos anteriores." POSNER, Richard A. The Rise and Fall of Judicial Self-Restraint. *California Law Review*, Vol. 100, N. 3, p. 548, jun. 2012. Tradução livre deste autor. No original: "*The increase in the quality and quantity of the Supreme Court's staff (mainly law clerks) in recent decades, combined with the appointment to the Court mainly of former judges, and the steep reduction in the number of cases that the Court hears, has enabled the modem Court to produce opinions that have a glossier patina of legal scholarship than the opinions of their predecessors.*". Este maior tecnicismo, em suma, não permitiria, e.g., que votos divergentes na contemporaneidade estejam fundados unicamente no argumento de que "homens razoáveis podem ter opiniões diferentes acerca da legitimidade da lei". Aliás, lembrando o voto vencido do *justice* Holmes em *Lochner*, Posner registrou que "como a maioria em *Lochner* não se baseva em nenhuma teoria, Holmes não precisou (e sequer se proporia a) delinear uma outra teoria" (idem, p. 549-550. Tradução livre deste autor. No original: "*Since the majority opinion in* Lochner *was theory-free, Holmes had no need (and also no taste) to adumbrate a competing theory.*".

[708] KARLAN, Pamela S. The Transformation of Judicial Self-Restraint. *California Law Review*, Vol. 100, N. 3, p. 607-620, jun. 2012.

[709] KARLAN, Pamela S. The Transformation of Judicial Self-Restraint. *California Law Review*, Vol. 100, N. 3, p. 617, jun. 2012.

[710] KARLAN, Pamela S. The Transformation of Judicial Self-Restraint. *California Law Review*, Vol. 100, N. 3, p. 617, jun. 2012. Eis o excerto original: "*Today, by contrast, courts have few doubts that their injunctions will be followed, largely as a result of the structural reform litigation that followed from* Brown v. Board of Education *and related cases.*".

atuação dos poderes políticos. Pamela Karlan recorda, neste particular, a decisão em *Giles v. Haris* (examinada no Capítulo II, item 3.5 desta pesquisa), sustentando que a teoria das questões políticas foi ali invocada, timidamente, como fundamento para manter o *status quo* na divisão dos distritos eleitorais do estado do Alabama, dado que a corte não se julgava capaz de fazer valer eventual decisão sua que alterasse a subrepresentação política da população negra naquele estado[711].

Pamela Karlan aduz, assim, que a autocontenção judicial (ao menos no modelo de deferência judicial) não está em extinção, apenas se transformou em virtude do poder político de que passou a desfrutar a Suprema Corte. Como resultado, tal como anota a autora,

> juízes, assim como juristas em geral, reconhecem que para cada violação de um direito individual, há um remédio a ser concedido judicialmente. A aplicação pura e simples da deferência judicial forçaria juízes a admitirem – para o mundo e para eles mesmos – a existência de uma solução de continuidade nos provimentos jurisdicionais, ainda que em causas justiciáveis. É muito mais provável que juízes conformem o direito à luz dos remédios que eles desejam conceder no caso do que deixem uma lacuna.[712]

Para Pamela Karlan, portanto, a deferência judicial operaria apenas no íntimo dos julgadores: ao cabo do processo interno de reflexão, uma vez permanecida a dúvida acerca da constitucionalidade de uma lei, os juízes, atualmente, tenderiam a articular as razões pelas quais o ato questionado é constitucional, ao invés de afirmar que ele não é claramente inconstitucional[713]. A presunção de constitucionalidade, assim, sobreviveria no "*underground*, como um produto de regras institucionais de restrição, e não como produto

---

[711] KARLAN, Pamela S. The Transformation of Judicial Self-Restraint. *California Law Review*, Vol. 100, N. 3, p. 617, jun. 2012.

[712] KARLAN, Pamela S. The Transformation of Judicial Self-Restraint. *California Law Review*, Vol. 100, N. 3, p. 618, jun. 2012. Tradução livre deste autor. No original: "*As a result, judges, like lawyers generally, assume that for every violation of an individual right there is a remedy – and usually a judicially available remedy at that. Candid application of type (3) judicial restraint would force judges to admit – to the world and to themselves –a right-remedy gap even within justiciable claims. Judges are far more likely to conform the right to the remedies they are willing to order than to leave an overt gap.*".

[713] KARLAN, Pamela S. The Transformation of Judicial Self-Restraint. *California Law Review*, Vol. 100, N. 3, p. 618, jun. 2012. Adaptação livre deste autor. No original: "*Put another way, a judge who was inclined toward type (3) judicial restraint might reason internally that because she was not certain about the unconstitutionality of a legislative or executive act, she should vote to uphold it. But once she has reached that conclusion, she will likely articulate her decision quite differently, by declaring that the challenged act was constitutional, rather than 'not clearly unconstitutional.'*".

da autocontenção interna, psicológica, de um específico juiz"[714]. Pamela Karlan argumenta que a autolimitação judicial não caracteriza um traço particular de cada *justice*[715]; deveria ela ser compreendida como um atributo sistêmico, eis que o controle de constitucionalidade é conduzido em grande medida por cortes inferiores, de modo que a deferência a estes julgamentos pela Suprema Corte acaba traduzindo uma forma mais significativa de autocontenção[716].

As visões opostas acima delineadas indicam ser prematuro decretar-se o fim da autorrestrição judicial na jurisdição constitucional dos dois tribunais analisados, além de merecerem algumas considerações críticas à luz da pesquisa realizada até aqui.

Uma primeira ponderação que cabe ser feita diz respeito à atualidade do debate acerca da autocontenção judicial, em todos os seus critérios. Não se mostra mesmo lícito afirmar a extinção desta categoria em face da sua ampla repercussão acadêmica e midiática nos dias de hoje, seja no Brasil, seja nos Estados Unidos. Não fosse assim, não haveria a relevante produção doutrinária que se pode observar sobre o assunto atualmente[717], assim

---

[714] KARLAN, Pamela S. The Transformation of Judicial Self-Restraint. *California Law Review*, Vol. 100, N. 3, p. 618, jun. 2012. Tradução livre deste autor. No original: "*Type (3) restraint thus survives underground, as a product of institutional restraining rules rather than an individual judge's internal, psychological self-restraint.*".

[715] Criticando, neste ponto, o artigo de Richard Posner, que analisa a evolução da autocontenção a partir de pronunciamentos de alguns de seus principais expoentes – Oliver Wendell Holmes, Louis Brandeis, Felix Frankfurter e Alexander Bickel.

[716] KARLAN, Pamela S. The Transformation of Judicial Self-Restraint. *California Law Review*, Vol. 100, N. 3, p. 611, jun. 2012. Adaptação livre deste autor. No original: "*Judge Posner's primary focus on Supreme Court Justices (with a short detour to discuss Judges Clifford Wallace and J. Harvie Wilkinson) obscures the fact that most judicial review is conducted by lower court judges to whom these forms of institutionalized self-restraint may be more significant.*".

[717] No âmbito da produção doutrinária norte-americana, confira-se, exemplificadamente: DIEDRICH, Joseph S. Article III, judicial restraint, and this Supreme Court. *SMU Law Review*, Vol. 72, p. 235-276, 2019; JUDGE, Kathryn. Judges and Judgment: In Praise of Instigators. *University of Chicago Law Review*, Vol. 86, p. 01-15, 2019; BATES, Ed. Activism and self-restraint: the margin of appreciation's strasbourg career... Its "coming of age"? *Human Rights Law Journal*, Vol. 36, N. 7-12, p. 261-276, 2016; CACHALIA, Firoz. Judicial review of parliamentary rulemaking: provisional case for restraint. *New York Law School Law Review*, Vol. 60, p. 379-408, 2015; DIXON, Rosalind. The forms, functions, and varieties of weak(ened) judicial review. *I•CON*, Vol. 17, N. 3, p. 904–930, 2019. Já no que se refere aos estudos acadêmicos nacionais, veja-se, e.g.: CAMARGO, Gerson Ziebarth. Aspectos doutrinários favoráveis e desfavoráveis ao ativismo e à autocontenção judicial. *Revista de Ciências Jurídicas e Sociais da UNIPAR*, V. 19, n. 2, p. 233-264, 2016; SANTOS, Pedro Felipe de Oliveira. Beyond minimalism and usurpation: Designing judicial review to control the mis-enforcement of socio-economic rights. *Washington University Global Studies Law Review*, Vol. 18, N. 3, p. 493-558, 2019; BATISTA, Fernando Natal. A Constituição como fonte de poder: breves apontamentos sobre o controle judicial da atividade política pela jurisdição constitucional. *Revista Direito Mackenzie*, V. 11, N. 2, p. 209-227, 2017; PONTES, Juliana de Brito; NETO, José Mário Wanderley Gomes; TEIXEIRA, João Paulo Fernandes de Souza Allain. Autocontenção no Judiciário Brasileiro: uma Análise das Relações Estratégicas entre os Poderes Constituídos do Estado. *Revista Opinião Jurídica*,

como não seria a autorrestrição judicial pauta relevante no debate político como um todo[718].

E, sob este panorama, a aplicação da autocontenção pelas duas cortes supremas examinadas se mostra presente e atual, ainda que sob o rótulo de pseudocritérios (Capítulos II, item 4, Capítulo III, item 4.2 e Capítulo IV, itens 5 e 6). Tais formas *impróprias* deste comportamento judicial não apagam, por óbvio, a sua existência, reforçando, ao contrário, o interesse científico em desvelar os modos pelos quais é aplicado pela jurisdição constitucional.

É bem verdade que os critérios materiais (questões políticas e presunção de constitucionalidade – este último objeto específico do embate entre Richard Posner e Pamela Karlan) veiculam mais facilmente hipóteses *impróprias* de autocontenção (formas médias e fracas), enquanto que os critérios processuais facilitam a manifestação de formas fortes ou puras de autolimitação judicial. Por este ângulo, é de se reconhecer que a tendência atual da autocontenção é se manifestar de modo mais claro e inequívoco na

---

Fortaleza, Aano 15, N. 20, p.138-159, jan./jun. 2017; LIMA, Flavia Danielle Santiago; OLIVEIRA, Tassiana Moura de. Quem Impõe Limites às Reformas Previdenciárias? O STF como protetor do orçamento público. *Revista da AGU*, Brasília-DF, Vol. 16, N. 04, p. 193-218, out./dez. 2017; OLIVEIRA, Antonio Francisco Gomes de. *Jurisdição Constitucional: Diálogos Institucionais como Terceira Via entre o Ativismo e a Autocontenção judicial*. Curitiba: Juruá Editora, 2016; KOERNER, Andrei. O ativismo judicial como problema intelectual e político nos Estados Unidos: uma análise crítica. *Lua Nova*, São Paulo, Vol. 99, p. 233-255, 2016.

[718] A fim de brevemente ilustrar como o tema da autocontenção judicial tem ocupado espaço no debate social afeto à atividade judicial e sua interface com a política, veja-se os seguintes recentes editoriais jornalísticos: PRIMUS, Richard. If We Adjust to Trumpism, the Republic Is Lost. What I mean when I say I'm in the resistance. *The Atlantic*, Boston, 20.11.2019. Disponível em: https://www.theatlantic.com/ideas/archive/2019/11/what-it-means-be-part-resistance/602302/. Acesso em 05 dez.2019; TALBOT, Margaret. Is the Supreme Court's Fate in Elena Kagan's Hands? *The New Yorker*, New York, 11.11.2019. Disponível em: https://www.newyorker.com/magazine/2019/11/18/is-the-supreme-courts-fate-in-elena-kagans-hands. Acesso em 05 dez. 2019; THE WALL STREET JOURNAL. The Supreme Court's Textualism Test. *Editorial Board*. New York, 21.11.2019, Disponível em: https://www.wsj.com/articles/the-supreme-courts-textualism-test-11574382080. Acesso em 05 dez. 2019; ISTO É. Crescem ações movidas por partidos políticos no Supremo, *Isto É*, São Paulo, 09.11.2019. Disponível em: https://www.istoedinheiro.com.br/crescem-acoes-movidas-por-partidos-politicos-no-supremo/. Acesso em 05 dez. 2019; MENEZES, Mauro de Azevedo. A degeneração ética de um herói, *Folha de São Paulo*, São Paulo, 29.07.2019, Disponível em: https://www1.folha.uol.com.br/opiniao/2019/07/a-degeneracao-etica-de-um-heroi.shtml?origin=folha. Acesso em 05 dez. 2019; ALMEIDA, Eloísa Machado de. Decisão de restringir prerrogativa deixa lista infindável de dúvidas e será questionada. Folha de São Paulo, São Paulo, 05 mai. 2018. Poder, p. A4 e BARROSO, Luís Roberto. 'Operação Abafa' tenta barrar avanços do STF, escreve Barroso. São Paulo: Folha de São Paulo - Ilustríssima. Disponível em: < https://www1.folha.uol.com.br/ilustrissima/2018/02/em-artigo-ministro-do-supremo-rebate-criticas-feitas-ao-tribunal.shtml> . Acesso em: 29 dez. 2019; DIAS, Marina. Toffoli cita problemas de juízes na política e defende autocontenção do Judiciário. *Folha de São Paulo* – Poder – 14.05.2019. Disponível em: < https://www1.folha.uol.com.br/poder/2019/05/toffoli-cita-problemas-de-juizes-na-politica-e-defende-autocontencao-do-judiciario.shtml>. Acesso em 30 dez. 2019.

esfera processual. Isto, porém, não significa, como propõe Richard Posner, o fim da presunção de constitucional e – cabe acrescentar – tampouco das questões políticas.

A propósito, o filtro do *certiorari* de que se vale a Suprema Corte indica que nem sempre se mostra necessário reiterar a aplicação das questões políticas ou da presunção de constitucionalidade porque a incidência destes critérios sobre inúmeras situações concretas já se tornou consolidada na praxe judicial.

Sob este enfoque, de fato, a denegação do *certiorari* significa, pragmaticamente, a manutenção do julgado *a quo*, ao passo que a sua concessão sinaliza relevância suficiente da matéria capaz de alterar a decisão recorrida. Assim, naturalmente, não são concedidos *certioraris* àqueles temas em relação aos quais já se cristalizou a incidência de algum critério de autolimitação judicial. Basta imaginar um assunto já amplamente decidido como ostentando caráter político ou sobre qual haja reiterados pronunciamentos determinando seja observada a presumida constitucionalidade das opções do Legislativo. Nestas situações, não há espaço para nova manifestação da Suprema Corte, o que não signfica a extinção destes critérios de autocontenção. Ao contrário, revelam estas hipóteses que aplicações pacíficas e consolidadas de critérios de autocontenção não justificam a reanálise pela Suprema Corte.

Este cenário demonstra, pois, que a resolução de casos com base em critérios de autocontenção pode estar suficientemente introjetada na praxe judicial, mostrando-se desnecessária a reforma de decisões de cortes inferiores[719]. Revela-se, assim, que os critérios de autocontenção podem passar por um processo natural de consolidação na jurisprudência, de modo que, ao manter decisões inferiores que reiteram tais entendimentos

[719] Adrian Vermeule, de uma perspectiva institucional, aduz: "em muitos domínios as realidades do governo moderno asseguram que a autoridade do Congresso de decidir questões constitucionais é efetivamente primordial. (...) Não é surpreendente que a Suprema Corte, por sua conta, deixou de exercer o controle de constitucionalidade sobre a maioria das decisões do Congresso" (VERMEULE, Adrian. *Judging under uncertainty: an institutional theory of legal interpretation*. Cambridge: Harvard University Press, 2006, p. 268. Tradução livre deste autor. No original: "*in many domains the realities of modern government ensure that Congress´s authority to decide constitutional questions is effectively paramount. (...) So it is unsurprising that the Supreme Court has itself retreated from judicial review of most congressional decisions.*"). Vermeule arrola, a propósito, uma série de temas que, em função da jurisprudência da Suprema Corte, já se encontrariam imunes da apreciação judicial, seja por força de critérios processuais de autocontenção, seja por força da teoria das questões políticas. Dentre eles, destaca-se a validade do procedimento de emendas à Constituição, a regulação econômica e social, investimentos no bem-estar social, delegação de poderes normativos às agências executivas, garantia da cláusula do governo republicano, *impeachments*, etc. Cuida-se, em realidade, de relevantes porções do texto constitucional cuja disciplina estaria integralmente relegada aos órgãos políticos e, por consequência, já não mais estariam subordinadas ao controle de constitucionalidade. Sobre esta temática, vide também: KOMESAR, Neil K. *Imperfect alternatives: choosing institutions in law, economics, and public policy*. University of Chicago Press, 1994.

(por meio da negativa de *certiorari*), a Suprema Corte simplesmente reconhece não ser necessário reformá-las. Como se pode perceber, isto não significa que a autocontenção se extinguiu ou, como sustenta Pamela Karlan, esteja ela unicamente na esfera íntima dos juízes constitucionais.

Sem prejuizo desta constatação, é de se ratificar, por outro lado, o perfil individualista com que se manifesta a autocontenção, conforme sugerido por Richard Posner[720]. Tal circunstância, como exposto no item 1.2 supra, se revela especialmente evidente na prática do Supremo Tribunal Federal. E, ao contrário da breve – e pouco desenvolvida – menção ao perfil institucional de autocontenção, como proposto por Pamela Karlan[721], a pesquisa jurisprudencial que lastreia esta investigação não indicou a deferência a tribunais inferiores como critério declarado de autorrestrição judicial.

Por fim, no que toca especificamente à presunção de constitucionalidade, o exame levado a efeito no Capítulo III contraria a percepção de Pamela Karlan: para além das manifestações genuínas (formas fortes), em muitas ocasiões este critério é explicitamente invocado apenas como mecanismo retórico, pois o que se verifica em realidade é a concordância do julgador com a lei atacada. Está longe, portanto, de operar no *underground*; ao contrário, posturas judiciais deferentes emergem do íntimo dos julgadores para serem positivadas nas decisões com este específico propósito. Como já há algum tempo registrou John P. Roche, apenas um juiz "desastrado" não conseguiria adaptar a Constituição a um "fim específico"[722]. Mesmo diante de todas as circunstâncias favoráveis à submersão da presunção de constitucionalidade, ela segue sendo expressamente invocada em decisões da jurisdição constitucional. Como denuncia a prática do STF e da Suprema Corte, seu fim – assim como o dos demais critérios – parece apenas um risco longínquo.

---

[720] POSNER, Richard A. The Rise and Fall of Judicial Self-Restraint. *California Law Review*, Vol. 100, N. 3, p. 519-556, jun. 2012.

[721] KARLAN, Pamela S. The Transformation of Judicial Self-Restraint. *California Law Review*, Vol. 100, N. 3, p. 611, jun. 2012.

[722] ROCHE, John P. Judicial Self-Restraint. The American Political Science Review, Vol. 49, N. 3, p. 763-764, 1955. Eis o excerto original: "*In theory, they* [juízes] *are limited by the Constitution and the jurisdiction it confers, but, in practice, it would be a clumsy judge indeed who could not, by a little skilful exegesis, adapt the Constitution to a necessary end.(...) Thus it is naive to assert that the Supreme Court is limited by the Constitution, and we must turn elsewhere for the sources of judicial restraint. The great power exercised by the Court has carried with it great risks, so it is not surprising that American political history has been sprinkled with demands that the judiciary be emasculated.*".

Ao contrário, o cotejo detido da aplicação de seus critérios permite vislumbrar-se a existência de novas tipologias da autocontenção judicial.

3. Novas tipologias da autocontenção judicial

3.1 Autocontenção própria e imprópria

Os subsídios colhidos até aqui permitem asseverar que, sob o enfoque conceitual, a autocontenção apresenta variados graus conforme a sua *pureza*. Avalia-se, sob esta perspectiva, o peso que ostentam nas decisões da justiça constitucional. Por vezes, apresenta-se ela como mecanismo autêntico de autolimitação da jurisdição constitucional, ocasiões que cabem ser rotuladas de formas fortes de sua expressão. Em outras oportunidades, figura ela ao lado de restrições normativamente impostas, denotando força média (ou híbrida) quanto à sua pureza. E, ainda, situações há em que a menção ao autocomedimento apenas oculta as reais circunstâncias (exógenas) da atuação da jurisdição constitucional. Fala-se, então, em pseudoautocontenção, que denota usos não genuínos de algum critério, isto é, a aplicação de uma forma fraca da categoria em estudo.

Desta maneira, formas médias e fracas dos critérios declarados de autocontenção constituem modos impróprios da categoria analisada neste trabalho. Em comum, reunem elas alguma impureza: ou são "contaminadas" pela aplicação concomitante de elementos normativos (formas médias), ou traduzem meros pseudocritérios (formas fracas).

Há, pois, um importante campo de aplicação de formas híbridas ou impuras de autocontenção. Em realidade, como decorre da pesquisa realizada, a autocontenção judicial se apresenta, em muitas relevantes situações, sob formas impróprias.

3.2 Autocontenção individual e institucional

A partir dos diferentes perfis que a autocontenção pode assumir, como evidenciado no item 1 deste Capítulo, cabe distinguir a autocontenção enquanto opção individual de um determinado julgador ou enquanto postura coletivamente adotada pelo órgão incumbido da jurisdição constitucional.

A análise dos casos que embasaram os capítulos anteriores salientou o perfil essencialmente individual que a autocontenção pode assumir no Supremo Tribunal Federal, na medida em que seus critérios definidores tendem a ser externados em votos isolados a título de reforço argumentativo utilizado apenas por alguns ministros. A forma de produção das decisões colegiadas do STF, como salientando, contribui para que os critérios de autocontenção sejam veiculados como argumentos adicionais apenas em alguns votos que compõem determinado julgado.

Já no âmbito da Suprema Corte, restou evidenciado que os critérios de autocontenção são alçados a argumento central nos debates com uma frequência maior do que se pode observar no STF. A metodologia de trabalho da corte, tal qual registrado, propicia decisões mais uniformes no que toca aos fundamentos adotados. Isto faz com que a autocontenção, por seus variados critérios, tenda a ser motivo determinante de um número mais expressivo de julgados.

Naturalmente, não se exclui também na jurisdição constitucional norte-americana a invocação dos critérios de autocontenção em votos isolados – concorrentes ou divergentes – o que ratifica o perfil dual que podem assumir os critérios de autocontenção nas decisões em que externados.

Este contexto indica ser lícito delimitar dois perfis da autocontenção, no tocante ao peso que ela pode representar nas decisões da justiça constitucional: de um lado (i) como ferramenta individual de reforço argumentativo – autocontenção de perfil individual e, de outro, (ii) enquanto razão fundante das decisões ou argumento central compartilhado pela maioria – autocontenção de perfil institucional[723].

[723] Vale observar que Pamela Karlan menciona brevemente a expressão "autocontenção institucional", sem tecer maiores considerações a respeito (The Transformation of Judicial Self-Restraint. *California Law Review*, Vol. 100, N. 3, p. 618, jun. 2012). O sentido por ela empregado, no entanto, se refere à deferência que cortes superiores devam ter em relação aos julgados de cortes inferiores, como frisado no item 2 deste

3.3 Autocontenção minimalista, não minimalista e passivista

A noção de minimalismo judicial, como registrado no Capítulo I, indica uma teoria decisória que prescreve estreiteza (no âmbito da decisão) e superficialidade (na fundamentação) ao se desempenhar a jurisdição constitucional[724]. Tal teoria parte do pressuposto de que juízes reconhecem certas limitações institucionais do Judiciário para decidir causas complexas, o que os motiva a agir de algum modo compatível com tais dificuldades institucionais. A teoria decisória proposta pelo minimalismo, em suma, representa um exercício de humildade judicial diante deste delicado contexto. E, sob esta perspectiva, se assentou que tais preocupações de cunho minimalista podem constituir causa para a criação dos critérios de autocontenção objeto da presente investigação[725].

Em suma, o minimalismo diz respeito aos fundamentos a partir dos quais podem ser erigidos mecanismos de autorrestrição judicial. E, como se ressaltou anteriormente[726], os critérios de autocontenção objetivamente criados e aplicados pela jurisdição constitucional não se confundem com os incontáveis e abstratos motivos que, intimamente, podem animar juízes a forjarem e aplicarem tais ferramentas. Os critérios de autocontenção, como elucidado ao longo deste trabalho, possuem cunho eminentemente prático; razões e motivos de ordem subjetiva, de outra parte, remanescem como fundamentos psíquicos para as mais variadas atitudes judiciais.

Diante deste panorama, pode-se agrupar, tendo em conta a sua causa, duas grandes categorias de comportamentos judiciais autocontidos: aqueles fundados em motivos de ordem minimalista e aqueles assentados em razões outras.

Com efeito, caso a aplicação de algum critério de autocontenção esteja fundada em preocupações afetas às limitações institucionais do Poder Judiciário de lidar com

---

Capítulo. Daí porque – havendo uma relação entre dois ou mais tribunais – aduz a autora que a autocontenção possuiria um traço institucional. Não pretendeu ela, com essa singela nota, distinguir, como se almeja nesta oportunidade, os pesos com que os variados critérios de autocontenção podem ser utilizados pela jurisdição constitucional.

[724] Cf. SUNSTEIN, Cass R. *One case at a time: judicial minimalism on the Supreme Court*. Cambridge: Harvard University Press, 2001 e exame realizado no Capítulo I desta tese.

[725] Vide Capítulo I, item 3.2

[726] Conforme Capítulo I, item 2.

determinados tipos de demandas, será possível falar-se em autocontenção de matriz minimalista: a origem da postura autocomedida expressada por algum de seus critérios, neste caso, decorre da mesma razão subjetiva que inspira a teoria minimalista. De outro lado, sendo outros os fundamentos íntimos para a aplicação de algum dos critérios tratados nesta pesquisa, ter-se-á autocontenção de perfil não minimalista.

A distinção, como se pode perceber, reside na origem da opção pelo autocomedimento. De se ressalvar, naturalmente, as dificuldades em se identificar, precisamente, as razões íntimas que motivam juízes a pautarem sua conduta pela autorrestrição. Este tema, inclusive, refoge ao escopo deste trabalho[727]. De todo modo, ao menos em abstrato, é cabível distinguir a autocontenção minimalista da não minimalista identificando, assim, diferentes grupos de motivos ensejadores da postura judicial autolimitada.

De outra parte, encarada a questão sob a perspectiva da teoria decisória suscitada pelo minimalismo, tem-se que os critérios de autocontenção podem ou não ser aplicados mediante as técnicas de estreiteza e superficialidade. Há, neste contexto, uma opção pelo autocomedimento que pode ser, adicionalmente, caracterizada por alguma das técnicas minimalistas. A autocontenção, assim, figuraria como substantivo ao qual se podem agregar os predicados minimalistas – decisão autocontida estreita e/ou superficial[728].

