

VII ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI

CONSTITUIÇÃO, TEORIA CONSTITUCIONAL E DEMOCRACIA I

CAIO AUGUSTO SOUZA LARA

VIVIAN DE ALMEIDA GREGORI TORRES

DIOGO DE ALMEIDA VIANA DOS SANTOS

Todos os direitos reservados e protegidos. Nenhuma parte destes anais poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria - CONPEDI

Presidente - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini - FMU - São Paulo

Diretor Executivo - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC - Santa Catarina

Vice-presidente Norte - Prof. Dr. Jean Carlos Dias - Cesupa - Pará

Vice-presidente Centro-Oeste - Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG - Goiás

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - Unisinos - Rio Grande do Sul

Vice-presidente Sudeste - Profa. Dra. Rosângela Lunardelli Cavallazzi - UFRJ/PUCRio - Rio de Janeiro

Vice-presidente Nordeste - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa - UNICAP - Pernambuco

Representante Discente: Prof. Dr. Abner da Silva Jaques - UPM/UNIGRAN - Mato Grosso do Sul

Conselho Fiscal:

Prof. Dr. José Filomeno de Moraes Filho - UFMA - Maranhão

Prof. Dr. Caio Augusto Souza Lara - SKEMA/ESDHC/UFMG - Minas Gerais

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo - UFERSA - Rio Grande do Norte

Prof. Dr. Fernando Passos - UNIARA - São Paulo

Prof. Dr. Edinilson Donisete Machado - UNIVEM/UENP - São Paulo

Secretarias

Relações Institucionais:

Prof. Dra. Claudia Maria Barbosa - PUCPR - Paraná

Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA - Bahia

Profa. Dra. Daniela Marques de Moraes - UNB - Distrito Federal

Comunicação:

Prof. Dr. Robison Tramontina - UNOESC - Santa Catarina

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho - UPF/Univali - Rio Grande do Sul

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS - Sergipe

Relações Internacionais para o Continente Americano:

Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch - UFSM - Rio Grande do sul

Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA - Maranhão

Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto - UPM - São Paulo

Relações Internacionais para os demais Continentes:

Profa. Dra. Gina Vidal Marcílio Pompeu - UNIFOR - Ceará

Profa. Dra. Sandra Regina Martini - UNIRITTER / UFRGS - Rio Grande do Sul

Profa. Dra. Maria Claudia da Silva Antunes de Souza - UNIVALI - Santa Catarina

Eventos:

Prof. Dr. Yuri Nathan da Costa Lannes - FDF - São Paulo

Profa. Dra. Norma Sueli Padilha - UFSC - Santa Catarina

Prof. Dr. Juraci Mourão Lopes Filho - UNICHRISTUS - Ceará

Membro Nato - Presidência anterior Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa - UNICAP - Pernambuco

C755

Constituição, teoria constitucional e democracia I [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI

Coordenadores: Caio Augusto Souza Lara; Diogo De Almeida Viana Dos Santos; Vivian de Almeida Gregori Torres
– Florianópolis: CONPEDI, 2024.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-65-5648-931-5

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: A pesquisa jurídica na perspectiva da transdisciplinaridade

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Constituição. 3. Teoria constitucional. VII
Encontro Virtual do CONPEDI (1: 2024 : Florianópolis, Brasil).

CDU: 34



VII ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI

CONSTITUIÇÃO, TEORIA CONSTITUCIONAL E DEMOCRACIA I

Apresentação

Os artigos contidos nesta publicação foram apresentados no Grupo de Trabalho Constituição, Teoria Constitucional e Democracia I durante o VII Encontro Virtual do Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-graduação em Direito - CONPEDI, realizado nos dias 24 a 28 de junho de 2024, sob o tema geral “A pesquisa jurídica na perspectiva da transdisciplinaridade”. O evento foi promovido por esta sociedade científica do Direito com o apoio da Faculdade de Direito de Franca, da Unigranrio-Afya, da Faculdade de Direito da Universidade da República do Uruguai e do Instituto Portucalense. Trata-se da sétima experiência de encontro virtual do CONPEDI em mais de três décadas de existência.

A apresentação dos trabalhos abriu caminho para uma importante discussão, em que os pesquisadores do Direito puderam interagir em torno de questões teóricas e práticas, levando-se em consideração a temática central grupo. Essa temática traz consigo os desafios que as diversas linhas de pesquisa jurídica enfrentam no tocante ao estudo dos referenciais teóricos do Direito Constitucional e dos reflexos do constitucionalismo na atuação dos Poderes da República no país.

Os temas abordados vão desde a construção histórica da cidadania, passando pela discussão envolvendo os blocos de constitucionalidade. Controle de constitucionalidade, efeito backlash, federalismo, transconstitucionalismo, dentre outros temas relevantes, se destacaram nas discussões do grupo.

Na coletânea que agora vem a público, encontram-se os resultados de pesquisas desenvolvidas em diversos Programas de Pós-graduação em Direito, nos níveis de Mestrado e Doutorado, com artigos rigorosamente selecionados, por meio de dupla avaliação cega por pares (double blind peer review). Dessa forma, todos os artigos ora publicados guardam sintonia direta com este Grupo de Trabalho.

Agradecemos a todos os pesquisadores pela sua inestimável colaboração e desejamos uma ótima e proveitosa leitura!

Caio Augusto Souza Lara

Diogo De Almeida Viana Dos Santos

Vivian de Almeida Gregori Torres

REVISITANDO A TEORIA DA AUTOCONTENÇÃO NO CONTEXTO DO PESADELO CONSTITUCIONAL MADISONIANO E O CENÁRIO TEÓRICO CONTEMPORÂNEO.

REVIEWING THE THEORY OF SELF-RESTRAINT IN THE CONTEXT OF THE MADISONIAN CONSTITUTIONAL NIGHTMARE AND THE CONTEMPORARY THEORIC SCENARY.

Jean Carlos Dias

Resumo

O presente artigo examina o modelo constitucional de controle e prevenção da concentração de poder político proposto por James Madison e incorporado ao sistema constitucional norte-americano e suas sucessivas transformações. Esse sistema apresenta várias contribuições para o estudo do constitucionalismo contemporâneo. O modelo constitucional desenvolvido originalmente estipulava limites bem definidos da atuação da jurisdição constitucional, notadamente, por meio da deferência as demais poderes o que ficou conhecido por doutrina da autocontenção. As relações entre a teoria da autocontenção no plano da jurisdição constitucional e sua flexibilização por meio do movimento conhecido como ativismo judicial no cenário da teoria do controle judicial levaram às conseqüentes tensões institucionais. Essas questões derivadas são, também, examinadas no presente estudo, como fundamento para a construção de um cenário de crise comumente designado na literatura especializada como o “pesadelo de Madison”. Esse panorama constituirá o pano de fundo para a investigação de possíveis indicadores de enfraquecimento e mesmo da contextualização contemporânea da teoria da autocontenção e sua repercussão em relação ao desenvolvimento do estratégias institucionais de prevenção à captura política das cortes constitucionais.

