



Joana de Souza Machado

**ATIVISMO JUDICIAL NO
SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL**

Dissertação de Mestrado

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-graduação em Teoria do Estado e Direito Constitucional da PUC-Rio como requisito parcial para obtenção do título de Mestre em Direito.

Orientadora: Prof^a Gisele Cittadino.

Rio de Janeiro, 30 de abril de 2008.



Joana de Souza Machado

**ATIVISMO JUDICIAL NO
SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-graduação em Teoria do Estado e Direito Constitucional da PUC-Rio como requisito parcial para obtenção do título de Mestre em Direito. Aprovada pela comissão examinadora abaixo assinada.

Prof^a. Gisele Cittadino

Orientadora

Departamento de Direito – PUC-RJ

Prof. Francisco de Guimaraens

Departamento de Direito – PUC-RJ

Prof. José Ricardo Cunha

Departamento de Direito – UERJ

Prof. Nizar Messari

Vice-Decano de Pós-Graduação do Centro de
Ciências Sociais – PUC-Rio

Rio de Janeiro, 30 de abril de 2008.



Todos os direitos reservados. É proibida a reprodução total ou parcial do trabalho sem autorização da Universidade, da autora e da orientadora.

Joana de Souza Machado

Graduou-se em Direito (Universidade Federal de Juiz de Fora - MG) em 2005. Foi Professora Substituta do Departamento de Direito Público da Universidade Federal de Juiz de Fora (2006 – 2008). É Professora de Direito Constitucional e de Direito Financeiro da Faculdade Metodista Granbery - JF/MG.

Ficha Catalográfica

Machado, Joana de Souza.

Ativismo Judicial no Supremo Tribunal Federal / Joana de Souza Machado; orientadora: Gisele Cittadino. – Rio de Janeiro: PUC, Departamento de Direito, 2008.

v., 130 f.

Dissertação (mestrado) – Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, Departamento de Direito.

Inclui referências bibliográficas.

1. Direito – Teses. 2. Ativismo Judicial. 3. Supremo Tribunal Federal. 4. Recentes alterações performáticas. 5. Possíveis causas e objeções. I. Cittadino, Gisele. II. Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro. Departamento de Direito. III. Título.

CDD: 340

Agradecimentos

A experiência de cursar o Mestrado em uma Instituição de perfil crítico, como a PUC-RJ, pode ser mesmo tormentosa. As poucas certezas construídas na graduação são reviradas: autores marginalizados são reapresentados sem as tradicionais caricaturas, autores prestigiados são submetidos a interlocuções desafiadoras. Bagunça-se a mente, incorpora-se a única certeza de que há sempre mais a ser conhecido. Pelas novas janelas abertas, a partir das quais tantos temas se fizeram interessantes, agradeço aos Professores e aos inesquecíveis colegas de Mestrado em Teoria do Estado e Direito Constitucional da PUC-RJ.

Mas, sem dúvida, não há nada como pesquisar sobre um tema que gere real envolvimento. Por terem partilhado da angústia e entusiasmo que o tema escolhido me despertou, agradeço especialmente aos queridos alunos da disciplina de Tópicos Especiais em Jurisdição Constitucional, que ministrei na Universidade Federal de Juiz de Fora-MG, durante o segundo semestre de 2007. Nesse espaço, a pesquisa já pôde, desde a fase embrionária, afastar-se de um caráter monológico.

Ao Professor e precioso amigo Marcos Vinício Chein Feres, a primeira e decisiva influência para a minha dedicação à pesquisa, agradeço, entre tantos outros motivos, por ter me contaminado com suas preocupações metodológicas, e alimentado a minha crença de que é possível pesquisar com seriedade sem ter que se romper por completo com o campo do Direito.

À Gisele Cittadino, que, como instigante Professora de Epistemologia, já se inclui notoriamente em minha primeira fala, sou profundamente grata pelo tom paciente e delicado com o qual conduziu a orientação desse trabalho, propiciando-me serenidade nos momentos mais críticos dessa produção científica.

Aos Professores Francisco de Guimaraens e José Ricardo Cunha, pela leitura atenta desse trabalho e pela valiosa interlocução.

Pesquisas também se sujeitam à reserva do financiamento possível. Agradeço, no ponto, ao CNPq, pelo auxílio financeiro; e à PUC-RJ, pelo auxílio financeiro e estrutural, sem os quais este trabalho não teria sido possível.

Ao Anderson e à Carmen, anjos camuflados na secretaria da PUC. Com invejável leveza, conseguiram resolver todos os desafios administrativos que lhes encaminhei.

Por todo o suporte emocional, agradeço, sobretudo, aos meus queridos pais; à Cássia, minha amada irmã; aos amigos, sempre tão generosos; aos familiares, que renovam minhas energias a cada encontro; e ao Serginho, pelo amor cheio de cumplicidade que me dedica.

Resumo

Machado, Joana de Souza; Cittadino, Gisele. Ativismo judicial no Supremo Tribunal Federal. Rio de Janeiro, 2008, 120p. Dissertação de Mestrado - Departamento de Direito, Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro.

O presente trabalho, por meio do método reconstrutivo de abordagem, investiga recentes alterações performáticas (2007-2008) do Supremo Tribunal Federal como indicadoras de ativismo judicial. Para tanto, realiza uma revisão bibliográfica sobre o conceito de ativismo judicial no âmbito das jurisdições constitucionais, constatando a versatilidade semântica da expressão, conforme o modelo que se adote de jurisdição constitucional. Sob o prisma de uma teoria discursiva do Direito, a pesquisa propõe critérios para a identificação de ativismo judicial nas jurisdições constitucionais. Reconstruindo um sistema analítico de conceitos, a pesquisa obtém instrumentos para proceder à análise de discursos recentes do Supremo Tribunal Federal, finda a qual, identifica, com os critérios anteriormente propostos, a presença do fenômeno estudado. São, ainda, levantadas possíveis causas para as recentes alterações performáticas do Tribunal e, em vias de conclusão, apontam-se objeções ao perfil ativista do Supremo Tribunal Federal.

Palavras-chave

Ativismo judicial; Supremo Tribunal Federal; recentes alterações performáticas (2007-2008).

Abstract

Machado, Joana de Souza; Cittadino, Gisele. Judicial activism in “Supremo Tribunal Federal”. Rio de Janeiro, 2008, 120p. MSc. Dissertation – Law Department, Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro.

The current work, by means of the reconstructive method of approach, investigates recent performative alterations (2007-2008) of the “Supremo Tribunal Federal” (Supreme Court of Brazil) as signs of judicial activism. Thus, it carries through a bibliographical review of the concept of judicial activism in the scope of the constitutional jurisdictions, evidencing the semantic versatility of the expression, according to the model of constitutional jurisdiction that is adopted. Under the prism of a discursive theory of Law, the research considers criteria for the identification of judicial activism in the constitutional jurisdictions. Reconstructing an analytical system of concepts, it provides instruments to proceed to the analysis of recent speeches of the “Supremo Tribunal Federal”. At the conclusion of the analysis, the presence of the studied phenomenon is identified, with the criteria previously considered. Possible causes for the recent performative alterations of the Court are, still, raised and, in summation, objections to the activist profile inaugurated by the Supreme Federal Court are pointed out.

Keywords

Judicial activism; Supremo Tribunal Federal; recent performative changes (2007-2008).

Sumário

1 Introdução	09
1.1 Delimitação do objeto e hipótese de investigação	09
1.2 Método e estrutura de abordagem	09
2 Ativismo Judicial no Âmbito das Jurisdições Constitucionais	15
2.1 Ativismo Judicial entre a semântica e a ideologia	15
2.1.1 Colocação do problema	15
2.1.2 O resgate semântico do Ativismo Judicial	18
2.1.3 A semântica condicionada do Ativismo Judicial	21
2.2 Ativismo Judicial entre concepções de Jurisdição Constitucional	22
2.2.1 Modelos de Constituição	22
2.2.2 Constituições substantivas e Jurisdição Constitucional	29
2.2.2.1 Jurisdição Constitucional como fórum de moralidade política	31
2.2.2.2 Jurisdição Constitucional ativista	49
3 Ativismo Judicial no Supremo Tribunal Federal	53
3.1 Desenho histórico da Jurisdição Constitucional Brasileira	53
3.2 Do recente Ativismo Judicial no Supremo Tribunal Federal	59
3.2.1 Premissas substanciais e metodológicas	59
3.2.2 O Exemplo do Mandado de Injunção	61
3.2.3 O Exemplo da Fidelidade Partidária	71
4 Possíveis causas do recente Ativismo Judicial no STF	84
4.1 Nova composição de Ministros	84
4.2 Efeito discursivo da Súmula Vinculante	89
4.3 Ambiente teórico favorável	96
5 Conclusão	104
6 Referências	114

*As idéias são de sua natureza
espontâneas e súbitas;
por mais que as sofremos,
elas irrompem e precipitam-se.*

Machado de Assis, *Teoria do Medalhão*.

1

Introdução

1.1

Delimitação do objeto e hipótese de investigação

Aqueles que por demanda profissional ou por algum interesse específico realizam um acompanhamento mais atento das decisões do Supremo Tribunal Federal possivelmente poderão se identificar com a sensação que motivou o início da presente pesquisa: a de que há em curso uma silenciosa, porém, profunda modificação performática do Supremo Tribunal Federal.

A percepção das alterações traz consigo um questionamento quase inevitável: qual o sentido e quais as causas dessa mudança? A inquietação fomentada por esse questionamento inspirou uma análise discursiva de recentes decisões do Supremo Tribunal Federal, nas quais o órgão de cúpula do Poder Judiciário brasileiro superou os seus próprios precedentes.

As modificações observadas induziram, logo no primeiro contato, a impressão de representarem uma atuação exorbitante da jurisdição constitucional. A fim de problematizar essa impressão, inicialmente intuitiva, a pesquisa assumiu como objetivo central investigar a hipótese de um recente <<ativismo judicial>> no Supremo Tribunal Federal, e suas possíveis causas.

1.2

Método e estrutura de abordagem

Para cumprir o objetivo delimitado, a pesquisa lançou-se a uma revisão de literatura em torno da idéia de <<ativismo judicial>>, retratada no capítulo 2 deste trabalho, ao que se deparou com farto material, entre livros, artigos jurídicos, artigos de jornais, etc.

A vasta bibliografia sobre ativismo rendeu a euforia inicial de que contribuiria para uma compreensão segura da expressão, hábil a auxiliar na investigação da hipótese traçada. Porém, a efetiva análise do material encontrado substituiu a euforia pela perplexidade: quanto mais se fazem referências ao ativismo judicial, mais nebuloso se torna o seu significado¹. Diante das múltiplas e variadas utilizações do termo, a pesquisa precisou enfrentar um problema preliminar: existe semântica em torno da expressão <<ativismo judicial>>, ou se trata de um termo condenado ao uso meramente ideológico?

A reflexão acerca dessa primeira problemática, contornada no item 2.1 do trabalho, conduziu à constatação de que o uso do termo <<ativismo judicial>>, tal como pretendido pela presente investigação, implica um posicionamento prévio sobre a conformação e os limites de uma jurisdição constitucional (item 2.2).

Nesse momento, fez-se especialmente importante o referencial epistemológico adotado pela presente pesquisa, qual seja, a racionalidade comunicativa proposta por Habermas. Sob essa lente, a racionalidade diz menos respeito à produção do saber, do que ao modo pelo qual os sujeitos, capazes de linguagem, aplicam ou utilizam seus saberes.