Tal pode ser elucidado pelo voto do *justice* Stevens em *Citizens United v. Federal Election Commission*[729] (concorrente em parte e divergente em parte com relação à maioria formada). Cuida-se de relevante decisão da Suprema Corte afeta à disciplina eleitoral norte-americana, em que se declarou a inconstitucionalidade da legislação federal que proibia o financiamento de campanhas eleitorais por empresas, sindicatos ou outros entes coletivos[730].

---

[727] Tal como se expôs na Introdução desta tese.

[728] No âmbito da produção doutrinária nacional, a propósito, Sergio Fernando Moro anota que "também favorece a autocontenção a aplicação de técnica minimalista de decisão, buscando-se resultado apenas para o caso que se apresenta e evitando-se a formulação judicial de princípios ou regras amplas" (*Jurisdição Constitucional como Democracia*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004, p. 206).

[729] 558 U.S. 310 (2010).

[730] Para os fins desta investigação, mostra-se relevante unicamente a forma com que a postura autocontida do voto concorrente em parte e divergente em parte do *justice* Stevens se valeu de recursos do minimalismo judicial ao se pronunciar sobre a constitucionalidade da lei. Sobre a repercussão da decisão em *Citizens United* como um todo no sistema eleitoral e sua importância na jurisdição constitucional da Suprema Corte,

Este voto minoritário – acompanhado pelas *justices* Ginsburg e Sotomayor e pelo *justice* Breyer – pronunciou a constitucionalidade da lei federal que proibia empresas e sindicatos de financiar produções que expressamente se colocavam a favor ou contra um determinado candidato. Lembrando que a decisão em *Ashwander v. Tennessee Valley Authority*[731] arrolou as regras estabelecidas pela própria corte "para sua própria governança", o voto do *justice* Stevens prescreveu que uma abordagem estreita ao decidir o caso teria sido mais adequada. Este voto vencido aduziu, assim, que não se mostrava necessário enfrentar as questões constitucionais suscitadas, eis que o caso poderia ser resolvido mediante, unicamente, a interpretação dos dispositivos legais pertinentes[732].

Adotando a estreiteza preconizada pelo minimalismo judicial, o voto em questão salientou que o tribunal deveria reconhecer que o Congresso certamente tem mais sabedoria e experiência do que o Judiciário em matéria de regulação eleitoral[733], até porque "muitos de nossos precedentes sobre financiamento de campanhas expressa e compulsoriamente afirmam a correição desta deferência à presunção"[734]. Ademais, segundo observou o voto em análise, "a deferência judicial é particularmente desejada nas situações em que, como esta, a corte lida com juízo valorativo do Congresso que se manteve essencialmente preservado ao longo de um século"[735].

---

confira-se, e.g.: HASEN, Richard L. "Citizens United" and the illusion of coherence. *Michigan Law Review*, Vol. 109, N. 4, p. 581-623, 2011; ANDRE, Steven J. The Transformation of Freedom of Speech: Unsnarling the Twisted Roots of Citizens United v. FEC. *John Marshall Law Review*, Vol. 44, N. 1, p. 69-128, 2010; GILPATRICK, Breanne. Removing Corporate Campaign Finance Restrictions in *Citizens United v. Federal Election Commission*, 130 S. Ct. 876 (2010). *Harvard Journal of Law & Public Policy*, Vol 34, N. 1, p. 405-420, 2011 e TRIBE, Laurence H. Diving Citizens United: The Case v. the Controversy. *Constitutional Commentary*, Vol. 30, N. 2, p. 463-494, 2015.

[731] 297 U. S. 288, 346 (1936).

[732] Assentou-se, neste particular, que a Corte poderia ter se limitado a apreciar se um filme de longa metragem exibido *on-demand* configuraria ou não, sob a legislação discutida, um instrumento eleitoral.

[733] *Citizens United v. Federal Election Commission*, 558 U.S. 310 (2010). Adaptação livre deste autor. No original: "*In my view, we should instead start by acknowledging that 'Congress surely has both wisdom and experience in these matters that is far superior to ours.'* Colorado Republican Federal Campaign Comm. v. FEC, *518 U. S. 604, 650 (1996) (Stevens, J., dissenting).*".

[734] *Citizens United v. Federal Election Commission*, 558 U.S. 310 (2010). Tradução livre deste autor. No original: "*Many of our campaign finance precedents explicitly and forcefully affirm the propriety of such presumptive deference. See, e.g.,* McConnell, *540 U. S., at 158;* Beaumont, *539 U. S., at 155–156;* NRWC, *459 U. S., at 209–210*".

[735] *Citizens United v. Federal Election Commission*, 558 U.S. 310 (2010). Tradução livre deste autor. No original: "*Moreover, '[j]udicial deference is particularly warranted where, as here, we deal with a congressional judgment that has remained essentially unchanged throughout a century of careful legislative adjustment.*' Beaumont, *539 U. S., at 162, n. 9*".

Importa destacar, no entanto, que as técnicas minimalistas não são condições necessárias da autocontenção judicial. A aplicação de um determinado critério de autocontenção independe de estreiteza e superficialidade da respectiva decisão. Conquanto tais técnicas minimalistas possam ser úteis na operacionalização, e.g., da doutrina das questões políticas ou da presunção de constitucionalidade, estes critérios de autocontenção não reclamam, como condição essencial, os predicados da estreiteza e superficialidade, a teor da descrição dos casos que embasam a presente pesquisa.

Por fim, à luz da noção de passivismo judicial exposta no item 3.3 do Capítulo I, identifica-se, em determinadas situações, a ocorrência da autocontenção passivista. De fato, representando o passivismo judicial a autocontenção em demasia, ou seja, uma forma exagerada do comportamento judicial autorrestrito, cabe divisar situações em que os critérios de autocontenção são aplicados para além da dose adequada. Nestas condições, cabível categorizar a autocontenção como passivista, na medida em que assim configuraria uma "forma extremada de autorrestrição judicial"[736]. Cuida-se de hipóteses em que a autocontenção é levada a um grau mais elevado, podendo, inclusive, propiciar efeitos institucionais indesejados. É o que se elucidará abaixo.

4. Os efeitos dos critérios de autocontenção: aperfeiçoamentos e desvirtuamentos institucionais

4.1 Autocontenção e pluralismo político

Em seu voto concorrente em *United States v. Richardson*[737], o *justice* Stevens assinalou que "repetidos confrontos" entre juízes vitalícios e poderes democraticamente compostos "não é, no longo prazo, benéfico a nenhum deles". Isto porque, acentuava o seu alerta aos demais integrantes da Suprema Corte, "a confiança pública – essencial aos juízes

[736] Cf. Capítulo I, item 3.3 e BASSHAM, Gregory. Freedom's Politics: A Review Essay of Ronald Dworkin's Freedom's Law: The Moral Reading of the American Constitution. *Notre Dame Law Review*, Vol 72, p. 1.241, 2014. Tradução livre deste autor. No original: "*an extreme form of judicial restraint*".

[737] 418 U.S. 166 (1974).

– e a vitalidade – crucial aos demais poderes – podem erodir se nós não exercermos a autocontenção judicial ao utilizar a nossa prerrogativa de rechaçar as ações dos outros poderes"[738]. J. Clifford Wallace, por sua vez, registrou que "os valores subjacentes à contenção judicial não são aqueles de um partido político em particular ou de alguma ideologia; são, ao contrário, os valores da liberdade, da democracia, da previsibilidade, uniformidade e modéstia judicial"[739].

A análise das situações que indiciam a aplicação dos variados critérios de autocontenção demonstra que a opção pelo autocomedimento pode propiciar efeitos virtuosos no que toca ao balanço entre os poderes, prestigiando, em última análise, a indispensável pluralidade que deve permear o seio social como um todo.

Não obstante a "ampliação do campo constitucional", disciplinando temas econômicos e sociais[740] e o advento do dirigismo constitucional na dogmática moderna[741], a pluralidade política ainda constitui pilar essencial do constitucionalismo. Enfocando-se apenas os dois ordenamentos constitucionais objeto deste estudo, tem-se que, no cenário norte-americano, a busca pela garantia da pluralidade motivou os colonos britânicos na América do Norte a declararem a sua independência, remontando este ideário à gênese da federação estadunidense[742], cuja estrutura, por isso mesmo, "foi baseada no pluralismo e

---

[738] *United States v. Richardson*, 418 U.S. 166 (1974). Tradução livre deste autor. No original: "*Repeated and essentially head-on confrontations between the life-tenured branch and the representative branches of government will not, in the long run, be beneficial to either. The public confidence essential to the former and the vitality critical to the latter may well erode if we do not exercise self-restraint in the utilization of our power to negative the actions of the other branches*.".

[739] WALLACE, J. Clifford. The Jurisprudence of Judicial Restraint: A Return to the Moorings. *The George Washington Law Review*, vol 50. n. 1, p. 14, 1981. "*The underlying values of judicial restraint are not those of any particular political party or ideology, but rather are the values of liberty, democracy, predictability, uniformity, and judicial economy*.".

[740] Cf. LEAL, Roger Stiefelmann. *O Efeito Vinculante na Jurisdição Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 78 e SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 33ª ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 43-45.

[741] Cf. CANOTILHO, J. J. Gomes. *Constituição dirigente e vinculação do legislador: contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas*. 2ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2001 e STRECK, Lenio Luiz. Jurisdição Constitucional e Hermenêutica: Perspectivas e Possibilidades de Concretização dos Direitos Fundamentais Sociais no Brasil. *Novos Estudos Jurídicos*, Vol 8, N. 2, p. 257-301, 2003.

[742] Cf. ESKRIDGE, William N. Jr. Pluralism and Distrust: How Courts Can Support Democracy by Lowering the Stakes of Politics, *Yale Law Journal*, Vol. 114, N. 6, p. 1.294, 2005. Larry D. Kramer sustenta que, ao tempo da formação da identidade norte-americana, no século XVIII, prevalecia a ideia de que não só a interpretação mas como a própria criação do direito constitucional se delineavam não por juízes, mas pela própria comunidade. É o que autor denomina de "constitucionalismo popular" (*The people themselves: popular constitutionalism and judicial review*. New York: Oxford University Press, 2004, p. 8, 31-32, 38-49 e 58-61).

na diversidade"[743]. No contexto brasileiro, por sua vez, o pluralismo político foi alçado à condição de fundamento expresso da República (art. 1º, inciso V, da Constituição), além de constituir valor incorporado no preâmbulo constitucional.

O pluralismo, assim, projeta-se para os mais sensíveis campos do constitucionalismo, tais como a disputa político-eleitoral[744], a laicidade do Estado[745], a liberdade de expressão e de religião[746], o direito à educação[747], casamento entre pessoas do mesmo sexo[748] e federalismo[749]. Cuida-se, em suma, de "fundamento estruturante do Estado democrático de direito"[750].

---

[743] McCONNELL, Michael W. Why Is Religious Liberty the First Freedom, *Cardozo Law Review*, Vol. 21, N. 4, p. 1.254, 2000. Adaptação livre deste autor. No original: "*The structure of American liberty was based on pluralism and diversity*".

[744] Afinal, o pluralismo é considerado "uma decorrência do princípio democrático" (ADI 5.488 / DF, Pleno, rel. min. Dias Toffoli, j. 31.08.2016, DJe 19.12.2017. No âmbito da literatura especializada norte-americana, confira-se, dentre outros: GREENE, Jamal. Trump as a Constitutional Failure, *Indiana Law Journal*, Vol. 93, N. 1, p. 93-110, 2018.

[745] Segundo decisão do Supremo Tribunal Federal, "o pluralismo de uma sociedade democrática exige, pois, de todos os cidadãos processos complementares de aprendizado a partir da diferença. Isso implica reconhecer que a própria noção de 'neutralidade do Estado', como expectativa normativa de um princípio da laicidade, é, ela própria, sujeita ao diálogo, ao debate e ao aprendizado." (ADI 4.439 / DF, Pleno, rel. min. Roberto Barroso, relator para acórdão min. Alexandre de Moraes, j. 27.09.2017, DJe 21.06.2018).

[746] O ministro Celso de Mello, a propósito do debate acerca da interrupção da gravidez de feto anencéfalo, já se pronunciou no sentido de que "o conteúdo material da liberdade religiosa compreende , na abrangência de seu significado, a liberdade de crença (que traduz uma das projeções da liberdade de consciência), a liberdade de culto e a liberdade de organização religiosa, que representam valores intrinsecamente vinculados e necessários à própria configuração da ideia de democracia, cuja noção se alimenta, continuamente, dentre outros fatores relevantes, do respeito ao pluralismo" (ADPF 54 / DF, Pleno, rel. min. Marco Aurélio, j. 12.04.2012, DJe 30.04.2013). Michael McConnell, por sua vez, chega a afirmar que "o liberalismo nasceu como uma solução para o problema do pluralismo religioso" (Why Is Religious Liberty the First Freedom, *Cardozo Law Review*, Vol 21, N. 4, p. 1.265, 2000).

[747] Nos termos do art. 206, inciso III, da Constituição brasileira, constitui princípio do ensino no país o "pluralismo de idéias e de concepções pedagógicas". A Suprema Corte, de seu turno, já decidiu que "o pluralismo também confere alguma oportunidade para experimentação, inovação e uma saudável competição para uma educação de excelência" (*San Antonio Indep. Sch. Dist. v. Rodriguez*, 411 U.S. 1, 1973. Tradução livre deste autor. No original: "*Pluralism also affords some opportunity for experimentation, innovation, and a healthy competition for educational excellence*"). Vide, ainda: *Wisconsin v. Yoder*, 406 U.S. 205 (1972).

[748] No caso em que o STF atribuiu interpretação conforme ao art. 1.723 do Código Civil para dele excluir "qualquer significado que impeça o reconhecimento da união contínua, pública e duradoura entre pessoas do mesmo sexo como família" (ADPF 132 / RJ, Pleno, rel. min. Ayres Britto, j. 05.05.2011, DJe 18.11.2011), o ministro relator salientou o seguinte: "mais ainda, pluralismo que serve de elemento conceitual da própria democracia material ou de substância, desde que se inclua no conceito da democracia dita substancialista a respeitosa convivência dos contrários". No mesmo julgado, a ministra Cármen Lúcia assim se manifestou: "Considero o pluralismo político também uma expressão que se estende além dos limites da atividade política ou do espaço político. Bem ao contrário, tenho que o pluralismo haverá de ser social para se expressar no plano político. E o pluralismo social compõe-se com a manifestação de todas as opções livres dos indivíduos, que podem viver segundo suas tendências, vocações e opções".

O controle de constitucionalidade, ao revés, tende à "uniformidade" e à "centralização"[751], em virtude, inclusive, da necessidade de superar as discordâncias existentes no seio social acerca do alcance e efeitos dos direitos[752]. De fato, grupos sociais têm mais chances de que suas ideias e valores influenciem a seara da deliberação coletiva se o assunto em debate não estiver "constitucionalmente imune a qualquer mudança"[753]. Afinal, "quando cortes revestem valores essencialmente políticos sob a linguagem da inevitabilidade do direito" o debate público tende a ser desencorajado[754]. O maior protagonismo judicial na aferição da constitucionalidade dos atos do poder público, em síntese, faz a discricionariedade de juízes e tribunais prevalecer, em alguma medida, sobre a pluralidade de ideias e visões relativas a um determinado assunto[755].

---

[749] Mark Tushnet já registrou que "o federalismo é um sistema no qual o pluralismo é albergado porque seus princípios reitores variam de um lugar para outro" (TUSHNET, Mark. Federalism and Liberalism. *Cardozo Journal of International and Comparative Law*, Vol. 4, N. 2, p. 329, 1996. Tradução livre deste autor. No original: "*federalism is a system in which pluralism is accommodated because governing principles vary from place to place*"). Do mesmo modo, consoante o voto do ministro Edson Fachin na ADI 3.937 / SP (Pleno, rel. min. Marco Aurélio, relator para acórdão min. Dias Toffoli, j. 24.08.2017, DJe 1º.02.2019), "uma sociedade plural se caracteriza pela diversidade; diversidade essa facilmente extraível da realidade continental do território brasileiro. Há diversas crenças religiosas, filosóficas e políticas em constante dialeticidade neste Estado soberano. Multiplicam-se interesses a serem conjugados a partir da ótica oferecida pela Constituição de 1988 e, nesta perspectiva, é preciso alargar a leitura ou realizar uma nova leitura do federalismo brasileiro a partir da Constituição Cidadã.".

[750] Trecho do voto do ministro Celso de Mello no RE 633.703 / MG, Pleno, rel. min. Gilmar Mendes, j. 23.03.2011, DJe 18.11.2011.

[751] SCHWARZSCHILD, Maimon. Pluralism, Conversation, and Judicial Restraint. *Northwestern University Law Review*, Vol. 95, N. 3, p. 961, 2001. Especificamente sobre a verticalização propiciada pelo controle de constitucionalidade brasileiro, confira-se: FRANCISCO, José Carlos. Coisa julgada inconstitucional e a afirmação do direito judicial. *Parahyba Judiciária*, Vol. 10, N. 10, p. 453, 2017.

[752] Cf. WALDRON, Jeremy. The core of the case against judicial review. *The Yale Law Journal*, Vol. 115, N. 6, p. 1.346-1.406, 2006.

[753] SCHWARZSCHILD, Maimon. Pluralism, Conversation, and Judicial Restraint. *Northwestern University Law Review*, Vol. 95, N. 3, p. 965, 2001. Adaptação livre deste autor. Eis o excerto original: "*A citizen, or a fairly small group of citizens, is more likely to be able to affect local rather than national policy, and also more likely to affect a policy that is fully open to change over time than a policy that is constitutionally insulated against change*".

[754] SCHWARZSCHILD, Maimon. Pluralism, Conversation, and Judicial Restraint. *Northwestern University Law Review*, Vol. 95, N. 3, p. 964, 2001. Adaptação livre deste autor. Eis o excerto original: "*When courts cloak essentially political value decisions in the language of legal inevitability, they surely mean to discourage public debate, and they at least sometimes succeed*". Análise semelhante se pode encontrar em ATRIA, Fernando. Existem direitos sociais? *Revista do Ministério Público do Rio Grande do Sul*, Porto Alegre, Livraria do Advogado, N. 56, p. 9-46, set-dez/2005, ao sugerir que a noção de direitos sociais configura uma contradição em termos à luz da solidariedade.

[755] Confira-se, neste sentido: TUSHNET, Mark. *Weak Courts, Strong Rights: Judicial Review and Social Welfare Rights in Comparative Constitutional Law*. Princeton: Princeton University Press, 2009; ELY, John Hart. *Democracia e Desconfiança: uma teoria do controle judicial de constitucionalidade*. Tradução de Juliana Lemos. São Paulo: Martins Fontes, 2010; MADURO, Miguel Poiares. In Search of a Meaning and

A opção pela via do autocomedimento mitiga ou extirpa a discricionariedade judicial, favorecendo um ambiente propício ao livre desenvolvimento do pluralismo, sobretudo nos órgãos democraticamente compostos. O reconhecimento do caráter político de uma questão, a afirmação da presunção de constitucionalidade de um ato normativo ou a imposição de filtros processuais a demandas não aptas para julgamento de mérito funcionam como mecanismos de calibragem[756] da discricionariedade judicial, tendendo a atenuá-la. Todos os critérios de autocontenção, assim, ostentam a potencialidade de abrir espaço para o debate político à razão em que reduzem o espectro de atuação de juízes constitucionais. A autorrestrição traduz, em suma, uma menor interferência judicial no manejo daquelas situações (morais, técnicas, políticas, etc) mais complexas ou cujas resoluções são melhor determinadas pelos poderes políticos[757].

Não fosse a presunção de constitucionalidade, e.g., aspectos ligados à regulação econômico-social[758] ou que demandem juízo de *expertise* técnica[759] teriam sido subordinados inteiramente à avaliação judicial, com resultados não necessariamente mais

---

Not in Search of the Meaning: Judicial Review and the Constitution in Times of Pluralism. *Wisconsin Law Review*, 2013, N. 2, p 541-564 e HIGGINBOTHAM, A. Leon Jr. Seeking Pluralism in Judicial Systems: The American Experience and the South African Challenge. *Duke Law Journal* , Vol. 42, N. 5, p. 1028-1068, 1993.

[756] A expressão pode ser encontrada, neste contexto, em: ABBOUD, Georges. Consequencialismo jurídico: o lugar da análise de consequências em direito e os perigos do ativismo judicial consequencialista. *Revista dos Tribunais*, Vol. 1009, p. 01-09, 2019 e em REIS, Thiago. Dogmática e incerteza normativa: crítica ao substancialismo jurídico do direito civil-constitucional. *Revista de Direito Civil Contemporâneo*, Vol. 11, p. 213-238, 2017.

[757] Vide, a popósito: TUSHNET, Mark. *Weak Courts, Strong Rights: Judicial Review and Social Welfare Rights in Comparative Constitutional Law.* Princeton: Princeton University Press, 2009 e COMELLA, Victor Ferreres. Las consecuencias de centralizar el control de constitucionalidad de la ley en un tribunal especial: algunas reflexiones acerca del activismo judicial. *Yale Law School*. SELA (Seminario en Latinoamérica de Teoría Constitucional y Política) Papers. Paper 40. J. Clifford Wallace salienta, ademais, que "casos difíceis em que se examinam se determinados atos do Congresso, do legislativo estadual ou outros oficiais eleitos se amoldam ou não ao campo discricionário atribuído a estes órgãos geralmente testam a crença que alguém pode ter na contenção judicial" (WALLACE, J. Clifford. The Jurisprudence of Judicial Restraint: A Return to the Moorings. *The George Washington Law Review*, Vol 50. N. 1, p. 04-05, 1981. Tradução livre deste autor. No original: "*Difficult cases concerning whether a decision by Congress, a state legislature, or elected officials falls within the permissible range of discretion afforded those bodies or officials often test one's belief in judicial restraint*").

[758] Veja-se, neste sentido, as decisões proferidas pela Suprema Corte em: *O'Gorman & Young, Inc. v. Hartford Fire Ins. Co*, *Munn v. Illinois*, *Mugler v. Kansas* e *Powell v. Pennsylvania*, todas objeto do item 3.1 do Capítulo III.

[759] Conforme a decisão da Suprema Corte em *Laurel Hill Cemetery v. San Francisco* e, no âmbito do STF, o acórdão exarado no RE 1.083.955 AgR/DF, 1ª Turma, rel. Min. Luiz Fux, j. 28.05.2019, DJe 07.06.2019, bem como as decisões sobre a exploração e comercialização do amianto e sobre a facultatividade da contribuição sindical, todas analisadas no item 3.2 do Capítulo III.

adequados do que aqueles produzidos pelo Legislativo ou Executivo[760]. Não por coincidiência, William Eskridge e Maimon Schwarzschild sustentam que o pluralismo é a razão subjacente à famosa nota de rodapé número quatro em *Carolene Products*[761] – marco da presunção de constitucionalidade na jurisprudência da Suprema Corte[762].

Já os critérios processuais de autolimitação, como exposto no Capítulo IV, facultam aos órgãos de jurisdição constitucional afastar o exame de demandas que não se revistam daqueles requisitos mínimos que justifiquem a intervenção de cortes supremas. Cuida-se, sob este enfoque, do critério que deixa a maior margem para o desenvolvimento do debate político, na medida em que exclui por completo a intervenção dos órgãos da justiça constitucional.

Quando o comedimento judicial decorre de formas fortes ou autênticas dos variados critérios examinados nesta pesquisa, é cabível atribuir os efeitos positivos desta postura exclusivamente à genuína vontade judicial de se autorrestringir. Aqui, a barreira à discricionariedade judicial é imposta unicamente pela vontade autônoma do tribunal de se manter distante dos limites normativos que condicionam a sua atuação. Neste quadro, critérios autênticos de autocontenção judicial configuram ferramentas efetivas de preservação do pluralismo, especialmente quando as limitações normativas exógenas da função judicial, por si sós, não se revelarem suficientes para alcançar tal desiderato.

---

[760] Sobre a incapacidade de o Poder Judiciário, sozinho, promover mudança sociais justas e legítimas vide: ROSENBERG, Gerald N. *The Hollow Hope: can courts bring abour social change*? 2nd edition. Chicago: The University of Chicago Press, 2008.

[761] *United States v. Carolene Products Co*., 304 U.S. 144 (1938), cuja decisão fora examinada no Capítulo III, item 2.

[762] Cf. ESKRIDGE, William N. Jr. Pluralism and Distrust: How Courts Can Support Democracy by Lowering the Stakes of Politics. *Yale Law Journal*, Vol. 114, N. 6, p. 1.279-1.328, 2005 e SCHWARZSCHILD, Maimon. Pluralism, Conversation, and Judicial Restraint. *Northwestern University Law Review*, Vol. 95, N. 3, p. 968, 2001. Para William Eskridge, os parâmetros de deferência estabelecidos na nota de rodapé 4 em *Carolene Products* propiciam uma atuação judicial justificada em um modelo facilitador do pluralismo (idem, p. 1.283). Segundo Maimon Schwarzschild , "os casos citados por Stone [na nota de rodapé 4 em *Carolene Products*] podem todos ser vistos como exemplos de controle de constitucionalidade que promove o pluralismo: ao declarar a ilegitimidade de restrições sobre o direito de voto e sobre a disseminação de informações, ao anular a interferência na organização política e no direito de reunião pacífica, etc. Em todos os casos, a decisão tendeu a encorajar resultados políticos mais variados, maior tolerância por valores políticos contrários, ou ambos" (idem, p. 968. Tradução livre deste autor. No original: "*But the cases Stone cited approvingly can all be seen as examples of judicial review that promoted pluralism: striking down restrictions on the right to vote and on dissemination of information, striking down interference with political organization and with peaceable assembly, and so on. In each case, the decision tended to encourage a wider variety of political outcomes, greater tolerance for dissenting political values, or both*").

Contudo, como ressaltado nos capítulos precedentes, em muitas vezes, casos complexos e moralmente conflituosos são decididos com base, concomitantemente, na prudência endógena do órgão judicial e em elementos normativos externos, mediante aplicação ou interpretação de dispositivos constitucionais ou legais que promovem algum tipo de restrição. Não se pode olvidar, ainda, das situações de pseudocritérios, isto é, casos em que a limitação, não obstante declarada endógena nas decisões judiciais, decorre efetivamente da aplicação ou interpretação de uma regra ou princípio jurídico.

Ainda nestas hipóteses – de formas médias ou mesmo fracas de autorrestrição judicial – os critérios estudados demonstram algum valor em prol da preservação da pluralidade. Destaca-se, nestas ocasiões, o *reforço argumentativo* propiciado pela autocontenção, ainda que nestas formas híbridas. De fato, a mensagem de comedimento transmitida até mesmo pelos pseudocritérios pode significar importante indicativo da jurisdição constitucional acerca de seu papel limitado no debate político.