Palavras-chave: Autocontenção, Ativismo judicial, Jurisdição constitucional, Liberdades básicas

Abstract/Resumen/Résumé

This article examines the constitutional model for controlling and preventing the concentration of political power proposed by James Madison and incorporated into the American constitutional system and its successive transformations. This system makes several contributions to the study of contemporary constitutionalism. The constitutional model originally developed stipulated well-defined limits for the constitutional jurisdiction to act, notably through deference to the other powers, which became known as the doctrine of self-restraint. The relationship between the theory of self-restraint at the level of constitutional jurisdiction and its flexibilization through the movement known as judicial activism in the scenario of the theory of judicial control led to consequent institutional tensions. These derivative issues are also examined in this study, as the basis for the construction of a crisis scenario commonly referred to in specialized literature as "Madison's

nightmare". This panorama will form the backdrop for the investigation of possible indicators of weakening and even of the contemporary contextualization of the theory of self-restraint and its repercussions in relation to the development of institutional strategies to prevent the political capture of constitutional courts.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Self-restraint, Judicial activism, Constitutional jurisdiction, Basic liberties

1. INTRODUÇÃO

Os estudos constitucionais contemporâneos têm indicado um aumento das tensões institucionais no contexto da jurisdição constitucional bem como nas relações entre os órgãos que titularizam as várias funções estatais.

Esse panorama envolve, frequentemente, questões de fundo que estão ligadas ao próprio modelo constitucional, sobretudo nas realidades que procuraram incorporar os parâmetros teóricos incorporados ao constitucionalismo norte-americano.

Dentre esses, o modelo de controle da concentração do poder político sustentado por James Madison, inclusive integrado ao texto final e, alegadamente, ancorando várias das emendas constitucionais posteriores, tem grande atualidade em função das sucessivas transformações explicitadas nos debates jurídico e político contemporâneos.

São especialmente importantes as transformações do modelo de autocontenção e o consequente e paulatino fortalecimento do ativismo judicial, conceitos que serão examinados adiante, sugerindo evidências de que as relações entre eles podem explicar, pelo menos parcialmente, o esgarçamento do tecido institucional e o recorrente debate acerca do reconhecimento e concretização das liberdades básicas.

O problema abordado, portanto, revela-se pela investigação acerca do modelo madisoniano constituído originalmente, suas sucessivas erosão e transformação, no plano do constitucionalismo contemporâneo, tendo como eixo condutor a reflexão acerca da teoria da autocontenção.

Trata-se de pesquisa exploratória, teórica e bibliográfica.

2. O MODELO CONSTITUCIONAL DE CONTROLE DE CONCENTRAÇÃO DE PODERES PELAS FACÇÕES POLÍTICAS PROPOSTO POR JAMES MADISON.

O processo constitucional norte-americano foi em certa medida conduzido pelos chamados “pais fundadores”. Um grupo importante de pensadores e ativistas políticos que tinham sido responsáveis pela condução das várias ações necessárias à emancipação das colônias americanas.

Os principais artífices da carta norte-americana propunham suas ideias para discussão em assembleia, mas também estavam constantemente difundindo os seus pontos de vistas por meio de panfletos voltados para o público comum que, depois, foram reunidos na famosa coletânea “Os federalistas”.

Dentre os mais importantes, James Madison foi um dos mais ativos, ao promover sistematicamente debates relacionados aos aspectos que ele considerava essenciais à estruturação do sistema jurídico e político norte-americano. Ele apresentou, num conjunto de escritos, suas preocupações a respeito do risco da facciosismo, propondo diversos modos de compartilhamento do poder político e, mais especificamente, a estruturação de um conjunto de estratégias de divisão do poder de modo a evitar uma excessiva centralização.

Dentre essas estratégias figuravam, com destaque, um elenco de medidas que associavam tanto as experiências republicanas europeias como também um conjunto de concepções de filosofia política que, de certo modo, vinha sendo desenvolvido desde a antiguidade e, ainda, propostas relacionadas à realidade das novas colônias.

As ideias de Madison, nesse sentido, estão basicamente resumidas nos textos de número 77 e 78 onde ele apresenta suas preocupações em torno do problema das facções políticas e como elas poderiam influenciar a construção normativa das estruturas constitucionais e, por via de consequência, da própria dinâmica de funcionamento estatal do país tornado independente.

Nesses artigos é proposto um sistema de controle do risco das facções políticas baseado em um plano que pode ser descrito, como contemplando seis grupos de medidas. Todos têm em comum a finalidade de implantar o compartilhamento do exercício do poder político e, simultaneamente, uma preocupação com a uniformidade, igualdade e equidade nos padrões de atuação pública e reconhecimento dos direitos individuais.

A primeira proposta foi o estabelecimento da forma republicana de estruturação do estado, que consorcia, simultaneamente, a representação, isto é, o governo por meio de representantes eleitos pelo povo em caráter temporário e sujeitos a responsabilização política e jurídica no exercício dessa função. A rotatividade periódica dessas agentes evitaria a concentração do poder uma vez que as eleições periódicas permitiriam a remoção e renovação dos representantes conforme o seu desempenho. Naturalmente, estava em evidência a oposição aos modelos monárquicos em que o exercício do poder político é indeterminado no tempo e ligado pessoal e organicamente ao seu titular.

No mesmo sentido, Madison propôs também a reestruturação das funções do estado por meio da divisão criando entes governamentais independentes, cabendo a cada um dos braços do estado o exercício de atividades próprias por meio de agentes empossados de diversos modos o que impediria que a apropriação geral por uma única facção.

Esse sistema impediria que a tomada de uma determinada função resultasse, obrigatória e inevitavelmente, na apropriação das outras funções do estado. Trata-se da recuperação do pensamento de Montesquieu, que teve grande influência na formação do ideário constitucional norte-americano, sendo delineamento da própria noção de Estado de Direito.

Como terceiro ponto foi proposta a adoção de um modelo jurídico de consolidação dessas estratégias institucionais por meio da adoção de uma Constituição comum que estabeleceria o direito federal. A introdução do constitucionalismo foi considerada necessária para garantir a estabilidade do modelo, mas, também, para lançamento das bases de proteção aos indivíduos.