Se pudermos pressupor por um momento o modelo da ação orientada ao entendimento [...] deixa de ser *privilegiada* aquela atitude objetivante em que o sujeito cognoscente se dirige a si mesmo como a entidades no mundo. Ao contrário, no paradigma do entendimento recíproco é fundamental a atitude performativa dos participantes da interação que coordenam seus planos de ação ao se entenderem entre si sobre algo no mundo².

A racionalidade voltada ao entendimento é, para Habermas, mais rica do que a racionalidade orientada pelo êxito. Isso porque demonstra que o discurso pode ter um potencial unificador desprovido de coerções e de argumentos de autoridade, e instrui um consenso em que os participantes superam suas noções iniciais, parciais e subjetivas, para atingirem um acordo racionalmente motivado,

¹ KMIEC, Keenan D. The origin and current meanings of 'judicial activism'. In.: *California Law Review*, 2004, p. 1442.

² HABERMAS, Jürgen. *O discurso Filosófico da Modernidade: doze lições*. Tradução de Luiz Sérgio Repa e Rodnei Nascimento. São Paulo: Martins Fontes, 202, p. 414.

que se imponha pela qualidade da argumentação e não pela qualificação técnica dos participantes³.

Orientada pela racionalidade comunicativa, a pesquisa incorporou a necessidade de transparecer e problematizar as pré-compreensões que contribuíram desde o início do trabalho para a noção intuitiva de ativismo judicial, subjacente à formulação da hipótese investigada.

Assim, fez-se necessário o confronto entre concepções distintas acerca dos limites de uma jurisdição constitucional, para que se individualizasse a que foi adotada nessa investigação. Essa tarefa, intermediária, requisitou, por sua vez, uma rápida passagem por modelos conceituais de Constituição (item 2.2.1), pois pensar sobre a conformação de uma jurisdição constitucional é pensar sobre a própria idéia de uma Constituição.

Tais questões, instrumentais ao estudo proposto, demandaram uma abordagem amplamente recortada, para que não perdessem o caráter meramente incidental que precisariam ter nessa pesquisa.

Assim, para cobrir minimamente a grande disputa sobre o conceito de Constituição, sem convertê-la em objeto principal do trabalho, foi adotada a divisão de quatro modelos conceituais, sugerida por Comanducci. A divisão privilegia um panorama horizontal das diversas posições existente sobre o tema, acomodando-as em quatro modelos conceituais: I) modelo *axiológico* de Constituição como *ordem*; II) modelo *descritivo* de Constituição como *ordem*; III) modelo *descritivo* de Constituição como *norma*; IV) modelo *axiológico* de Constituição como *norma*⁴.

Com esse panorama, foi possível, sem perder a noção da amplitude do tema, afunilá-lo para a discussão específica das Constituições Substantivas e de suas implicações para a conformação de uma jurisdição constitucional (item 2.2.2).

A delimitação se fez necessária na medida em que o objeto central da pesquisa é a investigação da hipótese de um recente ativismo judicial no Supremo

³ HABERMAS, Jürgen. *Teoría de la acción comunicativa: racionalidad de la acción y racionalización social*. Trad.: Manuel Jiménez Redondo. Buenos Aires: Taurus Humanidades, 2001, p. 27.

⁴ COMANDUCCI, Paolo. Modelos e interpretación de la Constitución. In: CARBONELL, Miguel (org.). *Teoría del neoconstitucionalismo*. Madrid: Editorial Trotta, 2007, p. 41-67.

Tribunal Federal, sendo imprescindível trabalhar dentro de uma realidade constitucional que se aproxime da brasileira.

Com esse recorte, assumiu relevância o estudo de uma corrente da Teoria Constitucional contemporânea que invoca para si o rótulo de <<neoconstitucionalista>>. Isso porque essa corrente aponta como um de seus distintivos o foco em textos constitucionais recentes, notadamente, os elaborados nas últimas décadas do século XX, por serem marcados por uma pauta substantiva alargada.

Os neoconstitucionalistas situam a Constituição brasileira de 1988 entre os textos substantivos⁵, e reclamam, como decorrência necessária desse tipo de Constituição, uma prática jurisdicional diferenciada, pautada em parâmetros interpretativos de ordens distintas, como os valores. Assim, naturalizam uma conformação alargada da jurisdição constitucional.

O estudo sobre ativismo no âmbito da jurisdição constitucional condiciona-se à fixação do que seja uma atuação regular dos Tribunais Constitucionais. Por essa razão, tornou-se necessário averiguar se a conformação alargada dessas instituições consiste, tal como pretendem os neoconstitucionalistas, em decorrência inevitável de textos constitucionais substantivos, como o brasileiro de 1988.

Para tanto, adotou-se como alvo de reflexão a tese considerada mais forte entre as favoráveis a uma jurisdição constitucional alargada: a proposta de Dworkin de jurisdição constitucional como fórum autêntico de moralidade política⁶. Reconstruindo a proposta de Dworkin, a partir das críticas que recebeu de Waldron⁷ e Habermas⁸ (item 2.2.2.1), a pesquisa pôde, então, fixar, de modo discursivo, uma definição sobre Jurisdição Constitucional ativista (item 2.2.2.2), a orientar o objetivo central a que se propôs: investigar a presença de um recente ativismo no Supremo Tribunal Federal.

⁵ CARBONELL, Miguel, El neoconstitucionalismo en su laberinto. In: *Teoría del neoconstitucionalismo*. Madrid: Editorial Trotta, 2007, p. 9-10.

⁶ DWORKIN, Ronald. *Freedom's Law: a moral reading of the American Constitution*. Cambridge, MA: Harvard University Press, 1996, p. 31-33.

⁷ WALDRON, Jeremy. *A dignidade da legislação*. Trad.: Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p.1.

⁸ HABERMAS, Jürgen. *Between facts and norms: contributions to a discourse theory of law and democracy*. Trad.: Willian Regh. Massachusetts: MIT Press, 1998, p. 251 e ss.

No Capítulo 3, foi inicialmente retratado o desenho histórico da Jurisdição Constitucional brasileira (item 3.1), na intenção estreita de se demarcar como foram implementadas as principais vias que dão ensejo, no ordenamento constitucional em vigor, às manifestações do Tribunal.

Dimensionada a conformação constitucional do STF, adentrou-se o âmago da investigação proposta: a hipótese de um recente ativismo por parte dessa Corte Constitucional (item 3.2). Na análise discursiva das alterações performáticas do STF, foram estabelecidas premissas substanciais e metodológicas (item 3.2.1) para justificar e orientar o estudo dos dois exemplos selecionados para ilustrar a hipótese de ativismo judicial: o exemplo do mandado de injunção (item 3.2.2) e o exemplo da fidelidade partidária (item 3.2.3).

A análise discursiva, em ambos os casos, passou: (a) pelo contorno do tema; (b) pela exposição dos precedentes do STF; (c) pela demonstração de que o Tribunal superou seus próprios precedentes; (d) e pela demonstração de que a alteração performática se deu no sentido de uma interpretação ampliativa dos próprios poderes, constituindo manifestação de ativismo judicial.

Nesse ponto, a pesquisa assume um caráter prático-teórico e utiliza como principal fonte o inteiro teor de acórdãos do Supremo Tribunal Federal, bem como os informativos sobre as decisões, todos disponíveis no próprio site institucional da Corte.

Espera-se, com a análise de conteúdo assim procedida, tornar mais palpável a sensação de que o STF realizou, recentemente, uma profunda alteração performática, e ainda demonstrar que a mudança se coloca no sentido de um ativismo judicial.

No Capítulo 4, articulam-se, ainda, as possíveis causas desse recente ativismo judicial no Supremo Tribunal Federal. A esse título, analisa-se a ampla e também recente renovação dos Ministros (item 4.1); os efeitos discursivos provocados pelo instituto da <<súmula vinculante>> (item 4.2); e a presença de um ambiente teórico favorável à tendência ativista sinalizada pelo STF (item 4.3).

A comprovação de que cada um desses itens constitui efetiva causa de ativismo judicial no STF poderia constituir objeto autônomo de pesquisa. Assim, o capítulo 4 cumpre a função de tão-somente levantar, de modo razoavelmente justificado, fatores que podem favorecer a nova postura da Corte Constitucional, a fim de que passem a ser observados de modo mais cuidadoso.

Almeja-se, sobretudo, que a pesquisa seja apta a apontar, por meio das reconstruções conceituais procedidas, a fragilidade da aposta em um modelo de direito centrado na figura da Jurisdição Constitucional, modelo que foi naturalizado no Brasil pelo discurso neoconstitucionalista.

Com as reflexões propostas, intenta-se, ainda, incrementar a possibilidade de resposta à absorção irrestrita e acrítica dos posicionamentos do Supremo Tribunal Federal; a partir da defesa de uma concepção mais aberta e democrática de paradigma de direito vigente.

Se obtidos os resultados assim esperados, haverá uma contribuição para o aprofundamento teórico da jurisdição constitucional e mesmo para a construção de um banco de dados atuais e relevantes sobre o Supremo Tribunal Constitucional.

2

Ativismo Judicial no âmbito das Jurisdições Constitucionais

2.1

Ativismo Judicial entre a semântica e a ideologia

2.1.1

Colocação do Problema

Na era da sociedade informatizada, quando um pesquisador precisa ter uma pronta dimensão acerca do que já foi dito sobre determinado tema, é comum que se utilize de um site de busca na internet. É fato que com um movimento simples a tela do computador lhe trará um primeiro diagnóstico sobre a profusão de determinado assunto.

Quando lançada em um sistema de busca da internet, a expressão “ativismo judicial” é do tipo que desencadeia inúmeros resultados, que variam entre livros, artigos acadêmicos, comentários em jornais, etc. A abundante produção sobre ativismo judicial parece trazer uma boa notícia àquele que se propõe a estudá-lo: não lhe faltarão fontes de pesquisa para a compreensão do objeto escolhido.

Uma vez iniciada a efetiva consulta do material encontrado, o entusiasmo é substituído pela perplexidade: quanto mais se escreve sobre ativismo, mais obscuro se torna o seu significado.

É digna de nota a quantidade de títulos dedicados ao fenômeno do ativismo judicial, mas certamente é ainda mais impressionante que poucos desses estudos incorporem a necessidade de transparecer o que significa uma atividade judicial ativista, passando direto à defesa ou crítica do fenômeno.

Em importante contribuição ao estudo do ativismo judicial, Keenan Kmiec chama a atenção para a mesma curiosidade – é possível hoje tecer comentários sobre ativismo judicial, desprovidos de definições, condições ou qualificações¹.

A prática corrente de se criticar ou festejar o ativismo judicial sem defini-lo poderia sugerir a existência de uma noção unívoca acerca do que seja uma jurisdição moderada e uma jurisdição ativista, não fosse, como relata Kmiec, o modo diversificado com o qual é empregado o termo, em alusão a noções até mesmo contraditórias².

A expressão “ativismo judicial” já foi utilizada por conservadores como referência pejorativa a jurisdições de perfil liberal; não escapou, ainda, da apropriação dos liberais, que, por sua vez, usaram-na para fazer menção negativa a jurisdições de perfil conservador, como se verá adiante.

A variedade de significados e usos do termo “ativismo judicial” explica-se, primeiramente, pelo caráter histórico da preocupação com o adequado exercício da função jurisdicional. Essa preocupação aparece em diversos contextos históricos, cada qual com motivações próprias, que ditaram a evolução no emprego da idéia de uma jurisdição ativista.