Veja-se, a propósito, as decisões da Suprema Corte em *Luther v. Borden* e *Pacific States Telephone Company v. Oregon* ou mesmo as decisões do Supremo Tribunal Federal nos casos de governos duplicados nos estados da federação brasileira, todas examinadas no item 3.2 do Capítulo II. Em que pese tais casos terem sido resolvidos, inclusive, por disposições das respectivas Constituições, a menção à teoria das questões políticas reforçou a necessidade de desfecho destes conflitos na arena parlamentar. A mesma dinâmica pode se verificar, e.g., no reconhecimento do caráter político de aspectos relacionados às relações internacionais[763], ao processo legislativo[764] e ao *impeachment*[765]: apesar da incidência de elementos limitadores exógenos, a postura declaradamente autocontida denota uma dose adicional de prudência ao ressaltar o figurino comedido que deve pautar a intervenção judicial nestas searas. Serve, ademais, como alerta ou convite para atuação dos órgãos democraticamente compostos.

---

[763] Vide, e.g. *Oetjen v. Central Leather Company*, *Goldwater v. Carter* e o acórdão proferido pelo STF no HC 72.851/SP (Pleno, rel. Min. Celso de Mello, j. 25.10.1995, DJ 28.11.2008), todos constantes do Capítulo II, item 3.1.

[764] Conforme as decisões exaradas pela Suprema Corte em *Coleman v. Miller* e pelo STF no MS 20.464/DF (Pleno, rel. Min. Soares Muñoz, j. 31.10.1984, DJ 07.12.1984, p. 20.987) e na ADPF 1-QO / RJ (Pleno, rel. Min. Néri da Silveira, j. 03.02.2000, DJ 07.11.2003, p. 001), analisados no Capítulo II, item 3.3.

[765] Nos termos do quanto decidido, no cenário norte-americano, em *Nixon v. United States*, e, no contexto brasileiro, no MS 20.941/DF (Pleno, rel. Min. Aldir Passarinho, rel. para acórdão Min. Sepúlveda Pertence, j. 09.02.1990, DJ 31.08.1992, p. 22), MS 21.689 / DF (Pleno, rel. Min. Carlos Velloso, j. 16.12.1993, DJ 07.04.1995, p. 193) e na ADPF 378 MC/DF (Pleno, rel. Min. Edson Fachin, rel. para acórdão Min. Roberto Barroso, j. 17.12.2015, DJe 08.03.2016), na forma estudada no Capítulo II, item 3.4.

Idêntica constatação se observa na aplicação das formas não autênticas da presunção de constitucionalidade enquanto critério de autocontenção. Casos indicativos da incidência de formas impuras deste específico critério em demandas envolvendo *expertise* técnica[766] e liberdades públicas[767] revelam a função quase que pedagógica[768] da jurisdição constitucional ao insistir na competência (e adequação) dos demais poderes para solucionar disputas nestes campos.

Todas estas observações convergem para o fato de que o pluralismo de ideias e valores é favorecido por ambiente judicial – sobretudo na jurisdição constitucional de cortes supremas – que seja marcado pelo autocomedimento.

Isto, obviamente, não significa dizer que a autocontenção deva se impor mesmo quando os órgãos politicamente eleitos frustrem expressões plurais na sociedade. A insistência em se adotar posturas judiciais autocontidas mesmo diante da falha ou omissão dos organismos políticos caracteriza, com efeito, indesejado passivismo judicial.

Nestas circunstâncias, se justifica afastar a autorrestrição caso esta postura judicial funcione como impeditivo à pluralidade[769]. Não por coincidência, é possível falar-se, sob

[766] Neste sentido as decisões do STF que analisaram a reforma trabalhista (ADI 5.794 / DF, Pleno, rel. Min. Edson Fachin, relator para acórdão Min. Luiz Fux, j. 29.06.2018, DJe 23.04.2019) e a exploração do amianto (ADI 4.066/DF, Pleno, rel. Min. Rosa Weber, j. 24.08.2017, DJe 07.03.2018 e ADIs 3.406 e 3.470 e ADI 3.937/SP, Pleno, rel. Min. Marco Aurélio, relator para acórdão Min. Dias Toffoli, j. 24.08.2017, DJe 1º.02.2019). Vide, a este respeito, a análise realizada no item 3.2 do Capítulo III.

[767] Confira-se a decisão do Supremo Tribunal Federal na ADC 41 / DF (Pleno, rel. Min Roberto Barroso, j. 08.06.2017, DJe 17.08.2017) e, no âmbito do controle de constitucionalidade da Suprema Corte, o voto concorrente do *justice* Frankfurter em *Dennis v. United States*, bem como o a decisão em *United States v. Gettysburg Elec. Ry. Co*, todas examinadas no item 3.3 do Capítulo III.

[768] Esta noção pode ser encontrada em: OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. Uma Justificação Democrática da Jurisdição Constitucional Brasileira e a Inconstitucionalidade da Lei nº 9.686/99. *Revista da Faculdade de Direito UFPR*, V. 36, p. 177-207, 2001.

[769] Cf. WRIGHT, J. Skelly. The role of the Supreme Court in a democratic society-judicial activism or restraint? *Cornell Law Review*, Vol. 54, N. 1, 3, p. 15, 1969. Este autor registra a correição da Suprema Corte ao deixar de lado o paradigma da autocontenção com vistas a privilegiar o pluralismo político-eleitoral, nas divisões equivocadas de distritos eleitorais, a teor do pronunciamento em *Baker v. Carr*. Para Maimon Schwarzschild, os casos da corte Warren que fulminaram todas as formas de "classificação racial" constituem os melhores exemplos desta necessária interferência judicial (Pluralism, Conversation, and Judicial Restraint. *Northwestern University Law Review*, Vol. 95, N. 3, p. 971, 2001). Na literatura especializada brasileira, Ana Lúcia Pretto Pereira afirma que "a própria atividade legislativa (e, do mesmo modo, a administrativa), pode ser o veículo das maiores violações à Constituição e aos direitos fundamentais. A preocupação com tal violação encontra fundamento na necessidade de uma sociedade proteger não apenas um documento histórico, legítimo e soberano que controla o poder do Estado, mas também na necessidade de proteger as normas desse mesmo documento e que têm como fim o alcance da igualdade de direitos e da pluralidade de valores entre todos os cidadãos." (Jurisdição constitucional na Constituição Federal de 1988: entre ativismo e auto-contenção. *Revista Direitos Fundamentais & Democracia*. Curitiba, Vol.2, N.2, p. 28, jul./dez. 2007).

este panorama, em um pluralismo do tipo "neo-thayeriano", por meio do qual o Judiciário não deveria declarar a inconstitucionalidade de leis a não ser que, "de um ponto de vista pluralístico, a situação seria pior sem tal decisão ou que o pronunciamento da inconstitucionalidade seja devido 'para além de uma dúvida razoável'"[770].

Constata-se, ademais, que, ao lado da garantia do pluralismo, a menção a critérios de autocontenção – aqui incluídos os pseudocritérios – consubstancia ferramenta de proteção dos órgãos da justiça constitucional contra críticas a respeito de suas atuações. É natural, de fato, que tribunais incumbidos da jurisdição constitucional acabem quase que instintivamente desenvolvendo mecanismos de autorrestrição com vistas a manter a sua autoridade, independência e legitimidade[771].

Este contexto demonstra que os critérios de autorrestrição judicial funcionam tal qual um mecanismo de comportas em uma democracia: a canalização mais estreita da função judicial naturalmente enseja a expansão dos espaços políticos de debate plural dos assuntos de interesse comum. A redução das margens de atuação judicial, ao mesmo tempo em que favorece as condições de operacionalização do pluralismo em outras esferas (não

---

[770] SCHWARZSCHILD, Maimon. Pluralism, Conversation, and Judicial Restraint. *Northwestern University Law Review*, Vol. 95, N. 3, p. 973, 2001. Tradução live deste autor. No original, o excerto integral é o seguinte: "*A kind of neo-Thayer principle of pluralism might be that courts should not lay down a constitutional rule, or perhaps even a broad interpretation of a federal statute, unless things would be even worse from a pluralist point of view without the decision, or the decision is otherwise right 'beyond a reasonable doubt.*'".

[771] Cf. COX, Archibald. The role of the Supreme Court: Judicial Activism or Self-Restraint? *Maryland Law Review*, Vol. 47, p. 118-138, 1987-1988; GROVE, Tara Leigh. The Origins (and Fragility) of Judicial Independence. *Vanderbilt Law Review*, Vol. 71, p. 465-545, 2018; THAYER, James Bradley. The origin and scope of the American doctrine of constitutional law. *Harvard Law Review*, Vol. VII, N. 3, p. 129-156, 1893; BUCKLEY, James L. The Constitution and the Courts: A Question of Legitimacy. *Harvard Journal of Law & Public Policy*, Vol 24, N. 1, p. 189-202, 2000 e MADURO, Miguel Poiares. In Search of a Meaning and Not in Search of the Meaning: Judicial Review and the Constitution in Times of Pluralism. *Wisconsin Law Review*, 2013, N. 2, p 541-564. Miguel Poiares Maduro registra neste particular que "os limites institucionais e de legitimidade das cortes são definidos pelo fato de que se elas utilizassem integralmente a discricionariedade inerente ao processo de interpretação, elas rapidamente perderiam a autoridade necessária para o suporte desta discricionariedade." (idem, p. 551. Tradução livre deste autor. No original: "*The institutional and legitimacy limits of courts are defined by the fact that if courts would fully use the discretion inherent in the process of interpretation they would soon lose the authority necessary to support the use of that discretion.*"). Analisando estatisticamente a reação judicial aos chamados "*Court-curbing bills*" (projetos de lei voltados ao ataque ao Judiciário por meio de restrições capazes de danificar a autoridade institucional deste poder), Tom S. Clark concluiu que quando tais projetos são apresentados no Congresso, os *justices* da Suprema Corte tendem a exercer a sua autocontenção mediante um controle de constitucionalidade mais brando (CLARK, Tom S. *The limits of judicial independence*. New York: Cambridge University Press, 2011). Por fim, sobre a influência no processo deliberativo que podem assumir as virtudes passivas e o minimalismo, segundo propõem, respectivamente, Alexander Bickel e Cass Sunstein, confira-se: MENDES, Conrado Hübner. *Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação*. Tese (doutorado) – Universidade de São Paulo – USP. Programa de Pós-Graduação, 2008.

concentrando o debate unicamente na arena judicial), pode também configurar importante fator de proteção da justiça constitucional em face de eventuais ataques dos outros poderes.

4.2 Jurisprudência defensiva: *slamming the courthouse door*

O estudo dos critérios de autocontenção utilizados pela jurisdição constitucional brasileira e norte-americana à luz das situações indicativas de suas principais aplicações demonstra que, quando em excesso, a autorrestrição pode propiciar consequências negativas ao constitucionalismo. Verifica-se, de fato, sob uma perspectiva exclusivamente dogmática, que nem sempre a opção pela autocontenção se revela a constitucionalmente mais adequada. Não se trata de avaliar política ou ideologicamente o resultado dos casos analisados; busca-se, apenas, promover uma leitura crítica dos efeitos que possam decorrer de posturas judiciais demasiadamente autocontidas.

Os desvirtuamentos institucionais propiciados pela autorrestrição judicial se mostram particularmente mais evidentes na aplicação indevida dos seus critérios processuais. Sob este enfoque, parece ser lícito examinar tais formas de expressão da autocontenção judicial à luz do que se tem convencionado denominar de *jurisprudência defensiva*.

Com efeito, alguns autores brasileiros identificam no conceito de jurisprudência defensiva os "excessos na análise de requisitos formais"[772] que, de alguma forma, "restringem o cabimento"[773] de medidas judiciais. Esta categoria refletiria, assim, a "criação de entraves e pretextos excessivamente formais e burocráticos"[774], ampliando, "de forma irracional"[775], o "leque de óbices"[776] à admissibilidade de ações e recursos,

[772] TEDESCO, Paulo Camargo. Jurisprudência defensiva de segunda geração. *Revista de Processo*, Vol. 35, N. 182, p. 263, 2010.

[773] TEDESCO, Paulo Camargo. Jurisprudência defensiva de segunda geração. *Revista de Processo*, Vol. 35, N. 182, p. 263, 2010.

[774] VAUGHN, Gustavo Fávero. A jurisprudência defensiva no STJ à luz dos princípios do acesso à justiça e da celeridade processual. *Revista de Processo*, Vol. 254, p. 339, 2016.

[775] FARINA, Fernanda Mercier Querido. Jurisprudência defensiva e a função dos tribunais superiores. *Revista de Processo*, Vol. 209, p. 105, 2012 2012.

especialmente perante os tribunais superiores[777]. Jurisprudência defensiva traduziria, neste contexto, um "rigorismo processual"[778], cujo objetivo seria reduzir o número de processos a serem apreciados pelas instâncias judiciais mais elevadas[779]. Cenário semelhante se apresenta nos debates acerca da jurisprudência da Suprema Corte, que, não raras vezes, é acusada de utilizar o requisito do *standing* para "fechar a porta do tribunal aos recorrentes"[780].

A depender do grau de sua aplicação em situações concretas, os mecanismos processuais de autocontenção forjados pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal podem se amoldar à noção de jurisprudência defensiva.

A pretendida exigência de pertinência temática para aferição da legitimidade de alguns entes e autoridades à propositura de ações de controle concentrado e abstrato[781], por primeiro, constitui barreira ao julgamento de mérito destas ações sem respaldo normativo, a denotar entrave ao acesso à jurisdição constitucional abstrata do STF[782]. Sustenta-se, a este propósito, que "a verificação de pertinência foi, sem dúvida, um dos primeiros grandes filtros de trabalho erigidos por meio de construções pretorianas no Supremo Tribunal Federal a partir de 1988", denotando "clara demonstração do cunho de jurisprudência autodefensiva"[783].

---

[776] FARINA, Fernanda Mercier Querido. Jurisprudência defensiva e a função dos tribunais superiores. *Revista de Processo*, Vol. 209, p. 105, 2012 2012.

[777] Cf. VAUGHN, Gustavo Fávero. A jurisprudência defensiva no STJ à luz dos princípios do acesso à justiça e da celeridade processual. *Revista de Processo*, Vol. 254, p. 339-373, 2016.

[778] FARINA, Fernanda Mercier Querido. Jurisprudência defensiva e a função dos tribunais superiores. *Revista de Processo*, Vol. 209, p. 105, 2012 2012.

[779] FARINA, Fernanda Mercier Querido. Jurisprudência defensiva e a função dos tribunais superiores. *Revista de Processo*, Vol. 209, p. 105, 2012 2012. No mesmo sentido: TEDESCO, Paulo Camargo. Jurisprudência defensiva de segunda geração. *Revista de Processo*, Vol. 35, N. 182, p. 263, 2010 e VAUGHN, Gustavo Fávero. A jurisprudência defensiva no STJ à luz dos princípios do acesso à justiça e da celeridade processual. *Revista de Processo*, Vol. 254, p. 339-373, 2016.

[780] Voto vencido do *justice* Brennan em *Barlow v. Collins*, 397 U.S. 159 (1970). Tradução livre deste autor. No original: "*use standing to slam the courthouse door against plaintiffs who are entitled to full consideration of their claims on the merits*". Após esta acusação, veiculada em voto dissidente no seio do próprio tribunal, foi ela posteriormente reiterada em sede doutrinária, conforme exposto abaixo.

[781] Vide Capítulo IV, item 4.1.

[782] Cf. SANTARÉM, Paulo Renã da Silva; SOUZA JÚNIOR, José Geraldo de. A observação da Jurisprudência Defensiva na diferenciação do subsistema do direito. *Universidade de Brasília - DPP - PIBIC Relatório Final Edital 2004*, p. 01-25, 2005.

[783] HIRSCH, Fábio Periandro de Almeida. Crise de funcionalidade do Supremo Tribunal Federal Brasileiro. *Direito UNIFACS – Debate Virtual*, N. 132, p. 118-119, 2011. No mesmo sentido, veja-se: FERNANDES,

A necessidade arraigada de prequestionamento na admissibilidade de recursos extraordinários[784], por sua vez, constitui "motivo de temor" aos jurisdicionados por "força do lamentável apego à jurisprudência defensiva"[785]. De fato, "uma outra *função*, embora não admitida expressamente, passou a ser desempenhada pelo *prequestionamento*, qual seja a de operar como um *filtro*, *elemento de contenção*, ou ao menos um *fator regulador* do volume excessivo de recursos excepcionais dirigidos ao STF"[786].

Da mesma maneira, a vedação ao reexame de fatos e provas[787] bem como a necessidade de comprovação de controvérsia judicial relevante na ADC[788] configuram filtros criados pelo Supremo Tribunal Federal que podem se revestir dos caracteres da jurisprudência defensiva. O exame dos casos em que se operaram tais barreiras revela a presença do rigor no trato da admissibilidade do RE e da ADC, respectivamente, denotando, também, a redução do número de casos a serem julgados pelo Supremo Tribunal Federal – ainda que este não tenha sido um objetivo declarado destas técnicas à época em que criadas pelo STF.

No que toca aos critérios processuais de autocontenção da Suprema Corte, a exigência do *standing* pode traduzir indício de jurisprudência defensiva. O voto vencido do *justice* Brennan (acompanhando pelos *justices* Marshall e Blackmun) em *Valley Forge Christian College v. Americans United for Separation of Church and State, Inc.*[789]asseverou que a prática do *standing* apresenta uma "séria consequência" quando "a Corte desconsidera a sua responsabilidade constitucional" para "fechar a porta do tribunal

---

Eric Baracho Dore; ROMANO, Marcus Vinícius Bacellar. Existe um Processo Verdadeiramente Objetivo no Brasil? Aspectos Subjetivos do Controle Abstrato de Constitucionalidade. *Revista DPU*, N. 58, p. 09-31, 2014.

[784] Conforme Capítulo IV, item 4.2.

[785] FARIA, Márcio Carvalho. Ainda há motivos para se ter medo do prequestionamento? *Revista de Processo*, Vol. 211, p. 154, 2012. Corroborando esta posição, confira-se: VAUGHN, Gustavo Fávero. A jurisprudência defensiva no STJ à luz dos princípios do acesso à justiça e da celeridade processual. *Revista de Processo*, Vol. 254, p. 339-373, 2016.

[786] MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Recurso extraordinário e recurso especial*. 14ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2018, p. 314 (destaques no original).

[787] Vide Capítulo IV, item 4.3.

[788] Vide Capítulo IV, item 4.4.

[789] Caso tratado no Capítulo IV, item 3.3.

diante de partes que efetivamente tenham causas passíveis de serem julgadas no mérito"[790].

Erwin Chemerinsky asseverou, a propósito, que o aspecto mais importante da Corte Roberts está na forma com que o tribunal "consistentemente vem cerrando as suas portas" aos jurisdicionados que a procuram[791]. Analisando processos contra corporações e contra o governo, além de casos criminais, o autor observa que a Suprema Corte vem inviabilizando o acesso de partes que possuem demandas viáveis, mediante, inclusive, interpretação rigorosa do *standing*[792].

Portanto, sob a perspectiva processual, o excesso de autocontenção pode, de fato, suprimir o devido acesso de partes aos pronunciamentos de mérito das duas cortes supremas analisadas, podendo configurar, assim, um desvirtuamento da jurisdição constitucional. O rigor excessivo na aplicação das técnicas processuais examinadas no Capítulo IV caracteriza, por isso, restrição ilegítima ao acesso às cortes supremas, elemento próprio da noção de jurisprudência defensiva tal qual delineada pela doutrina brasileira[793].

---

[790] *Valley Forge Coll. v. Americans United*, 454 U.S. 464 (1982). Adaptação livre deste autor. Eis o excerto original: "*The serious by-product of that practice is that the Court disregards its constitutional responsibility when, by failing to acknowledge the protections afforded by the Constitution, it uses 'standing to slam the courthouse door against plaintiffs who are entitled to full consideration of their claims on the merits.*'".

[791] CHEMERINSKY, Erwin. Closing the Courthouse Doors. *Denver University Law Review*, Vol. 90, N. 2, p. 318, 2012. Adaptação livre deste autor. O trecho original é o seguinte: "*I believe that the most important theme about the Roberts Court, which is now seven years in existence, is how it is consistently closing the courthouse doors. And I think this is pernicious because rights can be taken away directly, or they can be removed by making sure that nobody can go to court to vindicate them. (...) Over and over, what is occurring is the courthouse doors are being slammed on those who have viable claims and now have no way to vindicate them.*".

[792] CHEMERINSKY, Erwin. Closing the Courthouse Doors. *Denver University Law Review*, Vol. 90, N. 2, p. 317-330, 2012.

[793] Vale salientar que o Código de Processo Civil de 2015 introduziu algumas disposições voltadas a mitigar outras ocorrências de jurisprudência defensiva no âmbito dos tribunais superiores brasileiros. Destacam-se as previsões legislativas que encerram debates quanto ao preenchimento equivocado de guia de recolhimento de custas (art. 1007, §7º), à juntada de cópia de peça essencial no agravo de instrumento (art. 1.017, §3º), à interposição de recurso antes de deflagrado o respectivo prazo (art. 218, §4º) e à ratificação ou não de recurso após o julgamento de embargos de declaração (art. 1.024, §5º). Nenhuma destas inovações, porém, atenua o caráter defensivo das técnicas de autocontenção processual desenvolvidas pelo STF, eis que a elas não estão direcionadas.

5. Autocontenção e ativismo judicial

Desde a sua primeira menção, em um despretensioso artigo não acadêmico, escrito por um historiador e publicado em uma revista de variedades[794], a expressão "ativismo judicial" tem sido amplamente considerada, pela literatura especializada brasileira[795] e norte-americana[796], como noção diametralmente oposta à da autocontenção judicial.

---

[794] SCHLESINGER JR., Arthur M. The Supreme Court: 1947. *Fortune Magazine*, Vol. XXXV, N. 1, p. 73-79 e 201-208 e 211-212, jan. 1947. A doutrina norte-americana atribui a este artigo a criação do termo "ativismo judicial" (KMIEC, Keenan D. The Origin and Current Meanings of Judicial Activism. *California Law Review*, N. 92, p. 1.445-1.447, 2004; GREEN, Craig. An Intellectual History of Judicial Activism. *Emory Law Journal*, Atlanta, Vol. 58, N. 5, p. 1.208, 2009; CROSS, Frank B.; LINDQUIST, Stefanie A. The Scientific Study of Judicial Activism. *Minnesota Law Review*, N. 91, p. 1.753, 2006; BARNETT, Randy E. Constitutional Clichés. *Capital University Law Review*, Vol. 36, p. 493, 2007; YUNG, Corey Rayburn. Flexing Judicial Muscle: An Empirical Study of Judicial Activism in the Federal Courts. *North Western University Law Review*, Vol. 105, p. 5, 2011; SEGALL, Eric J. Reconceptualizing Judicial Activism as Judicial Responsibility: A Tale of Two Justice Kennedys. *Arizona State Law Journal*, Vol. 41, p. 3, 2009; FRENCH, Robert. Judicial activists - mythical monsters? *Southern Cross University Law Review*, Vol. 12, p. 67, 2008). Este pioneirismo de Arthur Schlesinger Jr. também é reconhecido pela literatura especializada brasileira, conforme: TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski. Ativismo judicial: nos limites entre racionalidade jurídica e decisão política. *Revista Direito GV*, São Paulo, N. 8(1), p. 39, 2012; DIMOULIS, Dimitri; LUNARDI, Soraya Gasparetto. Ativismo e autocontenção judicial no controle de constitucionalidade. In: FELLET, André Luiz Fernandes; DE PAULA, Daniel Giotti; NOVELINO, Marcelo (orgs.). *As Novas Faces do Ativismo Judicial*. Salvador: Editora Juspodivm, 2013, p. 459-46 e DE PAULA Daniel Giotti. Ainda existe separação de poderes? A invasão da política pelo direito no contexto do ativismo judicial e da judicialização da política. In: FELLET, André Luiz Fernandes; DE PAULA, Daniel Giotti; NOVELINO, Marcelo (orgs.). *As Novas Faces do Ativismo Judicial*. Salvador: Editora Juspodivm, 2013, p. 283.

[795] Cf. RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo Judicial: parâmetros dogmáticos*. São Paulo: Saraiva, 2010; HERANI, Renato Gugliano. O poder judicial de constitucionalidade – Entre o ativismo e a contenção. *Revista Brasileira de Estudos Constitucionais*, Belo Horizonte, Ano 7, N. 27, p. 631-648, set./dez. 2013; BAIO, Lucas Seixas. Ativismo e legitimidade: província democrática para a criação judicial do direito. *RIDB*, Ano 1, N. 10, p. 5.881-5.923, 2012; BARROSO, Luís Roberto. Constituição, democracia e supremacia judicial: direito e política no Brasil contemporâneo. *Revista da Faculdade de Direito – UERJ*, Vol. 2, N. 21, p. 01-50, jan./jun. 2012; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Em busca de um conceito fugidio – o ativismo judicial. In: FELLET, André Luiz Fernandes; DE PAULA, Daniel Giotti; NOVELINO, Marcelo (orgs.). *As Novas Faces do Ativismo Judicial*. Salvador: Editora Juspodivm, 2013, p. 387-401; CARDOSO, Oscar Valente. Ativismo judicial: conceitos e preconceitos. *Revista Dialética de Direito Processual*, São Paulo n. 129. p. 76-82. dez. 2013; COELHO, Inocêncio Mártires. Ativismo Judicial ou Criação Judicial do Direito? In: FELLET, André Luiz Fernandes; DE PAULA, Daniel Giotti; NOVELINO, Marcelo (orgs.). *As Novas Faces do Ativismo Judicial*. Salvador: Editora Juspodivm, 2013, p. 475-198; CONTINENTINO, Marcelo Casseb. Ativismo judicial: considerações críticas em torno do conceito no contexto brasileiro. *Interesse Público*, Belo Horizonte, ano 14, n. 72, p. 1-25, mar./abr. 2012; GARAU, Marilha Gabriela Reverendo; MULATINHO, Juliana Pessoa Mulatinho; REIS, Ana Beatriz Oliveira. Ativismo judicial e democracia: a atuação do STF e o exercício da cidadania no Brasil. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Vol. 5, p. 192-206, 2015; KOERNER, Andrei. Ativismo Judicial? Jurisprudência constitucional e política no STF pós-88. *Novos Estudos*, N. 96, p. 69-85, 2013; LIMA, Flávia Santiago; LEITE, Glauco Salomão. Ativismo judicial ou autocontenção? A decisão vinculante no controle difuso de constitucionalidade e suas repercussões institucionais. *Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica – RIHJ*, Belo Horizonte, Ano 12, N. 16, p. 93-113, jul./dez. 2014; RAMOS, Paulo Roberto Barbosa; OLIVEIRA JUNIOR, Jorge Ferraz de. Características do ativismo judicial nos Estados Unidos e no Brasil: Um breve histórico do ativismo judicial

De fato, o breve artigo de Arthur Schlesinger Jr., publicado na Revista Fortune em janeiro de 1947[797], se propôs a traçar um perfil dos juízes da Suprema Corte, com o objetivo singelo de esquadrinhar as alianças e divisões entre eles[798]. Sob esta perspectiva, Arthur Schlesinger Jr. dividiu os *justices* em dois grandes grupos: de um lado os denominados "ativistas" (os *justices* Hugo Black, William O. Douglas, Frank Murphy e Wiley Rutlege) e, de outro, os intitulados "Campeões da contenção judicial ("*Champions of Self Restraint*" – os *justices* Felix Frankfurter, Robert Jackson e Harold Burton). O *justice* Stanley Reed e o *Chief Justice* Frederick Vinson compunham um grupo intermediário segundo Arthur Schlesinger Jr.[799]

Os *justices* representativos do grupo ativista, segundo o perfil descrito por Arthur Schlesinger Jr., compartilhavam da opinião de que a Suprema Corte poderia exercer um papel incisivo na consecução do bem-estar social; acreditavam que a função judicial poderia ser utilizada para implementar as visões particulares de bem comum dos julgadores; eram tendentes, ademais, a julgar casos em atenção às próprias pré-convicções

---

na Suprema Corte Norte-Americana e um paralelo com o recente ativismo judicial da Suprema Corte brasileira. *Revista de Informação Legislativa*, Ano 51, N. 204, p. 25-41, out./dez. 2014.