As liberdades asseguradas indicavam que o estado se comprometia a observar um projeto de cidadania fundada no reconhecimento dos direitos básicos de cada cidadão, mais uma vez uma estratégia de compartilhamento e contenção do poder.

A quarta proposta de Madison estava centrada na ideia de integração econômica de modo que o comércio entre as diversas unidades da federação fosse produtivo, sistemático, orgânico e capaz de gerar uma circulação ordenada de riquezas de modo a evitar a desigualdade.

É exatamente como ideia complementar que, no quinto item, Madison propõe a ideia de um desenvolvimento equilibrado e equitativo por meio de estratégias econômicas que permitissem a geração de riquezas e sua circulação por todos os estados que integravam a união.

As ideias de integração e desenvolvimento econômico, por sua vez, atraíram a sexta proposta que sugeria a adoção de padrões bastante amplos de Liberdade econômica especialmente quanto ao exercício do trabalho, a livre iniciativa, a propriedade privada, a livre circulação de capital. Inclusive com a instituição de uma moeda comum.

Tomando por base esses elementos essenciais nos moldes concebidos por Madison teríamos uma plataforma bastante estruturada do exercício do poder político mediante a instituição de controles e parâmetros que impediriam a tomada ou mesmo a excessiva concentração do poder político.

3. O PESADELO CONSTITUCIONAL DE MADISON REVISITADO: QUANDO AS SALVAGUARDAS FALHAM

Como foi apontado a proposta de Madison por meio de um conjunto de medidas institucionais procurava assegurar a estabilidade democrática associada a um conjunto de providências preventivas acautelatórias da excessiva concentração de poder em grupos específicos, organizados politicamente para fazer valer suas ideias: as facções.

Contudo a dinâmica política no decorrer do tempo foi permitindo que os delineamentos originais fossem sendo atenuados, possibilitando aquilo que Madison queria evitar: apropriação de parcelas importantes do governo por um grupo pequeno, mas mobilizado, de agentes comprometidos em validar institucionalmente suas próprias concepções e visões de mundo.

Esse fenômeno foi tratado na literatura constitucional como o “pesadelo de Madison” que pode ser descrito, mais sinteticamente, pelo risco de que as ações federais possam ser apropriadas por facções e impostas independentemente de se endosso popular majoritário.

As premissas que a plataforma constitucional instituída assumiu, portanto, eram refratárias a imposição de preferências políticas transportadas por políticas públicas setoriais e, assim, insuscetíveis de representar o interesse geral, ou seja, buscavam evitar uma disfunção democrática pela migração das decisões políticas do âmbito parlamentar e representativo para uma dimensão governamental e burocrática. O controle dos órgãos governamentais, competentes e capazes, em tese, de tomar medidas para a implantação de determinadas concepções ideológicas e políticas pode, eventualmente, suplantam a rede de proteção delineadas pelas propostas madisonianas.

O que parecia ser um risco potencial adstrito à análise teórica da efetividade do planejamento estratégico na construção das instituições constitucionais originárias tem, ao contrário, sido identificado como situações relativamente comuns nos mais diversos sistemas constitucionais avançados da contemporaneidade.

As três propostas iniciais, relacionadas à separação dos poderes ao a forma republicana e ao constitucionalismo, com a sua firme defesa das liberdades básicas, estão intimamente relacionadas à conformação de um regime democrático pautado pelo estado do direito e, claramente, podem perder sua mais plena expressão.

Por outro lado, essa mesma disfunção pode ter impactos severos quando consideradas as dimensões relacionadas ao desenvolvimento econômico que foram

entendidas como substratos essenciais para a estabilidade política necessária ao adequado funcionamento do modelo constitucional.

No âmbito norte-americano, Richard B. Stewart analisa que

“It is now widely understood that the process through which national measures are adopted and enforced do not always ensure that assertions of national power serve the general interest. Instead. They can invite the very dominations by faction that Madison so desired to prevent. (Stewart, 1990, P 340).¹

O mesmo autor aponta que muitos fatores têm concorrido para a configuração dessa migração do poder político. O primeiro desses fatores é a transformação das bases políticas dos representantes políticos, anteriormente territoriais e ligadas mais especificamente assuntos locais, para a uma plataforma política mais genérica e descentralizada delimitada por debates de questões de alcance nacional profundamente marcados pela comunicação de massa e pela organização dos grupos de interesse. Outro fator relevante é a formulação de amplos programas federais capazes de cooptar os Estados, os representantes locais e, também, os cidadãos em torno de benefícios capazes de convertê-los em apoiadores comprometidos dessas medidas de modo irrefletido em detrimento da independência local. Por fim, aponta Stewart, a radicalização legalista das estratégias de comando e controle no âmbito administrativo, inevitavelmente envolvem uma importante transferência de poder do Congresso e do Executivo para as burocracias federais e, também, para os tribunais, enfraquecendo o modelo republicano a separação de poderes e, mesmo, as concepções mais abrangentes dos direitos individuais.

O problema, apresenta-se, inclusive na esfera parlamentar mais estrita. A estruturação de instancias internas, seja na condução das casas legislativas ou mesmo na implantação de comissões que substituem os debates e deliberações plenárias, também revelam o impacto grave nas salvaguardas sob análise.

Nesse sentido, Stewart aponta:

Such decisions are either delegated within Congress to subcommittees that are subject to only weak political accountability, or outside the legislative branch to federal bureaucracies and courts-whose political accountability is even weaker. (Stewart, 1990. P. 341).²

¹ Em tradução livre: “É agora amplamente compreendido que o processo através do qual as medidas nacionais são adotadas e aplicadas nem sempre garante que as alegações de poder nacional sirvam ao interesse geral. Em vez disso. Eles podem convidar as próprias dominações por facção que Madison tão desejou evitar”

² Em tradução livre: “Tais decisões são delegadas dentro do Congresso a subcomissões que estão sujeitas a apenas fraca responsabilização política, ou fora do ramo legislativo a burocracias federais e tribunais - cuja responsabilidade política é ainda mais fraca”

A discricionarieidade administrativa, por sua vez, também fica condicionada, na esfera da elaboração das políticas públicas, por uma dinâmica que permite uma influência significativa de grupos de interesse. Stewart, mais uma vez, destaca:

the exercise of administrative discretion is heavily influenced by organized economic and ideological interest groups, who offer political support, threaten political opposition, and deploy legal remedies to block or delay administrative actions. Since the 1960s, it has been popular wisdom that regulatory agencies are typically "captured" by the industries that they are supposed to regulate. But economic interests beyond the regulated entities have also played a major role in influencing agency decisionmaking. These include labor, government contractors, agricultural interests, and other client groups. In recent years, a variety of new ideological interest groups, including organizations championing the environment, consumers, religion, the handicapped, women, abortion rights, unborn children, and others, have arisen to join the "regulation game" (Stewart, 1990. P. 341).³

Desse modo os grupos de interesse passaram a integrar como sujeitos ativos o processo deliberativo dos padrões regulatórios e o fazem na defesa dos seus próprios interesses, buscando a concretização dos seus objetivos específicos podendo não coincidir propriamente com as posições assumidas pelas maiorias não organizadas

Esses grupos elegem políticas substantivas e formas de implementação que, em rigor, deveriam ser submetidas aos processos deliberativos parlamentares ancorados em padrões isonômicos de participação e devida consideração. O deslocamento, assim, claramente oferece uma alternativa à deliberação pública instituída nas democracias liberais, permitindo o acesso ao poder pela via burocrática tornando-se especialmente atraentes para as minorias organizadas que ao controlar tais entidades passam a exercer um poder contramajoritário.