A origem da discussão sobre ativismo judicial é frequentemente situada no período de liderança do juiz Warren na Suprema Corte americana (de 1953 a 1969), marcado por uma memorável ampliação de direitos civis e políticos, a exemplo do emblemático caso *Brown v. Board of Education* (374 US 483), de 1954³. Warren imprimiu uma linha fortemente liberal como “Chief Justice” na Suprema Corte, o que despertou tremenda inquietação na comunidade política norte-americana, a começar pelo próprio presidente Eisenhower, que o havia nomeado na expectativa de que assentasse um perfil conservador no Tribunal⁴.

¹ “This is the problem: one can scarcely make an observation about judicial activism today without appending definitions, provisos, and qualifications” (KMIEC, Keenan D. *The loc. cit.*).

² *Ibid.*, p. 1442.

³ Cf., por todos, Martin Shapiro, que afirma que o movimento de expansão do poder judicial está essencialmente associado, não apenas na história norte-americana, mas em perspectiva mais ampla, à era Warren, especificamente, ao caso *Brown v. Board of Education*, que representaria o grande parâmetro de intervenção judicial em decisões majoritárias (SHAPIRO, Martin. *The United States*. In.: *The Global Expansion of Judicial Power*. New York: New York University Press, 1995, p. 46-47). Referências mais remotas a ativismo judicial encontram-se, contudo, registradas na obra de KMIEC, Keenan D. *op. cit.*, p. 1442 e seq.

⁴ CARTER, John D. *Warren Court and the Constitution: a critical view of judicial activism*. Gretna, LA: Pelican Publishing Company, 1972.

A atuação de Warren à frente da Suprema Corte foi alvo de inesgotáveis críticas da ala política conservadora, que considerava cada inovação liberal⁵ levada a efeito pela Corte como uma distorção da função jurisdicional. A partir dessa perspectiva conservadora, construiu-se uma relação íntima entre juiz liberal e juiz ativista, em função da qual a expressão “ativismo judicial” passou a ser constantemente empregada como sinônimo de um liberalismo pernicioso⁶.

Essa associação, todavia, é resultado de uma construção histórica, circunscrita aos períodos em que a Suprema Corte foi liderada por Warren (1953-1969) e por Burger (1969-1986), ambos acusados, pelos conservadores, de serem demasiadamente liberais, e, conseqüentemente, ativistas⁷. Tanto que, mudado o quadro histórico norte-americano, foi substituída por outra associação de conteúdo oposto.

Em 1986, o juiz Rehnquist galgou à condição de comando da Suprema Corte, inaugurando uma linha fortemente conservadora no Tribunal, sobretudo, na defesa da autonomia dos estados face às legislações nacionais, como em *National League of Cities v. Usery*⁸.

A Corte Rehnquist⁹ (1986-2005), por essa característica, provocou sérias objeções, que deram novo tom à expressão “ativismo judicial”. Diversos políticos

⁵ Importante a ressalva de que o termo “liberal” não é unívoco. O sentido acima empregado é próprio do contexto norte-americano, em oposição ao termo “conservador”, isto é, alude àquele que defende caber ao Estado o projeto de guiar a sociedade, com políticas públicas, mas, ao mesmo tempo, conferindo espaço para que cada indivíduo molde sua moral substantiva. No Brasil, o termo “liberal”, não raro, é utilizado em oposição a concepções socialistas de Estado, em referência àquele que defende um Estado enxuto, com o mínimo de intervenção na sociedade e na economia.

⁶ “People who came of age during or after the Warren Court era tend to associate judicial activism with liberal causes. Indeed, political rhetoric has firmly linked the two ideas, so that whenever a politician uses the term ‘activist judge’, the word liberal is sure to follow” (HEALY, Thomas. *The Rise of Unnecessary Constitutional Rulings*. In.: *North Carolina Law Review*, v. 83, 2005, p. 929).

⁷ As épocas de Warren e Burger na Suprema Corte são tomadas em conjunto por terem como marca uma intensa ampliação de direitos a partir da Constituição. Chegam a ser concebidas como uma etapa específica de ativismo na Suprema Corte: “The second stage took place during the “Warren and Early Burger Courts,” roughly the 1950s through the early 1970s, which “focused on finding new substantive rights in the Constitution and down played that document’s structural mandates.” (Juiz Wilkinson *apud* KMIEC, Keenan D. op. cit., p. 1462).

⁸ “The 1975 term saw Rehnquist come into his own as the leader of the ever-shifting conservative wing of the Court [...] the most notable of these was *National League of Cities v. Usery*, in which Rehnquist used an expansive reading of the Tenth Amendment to strike down a federal statute that regulated the wages and hours of state government employees, although such regulation was within Congress’s commerce power” (para um rápido e seguro panorama da trajetória de Rehnquist, assim como a dos demais juízes que ocuparam a posição de “Chief Justice” da Suprema Corte, conferir o item “timeline”, disponível em <<<http://www.supremecourthistory.org>>>).

⁹ O “Chief Justice” é figura tão importante nos E.U.A, que a própria Suprema Corte identifica seus períodos históricos a partir dos nomes daqueles que ocuparam o tão célebre cargo (v.g. “Warren

liberais e mesmo conceituados professores de Direito identificaram no conservadorismo de Rehnquist uma faceta nova e mais aguda de ativismo, a exemplo de Cass Sunstein, que se referiu ao período em exame como de memorável ativismo de direita¹⁰.

O emprego da expressão “ativismo judicial” sofreu, assim, um movimento pendular: ora foi associado a liberalismo, ora a conservadorismo. Cuidava-se, em um ou outro caso, de sinalizar um exercício distorcido da função jurisdicional.

Porém, se a distorção era identificada tanto nas investidas liberais, quanto nas investidas conservadoras do Tribunal, é possível atribuir alguma semântica ao termo “ativismo judicial”, para além da disputa política entre essas duas correntes?

2.1.2

O resgate semântico do ativismo judicial

Diante da problemática acima apresentada, alguns autores se posicionam de modo bastante cético sobre a potencialidade semântica da expressão. Thomas Healy, após registrar a oscilação sofrida no emprego do termo, afirma tratar-se de expressão vazia, a servir a qualquer fim pretendido pelo seu usuário¹¹. Na mesma linha, William Marshall sentencia que ativismo judicial tem representado apenas um sentimento de antipatia sobre determinado conteúdo decisório¹². A utilização do termo “ativismo judicial” cumpriria, nessa leitura, uma função meramente ideológica, no sentido de atacar qualquer decisão cujo resultado se considere indesejável.

De outro lado, há autores, como Cass Sunstein, que concebem o ativismo judicial como um fenômeno objetivamente identificável, quando adotado um específico e rigoroso critério. A utilização do termo “ativismo judicial” cumpriria,

Court”, “Burger Court”, “Rehnquist Court”), como se pode conferir no item “history of the court”, disponível no site acima citado.

¹⁰ SUNSTEIN, Cass R. *Tilting the Scales Rightward*, N.Y. Times (AT 23), de 26 de abril de 2001; CHEMERINSKY, Erwin. *Perspective on Justice*. L.A. Times (B11), de 18 de maio de 2000.

¹¹ HEALY, Thomas. op. cit., p. 858.

¹² MARSHALL, William P. Conservatives and the Seven Sins of Judicial Activism. *University of Colorado Law Review*, v. 73, 2002, p. 1217, em adesão à síntese do Juiz Goodwin: “Judicial activism means a decision one does not like”.

nessa segunda leitura, uma função primordialmente descritiva, orientada pela rigidez do critério adotado para a identificação do fenômeno. No caso de Sunstein, o critério rigoroso passaria pelo exame da intensidade com a qual um tribunal invalida atos de outros poderes estatais¹³.

Porém, abre-se, nesse ponto, espaço para muitas outras propostas, que reclamam a mesma objetividade, a partir de diferentes critérios, como: a decisão judicial orientada por resultados; a decisão judicial criativa; a inobservância de métodos interpretativos considerados mais rigorosos; a superação de precedentes; entre outros¹⁴.

Entre as diversas opções de critérios para identificação de ativismo judicial, qualquer eleição que se realize, por mais rigorosa que se pretenda, corresponde a uma tomada subjetiva de posição. Invocar o rigor do critério não é suficiente para esvaziar a subjetividade de sua escolha.

Desse modo, ainda que inconscientemente, tanto a leitura cética sobre ativismo judicial, quanto esta última, incorporam um dualismo epistemológico questionável, entre conhecimento objetivo e ideologia. Sob a ótica cética, diante da ausência de neutralidade na utilização do termo “ativismo judicial”, inevitável se torna condená-lo ao plano da ideologia. Já sob a ótica mais otimista, diante do esforço de sistematização dos critérios utilizados, seria possível reconhecer que a descrição do fenômeno do ativismo é objetiva, isenta de juízos de valor.

O dualismo acima verificado remonta premissas de um positivismo metodológico. Ou bem o pesquisador neutraliza seus interesses, e põe-se a conhecer o objeto como ele é, na linha pretendida por Kelsen, em sua Teoria pura do Direito; ou deixa-se mover pela subjetividade, dizendo, em pura ideologia, como o objeto deveria ser¹⁵.

¹³ “It is best to measure judicial activism by seeing how often a court strikes down the actions of other parts of government, especially those of Congress.” (SUNSTEIN, Cass R. *Radicals in Robes: Why extreme right-wings Courts are wrong for America?* New York: Basic Books, 2005, p. 42).

¹⁴ Kmiec realiza amplo registro da utilização desses critérios (KMIEC, Keenan D. op. cit. p. 1463-1476).

¹⁵ “Neste sentido, a Teoria Pura do Direito tem uma pronunciada tendência antiideológica. Comprova-se esta sua tendência pelo fato de, na sua descrição do Direito positivo, manter este isento de qualquer confusão com um Direito ‘ideal’ ou ‘justo’” (KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. Trad.: João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 118).

A presente pesquisa, pelo referencial epistemológico que adota, afasta-se da crença em um saber neutro, demarcado pelo distanciamento entre sujeito cognoscente e objeto, tal como cogitado pela teoria tradicional ou idealista¹⁶.

Admite, ao contrário, que o conhecimento sofre interferência das convicções do pesquisador, que, nesse passo, precisa transparecê-las, a fim de que possam ser problematizadas. Não basta, portanto, invocar o rigor do critério eleito para se identificar ativismo judicial, é necessário compartilhar as motivações que ditaram a própria eleição.

O viés crítico que a pesquisa assume frente à neutralidade do conhecimento, não a aproxima da leitura cética, visto que considera factível, mesmo com a subjetividade inicial do pesquisador, construir um saber racional, não necessariamente voltado à dominação ideológica¹⁷.

Trata-se de conceber uma noção mais ampla de racionalidade, tal como preconizada por Habermas, em sua proposta de uma racionalidade comunicativa.

Este concepto de *racionalidad comunicativa* posee connotaciones que em última instancia se remontan a la experiencia central de capacidad de aunar sin coacciones y de generar consenso que tiene una habla argumentativa em que diversos participantes superan la subjetividad inicial de sus respectivos puntos de vista y merced a una comunidad de convicciones racionalmente motivada se aseguran a la vez de la unidad del mundo objetivo y de la intersubjetividad del contexto em que desenrollan sus vidas¹⁸.

A adoção desse paradigma pelo presente trabalho ilumina uma posição intermediária entre a redução do estudo do ativismo judicial ao campo ideológico e a idealização de um estudo neutro sobre o fenômeno.

A solução passa pelo exercício argumentativo de identificar e problematizar as pré-compreensões subjacentes à abordagem do ativismo judicial e à eleição dos critérios para sinalizá-lo.