[796] Cf. KMIEC, Keenan D. The Origin and Current Meanings of Judicial Activism. *California Law Review*, N. 92, p. 1.441-1.477, 2004; CROSS, Frank B.; LINDQUIST, Stefanie A. The Scientific Study of Judicial Activism. *Minnesota Law Review*, N. 91, p. 1.752-1.784, 2006; GREEN, Craig. An Intellectual History of Judicial Activism. *Emory Law Journal*, Atlanta, Vol. 58, N. 5, 2009; COX, Archibald. The role of the Supreme Court: Judicial Activism or Self-Restraint? *Maryland Law Review*, Vol. 47, p. 1118-138, 1987-1988; EPSTEIN, Lee; LANDES, William M. Was There Ever Such a Thing as Judicial Self-Restraint? *California Law Review*, Vol. 100, p. 557-578, 2012; KECK, Thomas M. Activism and Restraint on the Rehnquist Court: Timing, Sequence, and Conjuncture in Constitutional Development. *Polity*, Vol. XXXV, N. 1, p. 121-152, 2002; POSNER, Richard. A. The Meaning of Judicial Self-Restraint. *Indiana Law Journal*, Vol. 59, N. 1, p. 01-24, 1983; POWELL JR., Lewis F. Stare decisis and judicial restraint. *Washington and Lee Law Review*, Vol. 47, N. 2, p. 281-290, 1990; PRITCHETT, C. Herman. The Supreme Court Today: Constitutional Interpretation and Judicial Self-Restraint. *South Dakota Law Review*, Vol. 3, p. 51-79, 1958; WRIGHT, J. Skelly. The role of the Supreme Court in a democratic society-judicial activism or restraint? *Cornell Law Review*, Vol. 54, N. 1, 3, p. 01-28, 1969; ZIETLOW, Rebecca E. The Judicial Restraint of the Warren Court (and Why it Matters). *Ohio State Law Journal*, Vol. 69, p. 255-301, 2008.

[797] SCHLESINGER JR., Arthur M. The Supreme Court: 1947. *Fortune Magazine*, Vol. XXXV, N. 1, p. 73-79 e 201-208 e 211-212, jan. 1947.

[798] A maior parte do arigo se propunha a apresentar as personalidades dos juízes, narrando seus gostos pessoais, a forma com que se sentavam às cadeiras do tribunal para trabalharem e o modo de se vestirem (SCHLESINGER JR, Arthur. The Supreme Court: 1947. *Fortune Magazine*, Vol. XXXV, N. 1, p. 73-74, jan. 1947).

[799] Cf. SCHLESINGER JR., Arthur M. The Supreme Court: 1947. *Fortune Magazine*, Vol. XXXV, N. 1, p. 73-79 e 202, jan. 1947.

sociais e estariam mais inclinados à defesa das liberdades individuais e dos sindicatos. Seriam, pois, na visão de Arthur Schlesinger Jr., juízes liberais[800].

Já aqueles rotulados de autocomedidos compartilhavam da preocupação com as variadas resultantes do processo legislativo, mesmo que eventualmente contrárias às suas convicções pessoais; consideravam a Suprema Corte uma ferramenta para que os poderes políticos assegurassem a concretização dos resultados almejados pela população; entendiam que o Poder Judiciário ostentava um papel limitado dentro do sistema de governo norte-americano; estariam mais inclinados à preservação do princípio majoritário e seriam menos complacentes com a atividade sindical. Estes, segundo o autor do artigo, consubstanciariam juízes conservadores[801].

Após descrever os dois grupos observados na Suprema Corte à época, Arthur Schlesinger Jr. manifestou timidamente a sua opinião pessoal ao criticar os juízes ativistas, por configurarem um risco à democracia[802].

A partir deste artigo seminal, consolidou-se na doutrina constitucional norte-americana a dicotomia entre ativismo e autocontenção. Superou-se, no entanto, a compreensão originariamente formulada por Arthur Schlesinger Jr. por meio da qual o predicado ativista denotaria um juiz adepto da corrente liberal no espectro político ao passo que o rótulo autocomedido seria próprio daquele magistrado conservador. Atualmente, com efeito, se concebe que decisões judiciais ativistas e autocontidas podem servir tanto a posturas liberais quanto conservadoras[803].

---

[800] SCHLESINGER JR., Arthur The Supreme Court: 1947. *Fortune Magazine*, Vol. XXXV, N. 1, p. 78-79 e 201, jan. 1947. Confira-se ainda: KMIEC, Keenan D. The Origin and Current Meanings of Judicial Activism. *California Law Review*, N. 92, p. 1.446-1.448, 2004 e GREEN, Craig. An Intellectual History of Judicial Activism. *Emory Law Journal*, Atlanta, Vol. 58, N. 5, p. 1.203, 2009.

[801] SCHLESINGER JR., Arthur The Supreme Court: 1947. *Fortune Magazine*, Vol. XXXV, N. 1, p. 78-79 e 201, jan. 1947. Veja-se, ademais: KMIEC, Keenan D. The Origin and Current Meanings of Judicial Activism. *California Law Review*, N. 92, p. 1.446-1.448, 2004 e GREEN, Craig. An Intellectual History of Judicial Activism. *Emory Law Journal*, Atlanta, Vol. 58, N. 5, p. 1.203, 2009.

[802] SCHLESINGER JR., Arthur M. The Supreme Court: 1947. *Fortune Magazine*, Vol. XXXV, N. 1, p. 206-208, jan. 1947.

[803] Cf. EASTERBROOK, Frank H. Do Liberals and Conservatives differ in Judicial Activism?. *Colorado Law Review*, N. 73, p. 1.401-1.416, 2002; GINSBURG, Ruth Bader. Inviting judicial activism: "liberal" or "conservative" technique? *Georgia Law Review*, Vol. 15, N. 3, p. 539-558, 1981; KATYAL, Neal K. Rethinking Legal Conservatism. *Harvard Journal of Law & Public Policy*, Vol. 36, p. 949-953, 2013; MARSHALL, William P. Conservatives and the sevens sins of judicial activism. *University of Colorado Law Review*, Vol. 73, p. 101-140, 2002; STONE, Geoffrey R. Citizens United and Conservative Judicial Activism. *University of Illinois Law Review*, Vol 2012, p. 485-500, 2012; WHITEHOUSE, Sheldon. Conservative Judicial Activism: The Politicization of the Supreme Court Under Chief Justice Roberts.

Tais compreensões se reproduzem parcialmente na literatura especializada brasileira sobre o ativismo judicial: ao mesmo tempo em que se repete, entre nós, a dualidade ativismo-autocontenção, se aponta que as posturas ativistas são predominantemente liberais[804].

Não obstante a pluralidade de concepções doutrinárias lançadas sobre a expressão "ativismo judicial"[805], esta categoria – comumente rotulada como um "vício" da atuação judicial – se reveste de características essenciais que definem o seu conceito:

a) exprime uma criação judicial[806];

Harvard Law & Policy Review, N. 9, p. 195-210, 2015; YOUNG, Ernest A. Judicial Activism and Conservative Politics, *University of Colorado Law Review*, Vol. 73, N. 4, p. 1.139-1.216, 2002; KECK, Thomas M. Activism and Restraint on the Rehnquist Court: Timing, Sequence, and Conjuncture in Constitutional Development. *Polity*, Vol. XXXV, N. 1, p. 121-152, 2002.

[804] Cf. SÁ, Mariana Oliveira de; Vinícius Silva BONFIM, Vinícius Silva. A atuação do Supremo Tribunal Federal frente aos fenômenos da judicialização da política e do ativismo judicial. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Vol. 5, p. 170-190, 2015; MEDEIROS, Orione Dantas de. A influência do realismo judicial no julgamento da reclamação constitucional 4335-5/AC: rejeição da mutação constitucional prevista no art. 52, x da CF/88. *Revista Data Venia – Universidade Estadual da Paraíba*, Vol. 6, N. 8, p. 30-63, 2012; VERÍSSIMO, Marcos Paulo. A Constituição de 1988, vinte anos depois: Suprema Corte e ativismo judicial "à brasileira". *Revista Direito GV*, São Paulo, N. 8, p. 407-440, 2008; CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. *Dimensões do ativismo judicial do STF*. Rio de Janeiro: Forense, 2014; RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo Judicial: parâmetros dogmáticos*. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 245-256; KOERNER, Andrei. Ativismo Judicial? Jurisprudência constitucional e política no STF pós-88. *Novos Estudos*, N. 96, p. 69-85, 2013; VIEIRA, José Ribas. Verso e reverso: a judicialização da política e o ativismo judicial no Brasil. *Revista Estação Científica*, Juiz de Fora, Vol. 1, N. 4, p. 44-57, out./ nov. 2009; VIEIRA, José Ribas; CAMARGO, Margarida Maria Lacombe; SILVA, Alexandre Garrido da. O Supremo Tribunal Federal como arquiteto institucional: a judicialização da política e o ativismo judicial. *Revista de Ciências Sociais Aplicadas do CCJE*, Vol. 2, p. 74-85, 2009; OLIVEIRA, Emerson Ademir Borges de. Técnicas de Controle de Constitucionalidade e Ativismo Judicial na Efetivação da Democracia: Notas Introdutórias. *Revista DPU*, N. 44, p. 175-189, mar./abr. 2012; GARAU, Marilha Gabriela Reverendo; MULATINHO, Juliana Pessoa Mulatinho; REIS, Ana Beatriz Oliveira. Ativismo judicial e democracia: a atuação do STF e o exercício da cidadania no Brasil. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Vol. 5, p. 192-206, 2015. BARBOSA, Daniella Dutra de Almeida; TEIXEIRA, João Paulo Allain. O Supremo Tribunal Federal e o novo desenho jurisdicional brasileiro. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, Ano 47, N. 186, p. 129-139, abr./jun. 2010.

[805] GROSTEIN, Julio. *Ativismo judicial: análise comparativa no direito constitucional brasileiro e norte-americano*. São Paulo: Almedina, 2019.

[806] Confira-se, exemplificadamente: KMIEC, Keenan D. The Origin and Current Meanings of Judicial Activism. *California Law Review*, N. 92, p. 1.471-1.473, 2004; KROTOSZYNSKI JR., Ronald J. A Rememberance of Things Past? Reflections on the Warren Court and the Struggle for Civil Rights. *Washington and Lee Law Review*, Vol. 59, p. 1.055-1.074, 2002; WALPIN, Gerald. Take Obstructionism Out of the Judicial Nominations Confirmation Process. *Texas Review of Law & Politics*, Vol. 8, p. 89-112, 2003; SCHWARTZ, Gary T. The Beginning and the Possible End of the Rise of Modern American Tort Law. *Georgia Law Review*, Vol. 26, n. 3, p. 539-599, 1992; TABAK, Ronald. J.; LANE, J. Mark. Judicial activism and legislative "reform" of federal habeas corpus: a critical analysis of recent developments and current proposals. *Albany Law Review*, Vol. 55, N. 1, p. 01-95, 1991; COX, Archibald.The independence of the judiciary: history and purposes. *University of Dayton Law Review*, Vol. 21, p. 580, 1996; KADISH, Sanford H. A Note on Judicial Activism. *Utah Law Review*, Vol. 6, p. 467-471, 1959; YUNG, Corey Rayburn. Flexing Judicial Muscle: An Empirical Study of Judicial Activism in the Federal Courts. *North*

b) evidencia uma atuação judicial seletiva e discricionária[807];

c) produz efeitos negativos à democracia e à pluralidade[808], e

d) denota uma indevida politização do Poder Judiciário[809].

Western University Law Review, Vol. 105, p. 10, 2011; LITTLEFIELD, Neil O. Stare decisis, prospective overruling, and judicial legislation in the context of sovereign immunity. *Saint Louis University Law Journal*, Vol. 9, p 71-72, 1965; POUND, Roscoe. Common Law and Legislation. *Harvard Law Review*, Vol. XXI, n. 6, p. 383-407, 1908; PATASHNIK, Eric M.; ZELIZER, Julian E. The Struggle to Remake Politics: Liberal Reform and the Limits of Policy Feedback in the Contemporary American State. *American Political Science Association*, Vol. 11, n. 4 p. 1.083, dez. 2013; CHAYES, Abram. The role of the judge in public law litigation. *Harvard Law Review*, Vol. 89, N. 7, p. 1.281-1.316, mai. 1976; MORAIS, Fausto Santos de; TRINDADE, André Karam. Ativismo judicial: as experiências norte-americana, alemã e brasileira. *Revista da Faculdade de Direito da UFPR*, Curitiba, N. 53, p. 77, 2011; NEVES, Edson Alvisi. Jurisdição Ativa no Estado Democrático. In: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda; FRAGALE FILHO, Roberto; LOBÃO, Ronaldo (orgs.). *Constituição & Ativismo Judicial*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 72; FELLET, André Luiz Fernandes; DE PAULA, Daniel Giotti; NOVELINO, Marcelo (orgs.). *As Novas Faces do Ativismo Judicial*. Salvador: Editora Juspodivm, 2013; TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski. Ativismo judicial: nos limites entre racionalidade jurídica e decisão política. *Revista Direito GV*, São Paulo, N. 8(1), p. 47, jan-jun 2012.; CITTADINO, Gisele. Poder Judiciário, ativismo judiciário e democracia. *Revista Alceu*, Vol. 5, N. 9 - p. 105 a 113 - jul./dez. 2004; KOERNER, Andrei. Ativismo Judicial? Jurisprudência constitucional e política no STF pós-88. *Novos Estudos*, N. 96, p. 72, 2013; BAIO, Lucas Seixas. Ativismo e legitimidade: província democrática para a criação judicial do direito. *RIDB*, Ano 1, N. 10, p. 5.883-5.884, 2012. VOJVODIC, Adriana de Moraes. *Precedentes e argumentação no Supremo Tribunal Federal: entre a vinculação ao passado e a sinalização para o futuro*. Tese (doutorado) – Universidade de São Paulo – USP. Programa de Pós-Graduação, 2012.

[807] Cf. FIELDING, Nigel G. Judges and Their Work. *Social & Legal Studies*, Vol. 20, N. 1, p 97-116, 2011; BARNETT, Randy E. Foreword: Judicial Conservatism v. a Principled Judicial Activism. *Harvard Journal of Law & Public Policy*, Vol. 10, N. 2, p. 273-294, 1987; GREEN, Craig. An Intellectual History of Judicial Activism. *Emory Law Journal*, Atlanta, Vol. 58, N. 5, p. 1.208, 2009; STONE, Geoffrey R. Citizens United and Conservative Judicial Activism. *University of Illinois Law Review*, Vol. 2012, p. 485-500, 2012; BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática. In: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda; FRAGALE FILHO, Roberto; LOBÃO, Ronaldo (orgs.). *Constituição & Ativismo Judicial*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 275-290; ABBOUD, Georges; LUNELLI, Guilherme. Ativismo judicial e instrumentalidade do processo Diálogos entre discricionariedade e democracia. *Revista de Processo*, Vol. 242 p. 21-47, 2015; NUNES, Luiz Roberto. Ativismo judicial. *Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região*, N. 38, p. 57-74, 2011; TRINDADE, André Karam. Ativismo judicial: as experiências norte-americana, alemã e brasileira. *Revista da Faculdade de Direito da UFPR*, Curitiba, N. 53, p. 77, 2011; KOERNER, Andrei. Ativismo Judicial? Jurisprudência constitucional e política no STF pós-88. *Novos Estudos*, N. 96, p. 69-85, 2013; VIEIRA, José Ribas; SILVA, Alexandre Garrido. Justiça transicional, direitos humanos e a seletividade do ativismo judicial no Brasil. *Rev. da Fac. Min. de Direito*, Belo Horizonte, Vol. 11, N. 22, p. 19-46, 2008.

[808] Cf. ELY, John Hart. *Democracia e Desconfiança: uma teoria do controle judicial de constitucionalidade*. Tradução de Juliana Lemos. São Paulo: Martins Fontes, 2010; WALDRON, Jeremy. The core of the case against judicial review. *The Yale Law Journal*, Vol. 115, N. 6, p. 1.346-1.406, 2006; ESKRIDGE, William N. Jr. Pluralism and Distrust: How Courts Can Support Democracy by Lowering the Stakes of Politics, *Yale Law Journal*, Vol. 114, N. 6, p. 1.279-1.328, 2005; CANON, Bradley C. Defining the dimensions of judicial activism. *Judicature*, Vol. 66, N. 6, p. 237-247, 1982-1983; YOUNG, Ernest A. Judicial Activism and Conservative Politics, *University of Colorado Law Review*, Vol. 73, N. 4, 2002; MARSHALL, William P. Conservatives and the sevens sins of judicial activism. *University of Colorado Law Review*, Vol. 73, p. 101-140, 2002; SCHWARZSCHILD, Maimon. Pluralism, Conversation, and Judicial Restraint. *Northwestern University Law Review*, Vol. 95, N. 3, p. 961-976, 2001; GARNETT, Richard W. Judicial Review, Local Values, and Pluralism. *Harvard Journal of Law & Public Policy*, Vol. 32, N. 1, p. 5-16, 2009; GRAGLIA, Lino A. It's not constitutionalism, it's judicial activism. *Harvard Journal of Law & Public Policy*, N. 293, 1995-1996; RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo Judicial: parâmetros dogmáticos*. São Paulo: Saraiva, 2010.

O estudo detido da aplicação dos critérios de autocontenção judicial, porém, indica que a dicotomia ativismo-autocontenção parece ser mais inconsistente do que efetivamente é; em realidade, o cotejo da autocontenção do STF e da Suprema Corte revela que tais categorias guardam mais semelhanças do que diferenças. A propalada relação de contrariedade inerente a tais categorias traduziria, em suma, um *mito*.

Criação judicial do direito. A forma com que os critérios processuais (Capítulo IV) são aplicados, em primeiro lugar, evidencia se tratarem de efetivas criações judiciais, à

---

[809] Veja-se, neste sentido, os seguintes estudos norte-americanos: KMIEC, Keenan D. The Origin and Current Meanings of Judicial Activism. *California Law Review*, N. 92, p. 1.475-1.476, 2004; REHNQUIST, William H. *The Supreme Court: revised and updated*. New York: Vintage Books, 2002, p. 278; WOLFE, Christopher. *The Rise of Modern Judicial Review: from constitutional interpretation to judge-made law*. Revised edition. Lanham: Rowman & Littlefield Publishers, Inc, 1994, p. 09; GREEN, Craig. An Intellectual History of Judicial Activism. *Emory Law Journal*, Atlanta, Vol. 58, N. 5, p. 1.210, 2009; CROSS, Frank B.; LINDQUIST, Stefanie A. The Scientific Study of Judicial Activism. *Minnesota Law Review*, N. 91, p. 1.766, 2006; SUNSTEIN, Cass. R. Lochnering. *Texas Law Review*, Vol. 82, p. 69, 2003-2004; REYNOLDS, William Bradford. Symposium: Renewing the American Constitutional Heritage. *Harvard Journal of Law and Public Polic*, Vol. 8, p. 233, 1985; NEUBORNE, Burt. The binding quality of Supreme Court precedent. *Tulane Law Review*, vol. 61, p. 998, 1987; STONE, Geoffrey R. Citizens United and Conservative Judicial Activism. *University of Illinois Law Review*, Vol. 2012, p. 485-500, 2012; COX, Archibald. The role of the Supreme Court: Judicial Activism or Self-Restraint? *Maryland Law Review*, Vol. 47, p. 1118-138, 1987-1988; O'SCANNLAIN, Diarmuid F. Is a Written Constitution Necessary? *Pepperdine Law Review*, Vol. 32, p. 799, 2005; BURTON, Steven J. The conflict between *stare decisis* and overruling in constitutional adjudication. *Cardozo Law Review*, Vol. 35, p. 1.687-1.714, 2014; ROESCH, Benjamin J. Crowd Control: The Majoritarian Court and the Reflection of Public Opinion in Doctrine. *Suffolk University Law Review*, Vol. XXXIX, p. 398, 2006; MARSHALL, William P. Conservatives and the sevens sins of judicial activism. *University of Colorado Law Review*, Vol. 73, p. 101-140, 2002. Dentre os autores brasileiros, confira-se: GOMES, Gustavo Gonçalves. Juiz ativista x juiz ativo: uma diferenciação necessária no âmbito do processo constitucional moderno. In: DIDIER JR., Fredie; NALINI, José Renato; RAMOS, Glauco Gumerato; LEVY, Wilson (orgs.). *Ativismo Judicial e Garantismo Processual*. Salvador: Juspodivm, 2013, p. 297-298; NOBRE JUNIOR, Edilson Pereira. Ativismo judicial: Possibilidade e limites. *Revista Trimestral de Direito Público*. Belo Horizonte, Ano 2011, N. 55, p. 10, jul./set. 2011; REVERBEL, Carlos Eduardo Dieder. Ativismo judicial e Estado de Direito. *Revista Eletrônica do Curso de Direito da Universidade Federal de Santa Maria*, Santa Maria, Vol. 9, N. 2, p. 9, 2014; HERANI, Renato Gugliano. O poder judicial de constitucionalidade – Entre o ativismo e a contenção. *Revista Brasileira de Estudos Constitucionais*, Belo Horizonte, Ano 7, N. 27, p. 631-648, set./dez. 2013; KOERNER, Andrei. Ativismo Judicial? Jurisprudência constitucional e política no STF pós-88. *Novos Estudos*, N. 96, p. 72, 2013; MORAES, Alexandre de. As súmulas vinculantes no Brasil e a necessidade de limites ao ativismo judicial. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, Vol. 106/107, p. 267 – 285, jan./dez. 2011/2012; SILVA, Diogo Bacha e. Os contornos do ativismo judicial no Brasil: O fetiche do Judiciário brasileiro pelo controle dos demais poderes. *Revista de Informação Legislativa*, Ano 50, N. 199, p. 163-178, jul./set. 2013; CARVALHO, Maria Carolina. Constitucionalização do direito, judicialização e ativismo judicial. *Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo*. São Paulo, N. 76. p. 192, jul./dez. 2012; CARDOSO, Oscar Valente. Ativismo judicial: conceitos e preconceitos. *Revista Dialética de Direito Processual*. São Paulo, N. 129. p. 81, dez. 2013; RECK, Janriê Rodrigues; VICENTE, Jacson Bacin. Ativismo judicial: uma forma de controle social? *Revista Brasileira de Direito – IMED*, Vol. 8, N. 1, p. 125-140, jan./jun. 2012; NUNES, Luiz Roberto. Ativismo judicial. *Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região*, N. 38, p. 57-74, 2011; BARROSO, Luís Roberto. Constituição, democracia e supremacia judicial: direito e política no Brasil contemporâneo. *Revista da Faculdade de Direito – UERJ*, Vol. 2, N. 21, p. 01-50, jan./jun. 2012; ABBOUD, Georges; LUNELLI, Guilherme. Ativismo judicial e instrumentalidade do processo: diálogos entre discricionariedade e democracia. *Revista de Processo*. São Paulo. Vol. 40, N. 242, p. 19-45, abr. 2015.

semelhança de decisões tachadas de ativistas. As barreiras processuais ao julgamento de mérito, não obstante fundadas em razões prudenciais, caracterizam atividade criadora tanto do STF quanto da Suprema Corte. Tais técnicas implementam na praxe forense filtros de admissibilidade por criação jurisprudencial sem respaldo normativo, a denotar atividade típica do *judge-made law* historicamente atribuído ao ativismo judicial.

O mesmo se observa relativamente aos critérios materiais – doutrina das questões politicas e presunção de constitucionalidade. Ambas categorias configuram técnicas que expressam comportamentos autocontidos e que foram criadas unicamente a partir da jurisprudência constitucional.

Aliás, importa notar que todos os critérios de autocontenção, à semelhança de quaisquer outras regras jurídicas, são ora aplicados de forma autônoma (formas fortes), ora conjugados com outras limitações (formas médias) e, ainda, podem figurar como mero recurso retórico (formas fracas). Sob esta perspectiva, nota-se que os critérios de autocontenção apresentam os mesmos usos de qualquer outro critério de cunho normativo, o que inclui, por certo, todas as criações forjadas a partir de decisões reputadas ativistas.

Seletividade e discricionariedade. De outro vértice, a *seletividade* que marca decisões classificadas como ativistas se mostra presente, e.g., na forma inconstante – e muitas vezes incoerente – com que STF e Suprema Corte lidam com a doutrina das questões políticas. Se, de um lado, a aplicação deste critério pode significar um indevido excesso de autocontenção[810], por outro, situações há que poderiam ter sido melhor decididas mediante o reconhecimento do caráter político dos atos questionados[811]. Neste

[810] Vide, a propósito a análise de *Giles v. Haris* (Capítulo II, item 3.5) e o exame da decisão proferida pelo STF no MS 20.464/DF (Pleno, rel. Min. Soares Muñoz, j. 31.10.1984, DJ 07.12.1984, p. 20.987), nos termos do item 3.3 do Capítulo II.