Essa tendência afronta diretamente o modelo madisoniano pois enfraquece o modelo republicano, pela notável desconstrução da representação que é parte integrante do modelo democrático fazendo com que o peso político, derivado dos certames eleitorais, seja reduzido em benefício das estratégias de contorno aos procedimentos deliberativos públicos.

³ Em tradução livre: "O exercício da discricionarieidade administrativa é fortemente influenciado por grupos de interesse econômico e ideológico organizados, que oferecem apoio político, ameaçam a oposição política e utilizam recursos jurídicos para bloquear ou atrasar ações administrativas. Desde a década de 1960, tem sido notório que as agências reguladoras são tipicamente "capturadas" pelas indústrias que elas devem regular. Mas interesses econômicos além das entidades regulamentadas também desempenharam um papel importante na influência na tomada de decisões das agências. Estes incluem trabalhadores, contratados governamentais, interesses agrícolas e outros grupos de clientes. Nos últimos anos, uma variedade de novos grupos de interesses ideológicos, incluindo organizações que defendem o meio ambiente, consumidores, religião, pessoas com deficiência, mulheres, direitos do aborto, crianças não nascidas, e outros, surgiram para se juntar ao "jogo regulatório"

Simultaneamente, também são afetados os delimites das funções estatais ao se expandir indevidamente a importância das decisões burocráticas, especialmente, na dimensão dos controles recíprocos, onde seu conteúdo pode ser tornar insindicável tanto pela natureza processual da sua produção como também pela restrição à revisão parlamentar. Ainda no âmbito do constitucionalismo, esses desvios, têm sérias implicações sobre o pleno exercício dos direitos individuais, que podem, contextualmente, sofrer restrições pelas instituições a quem caberia dar-lhes a melhor luz e a mais plena tutela.

A consolidação dessa ineficiência do sistema, pela apropriação pela burocracia do sistema governamental, pelos meios e com os efeitos antes apontados, implica em um exercício do poder cuja responsabilidade política não pode ser aferida nos parâmetros da deliberação pública democrática.

É exatamente por essa razão que o próprio Madison assumia uma posição crítica e cautelosa quanto a identificação dos poderes exercidos pelo Executivo como prerrogativas por associa-las, imediatamente, às monarquias e, assim, à impossibilidade de accountability. Nesse sentido, Fatovic:

when Madison did use the term "prerogative," he did so in much the same way that his contemporaries did: to refer to the powers and privileges of the executive in a monarchy. Its association with the British monarchy was perhaps the most important reason that this Anglophobic thinker usually expressed such a dim view of prerogative. As he understood the constitutional history of England, royal prerogative was antithetical to republican ideals of the rule of law and popular sovereignty because it allowed the monarch to exercise discretionary powers without approval of or accountability to either the people or their representatives. In fact, its association with royal power was Madison's stated reason for rejecting Locke's more philosophical account of executive power (Fatovic, 2016, p. 75).⁴

Logo, na esteira da preocupação de Madison, quando se estabelece a esfera burocrática como revisora de suas próprias decisões há o sério risco de que o controle seja enfraquecido e, por isso, a transparência e dever de prestação de contas típicas dos modelos republicanos pautados pelas regras do estado de direito, sejam afastadas em prol de um exercício quase autocrático do poder.

⁴ Em tradução livre: “quando Madison usou o termo "prerrogativa", ele o fez da mesma maneira que seus contemporâneos fizeram: para se referir aos poderes e privilégios do executivo em uma monarquia. Sua associação com a monarquia britânica foi talvez a razão mais importante que este pensador anglofóbico geralmente expressou uma visão tão fraca de prerrogativa. Como ele entendeu a história constitucional da Inglaterra, a prerrogativa real era antitética aos ideais republicanos do Estado de direito e da soberania popular, porque permitia ao monarca exercer poderes discricionários sem aprovação ou responsabilidade para com o povo ou seus representantes. Na verdade, sua associação com o poder real foi a razão declarada de Madison para rejeitar o relato mais filosófico de Locke sobre o poder executivo”

O pesadelo constitucional, se dá, portanto, com a aglutinação de três fatores que o dimensionam: o primeiro constituído pela quebra do modelo republicano causada pelo enfraquecimento do sistema representativo associado a uma concentração do poder na esfera burocrática; o segundo, ocorre pela hipóstase das instâncias administrativas e das cortes com a consequente ampliação de suas prerrogativas desatreladas, no entanto, do dever público de prestação de contas e subsequentemente dos respectivos meios de controle; por fim, configurando o terceiro fator, a diluição das garantias constitucionais aos direitos individuais na medida em que as entidades a quem cabe a sua tutela podem limitar a sua concretude e pleno exercício.

O risco de efetivação de um tal cenário coloca em xeque o sistema de salvaguardas institucionais projetado por tornar as posições governamentais essenciais relativamente acessíveis ao império das facções sem a necessidade de uma grande movimentação popular ou mesmo de um processo eleitoral explícito.

Conquanto possam haver várias esferas distintas para a demonstração de que o pesadelo madisoniano está ganhando corpo na realidade contemporânea, isso parece especialmente visível na atuação das Cortes Constitucionais, sobretudo nos países periféricos.

4. A DEFINIÇÃO DE AUTOCONTENÇÃO E SUA CARACTERIZAÇÃO COMO UMA TEORIA POLÍTICA JUDICIAL

No ambiente do constitucionalismo norte-americano, os direitos civis (Bill of Rights) inseridos explicitamente, foram de eficácia limitada aos Estados membros funcionando como uma verdadeira forma de controle do poder político central.