¹⁶ As expressões “teoria tradicional” ou “idealista” são utilizadas no sentido conferido pela Escola de Frankfurt, no projeto da construção de uma teoria epistemológica crítica. Cf. HORKHEIMER, Max. Teoria tradicional e teoria crítica. In.: BENJAMIN, Walter et al. *Textos escolhidos*. Trad.: Edgard Afonso Malagodi; Ronaldo Pereira Cunha. São Paulo: Abril Cultural, 1975, p. 137.

¹⁷ Este, inclusive, é um ponto de divórcio entre Habermas e outros representantes da Escola de Frankfurt, como Adorno e Horkheimer, que, a partir da Teoria Crítica, acabaram por desacreditar do projeto moderno da racionalidade: “[...] no colapso atual da civilização burguesa, o que se torna problemático é não apenas a atividade, mas o sentido da ciência” (ADORNO, Theodor W.; HORKHEIMER, Max. *Dialética do esclarecimento*: fragmentos filosóficos. Trad.: Guido Antonio de Almeida. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1985, p. 114).

¹⁸ HABERMAS, Jürgen. op. cit., p. 27.

2.1.3

A semântica condicionada do ativismo judicial

A despeito de toda a variedade verificada no emprego da expressão “ativismo judicial”, é possível destacar um núcleo rígido, ainda que singelo, em seu campo semântico. Mesmo quando é utilizada para sinalizar predicados opostos, como liberalismo e conservadorismo, trata-se de sugerir <<algum excesso ou distorção no exercício da função jurisdicional>>.

A sugestão pressupõe, entretanto, um conceito minimamente contornado acerca do que seja a função jurisdicional em regular funcionamento.

Percebe-se, assim, que qualquer abordagem sobre “ativismo judicial” constrói-se a partir de um pré-entendimento em torno da conformação e dos limites da atividade jurisdicional. Nesse passo, pode-se estabelecer a seguinte razão inversa: quanto mais ampla for concebida a função jurisdicional, mais estreita será, por decorrência lógica, a definição de ativismo judicial (visto que menor será o espaço para acusação de excessos).

Para os fins dessa pesquisa, que se propõe a analisá-lo no âmbito da jurisdição constitucional brasileira, essa relação pode ser ainda mais delimitada: a semântica do ativismo judicial condiciona-se à concepção de <<jurisdição constitucional>> adotada pelo investigador do fenômeno.

O reconhecimento de que há um necessário pano de fundo ao estudo do ativismo judicial não é suficiente para tornar a abordagem racional; é preciso submeter esse pano de fundo a um exame argumentativo.

Com esse propósito, são analisadas, no item seguinte, algumas concepções sobre a conformação das jurisdições constitucionais, circuladas de modo mais constante na cultura jurídica.

A partir de uma abordagem reconstrutiva dessas concepções, a pesquisa transparecerá aquela que é tomada em sua investigação sobre ativismo judicial.

2.2

Ativismo Judicial entre concepções de Jurisdição Constitucional

O que pode ser considerado exorbitante a uma jurisdição constitucional? A pergunta, que se faz elementar para o estudo do ativismo, encerra intenso debate na Teoria Constitucional. Isso ocorre porque notadamente traz à tona a disputa em torno da própria concepção de Constituição. Enfrentá-la, nos limites de uma pesquisa que não a toma como objeto principal de investigação, é tarefa necessariamente simplificadora.

Qualquer delimitação que se faça sobre o debate em torno da conformação de uma Corte Constitucional tem o ônus de deixar escapar a riqueza que lhe é inerente. Não obstante, recortes são necessários.

No intuito de canalizar os principais desacordos sobre os limites de uma Jurisdição Constitucional, o item se estrutura a partir de algumas divisões estratégicas.

2.2.1

Modelos de Constituição

Para iluminar a concorrência que paira sobre a própria Constituição, adota-se, provisoriamente, a distinção elaborada por Comanducci, de quatro modelos conceituais. Cada modelo acomoda, por sua vez, alguma variedade na forma de compreender a Constituição: I) modelo *axiológico* de Constituição como *ordem*; II) modelo *descritivo* de Constituição como *ordem*; III) modelo *descritivo* de Constituição como *norma*; IV) modelo *axiológico* de Constituição como *norma*¹⁹.

O <<modelo axiológico de Constituição como ordem>> a identifica como um conjunto de fenômenos sociais que, no seio da esfera político-jurídica, é dotado de amplo valor intrínseco ou revela-se gerador de normas. Note-se que, para este modelo, a Constituição faz referência direta a uma ordem, a uma determinada estrutura da sociedade ou do Estado e apenas indiretamente a

¹⁹ COMANDUCCI, Paolo. op.cit p. 41-67.

normas. As normas são geradas pela ordem expressa na Constituição e são fundamentais apenas enquanto reconduzíveis a essa ordem²⁰.

Deixa-se absorver pelo primeiro modelo o conceito que Carl Schmitt elabora sobre Constituição. Após reconhecer a diversidade de sentidos compreendida pela palavra <<Constituição>>, Schmitt articula o que chama de “conceito positivo” de Constituição: “la Constitución en sentido positivo contiene sólo la determinación consciente de la concreta forma de conjunto por cual se pronuncia o decide la unidad política”²¹.

Quando Schmitt enfatiza que, para este conceito positivo, a Constituição “só contém” essa determinação política, nitidamente atribui valor especial a essa decisão, pelo que se justifica o seu enquadramento no modelo axiológico. Trata essa decisão política fundamental como um resultado que antecede e dá origem a qualquer produção normativa. Nesse sentido, é possível afirmar que a Constituição, em Schmitt, só faz referência secundária a normas, pois, primariamente, trata de incorporar uma decisão, uma ordem política²².

O <<modelo descritivo de Constituição como ordem>> a identifica, também, como um conjunto de fenômenos sociais, sem, contudo, atribuir-lhe valor intrínseco. A Constituição representa uma ordem, neste modelo, por cristalizar as relações de poder. A ordem não tem, contudo, valor intrínseco, pois pode ser alterada a qualquer momento em que a estabilidade que a mantém ruir²³.

Encaixam-se com perfeição nesse modelo os conceitos sociológicos da Constituição, tal como a célebre leitura de Ferdinand Lassalle. Para o autor, a Constituição simplesmente acomoda a conjuntura de poderes presente e determinante em dada sociedade.

Eis aqui o que é, em essência, a Constituição de um país: os somatórios dos *fatores reais de poder* [...] colhem-se estes *fatores reais* de poder, registram-se em uma folha de papel, se lhes dá expressão escrita, e a partir deste momento, incorporados a um papel, já não simples *fatores reais de poder*, mas que se

²⁰ Ibid., p. 43.

²¹ SCHMITT, Carl. *Teoría de la Constitución*. Trad.: Francisco Ayala. Madrid: Alianza Editorial, 2006, p. 46.

²² Comanducci enquadra também no primeiro modelo conceitos trabalhados no século XVIII por Burke e De Maistre, por, segundo ele, realçarem um vínculo com ordens políticas postas (COMANDUCCI, Paolo. op.cit., p. 47).

²³ Comanducci exemplifica o modelo com o conceito esboçado por Michel Troper, que situa a Constituição no plano do ser, em oposição ao plano do dever ser, esvaziando-lhe qualquer carga preceptiva (*apud* Ibid., p. 47-49).

erigiram em direito, em instituições *jurídicas*, e quem atentar contra eles atentará contra a lei e será castigado²⁴.

Enquanto realiza o retrato fiel desses fatores de poder, a Constituição absorve-lhes a força ativa que exercem sobre a sociedade²⁵.

Trata-se de modelo descritivo porque não contempla qualquer apego à ordem de fatos contida na Constituição.

A relação estabelecida por Lassalle entre Constituição e “fatores reais de poder” pode ser ilustrada a partir de uma analogia com a relação mantida entre o sol e a lua no Sistema Solar²⁶. Sob o reflexo da luz solar, a lua se torna brilhante e desperta amplo fascínio com toda a luz emitida.

Quando, porém, o reflexo é interrompido, por obra de um eclipse, a lua se revela tal como é: desprovida de brilho próprio.

A Constituição, em Lassalle, só exerce alguma influência sobre a sociedade enquanto reflexo dos fatores reais de poder. Rompido esse reflexo, por obra de uma alteração na conjuntura real de poderes, a Constituição se revela tal como é: mero pedaço de papel²⁷.

Por seu turno, existem conceitos normativos de Constituição, que a tomam não apenas como uma questão de poder, mas como uma questão de direito, como um conjunto de normas jurídicas.

Neste segundo prisma, aparece o terceiro modelo conceitual de Constituição. Trata-se do <<modelo descritivo de Constituição como norma>>, que a concebe como um conjunto de regras jurídicas positivas, consuetudinárias ou reunidas em um documento, as quais se fazem superiores, ainda que formalmente, a outras regras jurídicas²⁸.

Comanducci enquadra uma variável importante dentro desse modelo. Pode-se atribuir *status* normativo à Constituição, e distingui-lo do *status* normativo comum da lei a partir de um critério de ordem exclusivamente formal

²⁴ LASSALLE, Ferdinand. *O que é uma Constituição?* Trad. Hiltomar Martins Oliveira. Belo Horizonte: Líder, 2004, p.48.

²⁵ “Os *fatores reais do poder* que regem cada sociedade são essa força ativa e eficaz que informa todas as leis e instituições políticas da sociedade em questão, fazendo com que não possam ser, em substância, mais do que tal e como são”. (LASSALLE, Ferdinand. op.cit., p. 42).

²⁶ Trata-se de analogia construída pela autora no magistério de Teoria da Constituição, com objetivo exclusivamente didático.

²⁷ “[...] as Constituições escritas não têm valor e nem são duradouras mais do que quando dão *expressão* fiel aos fatores de poder vigentes na realidade social [...]” LASSALLE, Ferdinand. op. cit. p.71.

²⁸ COMANDUCCI, Paolo, op. cit., p. 50.

(procedimento de alteração, por exemplo); ou também pelo conteúdo das normas²⁹.

Essa identificação substantiva das normas constitucionais pode envolver, como bem ressalva Comanducci, mais do que uma mera descrição; mas distingue-se do quarto modelo porque não realiza uma valoração declarada, uma defesa aberta desse conteúdo, como ocorre no modelo axiológico³⁰.

O conceito de Constituição de Kelsen demarca o território entre modelo descritivo de Constituição como norma “material” e o modelo axiológico. O autor, que rejeita, na posição de cientista do Direito, qualquer compromisso de ordem valorativa, afirma que:

A Constituição não é, então, unicamente uma regra de procedimento, mas também uma regra de fundo; por conseguinte, uma lei pode ser, então, inconstitucional, seja por causa de uma irregularidade de procedimento em sua elaboração, seja em decorrência da contrariedade de seu conteúdo aos princípios ou diretivas formulados na Constituição, considerada, quando excede os limites estabelecidos por esta³¹.

O modelo em que se enquadra o conceito de Constituição de Kelsen lhe atribui o *status* de norma, mas não chega a considerar o objeto Constituição, em si mesmo, dotado de valor especial. Cuida-se da diferença principal entre o terceiro e o próximo modelo.

Finalmente, há que se falar, ainda, de um <<modelo axiológico de Constituição como norma>>, que atribui especial valor ao conteúdo normativo de uma Constituição.