[811] A título exemplificativo, veja-se a decisão em *Dred Scott v. Sandford* (60 U.S. 393, 1856), considerado "seguramente o caso mais infame do direito constitucional americano" (PERRY, Michael J. The Fourteenth Amendment, Same-Sex Unions, and the Supreme Court. *Loyola University Chicago Law Journal*, N. 38, p. 226, 2006-2007. Tradução livre deste autor. No original: "*surely the single most infamous case in American constitutional law*") , ou, talvez, o caso mais desastroso de sua história (PRITCHETT, C. Herman. The Supreme Court Today: Constitutional Interpretation and Judicial Self-Restraint. *South Dakota Law Review*, Vol. 3, p. 56, 1958). A decisão em *Dred Scott* analisou com profundidade o argumento mais polêmico da causa, chancelando o *Missouri Compromise*, sob o fundamento, inclusive, da suposta constitucionalidade da escravidão, a impedir qualquer ação do Congresso para coibi-la. A opção pelo autocomedimento fundado na teoria das questões políticas evitaria o grave pronunciamento que marca negativamente este caso e que deflagrou a Guerra de Secessão. Afinal, como observou Maurice Finkelstein, "uma questão que envolveu uma Guerra Civil dificilmente poderia ser material adequado para contenda de advogados" (Further Notes on Judicial Self-Limitation. *Harvard Law Review*, Vol. 39, N. 2, p. 243, 1925. Tradução livre do autor. No original: "*A question which involved a Civil War can hardly be proper material for the wrangling of lawyers*"). O caráter errático da jurisprudência da Suprema Corte no que toca à aplicação do critério das

ponto em específico, tal como se verificou no Capítulo II, item 3.5, não se colhe da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, com frequência, o recurso às questões políticas em situações em que debatidas insuficiências técnicas e estruturais do Judiciário para decidir determinados assuntos de maior complexidade. Isto se mostra particularmente contraditório com o diagnóstico que aponta o cabimento deste critério quando o Poder Judiciário se vê envolvido com macro-questões que imbricam aspectos econômicos, sociais e administrativos, a confirmar o caráter discricionário com que a doutrina das questões políticas é mencionada nas decisões[812].

A esta oscilação devem ser agregadas as hipóteses em que os critérios de autocontenção figuram como mero reforço argumentativo, o que se verifica sobretudo nas suas formas médias e fracas. Há, aqui, uma *discricionariedade* da jurisdição constitucional em invocar ou não algum critério de autorrestrição judicial, conforme tal conduta possa agregar maior vantagem ou proteção ao órgão jurisdicional[813]. Este contexto elucida que,

---

questões políticas também pode ser observado na Era *Lochner* (Capítulo III, item 3.1 e 3.4). Careceram as principais decisões deste período de uma abordagem autocontida, que poderia ser plenamente justificada sob a ótica das questões políticas. Este critério de autorrestrição, se observado, daria à Suprema Corte argumento sólido para deixar de adentrar à justiça ou sabedoria das políticas econômicas e sociais cuja implementação era buscada pelos órgãos governamentais competentes com vistas a superar a grave crise vivenciada então. Vincent M. Barnett assentou, neste sentido, que "cortes nem sempre se valem de todas as vantagens das possibilidades inerentes a esta doutrina [das questões políticas]. Muitas das leis relativas a amplos programas sociais e econômicos declaradas inconstitucionais pela Corte poderiam ser analisadas a partir deste ponto de vista" (Constitutional interpretation and Judicial Self-Restraint. *Michigan Law Review*, Vol. 39, p. 231, 1940. Tradução livre deste autor. No original: "*Courts have never taken full advantage of the possibilities inherent in this doctrine. Many of the laws relating to broad social and economic programs struck down by the Court could have been approached from this point of view*").

[812] Cabe ressaltar que, de fato, muitas das decisões emblemáticas do STF que chancelam o protagonismo judicial na intervenção em políticas públicas não teceram, ainda que superficialmente, quaisquer considerações acerca da doutrina das questões políticas, inviabilizando um mínimo debate sobre autocontenção nesta matéria. Dentre os inúmeros casos, vide a emblemática decisão monocrática do Ministro Celso de Mello na ADPF 45-MC/DF (j. 29.04.2004, DJ 04.05.2004, p. 12); o acórdão da STA 175/CE (AgR, rel. Min. Gilmar Mendes, j. 17.03.2010, DJe 30.04.2010, que estabeleceu parâmetros para solução judicial dos casos concretos que envolvem direito à saúde e fixou a responsabilidade solidária dos entes da Federação em matéria de saúde); a recente decisão que afastou a obrigatoriedade do Estado de prestar medicamentos experimentais, exigindo-se, como regra geral, o registro na Anvisa (RE 657.718, rel. Min. Marco Aurélio, j. 22.05.2019, DJe 25.10.2019) e os comandos estabelecidos na ADPF 347 MC/DF (Pleno, rel. Min. Marco Aurélio, j. 09.09.2015, DJe 19.02.2016), dentre os quais se destaca o descontingenciamento do FUNPEN – Fundo Penitenciário Nacional, ante o reconhecimento do estado de coisas inconstitucional presente no sistema carceário brasileiro. Ainda que se possa julgar adequados os respectivos desfechos, tais decisões poderiam ter contado com contribuições teóricas hauridas da teoria das questões políticas. Nesta seara, os aportes da doutrina das questões políticas – porque fundamentada, inclusive, nas contingências institucionais dos órgãos judiciários – poderia ampliar e qualificar o debate levado a efeito em muitas das controvérsias decididas pelo STF.

[813] Vide Capítulo II, item 4, Capítulo III, item 4.2, Capítulo IV, itens 5 e 6 e item 4.1 deste Capítulo.

em realidade, as duas cortes supremas analisadas, ao aplicar critérios de autocontenção, agem "em razão de princípios utilitaristas"[814].

E, diante deste cenário, percebe-se que os momentos de ausência de uniformidade e racionalidade da jurisprudência na aplicação dos variados critérios de autocontenção – bem como a seletividade em se valer de suas formas impuras – se coadunam com a noção de julgamento orientado pelo resultado (*result-oriented judging*), que também inspira o conceito de ativismo judicial.

Democracia e pluralismo. De outro vértice, o excesso de autorrestrição judicial pode atenuar os meios de expressão de minorias, impactando negativamente, em decorrência, o *pluralismo* que necessariamente molda o *regime democrático*.

Em realidade, como de há muito assentado na prática da Suprema Corte – no que foi reproduzida pelo STF, como salientado no Capítulo III, item 2 – a presunção de constitucionalidade deve ceder passo em face de atos normativos que restrinjam o processo político e que imponham tratamento discriminatório a "minorias separadas e isoladas"[815]. Neste contexto excepcional, a adesão aos critérios de autocontenção judicial, ao revés do que usualmente ocorre, pode suprimir mecanismos facilitadores do pluralismo político. Há de vigorar, aqui, o paradigma neo-thayeriano de autocontenção[816]: a postura comedida é devida até o ponto em que possa vir frustrar o funcionamento dos espaços adequados à manifestação plural do pensamento político. Da perspectiva da proteção do pluralismo, a autocontenção presume-se legítima; havendo "dúvida razoável" acerca dos riscos à democracia, milita em favor dela uma presunção de legitimidade. Todavia, a ultrapassagem desta fronteira torna a postura judicial autocontida perigosa ao ambiente democrático plural, à semelhança do figurino costumeiramente atribuído às posturas ativistas[817]. A partir deste momento, em suma, tem-se indevido passivismo judicial[818].

---

[814] FINKELSTEIN, Maurice. Further Notes on Judicial Self-Limitation. *Harvard Law Review*, Vol. 39, N. 2, p. 237, 1925. Tradução livre deste autor. No original: "*they* [courts] *act upon principles of utility*".

[815] *United States v. Carolene Products Co*., 304 U.S. 144 (1938).

[816] Cf. SCHWARZSCHILD, Maimon. Pluralism, Conversation, and Judicial Restraint. *Northwestern University Law Review*, Vol. 95, N. 3, p. 973, 2001 e análise levada a cabo no item 4.1 supra.

[817] Como anota Howard Sherain, "o maior risco do ativismo judicial deriva do fato de que ele extermina possibilidades democráticas" "SHERAIN, Howard. Thayer, Judicial Self-Restraint and Watergate. Albany Law Review, Vol. 38, p. 60, 1973. Tradução livre deste autor. No original: "*Rather, its [judicial activism] greatest danger stems from the fact that it kills democratic possibilities*".

[818] Conforme item 3.3 supra.

Politização da justiça. Por fim, a politização do Poder Judiciário – propalada como nota distintiva do ativismo judicial – se faz presente em algumas hipóteses de aplicação dos critérios de autocontenção. Ao se pretender evitar questões "espinhosas" por meio da autorrestrição judicial[819], ainda que para permitir que "governantes eleitos governem"[820], a jurisdição constitucional pode ultrapassar as raias do campo de apreciação jurídica para ocultar o seu real alinhamento político-valorativo com o legislador.

É preciso ter em conta, aliás, que o cerne do conceito de autocontenção – isto é, o seu cunho endógeno – remete às noções de *autonomia* e *vontade* de juízes constitucionais. E, neste contexto, a vontade de autocomedimento, expressada por meio tanto dos critérios materiais quanto dos processuais, sujeita-se ao risco de ser "reduzida a uma inconsciente e, por consequência, ineficiente forma de se fazer política"[821]. A propósito, Robert J. McKeever anota que o *justice* William O. Douglas, reconhecido pelo seu ativismo durante a sua atuação no tribunal, foi nomeado pelo presidente Franklin D. Roosevelt, no bojo da tentativa de *court-packing* de 1937, com a expressa recomendação política de praticar a autocontenção judicial[822].

Isto pode conduzir à politização do Judiciário por meio da autocontenção, da qual é exemplo o uso declarado da presunção de constitucionalidade para, nas entrelinhas, acomodar posições político-valorativas do juiz constitucional. Cuida-se, a partir da análise realizada no Capítulo III, item 4.2, de um uso impuro da presunção de constitucionalidade na superfície; abaixo dela operando-se verdadeiro julgamento orientado pelo resultado. Cabe recordar, ademais, que o figurino do comedimento e da presunção é compatível com pronunciamentos breves e superficiais – à moda, e.g., do minimalismo judicial. No entanto, sob o rótulo da presunção de constitucionalidade, se verificam decisões da justiça constitucional que, extrapolando a natural brevidade e singeleza da fundamentação –

---

[819] Cf. FINKELSTEIN, Maurice. Judical Self-Limitation. *Harvad Law Review*, Vol. 37, p. 345, 1924.

[820] HENKIN, Louis. Is There a "Political Question" Doctrine? *The Yale Law Journal*, Vol. 85, N. 5, p. 625, 1976.

[821] McWHINNEY, Edward. The Supreme Court and the Dilemma of Judicial Policy-Making. *Minnesota Law Review*, Vol. 39, p. 850, 1955. Tradução livre deste autor. O trecho original é o seguinte: "*Judicial self-restraint insofar as, in the application of the rule of reason, it involves the resort to legal relativism, seems to run the risk of too frequently reducing to an unconscious and therefore (since the weighing of policy alternatives requisite to an informed decision is necessarily absent) rather inefficient form of policy-making.*".

[822] McKEEVER, Robert J. The Fall and Rise of Judicial Activism in the United States: The Case of Justice William O. Douglas. *The Journal of Legal History*, Vol. 11, p. 437, 1990.

típicas da aplicação de presunções e da autorrestrição em geral – avançam para uma defesa ampla, técnica ou enfática das opções tomadas pelos demais poderes[823].

Evidencia-se, assim, em algumas determinadas situações, o recurso meramente figurativo à presunção de constitucionalidade, quando, em realidade, o que se observa é julgamento orientado pelo resultado. E, ao se valer desta forma não autêntica de presunção de constitucionalidade, a jurisdição constitucional se aproxima de característica própria do ativismo, na medida em que emprega, na superfície, uma "retórica de contenção" quando, no fundo, o que se tem é "um programa judicial baseado em ideologia e preferência pessoal"[824].

Não por coincidência, este uso desvirtuado da autocontenção se observa nos seus pseudocritérios; afinal, cautela e prudência – tão contrárias à ideia de ativismo judicial – apenas em condições excepcionais é que podem produzir decisões judiciais politizadas.

[823] Vide, e.g., as decisões da Suprema Corte em *Munn v. Illinois* e em *United States v. Gettysburg Elec. Ry. Co.*, bem como o voto dissidente do juiz Harlan em *Lochner v. New York* e o acórdão do STF ao julgar constituticional a terceirização no âmbito da Administração Pública (RE 760.931), tratados no Capítulo III, item 4.2. Robert J. McKeever aponta, ainda, que a autocontenção expressada pelo justice William O. Douglas em seu voto dissidente em *McCarroll v. Dixie Lines* (objeto do Capítulo III, item 3.2) era "inteiramente compatível com o seu liberalismo político e, de fato, de acordo com alguns autores, deveria ser compreendida como um produto dele". (The Fall and Rise of Judicial Activism in the United States: The Case of Justice William O. Douglas. *The Journal of Legal History*, Vol. 11, p. 438, 1990. Tradução livre deste autor. No original: "*The philosophy of self-restraint evident in this dissent was entirely compatible with Douglas's political liberalism and, indeed, according to some scholars, should be understood as a product of it*".)

[824] POSNER, Richard A. The Rise and Fall of Judicial Self-Restraint. *California Law Review*, Vol. 100, N. 3, p. 533, jun. 2012. Os trechos citados constam do seguinte excerto original: "Estariam os seus [do thayerismo] seguidores contidos ou estariam eles meramente empregando uma retórica de contenção para esconder (não necessariamente de modo consciente) um programa judicial baseado mais em ideologia e preferência pessoal do que em diretrizes ortodoxas para a decisão judicial?". Tradução livre deste autor. No original: "*Were its [thayerism] advocates restrained, or did they merely employ a rhetoric of restraint to conceal (not necessarily consciously) a judicial program based on ideology and personal preference rather than on orthodox guides to judicial decision making?*"

SÍNTESE CONCLUSIVA

1. Constitui "doloroso dever" da jurisdição constitucional pronunciar a incompatibilidade de um ato normativo em face da Constituição (*McCulloch v. Maryland*), impondo-se aos juízes constitucionais o dever de agir para proteger a norma superior. O figurino para o qual foi forjada a jurisdição constitucional não conceberia que aqueles encarregados de defender a Constituição se abstivessem, discricionariamente, de fazê-lo.

2. No entanto, a própria jurisdição constitucional passou a erigir critérios que lhe confeririam a faculdade de não intervir, compondo um parâmetro de atuação aparentemente distinto para o qual foi inicialmente forjada. Assim é que, no âmbito da jurisdição constitucional norte-americana, a Suprema Corte passou a adotar posturas que relativizavam a guarda da Constituição em face dos eventuais abusos dos demais poderes. Instituiu-se, pois, a noção de que o Poder Judiciário poderia deixar de intervir em determinados casos, ainda que esta recusa significasse retirar a proteção judicial das provisões constitucionais.

3. Esta atuação judicial reduzida, por força de escolha autônoma de juízes constitucionais, constitui o que vem sendo denominado autocontenção judicial. Seus elementos configuradores residem, portanto, no agir mais restrito e que seja fruto de opção unilateral de juízes e tribunais.

4. De outra parte, porém, a atividade judicial como um todo e a jurisdição constitucional em particular, assim como todas as demais tarefas estatais, se encontram subordinadas a limites estabelecidos no ordenamento jurídico. Normas jurídicas positivadas em textos constitucionais e legais constituem, por isso mesmo, uma particular categoria de limites impostos à jurisdição constitucional.

5. Este cenário permite distinguir a autocontenção judicial dos demais elementos normativos que balizam a jurisdição constitucional. Enquanto as limitações decorrentes da autocontenção judicial estão assentadas nos pilares da autonomia e unilateralidade, outras circunstâncias se operam por força de regras e princípios jurídicos que impedem o desempenho ilimitado da função judicial. Convivem assim, a moldar o exercício da jurisdição constitucional, limites normativamente impostos a ela (e, portanto, exógenos) e limites oriundos unicamente da opção autônoma de juízes constitucionais (e, nesta medida, endógenos).

6. Não se confunde a autocontenção judicial com outras noções que lhe são próximas. Virtudes passivas e minimalismo judicial, neste sentido, traduzem causas da autocontenção porquanto revelam os ideais de humildade, prudência, cautela e moderação. Virtudes passivas e minimalismo, portanto, denotam alguns fundamentos subjetivos, dentre os inúmeros possíveis, que juízes podem ter em conta no momento da escolha pela via do autocomedimento. A autocontenção judicial, por sua vez, encontra-se objetivamente retratada em decisões judiciais que deixam de exercer em sua plenitude as potencialidades de atuação que lhes conferem a Constituição e o ordenamento legal.

7. De outra parte, sob uma perspectiva valorativa, os comportamentos judiciais fundados nas virtudes passivas e no minimalismo revelam um adequado exercício da autocontenção, porquanto expressam as virtudes da cautela, modéstia, humildade e prudência. Já o excesso de autocontenção se amolda à ideia de passivismo judicial, eis que esta expressão retrata uma versão demasiadamente rígida e extremada dos comportamentos judiciais autocomedidos.

8. A compreensão global do fenômeno da autocontenção reclama a identificação e análise de seus critérios. Por critérios se denominam as variadas técnicas criadas unilateralmente pela jurisdição constitucional com o objetivo de viabilizar a postura redutora desejada em alguma particular circunstância. Os critérios de autocontenção não se confundem com os inúmeros motivos de ordem psicológica ou subjetiva que podem animar um juiz constitucional a optar pelo caminho da autorrestrição judicial. Daí porque os critérios de autolimitação judicial podem ser identificados a partir do exame de julgados dos órgãos da justiça constitucional. Ao lado da doutrina das questões políticas e da presunção de constitucionalidade, também figuram como critérios de autocontenção judicial da Suprema Corte e do STF os filtros processuais criados com o fim de evitar pronunciamentos de mérito destes tribunais.

9. Os critérios de autocontenção colhidos da jurisprudência da Suprema Corte e do STF apresentam distintos pesos nas decisões judiciais que os veiculam.

10. Ora se apresentam de forma forte, traduzindo manifestações autênticas e genuínas de autorrestrição judicial, isto é, hipóteses em que a vontade endógena de se autorrestringir é a única fonte para tanto. Não há, nestes casos, a influência de norma positiva externa para a atuação judicial restringida. Em outras ocasiões, verificam-se formas médias destes critérios, situações em que, para além da vontade autônoma do

tribunal, concorrem circunstâncias normativas externas de limitação do exercício da jurisdição constitucional (fatores exógenos). E, ainda, casos há em que a menção à autocontenção judicial é meramente retórica, pois o que efetivamente limita a atuação judicial é a aplicação ou interpretação de normas jurídicas externas à vontade do órgão julgador.

11. Formas médias e fracas de autocontenção consubtanciam, em suma, uma *retórica autocontida*, eis que indicam usos não autênticos desta categoria. O *hibridismo* que marca tais formas permite afirmar que apenas *impropriamente* cabe falar em autocontenção judicial nestes casos. A autocontenção *própria*, de seu turno, se identifica em suas formas fortes, nas quais se observa o uso genuíno desta categoria. A *pureza* do caráter endógeno, nestas situações, permite afirmar a ocorrência de manifestações judiciais propriamente autocontidas.

12. Por outro lado, a metodologia de trabalho do Supremo Tribunal Federal contribui para que os critérios de autocontenção judicial sejam invocados de modo individualizado por seus membros. O modo de tomada de decisão do tribunal, com efeito, constitui ambiente propício a que a doutrina das questões políticas e a presunção de constitucionalidade sejam invocadas pontualmente em votos isolados de alguns ministros.

13. Já a forma de elaboração das decisões da Suprema Corte favorece que os critérios materiais de autocontenção ocupem um papel central em seus julgados. No âmbito daquela corte, a teoria das questões políticas e a presunção de constitucionalidade tendem a figurar como fundamentos centrais das decisões, não se limitando a constar como argumentos adicionais nos julgados, tal como se observa no STF.

14. Esta distinção no modo pelo qual se externam os critérios de autocontenção permite vislumbrar-se uma nova tipologia deste comportamento: *autocontenção individual e institucional*. O *perfil individual* da autocontenção indica o seu uso como ferramenta de mero *reforço argumentativo* singularmente invocado por um ou alguns dos membros do colegiado em um determinado julgamento. O *perfil institucional*, por sua vez, denota as situações em que o autocomedimento judicial se apresenta como *razão fundante* das decisões ou *argumento central compartilhado* pela maioria do tribunal.

15. Ao contrário do que sugerem alguns estudos, a autocontenção judicial não se encontra em extinção. Para além da notável produção doutrinária contemporânea a respeito do assunto e da crescente repercussão política e social do tema, verifica-se que a *tendência*

atual da autoconteção é se manifestar de modo mais claro e inequívoco por meio de seus critérios processuais. Os critérios materiais, de fato, veiculam mais facilmente hipóteses impróprias de autorrestrição judicial, o que justifica, de outro vértice, atenção acadêmica nas distintas formas – mais ou menos puras – com que se observam posturas autocomedidas na jurisdição constitucional.

16. Quanto à presunção de constitucionalidade, em particular, diferentemente do que se pode sustentar, tal critério de autocontenção não opera no *underground*. Ao contrário, a presunção de constitucionalidade emerge em decisões da jurisdição constitucional como mecanismo retórico nas situações em que o que se tem, em realidade, é o alinhamento ideológico-valorativo do julgador com as opções levadas a efeito pelos órgãos democraticamente compostos.

17. O *pluralismo* de ideias e valores – pilar essencial do constitucionalismo – é favorecido por ambiente judicial, sobretudo na jurisdição constitucional de cortes supremas, que seja marcado pelo autocomedimento. A opção pela via da autorrestrição atenua a discricionariedade judicial, favorecendo um ambiente propício ao livre desenvolvimento do pluralismo, especialmente junto aos poderes políticos. E, nesta condição, a autolimitação judicial apresenta o potencial de abrir espaço para o debate político à razão em que reduz o espectro de atuação de juízes constitucionais.

18. A garantia do pluralismo se verifica tanto nas formas fortes, quanto nas formas médias e fracas da autorrestrição judicial. As formas fortes (puras, próprias) traduzem limitações à jurisdição constitucional unilateramente impostas pelos órgãos que a integram. Neste sentido, configuram instrumentos efetivos de preservação do pluralismo, sobretudo quando as limitações normativas exógenas da função judicial, por si sós, não se revelarem suficientes para alcançar tal objetivo.

19. Já as formas médias e fracas de autolimitação judicial contribuem para a preservação do pluralismo na medida em que o reforço argumentativo por elas propiciado corrobora o significado e importância dos foros políticos para o desfecho de determinadas controvérsias. Tais formas híbridas ou impróprias de autocontenção judicial funcionam, portanto, como alerta ou convite para atuação dos órgãos democraticamente compostos.

20. Pondera-se, todavia, que o excesso de autocontenção – sobretudo quando os órgãos democraticamente compostos frustram expressões plurais na sociedade – pode colocar em risco o pluralismo de ideias e valores. A adoção de posturas judiciais

autocontidas mesmo diante da falha ou omissão dos organismos políticos configura, sob este panorama, indesejado *passivismo judicial*.

21. De outro vértice, a aplicação desmedida de critérios processuais de autocontenção pode caracterizar a noção de *jurisprudência defensiva*. Tem-se, aqui, que o rigor excessivo na análise de requisitos de admissibilidade de ações e recursos judiciais afetos à jurisdição constitucional pode configurar *desvirtuamento* institucional propiciado por critérios processuais de autorrestrição judicial quando aplicados de forma extremada.

22. É consolidada na literatura especializada brasileira e norte-americana a *dicotomia* entre ativismo e autocontenção judicial. Reputa-se, com efeito, se tratarem de expressões antônimas. Sobre o ativismo prevalece a pecha de predicado negativo, ao passo que a autocontenção é comumente associada a condutas esperadas de juízes constitucionais, por serem as mais adequadas no desempenho deste mister.

23. Com base nesta dualidade, afirma-se que o ativismo (i) exprime uma criação judicial do direito, (ii) evidencia uma atuação judicial seletiva e discricionária, (iii) produz efeitos negativos à democracia e à pluralidade e (iv) denota uma indevida politização do Poder Judiciário.

24. O exame dos modos pelos quais o STF e a Suprema Corte aplicam os variados critérios de autocontenção indica, em realidade, que posturas judiciais ativistas e autocomedidas guardam mais semelhanças do que se poderia supor.

25. Os critérios de autocontenção constituem, em primeiro lugar, criações unilaterais da jurisdição constitucional, a denotar atividade típica do *judge-made law* historicamente atribuído ao ativismo judicial. Ademais, as ocasiões em que se identifica falta de uniformidade e racionalidade na aplicação dos variados critérios de autocontenção – assim como a *seletividade* ao se valer de suas formas impuras – se amoldam à noção de *julgamento orientado pelo resultado*, que também inspira o conceito de ativismo judicial. Por outro lado, comportamentos excessivamente autocontidos podem suprimir mecanismos facilitadores do *pluralismo político*, colocando em risco o livre desenvolvimento do debate democrático, tal como se rotineiramente atribui ao ativismo judicial. Por fim, a utilização meramente figurativa ou retórica dos critérios de autocontenção aproxima a jurisdição constitucional de programas judiciais fundados nas preferências valorativas do julgador. Sob o pálio da autocontenção, assim, se viabiliza indesejada *politização da justiça* – circunstância costumeiramente afeta ao juiz ativista.

26. Este contexto sugere que a grande distância que estaria a separar o ativismo da autocontenção judicial compõe antiga *mitologia* do constitucionalismo. Este tese se propôs, justamente, a aclarar esta circunstância mediante o exame analítico e comparativo da aplicação dos critérios de autocontenção judicial do Supremo Tribunal Federal e da Suprema Corte.

BIBLIOGRAFIA

ABBOUD, Georges. Consequencialismo jurídico: o lugar da análise de consequências em direito e os perigos do ativismo judicial consequencialista. **Revista dos Tribunais**, Vol. 1009, p. 01-09, 2019.

ABBOUD, Georges; LUNELLI, Guilherme. Ativismo judicial e instrumentalidade do processo Diálogos entre discricionariedade e democracia. **Revista de Processo**, Vol. 242, p. 21-47, 2015.

ACHESON, Dean G. Roger Brooke Taney: notes upon judicial self restraint. **Illinois Law Review**, Vol. XXXI, N. 06, p. 705-717, 1937.

ACKERMAN, Bruce A. **The failure of the founding fathers: Jefferrson, Marshall, and the rise of presidential democracy**. Cambridge: First Harvard University Press, 2007.