Esse tema foi, inclusive, examinado e decidido no famoso caso *Barron v Mayor of Baltimore* de 1833, em que Suprema Corte adotou uma versão radical de autocontenção ao estabelecer que as suas decisões em matéria de liberdades constitucionais não se incorporariam imediatamente aos ordenamentos jurídicos estaduais.

Na *opinion* o Chief of Justice Marshall expôs:

“in compliance with the sentiment thus generally expressed, to quite fears thus extensively entertained, amendments were proposed by the required majority in Congress, and adopted by the States. These amendments contain no expression indicating an intention to apply them to the States governments. This court cannot so apply them. This Court therefore, has no jurisdiction of the cause, and is dismissed (Ducat, 2000. P. 488).⁵

⁵ Em tradução livre: “em conformidade com o sentimento assim geralmente expresso, para cessar os temores amplamente conhecidos, as alterações foram propostas pela maioria necessária no Congresso, e aprovadas pelos Estados. Estas alterações não contêm expressões que indiquem uma intenção de as aplicar

Esse ponto de vista, claramente, representou um compromisso duradouro da mais alta Corte em compatibilizar a sua atuação com as prerrogativas constitucionais inscritas na separação de poderes no sentido assumido por Madison.

O posicionamento tornou-se uma verdadeira doutrina constitucional que buscava evitar uma atuação jurisdicional artificialmente expandida com a desconsideração dos demais poderes e desprestígio e enfraquecimento do modelo republicano.

O vetor para esse debate foi a teoria da incorporação automática das liberdades civis tal como interpretadas pela Suprema Corte ao direito vigente dos Estados Federados. Como apontam Cohen e Danelski:

the original Bill of Rights operated only as a restriction upon the power of national government. (The Supreme Court confirmed that view in an opinion by Chief of Justice Marshall in 1883. *Barron v Baltimore*, 7 Pet. 234). The protections enshrined in the Bill of Rights of the United States Constitution became important restrictions of the powers of state government only after the Civil War (Cohen; Danelski, 1997. P. 16).⁶

Esse padrão foi amplamente flexibilizado em 1868 com a aprovação da 14ª Emenda que, após a devida dinâmica parlamentar, estabeleceu uma incorporação automática limitada, mesmo assim, abrangendo apenas os direitos de cidadania, garantias do devido processo legal, igualdade e direitos civis.

Em que pese esse desenho conceitual, o fato é que a ideia de autocontenção foi assumindo diversos sentidos o que, inclusive, induziu a uma certa dificuldade de contextualizá-la na própria delimitação da Jurisdição Constitucional e também no campo da teoria da decisão judicial.

Surgiram estudos importantes buscando uma maior precisão e, por consequência, a investigação mais aprofundada acerca dos limites institucionais, políticos e jurídicos de sua aplicação e, inclusive, como parâmetros para pesquisa acerca da atuação das cortes constitucionais.

Em importante estudo sobre o tema, Richard Posner, refletindo no plano do direito constitucional, aponta que a autocontenção se revela, amplamente, como uma teoria

aos governos dos Estados. Este tribunal não pode aplicá-las dessa forma. Este Tribunal, portanto, não tem jurisdição da causa, e é dissolvido”

⁶ Em tradução livre: O original carta de Direitos funcionava apenas como uma restrição ao poder do governo nacional. (A Suprema Corte confirmou essa opinião em uma opinião do Chefe de Justiça Marshall em 1883. *Barron v. Baltimore*, 7 Pet. 234). As proteções consagradas na Carta de Direitos da Constituição dos Estados Unidos tornaram-se restrições importantes dos poderes do governo estadual apenas após a Guerra Civil

política da atividade judicial que deve ser entendida: “as a substantive political principle used by judges in deciding certain cases in the open area”⁷

Dizer que se trata de um princípio político, significa, incorporar um certo design institucional em que há a opção clara pela renúncia ao protagonismo na atividade de elaboração de políticas públicas ou mesmo na concretização de direitos fundamentais, quando submetidas ao controle judicial, em favor dos demais ramos estatais.

Esse modelo sugere uma maior deferência aos demais poderes, de modo a evitar uma escalada descontrolada do espectro de possibilidades de judicialização. Nesse sentido, o que está em jogo, quando se postula a autocontenção no âmbito da atividade de um tribunal, é a devida consideração do espaço cabível sob o primado da separação de poderes com a perspectiva normativa de redução de sua própria atividade.

Ao analisar as diversas formas com que a definição de autocontenção aparece no debate cotidiano, Posner sugere, na esteira desse debate, que é imprescindível definir melhor o conceito para um uso pragmático:

my central concern is with what I shall call "separation of powers judicial self-restraint," or less clumsily "structural restraint." By these terms, which describe judicial self-restraint in an accepted sense" that I should like to see become the exclusive sense in order to minimize ambiguity, I mean the judge's setting as an important goal of his decisionmaking the cutting back of the power of his court system in relation to-as a check on-other government institutions. (In the remainder of this paper, "self-restraint" means separation of powers self-restraint, unless otherwise indicated (Posner, 1983, p. 11).⁸

Esse sentido estrutural, sustentando pelo autor como mais preciso e abrangente, foi sendo reconstruído a partir da noção originária mais robusta da teoria, portanto, mais limitativa, para versões menos claras e mais difusas.

Isso ocorreu tanto no plano acadêmico como na esfera jurisdicional, de modo que, em importante estudo sobre o tema, Richard Posner aponta que pelo menos três novos sentidos podem ser extraídos desse conceito:

The term "judicial self-restraint" is a chameleon. Of the many meanings commentators have assigned to it,² three are the most serious: (1) judges apply law, they don't make it (call this "legalism"-though "formalism" is the commoner name--or, better, "the law made me do it"); (2) judges defer to a

⁷ Posner, Richard A. The Meaning of Judicial Self-Restraint. Indiana Law Journal: Vol. 59. Article 1. 1983. p. 10

⁸ Em tradução livre: “A minha preocupação central é com o que vou chamar de "separação de poderes judicial-autocontrole", ou menos ambigüamente "controle estrutural". Com estes termos, que descrevem a autocontenção judicial num sentido convencional " que eu gostaria que se tornasse o sentido exclusivo para minimizar a ambigüidade, quero dizer que o juiz estabelece como um objetivo importante da sua tomada de decisões a redução do poder do seu sistema judicial em relação a - como um controle sobre - outras instituições governamentais. (No restante deste documento, "autocontenção" significa separação de poderes autocontenção, a menos que indicado de outra forma”

very great extent to decisions by other officials-appellate judges defer to trial judges and administrative agencies, and all judges to legislative and executive decisions (call this "modesty," or "institutional competence," or "process jurisprudence"); (3) judges are *highly* reluctant to declare legislative or executive action unconstitutional-deference is at its zenith when action is challenged as unconstitutional (call this "constitutional restraint") (Posner, 2012, p. 520).⁹

Cristopher Wolfe, por sua vez, aponta que essa doutrina no âmbito da Suprema Corte também possui três aspectos essenciais. O primeiro é uma definição clara das atividades inerentes ao poder Judiciário, ou seja, como antes destacamos uma clara visão dos limites da Jurisdição; o segundo, é um princípio institucional de deferência legislativa, que está ancorado na percepção que é na esfera parlamentar que a vontade popular é manifestada em sua mais ampla perspectiva; e, por fim, uma concepção consensual das questões políticas, isto é, da análise dos fundamentos do debate público (Wolfe, 1994, p. 121).