De acordo com Comanducci, esse modelo ganha espaço com as Constituições mais recentes, promulgadas, sobretudo, nos últimos vinte anos, dotadas de largas pautas substanciais. Trata-se de atribuir especial valor a uma ou outra característica específica do documento normativo constitucional³².

Comanducci discrimina cinco características dos novos textos constitucionais, que aparecem positivamente valoradas, em conjunto, ou separadamente, pelo quarto modelo: a) supremacia e centralidade constitucional –

²⁹ Ibid.,50.

³⁰ COMANDUCCI, Paolo, op. cit, p.51.

³¹ KELSEN, Hans. *Jurisdição Constitucional*. Trad.:Alexandre Krug. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 132.

³² COMANDUCCI, Paolo. Op. cit. p. 52.

a orientar a interpretação de todas as demais normas do ordenamento jurídico; b) composição por normas do tipo regras e do tipo princípio, expressos ou reconstruíveis a partir do texto; c) nexos estreitos com a democracia – constitui limite ou pressuposto à regra da maioria; d) ponte entre o Direito e a Moral ou a Política – abre o sistema jurídico a considerações morais, a partir dos princípios positivados; e) aplicação distinta da operada com as leis, com métodos específicos como a ponderação³³.

Esse <<modelo axiológico de Constituição como norma>>, que atribui valor intrínseco ao conteúdo das normas constitucionais, vem sendo associado a um movimento que se auto-intitula de <<neoconstitucionalismo>>³⁴.

Para os objetivos dessa pesquisa, que centra sua investigação na jurisdição constitucional *brasileira*, este último modelo se revela especialmente importante, porquanto é habitualmente atrelado às Constituições contemporâneas de intensa carga substantiva, como costuma ser enquadrada a Constituição brasileira de 1988.

El neoconstitucionalismo pretende explicar un conjunto de textos constitucionales que comienzan a surgir después de la segunda guerra mundial y sobre todo a partir de los años setenta del siglo XX. Se trata de Constituciones que no se limitan a establecer competencias o a separar a los poderes públicos, sino que contienen altos niveles de normas <<materiales> o substantivas que condicionan la actuación del Estado por medio de la ordenación de ciertos fines y objetivos. Ejemplos representativos de este tipo de Constituciones lo son la española de 1978, la brasileña de 1988 y la colombiana de 1991³⁵.

Os estudos que procuram sistematizar o discurso neoconstitucionalista reconhecem que ainda se trata de um rótulo impreciso, eclético³⁶ ou em fase de construção.

³³ Comanducci insere, no modelo axiológico de Constituição como norma, os conceitos de Dworkin, Zagrebelski, Nino, Alexy e Habermas, sem declinar quais características seriam valoradas positivamente por cada autor (Ibid., p. 52-53).

³⁴ “En definitiva, estas teorías intentan alcanzar un equilibrio entre la idea de que el Derecho en si mismo es algo valioso [...]” (ARIZA, Santiago Sastre. La Ciencia jurídica ante el neoconstitucionalismo. In.: CARBONELL, Miguel (org.). *Neoconstitucionalismo (s)*. Madrid: Editorial Trotta, 2005, p. 258).

³⁵ CARBONELL, Miguel. op. cit., p. 9-10

³⁶ “Pretender conjugar estas dos perspectivas desde las que es posible afrontar o Derecho creo que resulta un objetivo que explica el núcleo del eclecticismo de las teorías que se agrupan en el movimiento neoconstitucionalista y también muchas de las críticas que se le formulan”. (Ibid., p. 258).

Começam a convergir, contudo, para a compreensão de que a novidade sugerida pelo título e a própria unidade do movimento está na adoção conjunta de pelo menos três fatores, a seguir explicitados.

a) Textos Constitucionais

O neoconstitucionalismo toma como objeto de estudo as Constituições surgidas depois da Segunda Guerra Mundial, marcadas por uma grande e detalhada pauta material, de que é exemplo a Constituição brasileira de 1988³⁷.

A pauta substantiva não chega a constituir propriamente uma inovação das Constituições mais recentes, pois já era verificada na Constituição Mexicana, de 1917, e na da República de Weimar, de 1919, como admite o próprio Carbonell, um dos principais difusores do movimento neoconstitucionalista³⁸.

b) Prática jurisprudencial

O neoconstitucionalismo pressupõe, em decorrência dos novos textos constitucionais, uma prática jurisdicional fundada em parâmetros interpretativos de ordens distintas, como os valores, mediante um raciocínio jurídico mais complexo. Compõem esse raciocínio específicos métodos de interpretação, como a ponderação, a proporcionalidade, a razoabilidade, a máxima efetividade, etc³⁹.

c) Desenvolvimentos teóricos

Como terceira e última exigência mais geral do movimento, encontra-se a assunção de um papel menos contemplativo pela Ciência do Direito, de tal forma que constitua, em si mesma, uma meta garantia⁴⁰.

³⁷ Os adeptos do movimento neoconstitucionalista no Brasil costumam tomar a Constituição de 1988 como marco histórico de um novo Direito Constitucional, cf. BARROSO, Luís Roberto. *Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito: o triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil*. Revista da EMERJ, v. 9, nº33, 2006, p. 45.

³⁸ CARBONELL, Miguel., op. cit., p. 11.

³⁹ Ibid., p. 10. No Brasil, fator semelhante é invocado sob o rótulo de uma nova interpretação constitucional, composta por princípios específicos como o da supremacia da Constituição; o da presunção de constitucionalidade das normas e atos do Poder Público; o da interpretação conforme a Constituição; o da unidade; o da razoabilidade e o da efetividade. (BARROSO, Luís Roberto. Op. cit., 52).

⁴⁰ FERRAJOLI, Luigi.. *Derechos e garantias: la ley del más débil*. Madrid: Trotta, 2006, p.33.

De acordo com Carbonell, as propostas de Dworkin, Alexy, Nino, Ferrajoli, Sanchís e Zagrebelsky têm cumprido esta missão epistemológica do neoconstitucionalismo, não se limitando à mera contemplação das novas Constituições ou práticas constitucionais, mas verdadeiramente instigando a própria existência dessa prática diferenciada⁴¹.

Neste momento, é necessário realizar um novo recorte. Sem negligenciar a existência de outras possibilidades conceituais da Constituição, a pesquisa concentra-se no quarto agrupamento, isto é, no modelo que atribui especial valor ao conteúdo normativo da Constituição.

O recorte se justifica na medida em que a Constituição brasileira de 1988, por tratar, de modo minucioso, de temas antes delineados em leis, é exemplo de texto constitucional de pauta substantiva alargada, objeto específico de estudo do <<modelo axiológico de Constituição como norma>>.

Se a pretensão da presente pesquisa é justamente verificar como tem se dado a atuação da jurisdição constitucional brasileira, é preciso ter em vista a realidade normativa que a cerca.

Mesmo com essa delimitação, que reduz a discussão ao campo das teorias que atribuem um valor especial a algum conteúdo normativo da Constituição, há diversas possibilidades de conformação da jurisdição constitucional.

Como visto, o movimento neoconstitucionalista, a partir dos recentes textos constitucionais, reclama uma prática constitucional diferenciada, fundada em parâmetros interpretativos de ordens distintas, como os valores. Entre os três fatores apontados como componentes do discurso neoconstitucionalista⁴², parece ser este o mais determinante para a sua identificação.

Como visto, os próprios neoconstitucionalistas explicam que para a invocação do rótulo que vestem não basta tomar os textos constitucionais mais recentes como objeto de estudo, em valorização do seu conteúdo. É requisitado, também, que, em função do caráter mais substantivo dos textos, seja reconhecida, como decorrência necessária, a conformação de uma prática jurisdicional

⁴¹ “Aportaciones como lãs que han hecho en diferentes ámbitos culturales Ronald Dworkin, Robert Alexy, Gustavo Zagrebelsky, Carlos Nino, Luis Prieto Sanchís o el mismo Luigi Ferrajoli han servido no solamente para comprender las nuevas prácticas jurisprudenciales sino también para ayudar a crearlas” CARBONELL, Miguel., op. cit p. 11.

⁴² CARBONELL, Miguel. op.cit., p. 9.

diferenciada, amparada por parâmetros interpretativos diversos, entre eles, os valores⁴³.

De fato, a decorrência que vislumbram de uma prática jurisprudencial orientada por valores deve ser sublinhada como um diferencial em seu discurso, uma vez que há aqueles que, mesmo atribuindo especial valor ao conteúdo de uma Constituição, fazem objeções à idéia de uma *jurisdição constitucional* orientada por valores⁴⁴.

Assim, dentro do quarto modelo conceitual de Constituição, que a toma como norma e atribui especial valor ao seu conteúdo, é possível estabelecer uma distinção de fundo relevante, para o contorno dos limites de uma jurisdição constitucional, entre os chamados neoconstitucionalistas e os autores que não retiram, dos textos constitucionais substantivos, a decorrência necessária de uma jurisdição constitucional orientada por valores.

Neoconstitucionalistas naturalizam uma prática jurisdicional diferenciada, o segundo grupo a problematiza. Afinal, trata-se ou não de uma decorrência necessária dos textos constitucionais com pautas normativas alargadas? O questionamento é imperioso para que seja demarcada uma zona de atuação regular, ou justificada, da jurisdição constitucional brasileira; e uma possível zona de ativismo judicial.

2.2.2

Constituições substantivas e Jurisdição Constitucional

Neste item, serão enfrentadas as repercussões que uma Constituição substantiva, como a Constituição brasileira de 1988, traz para a conformação de uma jurisdição constitucional. É razoável supor que quanto maior a pauta substantiva de uma Constituição, maior o <<espaço de atuação>> de uma

⁴³ Ibid., p.10.

⁴⁴ Como se abordará adiante, inserem-se nessa linha Jürgen Habermas, J. Ely, Jeremy Waldron, entre outros. Esses autores são colocados neste estudo como exemplos do quarto modelo conceitual – compreensão axiológica da Constituição como norma – em sentido peculiar: valorizam o objeto Constituição pela relação estreita mantida com a democracia (direitos de participação política, por exemplo, compõem a pauta constitucional que enseja essa valoração positiva). É preciso ressaltar, contudo, que esses autores são mais comumente agrupados como defensores de uma Constituição procedimental e não substancial.

jurisdição constitucional, cuja função precípua é garantir a supremacia do texto constitucional.

Porém, até que ponto os textos constitucionais substantivos alargam <<a própria conformação>> de uma jurisdição constitucional, ou, em outro giro, seria possível, em realidades como a brasileira, discutir-se ainda a idéia de ativismo judicial no âmbito da jurisdição constitucional?

Para tentar responder a essa indagação, adota-se, como ponto de partida, a proposta de uma leitura moral da Constituição, de Ronald Dworkin, a ser realizada precipuamente pelas jurisdições constitucionais⁴⁵.

Embora Carbonell⁴⁶ tenha incluído Dworkin entre os autores que têm cumprido a missão epistemológica de instigar uma prática jurisdicional diferenciada, tal como pretendida pelo neoconstitucionalismo; a proposta de Dworkin se diferencia consideravelmente do neoconstitucionalismo apontado em Alexy, Sanchís, entre outros.

Dworkin não se propõe a defender a legitimidade dessa prática a partir da objetividade dos métodos utilizados na ponderação de valores, como faz Alexy⁴⁷, e todos que pretendem conferir um caráter técnico ao discurso moral franqueado às jurisdições constitucionais.

Essa tentativa de capturar a leitura moral a partir de métodos lógicos, objetivos, acaba colocando em segundo plano a questão preliminar acerca de quem deve, em um Estado de direito democrático, produzir discursos de moralidade política.