AHUALLI, Tânia Mara; SENA, Jaqueline. Ativismo judicial e as cláusulas gerais processuais no direito brasileiro. In: DIDIER JR., Fredie; NALINI, José Renato; RAMOS, Glauco Gumerato; LEVY, Wilson (orgs.). **Ativismo Judicial e Garantismo Processual**. Salvador: Juspodivm, 2013, p. 329-350.

ALMEIDA, Eloísa Machado de. Decisão de restringir prerrogativa deixa lista infindável de dúvidas e será questionada. **Folha de São Paulo**, São Paulo, 05 mai. 2018. Poder, p. A4.

ALMEIDA, Jean Alves Pereira. Teoria geral do prequestionamento. **Revista Dialética de Direito Processual**. São Paulo, N. 97, p.71-81, 2011.

AMIRFAR, Catherine; SINGH, Ashika. The Trump Administration and the Unmaking of International Agreements. **Harvard International Law Journal**, Vol. 59, N. 2, p. 443-460, 2018.

ANDRE, Steven J. The Transformation of Freedom of Speech: Unsnarling the Twisted Roots of Citizens United v. FEC. **John Marshall Law Review**, Vol. 44, N. 1, p. 69-128, 2010.

ARGUELHES, Diego Werneck. Poder não é querer: preferências restritivas e redesenho institucional no Supremo Tribunal Federal pós-democratização. **Universitas JUS**, Vol. 25, N. 1, p. 25-45, 2014.

ARGUELHES, Diego Werneck; RIBEIRO, Leandro Molhano. Criatura e/ou Criador: transformações do Supremo Tribunal Federal sob a Constituição de 1988. Revista de **Direito GV**, Vol. 12, N. 2, p. 405-440, 2016.

ARJONA, Mauro César Bullara; SILVA, Anaclara Pedroso Fernandes Valentim. Recurso Extraordinário 592.581 – STF: Ativismo Judicial e Transconstitucionalismo. In: FIGUEIREDO, Marcelo; CONCI, Luiz Guilherme Arcaro (coords). **Constitucionalismo multinível e pluralismo jurídico**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, p. 65-80, 2017.

ASSUMPÇÃO, Helcio Alves de. Recurso extraordinário: requisitos constitucionais de admissibilidade. In: FABRÍCIO, Adroaldo Furtado (coord.). **Meios de impugnação ao julgado civil: estudos em homenagem a José Carlos Barbosa Moreira**. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2007.

ATRIA, Fernando. Existem direitos sociais? **Revista do Ministério Público do Rio Grande do Sul**, Porto Alegre, Livraria do Advogado, N. 56, p. 9-46, set-dez/2005.

AVELINO, Pedro Buck. **Constitucionalismo: definição e origem**. Dissertação (mestrado) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC/SP. Programa de Pós-Graduação, 2007.

BAIO, Lucas Seixas. Ativismo e legitimidade: província democrática para a criação judicial do direito. **RIDB**, Ano 1, N. 10, p. 5.883-5.884, 2012.

BARBOSA, Daniella Dutra de Almeida; TEIXEIRA, João Paulo Allain. O Supremo Tribunal Federal e o novo desenho jurisdicional brasileiro. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, Ano 47, N. 186, p. 129-139, abr./jun. 2010.

BARBOSA, Leon Victor de Queiroz. **O silêncio dos incumbentes: fragmentação partidária e empoderamento judicial no Brasil**. Tese (doutorado) – Universidade Federal de Pernambuco. Programa de Pós-Graduação, 2015.

BARBOSA, Rui. **Obras Completas**, Vol. XXXVII, tomo VII. Rio de Janeiro: Fundação Casa de Rui Barbosa, 1910. Versão digitalizada disponível em: http://docvirt.com/docreader.net/docreader.aspx?bib=ObrasCompletasRuiBarbosa&pesq=>

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. **Comentários ao Código de Processo Civil**, Vol. V, 14ª ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1981.

BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz; KOZICKI, Katya. Judicialização da política e controle judicial de políticas públicas. **Revista Direito GV**, São Paulo, N. 15, p. 59-85, jan-jul. 2012.

BARNETT, Randy E. After All These Years, Lochner Was Not Crazy - It Was Good. **Georgetown Journal of Law & Public Policy**, Vol. 16, N. 2, p. 437-444, 2018.

BARNETT, Randy E. Constitutional Clichés. **Capital University Law Review**, Vol. 36, p. 493-510, 2007.

BARNETT, Randy E. Foreword: Judicial Conservatism v. a Principled Judicial Activism. **Harvard Journal of Law & Public Policy**, Vol 10, N. 2, p. 273-294, 1987.

BARNETT, Vincent M. Constitutional interpretation and Judicial Self-Restraint. **Michigan Law Review**, Vol. 39, p. 213-237, 1940.

BARROS, Juliana Augusta Medeiros de. **A Interpretação Constitucional Evolutiva e a Cidadania Social: elementos para uma hermenêutica jurisdicional de implementação**

efetiva dos direitos fundamentais trabalhistas. Tese (doutorado) – Universidade de São Paulo – USP. Programa de Pós-Graduação, 2012.

BARROS, Sérgio Resende de. Controle de constitucionalidade: Proposta de simplificação. **Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo**, N. 54, p. 21-44, 2000.

BARROSO, Luís Roberto. Constituição, democracia e supremacia judicial: direito e política no Brasil contemporâneo. **Revista da Faculdade de Direito – UERJ**, Vol. 2, N. 21, p. 01-50, jan./jun. 2012.

_____, Luís Roberto. Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática. In: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda; FRAGALE FILHO, Roberto; LOBÃO, Ronaldo (orgs.). **Constituição & Ativismo Judicial**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 275-290.

_____, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro**. 8ª ed. São Paulo, Saraiva, 2019.

_____, Luís Roberto. **'Operação Abafa' tenta barrar avanços do STF, escreve Barroso**. São Paulo: Folha de São Paulo - Ilustríssima. Disponível em: < https://www1.folha.uol.com.br/ilustrissima/2018/02/em-artigo-ministro-do-supremo-rebate-criticas-feitas-ao-tribunal.shtml> .

BASSHAM, Gregory. Freedom's Politics: A Review Essay of Ronald Dworkin's Freedom's Law: The Moral Reading of the American Constitution. **Notre Dame Law Review**, Vol. 72, p. 1.235-1.276 2014.

BATES, Ed. Activism and self-restraint: the margin of appreciation's strasbourg career... Its "coming of age"? **Human Rights Law Journal**, Vol. 36, N. 7-12, p. 261-276, 2016.

BATISTA, Fernando Natal. A Constituição como fonte de poder: breves apontamentos sobre o controle judicial da atividade política pela jurisdição constitucional. **Revista Direito Mackenzie**, Vol. 11, N. 2, p. 209-227, 2017.

BATOR, Paul M. The state courts and federal constitutional litigation. **William and Mary Law Review**, Vol. 22, p. 605-637, 1981.

BEARD, Charles Austin. **A Suprema Côrte e a Constituição**. Tradução de Paulo Moreira da Silva. Rio de Janeiro: Editôra Forense, 1965.

BENEDICT, Michael Les. Preserving the Constitution: The Conservative Basis of Radical Reconstruction. **The Journal of American History**, Vol. 61, N. 1, p. 65-90, 1974.

BERGER, Raoul. Standing to Sue in Public Actions: Is it a Constitutional Requirement? **Yale Law Journal**, Vol. 78, p. 816-841, 1969.

BERNARDES, Juliano Taveira. Novas perspectivas de utilização da ação civil pública e da ação popular no controle concreto de constitucionalidade. **Revista Jurídica Virtual**, Brasília, Vol. 5, N. 52, p. 02, 2003.

BERNICK, Evan. Subjecting the Rational Basis Test to Constitutional Scrutiny. **Georgetown Journal of Law & Public Policy**, Vol. 14, N. 2, p. 347-354, 2016.

BERNSTEIN; David E. From progressivism to modern liberalism: Louis D. Brandeis as a transitional figure in constitutional law. **Notre Dame Law Review**, Vol. 89, N. 5, p. 2029-2050, 2014.

_____, David E. Lochner´s Legacy´s Legacy. **Texas Law Review**. Vol. 82, N. 1, p. 01-64, nov. 2003.

_____, David E. Lochner Era Revisionism, Revised: Lochner and the Origins of Fundamental Rights Constitutionalism. **The Georgetown Law Journal**, Vol. 92, p. 01-60, 2004.

_____, David E. Lochner v. New York: A Centennial Retrospective. **Washington University Law Quarterly**, Vol. 83, N. 5, p. 1469-1528, 2005.

BERNSTEIN, David E.; SOMIN, Ilya. The Mainstreaming of Libertarian Constitutionalism. **Law and Contemporary Problems**, Vol. 77, N. 4, p. 43-70, 2014.

BESKE, Elizabeth Earle. Political Question Disconnects. **American University Law Review Forum**, Vol. 67, N. 3, p. 35-48, 2018.

BICKEL, Alexander M. **The Least Dangerous Branch: the Supreme Court at the bar of politics**. New Haven: Yale University Press, 1986.

_____, Alexander M. The Supreme Court 1960 Term Foreword: the passive virtues. **Harvard Law Review**, Vol. 75, N. 40, p. 40-79, 1961.

BISHOP, Lawrence Ray. International Law: Sovereignty: Judicial Examination of Foreign Act of State under International Law. **Michigan Law Review**, Vol. 60, N. 2, p. 231-235, 1961.

BLACKMAR, Charles B. Judicial activism. **Saint Louis University Law Journal**, Saint Louis, Vol. 42. p. 753-787, 1997-1998.

BONVENTRE, Vincent Martin. **Judicial activism, judge´s speech, and merit selection: conventional wisdom and nonsense**. Albany Law Review, Vol. 68, p. 557-576, 2005.

BRADEN, George D. The search for objectivity in constitutional law. **The Yale Law Journal**, Vol. 57, N. 4, p. 571-594, 1948.

BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Em busca de um conceito fugidio – o ativismo judicial. In: FELLET, André Luiz Fernandes; DE PAULA, Daniel Giotti; NOVELINO, Marcelo (orgs.). **As Novas Faces do Ativismo Judicial**. Salvador: Editora Juspodivm, 2013, p. 387-401.

BREEDON, Kimberly. Remedial Problems at the Intersection of the Political Question Doctrine, the Standing Doctrine, and the Doctrine of Equitable Discretion. **Ohio Northern University Law Review**, Vol. 34, N. 2, p. 523-566, 2008.

BRENNAN, Beth; CLIFFORD, Matt. Standing, Ripeness, and Forest Plan Appeals. **Public Land Resources Law Review**, Vol. 17, p. 125-152, 1996.

BRENNER, Samuel. Airbrushed Out of the Constitutional Canon: The Evolving Understanding of *Giles v. Harris*, 1903-1925. **Michigan Law Review**, Vol. 107, N. 5, p. 853-880, 2000.

BREST, Paul. The Conscientious Legislator's Guide to Constitutional Interpretation. **Stanford Law Review**, Vol. 27, N. 3, p. 585-602, 1975.

BROWN, Mark. R. The demise of constitutional prospectivity: new life for Owen. **Iowa Law Review**, Vol. 79, N. 2, 273-312, 1994.

BROWN, Rebecca L. Activism is not a four-letter word. **University of Colorado Law Review**, Vol. 73, p. 1.257-1.274, 2002.

_____, Rebecca L. When political questions affect individual rights: the other *Nixon v. United States*. **1993 The Supreme Court Review**, p. 125-156, 1993.

BUCKLEY, James L. The Constitution and the Courts: A Question of Legitimacy. **Harvard Journal of Law & Public Policy**, Vol. 24, N. 1, p. 189-202, 2000.

BURBANK, Stephen B. Of Rules and Discretion: The Supreme Court, Federal Rules and Common Law. **Notre Dame Law Review**, Vol. 63, p. 693-719, 1988.

BURKE, David M. Presumption of Constitutionality Doctrine and the Rehnquist Court: A Lethal Combination for Individual Liberty. **The Harvard Journal of Law & Public Policy**, Vol. 18, N. 1, p. 73-174, 1994.

BURTON, Steven J. The conflict between stare decisis and overruling in constitutional adjudication. **Cardozo Law Review**, Vol. 35, p. 1.687-1.714, 2014.

BUSTAMANTE, Thomas; BUSTAMANTE, Evanilda de Godoi. Jurisdição Constitucional na Era Cunha: entre o Passivismo Procedimental e o Ativismo Substancialista do STF. **Revista Direito & Práxis**. Rio de Janeiro, Vol. 07, N. 13, p. 346-388, 2016.

BYSE, Clark. Judicial review of administrative interpretation of statutes: an analysis of Chevron's step two. **The Administrative Law Journal**, Vol. 2, p. 255-268, 1988.

CACHALIA, Firoz. Judicial review of parliamentary rulemaking: provisional case for restraint. **New York Law School Law Review**, Vol. 60, p. 379-408, 2015.

CALABRESI, Steven G. The Political Question of Presidential Succession. **Stanford Law Review**, Vol 48, p. 155-176, 1995.

CAMARGO, Gerson Ziebarth. Aspectos doutrinários favoráveis e desfavoráveis ao ativismo e à autocontenção judicial. **Revista de Ciências Jurídicas e Sociais da UNIPAR**. Vol. 19, N. 2, p. 233-264, 2016.

CAMBI, Eduardo. Critério da transcendência para a admissibilidade do recurso extraordinário (art. 102, § 3º, da CF): entre a autocontenção e o ativismo do STF n contexto da legitimação democrática da jurisdição constitucional. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim *et al* (coord). **Reforma do Judiciário: primeiras reflexões sobre a Emenda Constitucional n. 45/2004**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.

CAMERON, Charles M.; SEGAL, Jeffrey A.; SONGER, Donald. Auditing in a Political Hierarchy: An Informational Model of the Supreme Court's Certiorari Decisions. **American Political Science Review**, Vol. 94, N. 1, p. 101-116, 2000.

CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. **Dimensões do ativismo judicial do STF**. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

CANON, Bradley C. Defining the dimensions of judicial activism. **Judicature**, Vol. 66, N. 6, p. 237-247, 1982-1983.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Constituição dirigente e vinculação do legislador: contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas**. 2ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2001.

CARDOSO, Oscar Valente. Ativismo judicial: conceitos e preconceitos. **Revista Dialética de Direito Processual**, São Paulo N. 129. p. 76-82. dez. 2013.

CARNEIRO, Athos Gusmão. **Requisitos Específicos de Admissibilidade do Recurso Especial**. In: STJ - dez anos a serviço da justiça. Brasília: Consulex, 1999, p. 171-200.

CARRINGTON, Paul D. Political Questions: The Judicial Check on the Executive. **Virginia Law Review**, Vol 42, N. 2, p. 175-202, 1956.

CARRINGTON, R. W. The Impeachment Trial of Samuel Chase. **Virginia Law Review**, Vol. 09, N. 07, p. 485-500, 1923.

CARVALHO, Ernani. Dimensão política do acesso à justiça: aspectos da revisão judicial. 1n: GOMES NETO, José Mário Wanderley (Org.). **Dimensões do Acesso à Justiça**. Salvador, Editora PODIVM, 2008.

CARVALHO, Maria Carolina. Constitucionalização do direito, judicialização e ativismo judicial. **Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo**. São Paulo, N. 76. p. 167-194, jul./dez. 2012.

CASAGRANDE, Cássio Luís; BARREIRA, Jônatas Henriques. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, A. 56 N. 221, p. 247-270 jan./mar. 2019.

CAVALCANTI, Themístocles Brandão. Do poder discricionário. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, Vol. 101, p. 01-23, jul /set. 1970.

CHAYES, Abram. The role of the judge in public law litigation. **Harvard Law Review**, Vol. 89, N. 7, p. 1.281-1.316, mai. 1976.

CHEMERINSKY, Erwin. Closing the Courthouse Doors. **Denver University Law Review**, Vol. 90, N. 2, p. 317-330, 2012.

CHIN, Gabriel J. The "Voting Rights Act of 1867": the constitutionality of federal regulation of suffrage during reconstruction. **North Carolina Law Review**, Vol. 82, p. 1.581-1610, 2004.

CHRISTIANSEN, Matthew R.; ESKRIDGE JR, William N. Congressional Overrides of Supreme Court Statutory Interpretation Decisions, 1967–2011. **Texas Law Review**, Vol. 92, p. 1.317-1.541, 2014.

CIARLINI, Álvaro Luís de Araújo. Inquietude *versus* Passivismo: os Novos Desafios dos Juristas Diante da Expansão do Poder Judicial. **Revista DPU**, N. 36, p. 88-105, nov.-dez./2010.

CITTADINO, Gisele. Poder Judiciário, ativismo judiciário e democracia. **Revista Alceu** - Vol. 5, N.9 - p. 105 a 113 - jul./dez. 2004.

CLARK, Tom S. **The limits of judicial independence**. New York: Cambridge University Press, 2011.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. **A fiscalizaçao abstrata da constitucionalidade no direito brasileiro**, 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

CLÈVE, Clèmerson Merlin; LORENZETTO, Bruno Meneses. Constituição federal, controle jurisdicional e níveis de escrutínio. **Direitos Fundamentais & Justiça**, Ano 9, N. 32, p. 97-123, 2015.

COELHO, Ariadne Elloise; RIBEIRO, Luiz Gustavo Gonçalves Ribeiro. A tutela do ambiente e o problema do controle jurisdicional de políticas públicas: entre o ativismo e o

passivismo. **Revista de Direito Ambiental e Socioambientalismo**, Vol. 3, N. 2, p. 42 – 58, 2017.

COELHO, Inocêncio Mártires. Ativismo Judicial ou Criação Judicial do Direito? In: FELLET, André Luiz Fernandes; DE PAULA, Daniel Giotti; NOVELINO, Marcelo (orgs.). **As Novas Faces do Ativismo Judicial**. Salvador: Editora Juspodivm, 2013.

COÊLHO, Sacha Calmon Navarro. Ação declaratória de constitucionalidade – sua constitucionalidade. **Revista do Tribunal Regional Federal da 1ª Região**. Brasília, Vol. 06, N. 2, p. 27-32, 1994.

COMELLA, Victor Ferreres. Las consecuencias de centralizar el control de constitucionalidad de la ley en un tribunal especial: algunas reflexiones acerca del activismo judicial. **Yale Law School**. SELA (Seminario en Latinoamérica de Teoría Constitucional y Política) Papers. Paper 40.

CONTINENTINO, Marcelo Casseb. Ativismo judicial: considerações críticas em torno do conceito no contexto brasileiro. **Interesse Público**, Belo Horizonte, Ano 14, N. 72, p. 1-25, mar./abr. 2012.

COX, Archibald.The independence of the judiciary: history and purposes. **University of Dayton Law Review**, Vol. 21, p. 580, 1996.

___, Archibald. The Role of Congress in Constitutional Determinations. **University of Cincinnati Law Review**, Vol. 40, N. 2, p. 199-262, 1971.

___, Archibald. The role of the Supreme Court: Judicial Activism or Self-Restraint? **Maryland Law Review**, Vol. 47, p. 118-138, 1987-1988.

CRAVEN JR., J. Braxton. Paean to pragmatism. **North Carolina Law Review**, Vol. 50, p. 977-1.015, 1972.

CREMONESI, Fernando Levin. Da Revaloração das provas e os recursos excepcionais. **Revista da Defensoria Pública da União**, N. 01, p. 62-76, 2009.

CROSS, Frank B.; LINDQUIST, Stefanie A. The Scientific Study of Judicial Activism. **Minnesota Law Review**, N. 91, p. 1.752-1.784, 2006.

CUNHA, Guilherme Caldas da. Controle constitucional do cabimento do recurso especial. **Revista dos Tribunais**, N. 704, p. 36-40, 1994.

CUNHA JR. Dirley da. **Curso de Direito Constitucional**. 8ª ed. Salvador: Editora Juspodivm, 2014.

CUSHMAN, Barry. The Missing Justice in Coleman v. Miller. **Journal of Supreme Court History**, Vol. 42, p. 67-76, 2017.

DAWSON, Edward C. Adjusting the Presumption of Constitutionality Based on Margin of Statutory Passage. **University of Pennsylvania Journal of Constitutional Law**, Vol. 16, N. 1, p. 97-152, 2013.

DE PAULA, Daniel Giotti. Ainda existe separação de poderes? A invasão da política pelo direito no contexto do ativismo judicial e da judicialização da política. In: FELLET, André Luiz Fernandes; DE PAULA, Daniel Giotti; NOVELINO, Marcelo (orgs.). **As Novas Faces do Ativismo Judicial**. Salvador: Editora Juspodivm, 2013.

DIAS, Marina. Toffoli cita problemas de juízes na política e defende autocontenção do Judiciário. **Folha de São Paulo** – Poder – 14.05.2019. Disponível em: < https://www1.folha.uol.com.br/poder/2019/05/toffoli-cita-problemas-de-juizes-na-politica-e-defende-autocontencao-do-judiciario.shtml>.

DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro. **Curso de Direito Processual Civil**, Vol. 3. 16ª ed. Salvador: Juspodivm, 2019.

DIEDRICH, Joseph S. Article III, judicial restraint, and this Supreme Court. **SMU Law Review**, Vol. 72, p. 235-276, 2019.

DIMOULIS, Dimitri; LUNARDI, Soraya Gasparetto. Ativismo e autocontenção judicial no controle de constitucionalidade. In: FELLET, André Luiz Fernandes; DE PAULA, Daniel Giotti; NOVELINO, Marcelo (orgs.). **As Novas Faces do Ativismo Judicial**. Salvador: Editora Juspodivm, 2013.

DIXON, Rosalind. The forms, functions, and varieties of weak(ened) judicial review. **I•CON**, Vol. 17, N. 3, p. 904–930, 2019.

DWORKIN, Ronald. **O Império do Direito**. Tradução de Jeferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2014.

EASTERBROOK, Frank H. Do Liberals and Conservatives differ in Judicial Activism?. **Colorado Law Review**, N. 73, p. 1.401-1.416, 2002.

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

EPSTEIN, Lee; KNIGHT, Jack. **The Choices Justices Make**. Washington: Congressional Quarterly, 1998.

EPSTEIN, Lee; LANDES, William M. Was There Ever Such a Thing as Judicial Self-Restraint? **California Law Review**, Vol. 100, p. 557-578, 2012.

ESKRIDGE, William N. Jr. Pluralism and Distrust: How Courts Can Support Democracy by Lowering the Stakes of Politics, **Yale Law Journal**, Vol. 114, N. 6, p. 1.279-1.328, 2005.

FAJARDO, Cláudio Marcelo Spalla Fajardo. Súmula STF nº 347: uma nova abordagem sobre a competência do TCU para apreciar a constitucionalidade de leis e de atos normativos do Poder Público. **Revista do TCU**, N. 111. p. 17-34, 2008.

FALLON JR, Richard H. Of justiciability, remedies, and public Law litigation: notes on the jurisprudence of Lyons. **New York University Law Review**, Vol. 59, N. 1, p. 01-75, 1984.

_____., Richard H. The Supreme Court 1996 term foreword: Implementing the Constitution. **Harvard Law Review**, Vol. 111, p. 56-152, 1997.

FARIA, Márcio Carvalho. Ainda há motivos para se ter medo do prequestionamento? **Revista de Processo**, Vol. 211, p. 143-188, 2012.

FARINA, Fernanda Mercier Querido. Jurisprudência defensiva e a função dos tribunais superiores. **Revista de Processo**, Vol. 209, p. 105, 2012 2012.

FELLET, André Luiz Fernandes; DE PAULA, Daniel Giotti; NOVELINO, Marcelo (orgs.). **As Novas Faces do Ativismo Judicial**. Salvador: Editora Juspodivm, 2013.

FELTEN, Maria Silvana. O prequestionamento nos recursos excepcionais cíveis. **Revista Jus Plenum**, Caxias do Sul, Vol. 8, N. 43,p. 95-103, 2012.

FERNANDES, Eric Baracho Dore; ROMANO, Marcus Vinícius Bacellar. Existe um Processo Verdadeiramente Objetivo no Brasil? Aspectos Subjetivos do Controle Abstrato de Constitucionalidade. **Revista DPU**, N. 58, p. 09-31, 2014.

FERNANDES, Ricardo Vieira de Carvalho. **Neoconstitucionalismo e as possibilidades e os limites do ativismo judicial no Brasil Contemporâneo**. Dissertação (mestrado) – Universidade Federal de Uberlândia, 2010.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Do Processo Legislativo**. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

_____, Manoel Gonçalves. O Poder Judiciário na Constituição de 1988 - Judicialização da política e politização da Justiça. **Revista de Direito Administrativo**, N. 198 (out.-dez. 1994). Rio de Janeiro: Renovar, p. 01-17.

FICKES, Aaron J. Private Warriors and Political Questions: A Critical Analysis of the Political Question Doctrine's Application to Suits against Private Military Contractors. **Temple Law Review**, Vol. 82, N. 2, p. 525-560, 2009.

FIELD, Oliver P. The Doctrine of Political Questions in the Federal Courts. **American Law Review**, Vol. 58, p. 711-746, 1924.

FIELDING, Nigel G. Judges and Their Work. **Social & Legal Studies**, Vol. 20, N. 1, p 97-116, 2011.

FINKELSTEIN, Maurice. Judical Self-Limitation. **Harvad Law Review**, Vol. 37, p. 338-364, 1924.

_____, Maurice. Further Notes on Judicial Self-Limitation. **Harvard Law Review**, Vol. 39, N. 2, p. 221-244, 1925.

FISS, Owen, The perils of minimalism, **Theoretical Inquiries in Law**, Vol. 9, p. 643-664, 2008.

FLOREN, David.. Pre-enforcement ripeness doctrine: the fitness of harship. **Oregon Law Review**, Vol. 80, p. 1107-1138, 2001.

FORSYTHE, Clarke D. The tradition of interpretativism in constitutional interpretation. **Valparaiso University Law Review**, Vol. 22, N. 1, p. 217-232, 1987.

FRAGALE FILHO, Roberto. Ativismo Judicial e Sujeitos Coletivos: A Ação das Associações de Magistrados. In: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda; FRAGALE FILHO, Roberto e LOBÃO, Ronaldo (orgs.). **Constituição & Ativismo Judicial**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 359-378.

FRANCISCO, José Carlos. Coisa julgada inconstitucional e a afirmação do direito judicial. **Parahyba Judiciária**, Vol. 10, N. 10, p. 449-484, 2017.

FRENCH, Robert. Judicial activists - mythical monsters? **Southern Cross University Law Review**, Vol. 12, p. 59-74, 2008.

FRIEDELBAUM, Stanley H. Baker v. Carr: the new doctrine of judicial intervention and its implications for american federalism. **The University of Chicago Law Review**, Vol. 29, p. 673-704, 1962.