Exatamente por isso, percebe-se que o terceiro sentido, apontado por Posner, de fato, é o espaço que delimita o debate contemporâneo acerca da teoria da autocontenção, isso porque, como apontamos antes, o que está em jogo é a interação entre as funções estatais e a equidistância equilibrada.

O que é preciso destacar que na longa construção do conceito a autocontenção foi claramente sendo instituída como uma estratégia ampla de oposição ao ativismo judicial, ou seja, uma linha de ação ampliativa que minimiza excessivamente a atuação dos demais ramos estatais.

Posner, especificamente, aponta quanto a esse aspecto: "Activism as I want to use the word is just the opposite of self-restraint as I have defined it, and thus is distinct not only from boldness but also from intrusiveness into private activity" (Posner, 1983, p. 14).

Nesse exato sentido, o debate ganha corpo, na medida em que os dois conceitos se opõem, com evidente resultado nos espaços de atuação das Cortes Constitucionais. Isso porque a contraposição remete ao próprio sistema de *judicial review* adotado, pois implica na possibilidade da sua expansão ou contração a partir de teorias substantivas

⁹ Em tradução livre: O termo "autocontrole judicial" é um camaleão. Dos muitos significados que os comentaristas lhe atribuíram, 2 são os mais importantes: (1) os juízes aplicam a lei, eles não a fazem (chamem isso de "legalismo" - talvez "formalismo" seja o nome mais comum - ou, melhor, "a lei me fez fazê-lo"); (2) os juízes adiam em grande medida às decisões de outros funcionários ou juízos recursais adiam o julgamento de juízes e agências administrativas, e todos os juizados a decisões legislativas e executivas (chamam a isso "modéstia" ou "competência institucional", ou "jurisprudência de processo"); (3) os juízos são altamente relutantes em declarar a ação legislativa ou executiva inconstitucional - a deferência está no seu zênite quando a ação é desafiada como inconstitucional (chamar isso "contenção constitucional").

transportadas em todos os casos pelas concepções concorrentes de ativismo e autocontrole e suas contrapartes interacionais: um controle judicial forte, que enfraquece atuação legislativa ou uma versão fraca, cuja atuação parlamentar é ampliada.

Examinando esses parâmetros, Tushnet:

Strong-form review is a system in which judicial interpretations of the Constitution are final and unrevisable by ordinary legislative majorities. They are not permanently embedded in the law, though. Judicial interpretations can be rejected by special majorities required for the constitutional amendment, and they can be repudiated by the courts themselves either after new judges join the highest court or after some of the original judges rethink their position) (Tushnet, 2008, p.33).¹⁰

Desse modo os defensores do ativismo devem, geralmente, filiar-se a uma forma de controle judicial forte, em que suas posições tendem a tornar-se imunes à resposta legislativa, ampliando, assim, a estabilidade das decisões judiciais. Por outro lado, partidários da autocontenção devem assumir uma posição de fraca de judicial review que permita uma maior possibilidade de reversão.

Todos os aspectos examinados nessa seção são decisivos para delimitação da configuração da fragilidade da autocontenção como um indicador do possível controle das cortes por facções políticas.

5. A TEORIA DA AUTOCONTENÇÃO E OS POSSÍVEIS INDICADORES PARA A CONFIGURAÇÃO CONTEMPORÂNEA DO PESADELO MADISONIANO.

5.1. A CONFIGURAÇÃO DO PESADELO MADISONIANO

Há que se investigar, contudo, se o quadro anteriormente delineado, por si só configura o tipo de crise institucional e política a que Madison tinha em vista na estruturação de seu sistema de controles.

O primeiro aspecto do pesadelo está representado pelo temor de quebra ou debilitação do modelo republicano na medida em que a representação popular por meio de agentes parlamentares eleitos cederia espaço a uma dinâmica de grupos de interesse

¹⁰ Em tradução livre: “O controle da legalidade é um sistema em que as interpretações judiciais da Constituição são definitivas e não podem ser revistas por maiorias legislativas ordinárias. No entanto, não estão permanentemente incorporadas na lei. As interpretações judiciais podem ser rejeitadas pelas maiorias especiais necessárias para a alteração da Constituição e podem ser repudiadas pelos próprios tribunais, quer após a entrada de novos juízes para o supremo tribunal, quer após alguns dos juízes originais terem repensado a sua posição”

organizados e autorreferentes que buscariam o reconhecimento de seus pontos de vista independentemente dos procedimentos de deliberação pública.

Isso ocorreria pela especialização estratégica de campos de ação estritos, não claramente inseridos no contexto amplo do debate público, de modo que, mesmo quando sujeitos a um processo eleitoral, essas ações seriam camufladas em discursos genéricos e difusos de modo que o debate público é realmente restringido.

Tal hipótese feriria o elemento deliberativo do modelo republicano que, em última instância, é seu núcleo. Esse aspecto foi especialmente abordado por Sunstein ao expor:

“Above all, the American Constitution was designed to create a deliberative democracy. Under that system, public representatives were to be ultimately accountable to the people; but they would also be able to engage in a form of deliberation without domination through the influence of factions. A law based solely on the self-interest of private groups is the core violation of deliberative ideal. The minimal condition of deliberative democracy is a requirement of reason for governmental action. We may thus understand the American Constitution as having established, for the first time, a republic of reasons (Sunstein, 1994, p.20).¹¹

Nesse exato sentido, a interdição estratégica do debate público, nos moldes descritos, poderia significar o decaimento dos fundamentos republicanos tais como descritos no cenário adverso suposto por Madison.

O segundo elemento caracterizador, como também destacado, estaria conformado por meio de uma contínua expansão das instâncias burocráticas, em especial as cortes, por diversos meios de ampliação de suas prerrogativas aliados a inexistência ou fragilidade dos procedimentos de *accountability*.

A demonstração da seleção combinada, pelas cortes constitucionais, do controle judicial na forma forte e do ativismo em detrimento de uma sólida e equilibrada doutrina de autocontenção permitiriam a afirmação de desse segundo aspecto.