Nessa esteira, a proposta de Dworkin se coloca como uma tese mais forte da conformação alargada da jurisdição constitucional, pois enfrenta principalmente essa questão preliminar.

Quando Dworkin julgou necessário problematizar as premissas positivistas, escolheu o alvo que considerou mais forte – a obra de Herbert L.A.

⁴⁵ DWORKIN. Ronald. op. cit. p. 31-33.

⁴⁶ “Aportaciones como lãs que han hecho en diferentes ámbitos culturales Ronald Dworkin, Robert Alexy, Gustavo Zagrebelsky, Carlos Nino, Luis Prieto Sanchís o el mismo Luigi Ferrajoli han servido no solamente para comprender las nuevas prácticas jurisprudenciales sino también para ayudar a crearlas” CARBONELL, Miguel., op. cit p. 11.

⁴⁷ No âmbito dessa discussão, Alexy preocupou-se mais em defender a racionalidade dos postulados propostos para o discurso ético-normativo de aplicação do que em legitimar a possibilidade de sua realização por um Tribunal Constitucional (ALEXY, Robert. Constitutional rights, balancing and rationality. *Ratio Juris*. V. 16, n. 2. jun, 3003, p. 131-140)

Hart. Entendeu o norte-americano que se conseguisse atacar a teoria de Hart, teria conseguido atacar toda a teoria positivista⁴⁸.

Como a presente pesquisa precisa problematizar os limites de uma jurisdição constitucional, a fim de definir o que seria ativismo judicial; escolhe tomar como alvo de reflexão a proposta de Dworkin, por considerá-la a mais forte entre as teses favoráveis a uma jurisdição constitucional alargada.

Entende-se, à semelhança do raciocínio de Dworkin, que se as premissas dessas propostas forem fragilizadas, a idéia em si de uma jurisdição constitucional mais ampla se fará questionável, abrindo-se, assim, espaço para a discussão de ativismo judicial.

2.2.2.1

Jurisdição Constitucional como fórum de moralidade política

Ronald Dworkin dedicou-se profundamente à reflexão sobre o papel de uma jurisdição constitucional, em meio às diversas contribuições que trouxe para a Teoria do Direito. O pensamento do autor é marcado por uma ampla sistematização de conceitos, em razão da qual, a compreensão de um ponto específico em sua obra, como o papel da jurisdição constitucional, requer, necessariamente, a exploração de outros fragmentos estratégicos da teoria que formula.

As incursões do autor sobre a conformação de um Tribunal Constitucional inserem-se no plano de uma Teoria Geral da decisão judicial, que, por sua vez, ocupa-se, ao longo dos escritos, de diferentes objetivos.

Em seu “best seller” *Levando os direitos a sério* (conjunto de artigos), Dworkin concentra-se na formulação de um forte ataque à teoria positivista. Como já antecipado, Dworkin reconhece em Herbert L.A. Hart a versão contemporânea mais sofisticada dessa escola, ao que a toma como alvo principal de sua crítica⁴⁹.

⁴⁸ DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Trad.: Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. XI.

⁴⁹ DWORKIN, Ronald. op. cit., p. XI.

Dworkin sucedeu Hart na cadeira de Teoria do Direito da Universidade de Oxford, fato que representou um efetivo “giro teórico”⁵⁰ não apenas naquele ambiente acadêmico originário, mas na própria filosofia e Teoria do Direito.

O campo central de disputa entre os autores diz respeito à existência e à medida da discricionariedade na atividade judicial. Este é, na visão do próprio Hart, o ponto de “conflito mais agudo”⁵¹ entre a sua teoria e a de Dworkin.

A contribuição de Hart para a reflexão das decisões judiciais corresponde à conciliação de argumentos de correntes opostas sobre o tema – a corrente mecanicista, que identifica na decisão judicial um exercício de mera cognição; e a corrente cética ou realista, para a qual a decisão judicial constitui exercício essencialmente criativo⁵².

A proposta intermediária de Hart ampara-se na noção de <<textura aberta>> dos comandos jurídicos, noção central à sua obra. Hart a depreende da filosofia da linguagem, sob forte influência de Waismann, e a introduz à Teoria do Direito⁵³.

Para Waismann, a textura aberta representa uma espécie de zona cinzenta, inerente aos conceitos empíricos, na qual é impossível determinar a sua aplicabilidade a um determinado caso. Com essa ausência de uma definição exhaustiva, os conceitos empíricos revelariam a propriedade da incompletude. A textura aberta, nesse passo, traduziria a idéia de uma vagueza potencial dos conceitos⁵⁴.

A vagueza, em si, pode ser contornada com a criação de critérios mais claros para a utilização dos conceitos, mas a textura aberta, que representa a vagueza potencial, é inafastável, pois sempre subsistirá a possibilidade de algum caso para o qual não tenha sido contemplado o uso do conceito, remanescendo a dúvida sobre a sua aplicação.

Outro grande referencial de Hart, na análise da textura aberta da linguagem jurídica, é, sem dúvida, Wittgenstein, em sua segunda etapa teórica, na qual

⁵⁰ A expressão é utilizada por Juan Ramón de Páramo Argüelles, ao entrevistar H.L.A. Hart (*Entrevista a H.L.A. Hart*, in Revista Doxa).

⁵¹ HART, H.L.A. *O conceito de Direito*. Trad.: de A. Ribeiro Mendes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1994, p. 335.

⁵² *Ibid.*, p.152.

⁵³ HART, H.L.A., op. cit., p. 141.

⁵⁴ WAISMANN, Friedrich. *Los principios de la filosofía lingüística*. Trad.: José Antonio Robles. México: Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Filosóficas, 1970.

formula as aclamadas noções de “jogos de linguagem” e “situações de família”. Para o segundo Wittgenstein, a constatação da inexistência de verdade como correspondência incute na linguagem um caráter não essencialista. Não é dado à linguagem representar os fatos da realidade, cabe-lhe, sim, o exercício de outras diversas funções⁵⁵.

A analogia entre jogos e linguagem se coloca a revelar que assim como não há naqueles uma condição ou característica única que sempre se verifique de modo a identificá-los como determinado tipo de jogo, também não há na linguagem qualidades comuns (situações de família) que sirvam de única e segura razão para se aplicar a mesma palavra em diferentes casos⁵⁶.

A partir desse pano de fundo fornecido pela filosofia da linguagem, Hart consegue fazer frente tanto à corrente mecanicista quanto à realista, com a divisão do âmbito de aplicação do Direito em zonas claras e zonas de penumbra⁵⁷.

Nas zonas claras, a despeito da textura aberta das regras jurídicas, porquanto composta de palavras, seria possível, a um determinado juiz, contornar a vagueza das regras e chegar a uma resposta correta; enquanto nas zonas de penumbra, a potencial vagueza viria a se confirmar, diluindo as diretrizes das regras jurídicas, e, via de consequência, abrindo um poder discricionário para o juiz.

A teoria de Hart, portanto, contempla tanto a existência de casos fáceis, em que é possível ao órgão judicial, em dado contexto, tornar as regras claras e assim aplicá-las em mero ato cognitivo; como os “hard cases”, em que o órgão judicial, diante de regras diluídas pela efetiva vagueza, desencadearia uma atividade discricionária, no sentido de escolher entre os interesses concorrentes no específico caso⁵⁸.

[...] haverá pontos em que o direito existente não consegue ditar qualquer decisão que seja concreta e, para decidir os casos em que tal ocorra, o juiz deve exercer os seus poderes de criação do direito. Mas não deve fazer isso de forma arbitrária: isto é, ele deve sempre ter certas razões gerais para justificar a sua decisão e deve

⁵⁵ WITTGENSTEIN, Ludwig. *Investigações Filosóficas*. Trad.: José Carlos Bruni. In: Os Pensadores. São Paulo: Nova Cultural, 1989, §23.

⁵⁶ *Ibid.*, §66.

⁵⁷ HART, H.L.A. *op. cit.*, p. 139.

⁵⁸ *Ibid.*, p. 158.

agir como um legislador consciencioso agiria, decidindo de acordo com as suas próprias crenças e valores.⁵⁹

A problemática do caso difícil é ponto nevrálgico para discernir as diversas teorias de jurisdição ou adjudicação, como, de fato, ocorre com as propostas de Hart e de Dworkin. No campo dos “hard cases”, a elaboração de Hart aproxima-se dos realistas, quando admite um poder discricionário do juiz; e, por este exato motivo, é amplamente rejeitada por Dworkin⁶⁰.

Para este influente filósofo americano, o voluntarismo na atividade jurisdicional, parcialmente sugerido na obra de Hart, é fruto de uma ótica distorcida do Direito, comum a outros positivistas, a qual descreve nos termos seguintes: “o conceito de regras jurídicas é coextensivo com o ‘direito’, de modo que se o caso de alguma pessoa não estiver coberto por uma regra dessas [...], então esse caso não pode ser decidido mediante a ‘aplicação do direito’”⁶¹.

Dworkin acusa-os de possuírem uma visão incompleta do sistema jurídico, sensível apenas à existência de regras, de elementos explícitos, consagrados textualmente; desidiosa no que se refere a outros tipos de argumentos que integram o sistema jurídico.

A teoria do americano dá espaço a três tipos básicos de padrões jurídicos: as regras, os princípios e as políticas. Porém, nesta primeira fase da obra de Dworkin, assume maior relevância a distinção que estabelece entre regras e princípios, pois constitui o caminho que articula para combater o modelo positivista de Direito centrado exclusivamente em regras. O critério que Dworkin utiliza para a distinção é de natureza lógica.

A diferença entre princípios jurídicos e regras jurídicas é de natureza lógica. Os dois conjuntos de padrões apontam para decisões particulares acerca da obrigação jurídica em circunstâncias específicas, mas distinguem-se quanto à natureza da orientação que oferecem. As regras são aplicáveis à maneira do tudo-ou-nada⁶².

A partir desse critério, o autor define que princípios possuem uma dimensão de peso, a ser verificada nos casos concretos, principalmente, nos considerados difíceis. Essa distinção, embora amplamente festejada pela doutrina,

⁵⁹ Ibid., p. 336.

⁶⁰ DWORKIN, Ronald. Op. cit., p. 28

⁶¹ DWORKIN, Ronald. Op. cit., p. 28.

⁶² Ibid., p. 39.

não será aprofundada neste estudo, vez que não guarda conexão mais estreita com as reflexões que o autor realiza em torno da jurisdição constitucional. O próprio autor a coloca em plano secundário em suas obras mais maduras, para dar atenção especial à questão da integridade do Direito.

Trata-se de sustentar uma concepção de Direito mais ampla do que a tradicionalmente fomentada. De acordo com Dworkin, a concepção tradicional, a que chama de concepção “centrada no livro de regras”, não interioriza a relação existente entre Direito e Moral, da qual decorreriam outras ordens de argumentos, aptas à orientação do juiz mesmo nos casos difíceis. A concepção que adota, “centrada nos direitos”, exige, “como parte do ideal do Direito, que o texto legal retrate os direitos morais e os aplique”⁶³.

A partir dessa exigência, a concepção “centrada nos direitos” reconhece nos textos jurídicos uma fonte de direitos morais a serem aplicados pelos tribunais, mas não lhe confere exclusividade enquanto tal. Isso significa que diante do silêncio ou obscuridade dos textos jurídicos, os tribunais ainda encontram-se balizados, pois, de acordo com a concepção “centrada nos direitos”, o órgão jurisdicional possui o dever de decidir no sentido que melhor se ajuste aos direitos morais de fundo das partes⁶⁴.