FUNSTON, Richard. The Double Standard of Constitutional Protection in the Era of the Welfare State. **Political Science Quarterly**, Vol. 90, N. 2, p. 261-287, 1975.

GARAU, Marilha Gabriela Reverendo; MULATINHO, Juliana Pessoa Mulatinho; REIS, Ana Beatriz Oliveira. Ativismo judicial e democracia: a atuação do STF e o exercício da cidadania no Brasil. **Revista Brasileira de Políticas Públicas**, Vol. 5, p. 192-206, 2015.

GARCIA, Enrique Alonso. El Tribunal Burger y la doctrina de las "political questions" en los Estados Unidos. **Revista Española de Derecho Constitucional**, N. 1, p. 287-299, 1981.

GARNETT, Richard W. Judicial Review, Local Values, and Pluralism. **Harvard Journal of Law & Public Policy**, Vol. 32, N. 1, p. 5-16, 2009.

GILPATRICK, Breanne. Removing Corporate Campaign Finance Restrictions in Citizens United v. Federal Election Commission, 130 S. Ct. 876 (2010). **Harvard Journal of Law & Public Policy**, Vol 34, N. 1, p. 405-420, 2011.

GINSBURG, Ruth Bader. Inviting judicial activism: “liberal” or “conservative” technique? **Georgia Law Review**, Vol. 15, N. 3, p. 539-558, 1981.

GIVENS, Richard A. The Impartial Constitutional Principles Supporting Brown v. Board of Education. **Howard Law Journal**, Vol. 6, N. 2, p. 179-186, 1960.

GLENNON, Michael J. Foreign Affairs and the political question doctrine. **American Journal of International Law**, Vol. 83, p. 814-821, 1989.

GOLDMAN, Jeffrey C. Of Treaties and Torture: How the Supreme Court Can Restrain the Executive. **Duke Law Journal**, Vol. 55, N. 3, p. 609-640, 2005.

GOMES, Gustavo Gonçalves. Juiz ativista x juiz ativo: uma diferenciação necessária no âmbito do processo constitucional moderno. In: DIDIER JR., Fredie; NALINI, José Renato; RAMOS, Glauco Gumerato; LEVY, Wilson (orgs.). **Ativismo Judicial e Garantismo Processual**. Salvador: Juspodivm, 2013.

GRAGLIA, Lino A. It's not constitutionalism, it's judicial activism. **Harv. J. L. & Pub. Pol'y**, N. 293, 1995-1996.

GRAYBURN, Susan T. Goldwater v. Carter. **Brooklyn Journal of International Law**, Vol 7, N. 1, p. 111-134, 1981.

GREEN, Craig. An Intellectual History of Judicial Activism. **Emory Law Journal**, Atlanta, Vol. 58, N. 5, 2009.

GREENE, Jamal. Trump as a Constitutional Failure, **Indiana Law Journal**, Vol. 93, N. 1, p. 93-110, 2018.

GRIFFIN, Stephen M. Rebooting originalism. **University of Illinois Law Review**, Vol. 2008, N. 4, p. 1.184-1.224, 2008.

GROSTEIN, Julio. **Ativismo judicial: análise comparativa no direito constitucional brasileiro e norte-americano**. São Paulo: Almedina, 2019.

GROVE, Tara Leigh. The Origins (and Fragility) of Judicial Independence. **Vanderbilt Law Review**, Vol. 71, p. 465-545, 2018.

GUILDS, Ryan. A Jurisprudence of Doubt: Generalized Grievances as a Limitation to Federal Court Access. **North Carolina Law Review**, Vol. 74, p. 1.863-1.911, 1996.

GUNTHER, Gerald. The subtle vices of the "passive virtues"- a comment on principle and expediency in judicial review. **Columbia Law Review**, Vol. 64, N. 01, p. 01-25, 1964.

HAFFNER, Julia. C. *Suitum v. Tahoe Regional Planning Agency*: The United States Supreme Court revisists ripeness in the regulatory takings context. **Tulane Environmental Law Journal**, Vol. 11, p. 129-142, 1997.

HAMILTON, Alexander; JAY, John; MADISON, James. **O Federalista**. Tradução de Ricardo Rodrigues Gama. 3ª ed. Campinas: Russell editores, 2010.

HARRISON, John. The Political Question Doctrines. **American University Law Review**, Vol. 67, N. 2, p. 457-528, 2017.

HASEN, Richard L. "Citizens United" and the illusion of coherence. **Michigan Law Review**, Vol. 109, N. 4, p. 581-623, 2011.

HATAB, Layla Gonçalves; ZAGANELLI, Margareth Vetis. Recursos excepcionais e valoração de provas. **Revista Eletrônica de Direito Processual**, Vol. 7, N. 7, p. 378-396, 2011.

HAWLEY, Joshua D. The Intellectual Origins of (Modem) Substantive Due Process. **Texas Law Review**, Vol. 93, p. 275-350, 2015.

HENKIN, Louis. Is There a "Political Question" Doctrine? **The Yale Law Journal**, Vol. 85, N. 5, p. 597-625, 1976.

_____, Louis. The Foreign Affairs Power of the Federal Courts: Sabbatino. **Columbia Law Review**, Vol. 64, N. 5, p. 805-832, 1964.

_____, Louis. Vietnam in the Courts of the United States: “Political Questions”. **The American Journal of International Law**, Vol. 63, N. 2, p. 284-289, 1969.

HERANI, Renato Gugliano. O poder judicial de constitucionalidade – Entre o ativismo e a contenção. **Revista Brasileira de Estudos Constitucionais**, Belo Horizonte, Ano 7, N. 27, p. 631-648, set./dez. 2013.

HESSICK, F. Andrew. Rethinking the Presumption of Constitutionality. **Notre Dame Law Review**, Vol. 85, N. 4, p. 1447-1504, 2010.

HIGGINBOTHAM, A. Leon Jr. Seeking Pluralism in Judicial Systems: The American Experience and the South African Challenge. **Duke Law Journal** , Vol. 42, N. 5, p. 1028-1068, 1993.

HIRSCH, Fábio Periandro de Almeida. Crise de funcionalidade do Supremo Tribunal Federal Brasileiro. **Direito UNIFACS – Debate Virtual**, N. 132, p. 110-133, 2011.

HIRSCHL, Ran, "Juristocracy" – Political, not Juridical. **The Good Society**, Vol. 13, N. 3, p. 6-11, 2004.

_____, Ran. The new constitutionalism and the judicialization of pure politics worldwide. **Fordham Law Review**, Vol. 75, No. 2, p. 721-754, 2006.

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

HOGAN, Frank J. Important Shifts in Constitutional Doctrines. **American Bar Association Journal**, Vol. 25, p. 629-638, 1939.

HOHL, Patricia S. International Law - Federal Court Jurisdiction. **Suffolk Transnational Law Journal**, Vol 9, N. 2, p. 427-438, 1985.

HORBACH, Carlos Bastide. Controle judicial da atividade política: as questões políticas e os atos de governo.**Revista de Informação Legislativa**. Brasília A. 46 N. 182, p. 07-16, abr./jun. 2009.

HUHN, Wilson. Realism over Formalism and the Presumption of Constitutionality: Chief Justice Roberts' Opinion Upholding the Individual Mandate. **Akron Law Review**, Vol. 46, N. 1, p. 117-136, 2013.

HUQ, Aziz Z. When Was Judicial Self-Restraint? **California Law Review**, Vol. 100, N. 3, p. 584, jun. 2012.

ISTO É. Crescem ações movidas por partidos políticos no Supremo, **Isto É**, São Paulo, 09.11.2019. Disponível em: https://www.istoedinheiro.com.br/crescem-acoes-movidas-por-partidos-politicos-no-supremo/.

JAFFE, Jill. The Political Question Doctrine: An Update in Response to Recent Case Law. **Ecology Law Quarterly**, Vol. 38, p. 1.033-1.066, 2011.

JORGE, Flávio Cheim. **Teoria Geral dos Recursos Cíveis**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

JUDGE, Kathryn. Judges and Judgment: In Praise of Instigators. **University of Chicago Law Review**, Vol. 86, p. 01-15, 2019.

KADISH, Sanford H. A Note on Judicial Activism.**Utah Law Review**, N. 6, p. 467-471, 1958.

KALLÁS FILHO, Elias; MASSA, Laila Nader Mendes. Leitura moral da Constituição e ativismo judicial: a questão da legitimidade democrática das decisões judiciais no Brasil sob a perspectiva de Ronald Dworkin. **DESC - Direito, Economia e Sociedade Contemporânea**, Campinas, Vol. 2, N. 1, p. 245 – 257, 2019.

KOH, Harold Hongju. Why the President (Almost) Always Wins in Foreign Affairs: Lessons of the Iran-Contra Affair. **Yale Law Journal**, Vol. 97, N. 7, p. 1255-1342, 1988.

KOMESAR, Neil K. **Imperfect alternatives: choosing institutions in law, economics, and public policy**. University of Chicago Press, 1994.

KARLAN, Pamela S. The Transformation of Judicial Self-Restraint. **California Law Review**, Vol. 100, p. 607-619, jun. 2012.

KARST, Kenneth L. Legislative Facts in Constitutional Litigation. **The Supreme Court Review**, p. 75-112, 1960.

KATYAL, Neal K. Rethinking Legal Conservatism. **Harvard Journal of Law & Public Policy**, Vol. 36, p. 949-953, 2013.

KECK, Thomas M. Activism and Restraint on the Rehnquist Court: Timing, Sequence, and Conjuncture in Constitutional Development. **Polity**, Vol. XXXV, n. 1, p. 121-152, 2002.

KELLEY, William K. Avoiding constitutional questions as a three-branch problem. **Cornell Law Review**, N. 86, p. 831-898, 2000-2001.

KENS, Paul. *Lochner v. New York*: Tradition or Change in Constitutional Law. **New York University Journal of Law & Liberty**, Vol. 1, N. 1 p. 404-431, 2005.

KMIEC, Keenan D. The Origin and Current Meninges of Judicial Activism. **California Law Review**, N. 92, p. 1.441-1.477, 2004.

KNIJNIK, Danilo. Os standards do convencimento judicial: paradigmas para o seu possível controle. **Revista Forense**, Vol. 353, N. 353, p. 15-52, 2001.

KOATZ, Rafael Lorenzo-Fernandez. A proibição do *non liquet* e o princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, Vol. 270, p. 171-205, set./dez. 2015.

KOCH, Charles H. Jr. Judicial Review of Administrative Discretion. **George Washington Law Review**, Vol. 54, N. 4, p. 469-511, 1986.

KOERNER, Andrei. Ativismo Judicial? Jurisprudência constitucional e política no STF pós-88. **Novos Estudos**, N. 96, p. 69-85, 2013.

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

KRAMER, Larry D. Judicial Supremacy and the End of Judicial Restraint. **California Law Review**, Vol. 100, N. 3, p. 621-634, jun. 2012.

_____, Larry D. **The people themselves: popular constitutionalism and judicial review**. New York: Oxford University Press, 2004.

KROTOSZYNSKI JR., Ronald J. A Rememberance of Things Past? Reflections on the Warren Court and the Struggle for Civil Rights. **Washington and Lee Law Review**, Vol. 59, p. 1.055-1.074, 2002.

LANDES, William M.; POSNER, Richard A. The Economics of Anticipatory Adjudication. **The Journal of Legal Studies**, Vol. 23, N. 2, p. 683-719, 1994.

LEAL, Roger Stiefelmann. **O Efeito Vinculante na Jurisdição Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2006.

_____, Roger Stiefelmann. A Judicialização da Política. **Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política**, São Paulo, Ano 7, N. 29, p. 230-237, out./dez. 1999.

_____, Roger Stiefelmann. Pluralismo, políticas públicas e a Constituição de 1988: considerações sobre a práxis constitucional brasileira 20 anos depois. In: MORAES, Alexandre de (coord.). **Os 20 Anos da Constituição da República Federativa do Brasil**. São Paulo: Atlas, 2009, p. 73-97.

_____, Roger Stiefelmann. **Juiz constitucional e instituições democráticas**, 2018. Artigo no prelo.

LEE, Evan Tsen. **Judicial Restraint in America: how the ageless wisdom of the federal courts was invented**. New York: Oxford University Press, 2011.

LEITE, Fábio Carvalho. Ação Declaratória de Constitucionalidade: expectativa, realidade e algumas propostas. **Seqüência**, Florianópolis, N. 69, p. 109-132, 2014.

LENTA, Patrick. Judicial Restraint and Overreach. **South African Journal on Human Rights**, Vol. 20, p. 544-576, 2004.

LESSA, Pedro. **Do Poder Judiciário**. Rio de Janeiro: Livraria Francisco Alves, 1915.

LEVINSON, Sanford; BALKIN, Jack M. What are the facts of Marbury v. Madison? **Constitutional Commentary**, Vol. 20, p. 255-281, 2004.

LEYVA, Raymundo Gama. James Bradley Thayer, un precursor de la teoría de las presunciones. **Teoria jurídica contemporânea**, Vol. 1, p. 97-121, 2016.

LIMA, Flávia Santiago. **Jurisdição Constitucional e Política: ativismo e autocontenção no STF**. Curitiba: Juruá, 2014.

LIMA, Flávia Santiago; LEITE, Glauco Salomão. Ativismo judicial ou autocontenção? A decisão vinculante no controle difuso de constitucionalidade e suas repercussões institucionais. **Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica – RIHJ**, Belo Horizonte, Ano 12, N. 16, p. 93-113, jul./dez. 2014.

LIMA, Flavia Danielle Santiago; NETO, José Mário Wanderley Gomes. Autocontenção à brasileira? Uma taxonomia dos argumentos jurídicos (e estratégias políticas?) explicativo(a)s do comportamento do STF nas relações com os poderes majoritários.

Revista de Investigações Constitucionais, Curitiba, Vol. 5, N. 1, p. 221-247, jan./abr. 2018.

LIMA, Flavia Danielle Santiago; OLIVEIRA, Tassiana Moura de. Quem Impõe Limites às Reformas Previdenciárias? O STF como protetor do orçamento público. **Revista da AGU**, Brasília-DF, Vol. 16, N. 04, p. 193-218, out./dez. 2017.

LINDE, Hans A. Practicing Theory: The Forgotten Law of Initiative Lawmaking. **UCLA Law Review**, Vol. 45, N. 6, p. 1735-1760, 1998.

LINZER, Peter. The Meaning of Certiorari Denials. **Columbia Law Review**, Vol. 79, N. 07, p. 1.227-1.305,1979.

LITTLEFIELD, Neil O. Stare decisis, prospective overruling, and judicial legislation in the context of sovereign immunity. **Saint Louis University Law Journal**, Vol. 9, p 71-72, 1965.

LOEWENSTEIN, Karl. **Teoría de la Constitución**. 2ª ed. Tradução de Alfredo Gallego Anabitarte. Barcelona: Editorial Ariel, 1975.

LUBAN, David. Justice Holmes and the metaphysics of judicial restraint. **Duke Law Journal**, Vol. 44, p. 449-523,1994.

MACEDO, Elaine Harzheim; SCALZILLI, Roberta. Prequestionamento no recurso especial sob a ótica da função do STJ no sistema processual civil: uma análise perante o novo Código de Processo Civil. **Revista de Processo**, 2017.

MACHADO, Joana de Souza. **Ativismo judicial no Supremo Tribunal Federal**. Dissertação (mestrado) – Pontifíca Universidade Católica do Rio de Janeiro – PUC/RJ, Programa de Pós-Graduação em Teoria do Estado e Direito Constitucional, 2008.

MACIEL, Adhemar Ferreira. Restrição à admissibilidade de recursos na Suprema Corte dos Estados Unidos e no SupremoTribunal Federal do Brasil. In: FABRÍCIO, Adroaldo

Furtado (coord.). **Meios de impugnação ao julgado civil: estudos em homenagem a José Carlos Barbosa Moreira**. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2007.

MADURO, Miguel Poiares. In Search of a Meaning and Not in Search of the Meaning: Judicial Review and the Constitution in Times of Pluralism. **Wisconsin Law Review**, N. 2, p 541-564, 2013.

MAGGS, Douglas B. The Constitution and the Recovery Legislation: The Rôles of Document, Doctrine, and Judges. **The University of Chicago Law Review**, Vol. 1, N. 5, p. 665-697, 1934.

MALTZ, Earl. Brown v. Board of Education and "Originalism". In: GEORGE, Robert P. (editor). **Great Cases in Constitutional Law**. New Jersey: Princeton University Press, 2000.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Recurso extraordinário e recurso especial**. 14ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2018.

MARINONI, Luiz Guilherme. Reexame da prova diante dos recursos especial e extraordinário. In: FABRÍCIO, Adroaldo Furtado (coord.). **Meios de impugnação ao julgado civil: estudos em homenagem a José Carlos Barbosa Moreira**. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2007, p. 441-464.

MARSHALL, William P. Conservatives and the sevens sins of judicial activism. **University of Colorado Law Review**, Vol. 73, p. 101-140, 2002.

MARTIN, Andréia Garcia; AUGUSTO, Silma Maria. Análise do Requisito da Relevante Controvérsia Judicial em Sede de Ação Declaratória de Constitucionalidade **Revista do Direito Público**, Londrina, Vol. 8, N. 2, p.91-118, 2013

MARTINS, Flávio. **Curso de Direito Constitucional**. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2019.

MASSON, Nathalia. **Manual de Direito Constitucional**. 7ª ed. Salvador: Juspodivm, 2019.

MAXIMILIANO, Carlos. **Commentarios à Constituição Brasileira**. 2ª ed. Rio de Janeiror: Jacintho Ribeiro dos Santos editor, 1923.

MAZOTTI, Marcelo. **Jurisdição Constitucional e Ativismo Judiciário: análise comparativa entre a atuação do Supremo Tribunal Federal brasileiro e da Suprema Corte estadunidense**. Dissertação (mestrado) – Universidade de São Paulo – USP. Programa de Pós-Graduação, 2012.

McCONNELL, Michael W. Why Is Religious Liberty the First Freedom, **Cardozo Law Review**, Vol. 21, N. 4, p. 1.243-1.266, 2000.

McGOLDRICK JR, James M. The Rational Basis Test and Why It Is So Irrational: An Eighty-Year Retrospective. **San Diego Law Review**, Vol. 55, N. 4 p. 751-802, 2018.

McKEEVER, Robert J. The Fall and Rise of Judicial Activism in the United States: The Case of Justice William O. Douglas. **The Journal of Legal History**, Vol. 11, p. 437-446, 1990.

McWHINNEY, Edward. The Supreme Court and the Dilemma of Judicial Policy-Making. **Minnesota Law Review**, Vol. 39, p. 837-851, 1955.

MEDEIROS, Anderson Araújo de. Fundamentos da ação declaratória de constitucionalidade. **Revista de Estudos Jurídicos do UNI-RN**, Natal, N. 1, p. 266-278, agosto 2015.

MEDEIROS, Orione Dantas de. A influência do realismo judicial no julgamento da reclamação constitucional 4335-5/AC: rejeição da mutação constitucional prevista no art. 52, x da CF/88. **Revista Data Venia – Universidade Estadual da Paraíba**, Vol. 6, N. 8, p. 30-63, 2012.

MENDELSON, Wallace. Judicial Review and Party Politics. **Vanderbilt Law Review**, Vol. 12, N. 2, p. 447-457, 1959.

_____, Wallace. Mr. Justice Rutledge's Mark upon the Bill of Rights. **Columbia Law Review**, Vol. 50, N. 1 p. 48-51, 1950.

MENDES, Conrado Hübner. **Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação**. Tese (doutorado) – Universidade de São Paulo – USP. Programa de Pós-Graduação, 2008.

MENDES, Gilmar Ferreira. Ação Declaratória de Constitucionalidade e Demonstração da Existência de Controvérsia Judicial. **Revista Jurídica Virtual**, Vol. 1, N. 9 , 2000.

_____, Gilmar Ferreira. **Controle Abstrato de Constitucionalidade: ADI, ADC e ADO – comentários à Lei n. 9.868/99**. 1ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

_____, Gilmar Ferreira. **Jurisdição Constitucional**. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

MENEZES, Mauro de Azevedo. A degeneração ética de um herói, **Folha de São Paulo**, São Paulo, 29.07.2019, Disponível em: https://www1.folha.uol.com.br/opiniao/2019/07/a-degeneracao-etica-de-um-heroi.shtml?origin=folha.

MESQUITA, José Ignacio Botelho de; NERY JR, Nelson. **Teses, estudos e pareceres de processo civil**, Vol. 2. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

METZGER, Stanley D. The Act of State Doctrine and Foreign Relations. **University of Pittsburgh Law Review**, Vol. 23, N. 4, p. 881-892, 1962.

MILLET, Thomas. The Supreme Court, Political Questions, and Article V - A Case for Judicial Restraint. **Santa Clara Law Review**, Vol. 23, N. 3, p. 745-768, 1983.

MONAGHAN, Henry. Constitutional Adjudication: The Who and When. **The Yale Law Journal**, Vol. 82, N. 7 p. 1.363-1.397, 1973.

MONTESQUIEU. **Do Espírito das Leis**. Tradução Gabriela de Andrada Dias Barbosa. Vol. 1. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2012.

MORAES, Alexandre de. As súmulas vinculantes no Brasil e a necessidade de limites ao ativismo judicial. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo**, Vol. 106/107, p. 267 – 285, jan./dez. 2011/2012.

MORAIS, Fausto Santos de; TRINDADE, André Karam. Ativismo judicial: as experiências norte-americana, alemã e brasileira. **Revista da Faculdade de Direito da UFPR**, Curitiba, N. 53, p. 57-84, 2011.

MORALES, Carlos Mecchi. **Originalismo e Interpretação Constitucional**. Tese (doutorado) – Universidade de São Paulo – USP. Programa de Pós-Graduação, 2011.

MORO, Sergio Fernando. **Jurisdição Constitucional como Democracia**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004.

MURCHISON, Brian C. On ripeness and "pragmatism" in administrative law. **Administrative Law Review**, Vol. 41, N. 2, p. 159-200, 1989.

NARDINI, William J. Passive Activism and the Limits of Judicial SelfRestraint: Lessons for America from the Italian Constitutional Court. **Seton Hall Law Review**, Vol. 30, p. 1-63, 1999.

NATHANSON, Nathaniel L. Mr. Justice Frankfurter and the Holmes Chair: a study in liberalism and judicial self-restraint. **Northwestern University Law Review**, Vol. 71, N. 2, p. 135-160, mai./jun. 1976.

NEILY, Clark. Litigation without Adjudication: Why the Modern Rational Basis Test Is Unconstitutional. **Georgetown Journal of Law & Public Policy**, Vol. 14, N. 2, p. 537-558, 2016.

NEUBORNE, Burt. The binding quality of Supreme Court precedent. **Tulane Law Review**, Vol. 61, p. 991-1.002, 1987.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Ações Constitucionais**. 2ª ed. São Paulo: Editora Método, 2013.

NEVES, Edson Alvisi. Jurisdição Ativa no Estado Democrático. In: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda; FRAGALE FILHO, Roberto; LOBÃO, Ronaldo (orgs.). **Constituição & Ativismo Judicial**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

NICHOL JR, Gene R. Causation as a Standing Requirement: The Unprincipled Use of Judicial Restraint. **Kentucky Law Journal**, Vol. 69, p. 185-226, 1980.

_____, Gene R. Ripeness and the constitution. **University of Chicago Law Review**, Vol. 54, p. 153-183, 1987.

NOBRE JUNIOR, Edilson Pereira. Ativismo Judicial: Possibilidade e limites **Revista Trimestral de Direito Público**. Belo Horizonte, Ano 2011, N. 55, p. 01-24, jul./set. 2011.

NUNES, José de Castro. **Do Mandado de Segurança e outros meios de defesa do direito contra actos do Poder Publico**. São Paulo: Livraria Academica, 1937.

_____, José de Castro. **Teoria e Prática do Poder Judiciário**. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1943.

NUNES, Luiz Roberto. Ativismo judicial. **Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região**, N. 38, p. 57-74, 2011.

OLIVEIRA, Antonio Francisco Gomes de. **Jurisdição Constitucional: Diálogos Institucionais como Terceira Via entre o Ativismo e a Autocontenção judicial**. Curitiba: Juruá Editora, 2016.

OLIVEIRA, Eduardo Ribeiro de. Prequestionamento. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; NERY JR, Nelson. **Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis de acordo com a Lei 9.756/98**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

OLIVEIRA, Emerson Ademir Borges de. Técnicas de Controle de Constitucionalidade e Ativismo Judicial na Efetivação da Democracia: Notas Introdutórias. **Revista DPU**, N. 44, p. 175-189, mar./abr. 2012.

OLIVEIRA, Guilherme José Braz de. **Repercussão geral das questões constitucionais e suas consequências para o julgamento do recurso extraordinário**. Dissertação (mestrado) – Universidade de São Paulo – USP. Program de pós-graduação, 2009.

OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. Uma Justificação Democrática da Jurisdição Constitucional Brasileira e a Inconstitucionalidade da Lei nº 9.686/99. **Revista da Faculdade de Direito UFPR**, Vol. 36, p. 177-207, 2001.

O'SCANNLAIN, Diarmuid F. Is a Written Constitution Necessary? **Pepperdine Law Review**, Vol. 32, p. 793-800, 2005.

PAIXÃO, Leonardo André. **A função política do Supremo Tribunal Federal**. Tese (doutorado) – Universidade de São Paulo. Programa de Pós-Graduação, 2007.

PARK, Joshua. Economic Protectionism: Irrationally Constitutional. Pepperdine Law Review, Vol. 45, N. 1, p. 149-188, 2018.

PATASHNIK, Eric M.; ZELIZER, Julian E. The Struggle to Remake Politics: Liberal Reform and the Limits of Policy Feedback in the Contemporary American State. **American Political Science Association**, Vol. 11, N. 4 p. 1.083, dez. 2013.

PATTI, F. Italia. Judicial Deference and Political Power in Fourteenth Amendment and Dormant Commerce Clause Cases. **San Diego Law Review**, Vol 56, N. 1, 221-246, 2019.

PEIXOTO, Rodrigo. O Supremo Tribunal Federal e o estado de sítio na República Velha: A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal sobre o estado de sítio, do início da República até a Revolução de 30 (1893 - 1930). **Quaestio Juris**, Vol. 10, N. 02, Rio de Janeiro, p. 1090-1124, 2017.

PENS, Joshua. Restore the Republic: The Incompatibility between the Taxpayer's Bill of Rights and the Guarantee Clause. **University of Colorado Law Review**, Vol. 87, N. 2, p. 621-668, 2016.