Esse caminho permitiria a colonização dos demais poderes com graves consequências no campo das interações entre as funções estatais, especialmente, com a tendência de estabilização e imunização das decisões judiciais aos processos de deliberação e normatização legislativa.

¹¹ Em tradução livre: "Acima de tudo, a Constituição americana foi concebida para criar uma democracia deliberativa. Nesse sistema, os representantes públicos deviam ser responsáveis perante o povo, mas também deviam poder participar numa forma de deliberação sem serem dominados pela influência de facções. Uma lei baseada apenas no interesse próprio de grupos privados é a principal violação do ideal deliberativo. A condição mínima da democracia deliberativa é a exigência de razões para a ação governamental. Assim, podemos entender a Constituição americana como tendo estabelecido, pela primeira vez, uma república das razões"

Por fim, o terceiro aspecto: este poderia ser configurado pela consolidação da interpretação arbitrária da proteção das liberdades básicas, por meio do emprego de teoria constitucionais excessivamente fluidas e maleáveis de modo que o controle das cortes pudesse também significar a aptidão para determinação do espaço de proteção aos direitos fundamentais.

Esse terceiro aspecto configuraria a substituição do Estado de Direito previsto na Constituição em favor da interpretação pessoal, atômica e individual dos membros das cortes. Em contraponto Holloway pensa que isso subverteria o sentido das normas constitucionais: “That is, the intellectual framework that all the justices, left and right, have inherited, and within which they think they must work, arose from the invitation to the substitution of their moral and political convictions for the law of the Constitution” (Holloway, 2012, p. 41).¹²

5.2. SINTETIZANDO O CENÁRIO DA TEORIA DA AUTOCONTENÇÃO

A doutrina da autocontenção, como demonstrado, foi sendo revisada para ampliar o espaço das teorias constitucionais e, como subproduto, do ativismo judicial, de certo modo, estruturando um monopólio na fixação de sentido e concretude das liberdades constitucionais.

O cenário originalmente consistente foi sendo, parcialmente, alterado no decorrer do tempo pela progressiva atuação institucional da Suprema Corte, derivada, em alguma medida, da adoção de concepções ativistas.

Os estudos de James Thayer, analisados por Posner, compõem a teoria remota mais bem elaborada que, por isso, serviu de parâmetro para os debates acadêmicos e judiciais posteriores. No entanto, como também explicitado, as estruturas teóricas básicas foram de tal modo enfraquecidas que o sentido forte da autocontenção foi sendo abandonado:

the terms "judicial restraint" and "judicial self-restraint" survive, but as vague, all-purpose compliments; "judicial activism" survives as a vague, all-purpose pejorative. Their original meanings have largely been lost. There are few academic Thayerians anymore and no apostles of restraint on the current Supreme Court (Posner, 2012, p. 533).¹³

¹² Em tradução livre: “Ou seja, o quadro intelectual que todos os juizes, de esquerda e de direita, herdaram, e no qual pensam que devem trabalhar, surgiu do convite à substituição das suas convicções morais e políticas pelas regras da Constituição”

¹³ Em tradução livre: “os termos "contenção judicial" e "autocontenção judicial" sobrevivem, mas como elogios vagos e polivalentes; "ativismo judicial" sobrevive como um pejorativo vago e polivalente. Os seus significados originais perderam-se em grande parte. Já há poucos Thayerianos acadêmicos e nenhum apóstolo da contenção na atual Suprema Corte.”

Do ponto de vista da teoria constitucional, essa diluição da autocontenção foi sendo promovida pela popularização de abordagens teóricas que propõem a adoção de padrões de correção e certeza que justificam o fortalecimento da Corte Suprema e, naturalmente, como consequência, resultam na redução da importância legislativa na construção substantiva dos direitos fundamentais.

O destaque dado às exigências de correção, no julgamento de casos complexos envolvendo as liberdades básicas, fez com que as diversas teorias possibilitassem uma ampliação e concentração da prerrogativa de fixação de sentido, relevância e aplicação dos direitos básicos inseridos nas constituições.

Nesse sentido, a expansão do controle judicial por essa via, implica, simultaneamente, na consolidação de uma forma forte, nos termos antes referidos em que a legislatura ordinária tem um espaço limitado de resistência e baixa capacidade de transformação.

Exatamente por isso o sentido forte, como aponta Tushnet¹⁴, transporta também um sentido normativo que objeta o debate acerca da interpretação das liberdades básicas tais como proferidas pelas Cortes. Essa interdição tende a estabilizar o entendimento, pelo menos até a instauração da demanda revisional perante o próprio Judiciário.

O próprio conceito de prudência, revelador da necessidade de considerar efeitos sistêmicos, a reboque, foi sendo desconstruído em favor de posturas ativistas. Posner a respeito, analisa:

modern constitutional theory gives the theorists the required certitude, emboldening them to ignore Holmes's dictum that certitude is not the test of certainty. So "Scalia and Thomas insist that the apparent tension between their sharp demands for restraint in some areas and their sweeping exercise of activism in others is resolved by the written Constitution itself." Their motto should be: the Constitution made me do it. They make prudence seem a cop-out; one is put in mind of William Blake's definition of prudence: "a rich ugly old maid courted by Incapacity (Posner, 2012, p. 536).¹⁵

De certo modo essa discussão resvala nos encontros entre as próprias teorias do direito contemporâneas, fazendo com que a objetividade das fronteiras institucionais

¹⁴ Tushnet, Mark. *Weak Courts, Strong Rights*. Princeton University Press. 2008. P. 34

¹⁵ Em tradução livre: a teoria constitucional moderna dá aos teóricos a certeza necessária, encorajando-os a ignorar a máxima de Holmes de que a correção não é o teste da certeza. Assim, "Scalia e Thomas insistem em que a aparente tensão entre as suas fortes exigências de contenção nalgumas áreas e o seu amplo exercício de ativismo noutras é resolvida pela própria Constituição escrita". O seu lema deveria ser: a Constituição obrigou-me a fazê-lo. Fazem com que a prudência pareça uma desculpa; vem-nos à mente a definição de prudência de William Blake: "uma solteirona rica e feia cortejada pela Incapacidade"

seja progressivamente transferida para o plano da argumentação jurídica próprias das diversas concepções.