Um juiz que segue a concepção do estado de Direito centrada nos direitos tentará, num caso controverso, estruturar algum princípio que, para ele, capta, no nível adequado de abstração, os direitos morais das partes que são pertinentes às questões levantadas pelo caso.

Nos casos fáceis, incontroversos, as concepções “centrada no livro de regras” e “centrada nos direitos” convergem. O juiz, adepto de uma ou de outra concepção, decidirá conforme o comando do texto jurídico.

Mais uma vez, é no caso difícil que se colocam as diferenças centrais, pois, ante a ausência de um padrão jurídico inequívoco, a primeira concepção se satisfaz com a decisão discricionária do juiz; já a segunda exige que o juiz decida a partir de um fundamento de moralidade política.

Enquanto se dirige à atividade jurisdicional como um todo, a teoria de Dworkin se vale dos casos difíceis para se contrapor ao voluntarismo

⁶³ DWORKIN, Ronald. *Uma questão de princípio*. Trad.: Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 7.

⁶⁴ *Ibid.*, p. 15.

hermenêutico presente nas propostas de seus opositores positivistas. Enfrenta-os com a idéia de integridade do Direito, que nesse momento assume um tom de limitação às decisões judiciais.

A integridade fornece pautas de deveres que desafiam os juízes a desempenharem um raciocínio jurídico complexo, de que é exemplo o dever de coerência na função jurisdicional. Uma coerência vertical (entre decisões de instâncias distintas) e horizontal (entre decisões pretéritas e atuais de um mesmo órgão julgador). Trata-se de construir uma interpretação seqüenciada, ou, na célebre formulação de Dworkin, construir um romance em cadeia.

Cada juiz, então, é como um romancista na corrente. Ele deve ler tudo o que outros juízes escreveram no passado, não apenas para descobrir o que disseram, ou seu estado de espírito quando o disseram, mas para chegar a uma opinião sobre o que esses juízes fizeram coletivamente, da maneira como cada um de nossos romancistas formou uma opinião sobre o romance coletivo escrito até então [...] ao decidir o novo caso, cada juiz deve considerar-se como parceiro de um complexo empreendimento em cadeia, do qual essas inúmeras decisões, estruturas, convenções e práticas são a história; é seu trabalho continuar essa história no futuro por meio do que ele faz agora. Ele deve interpretar o que aconteceu antes porque tem a responsabilidade de levar adiante a incumbência que tem em mãos e não partir em alguma nova direção⁶⁵

As implicações da noção de integridade são explicadas por meio de um ideal regulativo, construído em torno de um juiz imaginário. Dworkin o denomina Hércules, em alusão à figura mitológica de um semi-Deus, de capacidade e paciência sobre-humanas⁶⁶.

O juiz Hércules, por adotar a concepção de direito como integridade, tem o ônus de decidir todos os casos que lhe sejam apresentados a partir de uma razão de princípio. Como se trata de um modelo ideal, Hércules sempre consegue cumprir com esse ônus, encontrando a melhor razão de princípio dentro do sistema jurídico.

O cerne da idéia de Direito como integridade está na divisão que Dworkin estabelece entre argumentos de princípio político e argumentos de procedimento político.

O autor introduz a distinção em *Levando os direitos a sério*, e a retoma de modo mais contextualizado em *Uma Questão de Princípio*, quando indaga se o

⁶⁵ DWORKIN, Ronald. op. cit. p. 238.

⁶⁶ Ibid., p. 287.

juiz deve decidir casos utilizando fundamentos políticos, sob o amparo de que “certos princípios de moralidade política são corretos”⁶⁷.

Para Dworkin, uma resposta adequada à indagação proposta necessita incorporar a distinção entre argumentos de princípio político e argumentos de procedimento político, abaixo sintetizada.

- <<argumentos de procedimento político>> exigem que uma decisão promova algum objetivo coletivo, ou alguma concepção de bem-estar geral.
- <<argumentos de princípio político>> justificam decisões a partir do respeito a um direito político de um cidadão individual⁶⁸.

A distinção entre as duas ordens de argumento demarca, em Dworkin, os limites entre as funções do legislador e do juiz, atribuindo-lhes responsabilidade política de modo distinto.

O legislador pode decidir com base em argumentos de princípio político e em argumentos de procedimento político. O juiz, por sua vez, diante de um caso controverso pode e deve decidir com base em argumentos de princípio político, mas nunca invocando argumentos de procedimento político⁶⁹.

O argumento de princípio não se estabelece a partir de um balanceamento de interesses contrapostos, de uma tentativa de distribuição de recursos para a comunidade, nem na vontade da maioria. O argumento de princípio estabelece-se tão-somente a partir da consideração do indivíduo, como sujeito moral.

Sinalizadas as principais premissas da teoria geral que Dworkin formula acerca da decisão judicial, pode-se introduzir com mais segurança a proposta que articula para o âmbito específico das Jurisdições Constitucionais.

Em linhas gerais, a teoria da decisão judicial de Dworkin aplica-se aos casos constitucionais. Interessante notar, contudo, que, enquanto lançada à atividade jurisdicional como um todo, a teoria de Dworkin, como já se demarcou,

⁶⁷ DWORKIN, Ronald op. cit., p. 3.

⁶⁸ DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. op. cit., p. 230; *Uma questão de princípio*. op. cit., p. 6.

⁶⁹ *Ibid.*, p. 6.

contrapõe-se ao voluntarismo judicial, presente em alguma medida na obra de seus interlocutores positivistas, o que lhe confere alguma impressão conservadora.

Porém, aplicada aos casos constitucionais, a teoria de Dworkin mergulha em novas interlocuções, que lhe acentuam o caráter construtivista, até, então, obscurecido.

No âmbito da adjudicação comum, a hipótese de um juiz suplantar a decisão do legislador, invocando um argumento de princípio, não levanta os problemas verificados quando no plano de uma Jurisdição Constitucional. Não se trata apenas de discutir a natureza da atividade jurisdicional, se cognitiva ou criativa; mas de delimitar as fronteiras entre os poderes estatais.

Se no primeiro campo, os opositores de Dworkin defendiam uma maior discricionariedade do juiz; no plano constitucional, seus opositores defenderão a necessidade de domar as deliberações jurisdicionais, sob o temor de que o juiz contrarie a vontade majoritária e a substitua por sua vontade individual.

Dworkin rejeita as reivindicações conservadoras por uma jurisdição moderada por entender que os homens têm direito a exigir mais do Estado do que uma postura omissa frente às suas liberdades individuais, por entender que as cláusulas difíceis da *Bill of Rights* (Declaração de Direito e Garantias) estabelecem verdadeiros direitos morais dos homens contra o Estado.

[...] um tribunal que assume o ônus de aplicar plenamente tais cláusulas como lei deve ser um tribunal ativista, no sentido de que deve estar preparado para formular questões de moralidade política e dar-lhes uma resposta⁷⁰.

Dworkin propõe, assim, que seja realizada uma leitura moral da Constituição, que configura um método interpretativo que traz a moralidade política para o seio do Direito Constitucional. Essa leitura implica a tese da distinção entre a disciplina jurídico-positiva do Direito Constitucional e a moralidade política, que seria uma disciplina ético-normativa.

Reconhece, entretanto, que a moralidade política não inspira certezas, ou verdades, dizendo o sistema político a quem compete a decisão ou a compreensão dotada de autoridade. Dworkin afirma que no contexto norte-americano essa autoridade recai sobre a Suprema Corte, o que costuma levantar diversas objeções.

⁷⁰ DORKIN, Ronald. op. cit., p. 231.

In the American system judges—ultimately the justices of the Supreme Court—now have that authority, and the moral reading of the Constitution is therefore said by its critics to give judges absolute power to impose their own moral convictions on the public⁷¹.

Segundo Dworkin, o fato de recair essa autoridade sobre a leitura moral realizada pela Suprema Corte não significa que esta imponha as suas próprias convicções à sociedade.

A partir de uma demarcação entre *conceito* e *concepção*, defende que o Poder Constituinte não formula *concepções* específicas de justiça, ou seja, não pretende consagrar seus pontos de vistas sobre as questões, de forma a vincular futuras gerações, mas, sim, *conceitos* de justiça, como igualdade, liberdade, crueldade, a serem determinados de tempos em tempos⁷².

Assim, as *cláusulas vagas* contidas em textos constitucionais, caracterizam, para o filósofo americano, verdadeiros “apelos a conceitos morais”⁷³. Isso equivale a dizer que não compete à Suprema Corte nem a busca por concepções ultrapassadas do Constituinte – postura convencionalista – nem a imposição de suas próprias concepções.

Inserir determinações abertas na Constituição é uma escolha de seus fundadores. Na presença delas, a leitura moral não apenas se faz cabível, como também necessária. Por meio desse método, os conceitos (não as concepções) permanecem, garantindo a fidelidade ao texto Constitucional.

Dworkin sustenta que em face da linguagem aberta da Constituição, é preciso reconhecer a circunstância de que não se trata de aplicar métodos lógicos ou lingüísticos, mas de realização de uma leitura moral pelo juiz. Admitindo-a, o juiz se abre para o confronto de argumentos, ao invés de camuflar a avaliação moral que realiza sob uma roupagem tecnicista não comportada pelo texto constitucional⁷⁴.

A leitura moral da Constituição ainda enfrenta mais uma objeção de peso: a de que ofende a democracia.

⁷¹ DWORKIN, Ronald. The moral reading of the constitution. In: *The New York Review of Books*, de 21 de março de 1996, p. 46-50.

⁷² *Ibid.*, p. 46-50

⁷³ DWORKIN, Ronald. *Op. cit.*, p. 214.

⁷⁴ O ponto sublinhado no parágrafo é o que destaca a teoria de Dworkin daquelas que se dedicam mais à formulação de técnicas e métodos lógicos de ponderação de valores.

Para rebater a crítica, Dworkin problematiza o próprio conceito de democracia. Não se trata de saber quais concessões a democracia deve fazer a outros ideais, mas de estabelecer o que a democracia efetivamente é.

A partir da etimologia da palavra (governo do povo), Dworkin realça que por Democracia se pretende o governo de um sujeito coletivo, o povo. Trata-se, assim, de uma ação coletiva. O autor distingue, entretanto, dois tipos de ação coletiva: uma ação estatística e uma comunal⁷⁵.

Na ação coletiva estatística, ou majoritarista, o que se tem é a soma de ações individuais independentes. Cada cidadão age de forma individual e não como integrante de um grupo. Já na ação coletiva comunal, tem-se a combinação de ações de um grupo, interconectadas, que produzem um resultado desejado por todos⁷⁶.

Antes que lhe seja atribuído um viés comunitário, o autor ressalta que a ação comunal só é viável se os indivíduos defendem certos ideais, cuja manutenção não deve ser, por isso, situada como limite à democracia, mas como condição⁷⁷.

A democracia em Dworkin não se absorve pela regra da maioria, mas diz respeito à idéia de uma filiação moral (*moral membership*). Cuida-se da atitude de um indivíduo que assume como sua uma decisão majoritária com a qual não concorda, em razão de ter sido respeitado na sua condição de indivíduo dotado de igual dignidade⁷⁸.

Armando-se desse conceito próprio de democracia, Dworkin reafirma a possibilidade de uma leitura moral da Constituição a partir de um autêntico fórum de princípio, representado pela Corte Constitucional⁷⁹.