PEREIRA, Ana Lúcia Pretto. Jurisdição constitucional na Constituição Federal de 1988: entre ativismo e auto-contenção. **Revista Direitos Fundamentais & Democracia**. Curitiba, Vol. 2, N.2, jul./dez. 2007.

PERRY, Michael J. Judicial Activism. **Harvard Journal of Law and Public Policy**, Vol. 07, N. 1, p. 69-75, 1984.

PERRY, Michael J. The Fourteenth Amendment, Same-Sex Unions, and the Supreme Court. **Loyola University Chicago Law Journal**, N. 38, p. 215-246, 2006-2007.

PHILLIPS, Michael J. Entry Restrictions in the Lochner Court. **George Mason Law Review**, Vol. 4, N. 3, p. 405-456, 1996.

PHILLIPS, Michael J. How Many Times Was Lochner-Era Substantive Due Process Effective? **Mercer Law Review**, Vol. 48, p. 1.048-1.090, 1996-1997.

PHILLIPS, Michael J. The slow return of economic substantive due process. **Syracuse Law Review**, Vol. 49, p. 917-969, 1999.

PILDES, Richard H. Keeping Legal History Meaningful. **Constitutional Commentary**, Vol. 19, N. 3, p. 645-662, 2002.

PINTO, José Guilherme Berman Corrêa. Supremacia Judicial e Controle de Constitucionalidade. **Revista DPU**, N. 31, p. 25-57, jan.-fev/2010.

PONTES, Juliana de Brito; NETO, José Mário Wanderley Gomes; TEIXEIRA, João Paulo Fernandes de Souza Allain. Autocontenção no Judiciário Brasileiro: uma Análise das Relações Estratégicas entre os Poderes Constituídos do Estado. **Revista Opinião Jurídica**, Fortaleza, Ano 15, N. 20, p.138-159, jan./jun. 2017.

POSNER, Richard. A. The Meaning of Judicial Self-Restraint. **Indiana Law Journal**, Vol. 59, N. 1, p. 01-24, 1983.

_____, Richard A. The Rise and Fall of Judicial Self-Restraint. **California Law Review**, Vol. 100, N. 3, p. 519-556, jun. 2012.

POUND, Roscoe. Common Law and Legislation. **Harvard Law Review**, Vol. XXI, N. 6, p. 383-407, 1908.

POWELL JR., Lewis F. Stare decisis and judicial restraint. **Washington and Lee Law Review**, Vol. 47, N. 2, p. 281-290, 1990.

_____, Lewis F. What Really Goes on at the Supreme Court. **American Bar Association Journal**, Vol 66, N. 6, p. 721-723, 1980.

PRIMUS, Richard. If We Adjust to Trumpism, the Republic Is Lost. What I mean when I say I'm in the resistance. **The Atlantic**, Boston, 20.11.2019. Disponível em: https://www.theatlantic.com/ideas/archive/2019/11/what-it-means-be-part-resistance/602302/.

PRITCHETT, C. Herman. The Supreme Court today: constitutional interpretation and judicial self-restraint. **South Dakota Law Review**, Vol. 3, p. 51-79, 1958.

PUSHAW JR, Robert. J. Judicial review and the political question doctrine: reviving the federalist "rebuttable presumption" analysis. **North Carolina Law Review**, Vol. 80, p. 1.165-1.202, 2002.

QUEIROZ NETO, Luiz Vicente de Medeiros. A Pertinência Temática como Requisito da Legitimidade Ativa para o Processo Objetivo de Controle Abstrato de Normas. **Revista do Tribunal Regional Federal 1ª Região**, Brasília, Vol. 15, N. 7, p. 58-74, 2003.

QUINTAS, Fábio Lima. A Nova Dogmática do Recurso Extraordinário: o Advento da Repercussão Geral e o Ocaso do Prequestionamento. **Revista DPU**, N. 22, p. 07-23, 2008.

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

RAMOS, Paulo Roberto Barbosa; OLIVEIRA JUNIOR, Jorge Ferraz de. Características do ativismo judicial nos Estados Unidos e no Brasil: Um breve histórico do ativismo judicial na Suprema Corte Norte-Americana e um paralelo com o recente ativismo judicial da Suprema Corte brasileira. **Revista de Informação Legislativa**, Ano 51, N. 204, p. 25-41, out./dez. 2014.

RECK, Janriê Rodrigues; VICENTE, Jacson Bacin. Ativismo judicial: uma forma de controle social? **Revista Brasileira de Direito – IMED**, Vol. 8, N. 1, p. 125-140, jan./jun. 2012.

REDISH, Martin H. Abstention, Separation of Powers, and the Limits of the Judicial Function. **The Yale Law Journal**, Vol. 94, N. 1, p. 71-115, 1984.

_____, Martin H. The passive virtues, the countermajoritarian principle, and the "judicial-political" model of constitutional adjudication. **Connecticut Law Review**, Vol. 22, p. 647-676, 1990.

REHNQUIST, William H. The Notion of a Living Constitution. **Texas Law Review**, Vol. 54, N. 4, p. 693-706, 1976.

_____, William H. **The Supreme Court: revised and updated**. New York: Vintage Books, 2002

REINSTEIN, Robert. Anti-Federalism and Judicial Review. **Cornell Journal of Law and Public Policy**, Vol. 4, N. 2, p. 515-524, 1995.

REIS, Thiago. Dogmática e incerteza normativa: crítica ao substancialismo jurídico do direito civil-constitucional. **Revista de Direito Civil Contemporâneo**, Vol. 11, p. 213-238, 2017.

REVERBEL, Carlos Eduardo Dieder. Ativismo judicial e Estado de Direito. **Revista Eletrônica do Curso de Direito da Universidade Federal de Santa Maria**, Santa Maria, Vol. 9, N. 2, p. 9, 2014.

REYNOLDS, William Bradford. Symposium: Renewing the American Constitutional Heritage. **Harvard Journal of Law and Public Polic**, Vol. 8, p. 225-237, 1985.

ROCHE, John P. Judicial Self-Restraint. **The American Political Science Review**, Vol. 49, N. 3, p. 762-772, 1955.

RODRIGUES, Fernando Anselmo. Requisitos de admissibilidade do recurso especial e do recurso extraordinário.In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Org.) **Aspectos polêmicos e atuais do recurso especial e do recurso extraordinário**.São Paulo:Revista dos Tribunais, 1997.

RODRIGUES, Lêda Boechat. **A Côrte Suprema e o Direito Constitucional Americano**. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1958.

_____, Lêda Boechat. **História do Supremo Tribunal Federal. Tomo I (1891-1898 – Defesa das Liberdades Civis)**. Rio de Janeiro: Editora Civilização Brasileira S.A., 1991.

_____, Lêda Boechat. **História do Supremo Tribunal Federal. Tomo II (1899-1910 – Defesa do Federalismo)**. Rio de Janeiro: Editora Civilização Brasileira S.A., 1991.

_____, Lêda Boechat. **História do Supremo Tribunal Federal**. **Tomo III (1910-1926 – Doutrina brasileira do *habeas-corpus*)**. Rio de Janeiro: Editora Civilização Brasileira S.A, 1991.

RODRIGUES, Nina T. Disconzi. O controle de constitucionalidade no direito brasileiro e as Leis 9.868/99 e 9.882/99. **Revista de Informação Legislativa**, A. 38, N. 149, p. 111-124, 2001.

RODRIGUEZ, Caio Farah. **Sentido, Valor e Aspecto Institucional da Indeterminação Jurídica**. Tese (doutorado) – Universidade de São Paulo – USP. Programa de Pós-Graduação, 2011.

ROESCH, Benjamin J. Crowd Control: The Majoritarian Court and the Reflection of Public Opinion in Doctrine. **Suffolk University Law Review,** Vol. XXXIX, 2006.

ROGERS, James R.; VANBERG, George. Resurrecting Lochner: A Defense of Unprincipled Judicial Activism. **The Journal of Law, Economics, & Organization**, Vol. 23, N. 2, p. 442-468, mai. 2007.

ROOSEVELT III, Kermit. Forget the fundamentals: fixing substantive due process. **University of Pennsylvania Journal of Constitutional Law**, Vol. 8, p. 983-1.004, 2006.

ROSENBERG, Gerald N. **The Hollow Hope: can courts bring abour social change?** 2nd edition. Chicago: The University of Chicago Press, 2008.

SÁ, Mariana Oliveira de; Vinícius Silva BONFIM, Vinícius Silva. A atuação do Supremo Tribunal Federal frente aos fenômenos da judicialização da política e do ativismo judicial. **Revista Brasileira de Políticas Públicas**, Vol. 5, p. 170-190, 2015.

SANTARÉM, Paulo Renã da Silva; SOUZA JÚNIOR, José Geraldo de. A observação da Jurisprudência Defensiva na diferenciação do subsistema do direito. **Universidade de Brasília - DPP - PIBIC Relatório Final Edital 2004**, p. 01-25, 2005

SANTOS, Francisco Cláudio de Almeida. O prequestionamento na doutrina e na jurisprudência. In: **Doutrina do STJ: Edição Comemorativa: 15 anos**. Brasília: Superior Tribunal de Justiça, p. 347-365, 2005.

_____, Francisco Cláudio de Almeida. Recurso especial: Visão geral. **Informativo Jurídico da Biblioteca Ministro Oscar Saraiva**, p. 143-161, 2010.

SANTOS, Pedro Felipe de Oliveira. Beyond minimalism and usurpation: Designing judicial review to control the mis-enforcement of socio-economic rights. *Washington University Global Studies Law Review*, Vol. 18, N. 3, p. 493-558, 2019.

SANTOS, Tiago Neiva. Ativismo judicial: Uma visão democrática sobre o aspecto político da jurisdição constitucional. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília A. 44, N. 173, p. 271-284, jan./mar. 2007.

SARMENTO, Daniel Sarmento; SOUZA NETO, Cláudio Pereira: Notas sobre jurisdição constitucional e democracia: a questão da "última palavra" e alguns parâmetros de autocontenção judicial. **Revista Quaestio Iuris**, Vol. 06, N. 02. p. 119-161.

SCHARPF, Fritz W. Judicial Review and the Political Question: A Functional Analysis. **The Yale Law Journal**, Vol. 75, N. 4, p. 517-597, 1966.

SCHLESINGER JR., Arthur M. The Supreme Court: 1947. **Fortune Magazine**, Vol. XXXV, N. 1, p. 73-79 e 201-208 e 211-212, jan. 1947.

SCHWARTZ, Bernard. **Direito Constitucional Americano**. Tradução de Carlos Nayfeld. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1966.

_____, Bernard. **A History of the Supreme Court**. New York: Oxford University Press, 1995.

SCHWARTZ, Gary T. The Beginning and the Possible End of the Rise of Modern American Tort Law. **Georgia Law Review**, Vol. 26, N. 3, p. 539-599, 1992.

SCHWARZSCHILD, Maimon. Pluralism, Conversation, and Judicial Restraint, **Northwestern University Law Review**, Vol. 95, N. 3, p. 961-976, 2001.

SCOTT, Kenneth E. Standing in the Supreme Court – A Functional Analysis. **Harvard Law Review**, Vol. 86, N. 4, p. 645-692, 1973.

SEGALL, Eric J. Reconceptualizing Judicial Activism as Judicial Responsibility: A Tale of Two Justice Kennedys. **Arizona State Law Journal**, Vol. 41, p. 01-45, 2009.

SEIDMAN, Louis Michael. The secret life of the political question doctrine. **The John Marshall Law Review**, Vol. 37, p. 441-480, 2004.

SHAMAN, Jeffrey M. On the 100th Anniversary of Lochner v. New York. **Tennessee Law Review**, Vol. 72, N. 2, p. 455-508, 2005.

SHAPIRO, David L. Jurisdiction and discretion. **New York University Law Review**, Vol. 60, N. 4, p. 543-589, 1985.

SHERAIN, Howard. Thayer, Judicial Self-Restraint and Watergate. **Albany Law Review**, Vol. 38, p. 52-65, 1973.

SILVA, Diogo Bacha e. Os contornos do ativismo judicial no Brasil: O fetiche do Judiciário brasileiro pelo controle dos demais poderes. **Revista de Informação Legislativa**, Ano 50, N. 199, p. 163-178, jul./set. 2013.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 33ª ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

_____, José Afonso da. **Do recurso extraordinário no direito processual brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1963.

SIMIONI, Rafael. Ativismo ou passivismo judicial? O problema da legitimidade democrática. **Revista Jurídica – Revista de Estudos Jurídicos da Unesp Campus de Franca**, Vol. 15, N. 21, 2001.

SIMSON, Gary J. The Conclusive Presumption Cases: The Search for a Newer Equal Protection Continues. **Catholic University Law Review**, Vol. 24, N. 2, p. 217-242, 1975.

SOARES, Guido Fernando Silva. **Common Law**. 2ª. ed. São Paulo: RT, 2000.

SODRÉ, Habacuque Wellington. A politização do Poder Judiciário como fator de ativismo judicial: conceituação e casos. **Fórum Administrativo**, Belo Horizonte, Ano 11, N. 128, p. 01-20, out. 2011.

SOLIANO, Vitor. Ativismo judicial no Brasil: uma definição. **Revista Eletrônica Direito e Política**, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, Vol.8, N. 1, 2013.

SONGER, Donald. R. Concern for Policy Outputs as a Cue for Supreme Court Decisions on Certiorari. **The Journal of Politics**, Vol. 41, p. 1.185-1.194, 1979.

SOUTO, João Carlos. **Suprema Corte dos Estados Unidos: principais decisões**. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2015.

SOWELL, Thomas. Undue Process. **Southwestern University Law Review**, Vol. 11, N. 4, p. 1361-1370, 1979.

SPILLENGER, Clyde. Reading the Judicial Canon: Alexander Bickel and the Book of Brandeis. **The Journal of American History**, Vol. 79, N. 1, p. 125-151, 1992.

SPRIGGS II, James F.; MALTZMAN, Forrest; WAHLBECK, Paul J. Bargaining on the U.S. Supreme Court: Justices' Responses to Majority Opinion Drafts. **The Journal of Politics**, Vol. 61, N. 2 p. 485-506, 1999.

STEARNS, Maxwell L. Standing and social choice: historical evidence. **University of Pennsylvania Law Review**, Vol. 144, N. 2, p. 309-462, 1995.

STEILEN, Matthew. Minimalism and Deliberative Democracy: A Closer Look at the Virtues of "Shallowness". **Seattle University Press**, Vol. 33, N. 2, p. 391-435, 2010.

STEVENS, Chloe. Raising Constitutional Eyebrows on Private Takings and Due Course of Law: Where Do We Go from Here. **Baylor Law Review**, Vol. 70, N. 2, p. 666-688, 2018.

STEVENS, John Paul. Judicial Restraint. **San Diego Law Review**, Vol 22, p. 437-452, 1985.

STONE, David O. Equality of Voting as a Constitutional Right: The Georgia County Unit Case. **Syracuse Law Review**, Vol. 2, N. 1, p. 73-81, 1950.

STONE, Geoffrey R. Citizens United and Conservative Judicial Activism. **University of Illinois Law Review**, Vol. 2012, p. 485-500, 2012.

STRAUSS, David A. Justiciability of the Political Offense Exception in Bilateral Extradition Agreements: Time for Judicial Self-Restraint. **New York Law School Journal of International and Comparative Law**, Vol. 14, N. 2, p. 455-470, 1993.

STRECK, Lenio Luiz. Jurisdição Constitucional e Hermenêutica: Perspectivas e Possibilidades de Concretização dos Direitos FundamentaisSociais no Brasil. **Novos Estudos Jurídicos**, Vol. 8, N. 2, p. 257-301, 2003.

SUMMERS, Clyde W. Sources and Limits of Religious Freedom. **Illinois Law Review**, Vol. 41, N. 1, 53-80, 1947.

SUNSTEIN, Cass R. **A constitution of many minds: why the founding document doesn´t mean what it meant before**. Princeton: Princeton University Press, 2009.

_____, Cass R. Beyond judicial minimalism. **Tulsa Law Review**, Vol. 43, p. 825-842, 2008.

_____, Cass R. Constitutional Personae. **The Supreme Court Review**, Vol. 2013, N. 1, p. 433-460, 2014.

_____, Cass R. Dred Scott v. Sandford and Its Legacy. In: GEORGE, Robert P. (editor). **Great Cases in Constitutional Law**. New Jersey: Princeton University Press, 2000.

_____, Cass. R. **Lochnering**. Texas Law Review, Vol. 82, p. 65, 2003-2004.

_____, Cass R. **One case at a time: judicial minimalism on the Supreme Court**. Cambridge: Harvard University Press, 2001.

_____, Cass. **Radicals in robes: why extreme right-wing Courts are wrong for America**. New York: Basic Books, 2005.

_____, Cass R. The Beard Thesis and Franklin Roosevelt. **The George Washington Law Review**, Vol. 56, p. 114-123, 1987.

_____, Cass R. The Supreme Court 1995 term foreword: Leaving Things Undecided. **Harvard Law Review**, Vol. 110, p. 04-101, 1996.

SUTHERLAND, Arthur E. **De la Carta Magna a la Constitución Norteamericana: ideas fundamentales sobre constitucionalismo**. Tradução José Clementi. Buenos Aires: Tipografica Editora Argentina, 1972.

TABAK, Ronald. J.; LANE, J. Mark. Judicial activism and legislative "reform" of federal habeas corpus: a critical analysis of recent developments and current proposals. **Albany Law Review**, Vol. 55, N. 1, p. 01-95, 1991.

TALBOT, Margaret. Is the Supreme Court's Fate in Elena Kagan's Hands? **The New Yorker**, New York, 11.11.2019. Disponível em: https://www.newyorker.com/magazine/2019/11/18/is-the-supreme-courts-fate-in-elena-kagans-hands.

TASSINARI, Clarissa. **Ativismo judicial: uma análise da atuação Judiciário nas experiências brasileira e norte-americana**. Dissertação (mestrado) – Universidade do Vale do Rio dos Sinos – Unisinos. Programa de Pós-Graduação, 2012.

TATE, C. Neal. Why the Expansion of Judicial Power? In: TATE, Chester Neal; VALLINDER, Torbjörn (editores). **The global expansion of judicial power**. New York: New York University Press, 1995.

TAVARES, Aderruan Rodrigues. A Inconstitucionalidade da Pertinência Temática para os Legitimados Especiais do Controle Abstrato de Normas. **Revista DPU**, N. 48, p. 107-115, 2012.

TAVARES, André Ramos. **Paradigmas do Judicialismo Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2012.

TAVARES JUNIOR, Hercilio Luiz. "O que não está nos autos, não está no mundo...": a diversidade da interpretação da verdade formal no controle do reexame de provas em recursos especiais pelo Superior Tribunal de Justiça. **Universitas Jus**, Vol. 22, N. 1, p. 01-111, 2011.

TEDESCO, Paulo Camargo. Jurisprudência defensiva de segunda geração. **Revista de Processo**, Vol. 35, N. 182, 2010.

TEGER, Stuart. H; KOSINSKI, Douglas. The Cue Theory of Supreme Court Certiorari Jurisdiction: A Reconsideration. **The Journal of Politics**, Vol. 42, p. 834-846, 1980.

TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski. Ativismo judicial: nos limites entre racionalidade jurídica e decisão política. **Revista Direito GV**, São Paulo, N. 8(1), p. 37-58, jan-jun 2012.

TEIXEIRA, José Elaeres Marques. **A doutrina das questões políticas no Supremo Tribunal Federal – STF**. Dissertação (mestrado) – Universidade Federal de Santa Catarina, 2004.

THAYER, James Bradley. The origin and scope of the American doctrine of constitutional law. **Harvard Law Review**, Vol. VII, N. 3, p. 129-156, 1893.

THE WALL STREET JOURNAL. The Supreme Court's Textualism Test. **Editorial Board**. New York, 21.11.2019, Disponível em: https://www.wsj.com/articles/the-supreme-courts-textualism-test-11574382080.

TOCQUEVILLE, Alexis de. **Democracy in America**. London: Penguin Classics, 2003.

TOMMASINI, Nicola. **A Presunção de Constitucionalidade e Inconstitucionalidade das Leis**. Dissertação (mestrado) – Universidade de São Paulo, 2018.

TREANOR, William Michael. Judicial Review before Marbury. **Stanford Law Review**, Vol. 58, N. 2, p. 455-562, 2005.

TRIBE, Laurence H. **American Constitutional Law**. 3rd. edition. New York: New York Foundation Press, 2000.

_____, Laurence H. Diving Citizens United: The Case v. the Controversy. **Constitutional Commentary**, Vol. 30, N. 2, p. 463-494, 2015.

TUSHNET, Mark. Federalism and Liberalism. **Cardozo Journal of International and Comparative Law**, Vol. 4, N. 2, p. 329-344, 1996.

_____, Mark. Justiciability: the transformation and disappearance of the political question doctrine. **North Carolina Law Review**, Vol. 80, p. 1.203-1.236, 2002.

_____, Mark. Marbury v. Madison around the world. **Tennessee Law Review**, Vol. 71, p. 250-274, 2004.

_____, Mark. **Weak Courts, Strong Rights: Judicial Review and Social Welfare Rights in Comparative Constitutional Law**. Princeton: Princeton University Press, 2009.

URBANO, Maria Benedita. **Curso de Justiça Constitucional**. 2ª ed. Coimbra: Almedina, 2016.

VALLINDER, Torbjörn. When the Courts Go Marching In: TATE, Chester Neal; VALLINDER, Torbjörn (editores). **The global expansion of judicial power**. New York: New York University Press, 1995.

VANNATTA, Seth. Justice Holmes, the Social Darwinist. **The Pluralist**, Vol. 14, N. 1, p. 78-90, 2019.

VAUGHN, Gustavo Fávero. A jurisprudência defensiva no STJ à luz dos princípios do acesso à justiça e da celeridade processual. **Revista de Processo**, Vol. 254, p. 339-373, 2016.

VELOSO, Zeno. **Controle jurisdicional de constitucionalidade**. 2ª ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2000.

VERÍSSIMO, Marcos Paulo. A Constituição de 1988, vinte anos depois: Suprema Corte e ativismo judicial "à brasileira". **Revista Direito GV**, São Paulo, N. 8, p. 407-440, 2008.

VERMEULE, Adrian. **Judging under uncertainty: an institutional theory of legal interpretation**. Cambridge: Harvard University Press, 2006.

VIEIRA, José Ribas. Verso e reverso: a judicialização da política e o ativismo judicial no Brasil. **Revista Estação Científica**, Juiz de Fora, Vol. 1, N. 04, p. 44-57, out./ nov. 2009.

VIEIRA, José Ribas; CAMARGO, Margarida Maria Lacombe; SILVA, Alexandre Garrido da. O Supremo Tribunal Federal como arquiteto institucional: a judicialização da política e o ativismo judicial. **Revista de Ciências Sociais Aplicadas do CCJE**, Vol. 2, p. 74-85, 2009.

VIEIRA, José Ribas; SILVA, Alexandre Garrido. Justiça transicional, direitos humanos e a seletividade do ativismo judicial no Brasil. **Rev. da Fac. Min. de Direito**, Belo Horizonte, Vol. 11, N. 22, p. 19-46, 2008.

VIEIRA, Oscar Vilhena. Supremocracia. **Revista Direito GV**, São Paulo, N. 8, p. 441-463, 2008.

VLADECK, Stephen I. The passive-aggressive virtues. **Columbia Law Review**, Vol. 111, p. 122-140, 2011.

VOJVODIC, Adriana de Moraes. **Precedentes e argumentação no Supremo Tribunal Federal: entre a vinculação ao passado e a sinalização para o futuro**. Tese (doutorado) – Universidade de São Paulo – USP. Programa de Pós-Graduação, 2012.

WALDRON, Jeremy. The core of the case against judicial review. **The Yale Law Journal**, Vol. 115, N. 6, p. 1.346-1.406, 2006.

WALLACE, J. Clifford. The Jurisprudence of Judicial Restraint: A Return to the Moorings. **The George Washington Law Review**, Vol. 50, N. 01, p. 1-16, nov. 1981.

WALPIN, Gerald. Take Obstructionism Out of the Judicial Nominations Confirmation Process. **Texas Review of Law & Politics**, Vol. 8, p. 89-112, 2003.

WANT, William L. Economic Substantive Due Process: Considered Dead Is Being Revived by a Series of Supreme Court Land-use Cases. **University of Hawai'i Law Review**, Vol. 36, p. 455-485, 2014.

WATSON, Katherine. When Substantive Due Process Meets Equal Protection: Reconciling Obergefell and Glucksberg. **Lewis & Clark Law Review**, Vol. 21, N. 1, p. 245-276, 2017.

WECHSLER, Herbert. The political safeguards of federalism: the role of the states in the composition and selection of the national government. **Columbia Law Review**, Vol. 54, p. 543-560, 1954.

WEINBERG, Louise. Political Questions and the Guarantee Clause.**University of Colorado Law Review**, Vol. 65, p. 887-948, 1994.

WESTON, Melville Fuller Weston. Political Questions. **Harvard Law Review**, Vol. 38, N. 3, p. 296-333, 1925.

WHITE, G. Edward. **The American Judicial Tradition: profiles of leading american judges**. New York: Oxford University Press, 2007.

WHITEHOUSE, Sheldon. Conservative Judicial Activism: The Politicization of the Supreme Court Under Chief Justice Roberts. **Harvard Law & Policy Review**, N. 9, p. 195-210, 2015.

WIDENER, H. E. Some random thoughts on judicial restraint. **Washington and Lee Law Review**, Vol. XXXI, p. 505-520, 1974.

WILLIAMS, Norman R. Direct Democracy, the Guaranty Clause, and the Politics of the Political Question Doctrine: Revisiting Pacific Telephone. **Oregon Law Review**, Vol. 87, N. 3, p. 979-1024, 2008.

WOLFE, Christopher. **The Rise of Modern Judicial Review: from constitutional interpretation to judge-made law**. Revised edition. Lanham: Rowman & Littlefield Publishers, Inc, 1994.

WOOD, Gordon S. The origins of judicial review revisited. **Wash. & Lee Law Review**, N. 56, p. 787-809, 1999.

WRIGHT, J. Skelly. The role of the Supreme Court in a democratic society-judicial activism or restraint? **Cornell Law Review**, Vol. 54, N. 1, 3, p. 01-28, 1969.

YOUNG, Ernest A. Judicial Activism and Conservative Politics, **University of Colorado Law Review**, Vol. 73, n. 4, 2002.

YUNG, Corey Rayburn. Flexing Judicial Muscle: An Empirical Study of Judicial Activism in the Federal Courts, **North Western University Law Review**, Vol. 105, p. 01-60, 2011.

ZIETLOW, Rebecca E. The Judicial Restraint of the Warren Court (and Why it Matters). **Ohio State Law Journal**, Vol. 69, p. 255-301, 2008.