Esse fenômeno foi particularmente percebido por Posner ao destacar:

the pretensions of constitutional theory are summarized in Ronald Dworkin's insistence that even the most difficult-the most indeterminate-seeming-legal questions have "right answers. He acknowledges that the right answer may not always be ascertainable with sufficient confidence to still doubts. But judges, if not told what to do when they can't find the right answer to a question that a case presents to them, will be reluctant to acknowledge an inability to find it. Judge Easterbrook, though no Dworkinian, has said that "the power to countermand the decisions of other governmental actors and punish those who disagree depends on a theory of meaning that supposes the possibility of right answers. Easterbrook thinks the correct theory is textualism (Posner, 2012, p. 536)¹⁶

Na medida em que diversas concepções teóricas advogam, em alguma medida, critérios de correção para a identificação e aplicação de ferramentas epistêmicas e interpretativas no julgamento de casos que envolvem liberdades básicas, atividade propriamente jurisdicional, o espaço de consulta e respeito aos padrões de deliberação específico dos outros poderes perdem relevância.

Por outro lado, abriu-se espaço para a interpretação e aplicação ativista das liberdades básicas, fazendo com que os processos de justificação e posicionamento estratégico e institucional se retroalimentassem.

Como as cortes constitucionais em geral estão sujeitas a sistemas de controle muito frágeis e superficiais, as concepções teóricas do direito e da própria jurisdição constitucional têm o peso excepcionalmente alto na construção das soluções dos casos envolvendo direitos básicos.

O efeito colateral dessa combinação de domínio teórico (pautado por concepções políticas, filosóficas e ideológicas, uma vez que as teorias são representativas de respectivas visões de mundo) e, simultaneamente, do baixo nível de prestação de contas públicas dos membros desses tribunais, faz com que as cortes constitucionais sejam especialmente atrativas às facções.

O domínio desses órgãos por maiorias sectárias uma vez que a sua composição não está sujeita ao processo eleitoral ou mesmo, frequentemente, imunes à periódica

¹⁶ Em tradução livre: "as pretensões da teoria constitucional estão resumidas na insistência de Ronald Dworkin em que mesmo as questões jurídicas mais difíceis - as que parecem mais indeterminadas - têm "respostas corretas". Reconhece que a resposta correta pode nem sempre ser determinável com confiança suficiente para afastar as dúvidas. Mas os juízes, se não lhes for dito o que fazer quando não conseguem encontrar a resposta correta para uma questão que um caso lhes apresenta, terão relutância em reconhecer a sua incapacidade de a encontrar. O juiz Easterbrook, embora não seja Dworkiniano, afirmou que "o poder de anular as decisões de outros atores governamentais e de punir aqueles que discordam depende de uma teoria do significado que supõe a possibilidade de respostas corretas". Easterbrook considera que a teoria correta é o textualismo"

renovação por meio de mandatos limitados, permite um amplo exercício de poder sem controle ou mesmo com controles reduzidos.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O modelo complexo apresentado por Madison como um sistema de controle da concentração de poder político, ainda que incorporado ao texto da Constituição Norte-Americana e tendo sido objeto de prestígio e tutela na jurisdição constitucional originária foi paulatinamente sendo superado pela dinâmica da Suprema Corte, mas também pelo avanço dos estudos acadêmicos.

Merece destaque, nesse contexto, a reformulação do sistema de salvaguardas gerada pelo enfraquecimento da doutrina de autocontenção que sucessiva e progressivamente foi possibilitando o desenvolvimento de uma maior liberdade de ação aos tribunais.

A diluição do autocontrole judicial que possibilitou a expansão das prerrogativas das cortes em direção ao que ficou sendo conhecido como ativismo judicial. O ativismo, portanto, é um subproduto do amortecimento e derretimento da doutrina da autocontenção.

Ao lado disso a incorporação de concepções de controle judicial (judicial review) cada vez mais fortes reduziu drasticamente as possibilidades de rejeição e resistência legislativa á interpretação dos direitos dadas pelos tribunais.

Como foi apontado, no moderno constitucionalismo pode-se verificar a configuração do pesadelo de Madison quando os três indicadores referidos puderem constatados.

O primeiro, configurado pelo enfraquecimento do sistema republicano com a migração dos espaços deliberativos do plano parlamentar para a ação coordenada de grupos de interesse, organizados e comprometidos com a persecução de posições institucionais capazes de lhes assegurar a hegemonia na consolidação de seus “objetivos” revestidos, estrategicamente, pela gramática dos direitos.

Um segundo elemento caracterizador do cenário de crise, antes referido, ocorre pela anomia que autoriza a expansão do poder político das cortes pelo emprego de uma concepção ampliativa de suas competências sustentada por teorias constitucionais fluidas que, por sua vez, permitem um emprego amplo das concepções substantivas dos próprios julgadores em detrimento de uma leitura mais estrita das regras constitucionais.

O terceiro elemento por sua vez pode ser configurado quando se está diante do consórcio dos elementos anteriores possibilitando uma grande amplitude da discricionariedade no reconhecimento e proteção das liberdades básicas.

De tudo o que foi apontado parece evidente que a superação do pesadelo de Madison passa, necessariamente, pela reconstrução da teoria da autocontenção de modo a possibilitar o espaço deliberativo próprio nos demais ramos estatais.

Essa reformulação, no entanto, deve levar em consideração o fenômeno do ativismo como igualmente necessário para a proteção dos direitos fundamentais, portanto, não se trata de excluir nenhuma das abordagens, mas de estabelecer um novo ponto de equilíbrio.

REFERÊNCIAS

COHEN, William, DANIELSKI, David. **Constitutional Law Civil Liberty and Individual Rights**. New York: The Foundation Press. 1997

DUCAT, Craig. **Constitutional Interpretation**. v II. Belmont. CA. Wadsworth. 2000.

FATOVIC, Clement. James Madison and the Emergency Powers of the Legislature. **Constitutional Studies**, v 1, Wisconsin, 2016.

POSNER, Richard A. The Meaning of Judicial Self-Restraint. **Indiana Law Journal**, Vol. 59. Article 1. 1983.

POSNER, Richard A. The Rise and Fall of Judicial Self-Restraint. **California Law Review**, V. 100, 2012.

STEWART, Richard B. Madison's Nightmare. **University of Chicago Law Review**, vol. 57, no. 2, Spring 1990.

SUNSTEIN, Cass. **The partial Constitution**. Harvard University Press. 1994

TUSHNET, Mark. **Weak Courts, Strong Rights**. Princeton University Press. 2008.

HOLLOWAY, Carson. Judicial activism, by Liberals and Conservatives, is a danger to America *in*: Belatsky, Noah (Editor). **Judicial Activism**. New York. Greenhaven Press. 2012.

WOLFE, Cristopher. **The Rise of Modern Judicial Review: From Judicial Interpretation to Judge-Made Law**. Lanham, Maryland. Rowman & Littlefield Publishers. 1994.