Argumenta que diante da idéia de filiação moral, o fórum de princípio dispensa a representação democrática em seu sentido tradicional, pois não se coloca a debater vontades políticas estatisticamente agregadas, mas a concepção

⁷⁵ Dworkin, Ronald. *Freedom's law*, op. cit. p.20.

⁷⁶ A orquestra é tomada pelo autor como exemplo de ação comunal. São ações individuais, mas que sugerem um aspecto coletivo. Os componentes da orquestra podem tecer um juízo sobre o que faz toda a orquestra, mas a partir de seu próprio senso de realização musical: mantêm consciência individual (Ibid., p. 20)

⁷⁷ Dworkin, Ronald, op. cit., p. 21.

⁷⁸ Ibid., 21.

⁷⁹ Ibid. p. 31-33.

de comunidade, a concepção abstrata de indivíduo enquanto membro moral dessa comunidade⁸⁰.

A democracia, por fim, compreenderia dois planos: o plano do princípio político e o plano do procedimento político. No primeiro, em que se estabelece a filiação moral, não há que se falar em uma melhor instituição, e, sim, em uma boa decisão. Quem decide, extrai a sua legitimidade do bom argumento e não da representação. No segundo, o procedimento seria o majoritário, que discute não mais direitos morais dos indivíduos, mas preferências, cálculos de interesse.

Os “planos democráticos”, sugeridos por Dworkin, demarcam a fronteira entre a função do Poder Judiciário e a do Poder Legislativo. Não obstante, essa divisão pressupõe, de um lado, uma visão depreciativa do Poder Legislativo⁸¹; de outro, uma excessiva confiança “antropológica nas tradições”⁸².

Ao situar o procedimento majoritário ao lado de preferências, cálculos de interesses; distante, portanto, dos “bons argumentos constitucionais”, Dworkin trilha um caminho que, de acordo com Jeremy Waldron, não tem contribuído para a compreensão da atividade legislativa, mas sim para a sua marginalização.

Quero dizer que uma grande parte da autoridade, da legitimidade – se permitirem, da simples *atração* – de um sistema jurídico é que podemos nos considerar sujeitos ao governo por leis, não por homens. E o perigo da concentração na legislação é que, como fonte do direito, ela é *por demais humana*, por demais associada a decisões explícitas, datáveis, feitas por homens e mulheres identificáveis, no sentido de que estamos sujeitos a *estas* regras, não *àquelas*⁸³.

De acordo com Waldron, grande parte da Teoria do Direito toma a argumentação realizada no Congresso ou no Parlamento como explícita e despididamente política, em uma palavra: indigna. De outro lado, há uma comum suposição de que as decisões tomadas por tribunais, não sendo diretamente (ou irremediavelmente) políticas, podem expressar certo espírito subjacente de legalidade, de Direito⁸⁴.

Por essa razão, autores, como Dworkin, envidariam esforços no sentido de buscar um ideal de decisão judicial, mas não haveria essa mesma tentativa no que se refere à decisão parlamentar.

⁸⁰ Ibid. p. 6.

⁸¹ WALDRON, JEREMY. loc. cit.

⁸² HABERMAS, Jürgen. loc. Cit.

⁸³ WALDRON, Jeremy. op. cit., p. 29.

⁸⁴ Ibid. 29-30.

Ninguém parece ter percebido a necessidade de uma teoria ou de um tipo ideal que faça pela legislação o que o juiz-modelo de Ronald Dworkin, ‘Hércules’, pretende fazer pelo raciocínio adjudicatório [...] não apenas não temos os modelos de legislação normativos ou aspiratórios de que precisamos, mas a nossa jurisprudência está repleta de imagens que apresentam a atividade legislativa comum como negociata, troca de favores, manobras de assistência mútua, intriga por interesses e procedimentos eleitoreiros – na verdade, como qualquer coisa, menos decisão política com princípios.

Para Waldron, a caricatura da legislação é realizada para dar credibilidade à idéia de revisão judicial. A formula consiste em construir um retrato idealizado do julgar, incrementado com a má fama do legislar⁸⁵.

A crítica de Waldron pode soar como verdadeira teoria da conspiração, se tomada em realidades como a brasileira, farta em material hábil a justificar uma visão negativa da argumentação parlamentar⁸⁶.

É possível, entretanto, extrair-lhe um importante argumento de fundo. Ainda que haja indicadores fáticos, em dado contexto, sobre a indignidade da legislação, por qual razão a teoria do direito lança-se de imediato à produção de ideais regulativos para as decisões judiciais e não faz o mesmo para a decisão política?

Para Waldron, a explicação está na crença, difundida entre os juristas, de que os tribunais colocam-se distantes desse tipo de política, pois estão comprometidos com o império do direito e não com o império da maioria. A crença, a que se refere o autor, é bem representada na idéia de Dworkin, de que tribunais constituem fóruns autênticos de princípio.

Temos uma instituição que leva algumas questões do campo da batalha política de poder para o fórum do princípio. Ela oferece a promessa de que os conflitos mais profundos, mais fundamentais entre indivíduo e a sociedade irão, algum dia,

⁸⁵ WALDRON, Jeremy. op. cit., p.2.

⁸⁶ A título indicativo, citem-se os exemplos do caso “Mensalão” – “esquema que financiava parlamentares do PT e da base aliada em troca de apoio político” (Entenda os crimes imputados aos réus do mensalão. Folha online, de 28 de agosto de 2007. Disponível em: <<<http://www1.folha.uol.com.br/folha/brasil/ult96u323855.shtml>>>); e o caso dos “Cartões Corporativos” – “Os cartões de crédito corporativos do governo federal, indicados para gastos como a compra de material, prestação de serviços e diárias de servidores em viagens, foram usados em 2007 para pagar despesas em loja de instrumentos musicais, veterinária, óticas, choperias, joalherias e em free shop, segundo reportagem da Folha publicada no dia 23 de janeiro” (Entenda o caso envolvendo os cartões corporativos do governo. Folha Online, 08 de fevereiro de 2007. Disponível em: <<<http://www1.folha.uol.com.br/folha/brasil/ult96u370774.shtml>>>).

em algum lugar, tornar-se finalmente questões de justiça. Não chamo isso de religião nem de profecia. Chamo isso de Direito⁸⁷.

Waldron alerta, no ponto, para o fato de as questões de justiça também envolvem disputas. Identifica como principal equívoco das teorias constitucionais contemporâneas a indiferença ao desacordo moral, típico de sociedades pluralistas⁸⁸.

Segundo o autor, se não há acordo sobre questões de justiça, é sinal de que precisam ser tomadas em processo que permita ampla participação social.

Para Dworkin, a <<jurisdição constitucional>> é o mais adequado fórum da moralidade política, porque se compromete com a busca do melhor argumento de princípio. O bom argumento legitima a decisão.

Waldron, ao focar o desacordo ínsito às questões de moralidade, considera a <<legislação>> o fórum mais apropriado para decisões sobre os direitos, pois a contempla como o produto de um processo deliberativo que não camufla as divisões e conflitos que circundam as decisões sobre justiça.

Aduz, ainda, que os Tribunais não se imunizam das disputas sobre questões de justiça. Se há desacordo, há disputa. Como toda decisão colegiada, os Tribunais acabam resolvendo as disputas morais pela malfadada regra da maioria. Nessa linha de raciocínio, por que a decisão majoritária de uma jurisdição constitucional deveria prevalecer sobre a decisão majoritária do Parlamento? Por que as cabeças a serem contadas seriam as de um pequeno grupo de juízes e não as dos cidadãos?⁸⁹

Para Dworkin, o fato de a Corte decidir por maioria não afasta a circunstância de estar comprometida com a busca pelo melhor argumento, com a identificação dos direitos morais de cada indivíduo.

⁸⁷ DWORKIN, Ronald. *Uma questão de princípio*. op. cit., p. 103.

⁸⁸ “There are many of us, and we disagree about justice” (WALDRON, Jeremy. *Law and Disagreement*. Oxford: oxford University Press, 2001, p.1)

⁸⁹ “When citizens or their representatives disagree about what rights we have or about what those rights entail, it seems something of an insult to say that this is not something they are to be permitted to sort out by majoritarian processes, but that the issue is to be assigned instead for final determination to a small group of judges. It is particularly insulting when they discover that the judges disagree among themselves along exactly the same lines as the citizens and representatives do, and that the judges make their decisions, too, in the courtroom by majority-voting. The citizens may well feel that if disagreements on these matters are to be settled by counting heads, then it is their heads or those of their accountable representatives that should be counted” (WALDRON, Jeremy. *Law and Disagreement*. Op. cit., p. 15).

À semelhança de Waldron, Habermas também adverte para os perigos de uma concepção de Direito fundada em valores supostamente compartilhados⁹⁰.

Habermas procura demonstrar que quando os juízos axiológicos se misturam a argumentos normativos, as preferências intersubjetivas são comumente tomadas como valores objetivos, dotados de um caráter universalizante e auto-suficiente⁹¹.

O grande perigo dessa prática está no fato de que essa suposta objetivação de valores — tratados pelos tribunais como categorias normativas — é utilizada muitas vezes na usurpação da autonomia do cidadão. Neste momento, o discurso jurídico, supostamente neutro, mascara a imposição de padrões morais.

De acordo com Habermas, o recurso a valores, como razões de decidir, retira a racionalidade do processo, permite ao juiz atuar conforme as suas concepções de bem; as quais, em uma sociedade pluralista, não podem ser exatamente tidas como consensuais⁹².

Assim, as normas jurídicas produzidas pelo procedimento democrático são deslocadas por uma atividade judicial de atribuição de sentidos ao texto constitucional – diga-se, em certa medida, arbitrária –, da qual emanam como vinculantes valores supostamente compartilhados pela comunidade jurídica.

O ceticismo de Habermas em torno da leitura moral da Constitucional feita por uma Jurisdição Constitucional, deve-se, notadamente, ao aspecto monológico do processo de decisão judicial, também criticado por Frank Michelman⁹³. Trata-se de reduzir a moralidade política a um único ator, o juiz, que deve reunir um arsenal de virtudes, inspirado no modelo ideal do juiz Hércules, o qual lhe permita um acesso privilegiado à verdade, à justiça.

O modelo Hércules, na visão de Habermas, sobrecarrega por demais o juiz, porque lhe atribui a função de chegar ao melhor argumento por meio de monólogos, não há troca de experiências.

A proposta de Dworkin, embora estabeleça uma primazia dos direitos sobre concepções de bem, e, nesse sentido, coloque-se como liberal (e não

⁹⁰ HABERMAS, Jürgen. Op. cit. p. 251 e ss.

⁹¹ Ibid., p. 255.

⁹² Ibid., p. 259.

⁹³ “What is lacking is dialogue. Hercules [...] is a loner. He is much too heroic. His narrative constructions are monologous [...] Dworkin has produced an apotheosis of appellate judging without attention to what seems the most universal and striking institutional characteristic of the appellate bench, its plurality” (MICHELMAN, Frank *apud* HABERMAS, Jürgen. Op. cit., p. 224).

comunitária); pressupõe a idéia de uma comunidade que partilha princípios⁹⁴. Se o juiz Hércules pode chegar, sozinho, ao melhor argumento, é sinal de que há uma concepção partilhada acerca de qual seja este argumento, o que habilita Hércules à tarefa de “encontrá-lo”.

De acordo com Habermas, trata-se de uma “crença antropológica nas tradições”⁹⁵, que negligencia as rupturas que abalam essa suposta linearidade histórica.

Do diálogo com a epistemologia genética de Jean Piaget e com a teoria do desenvolvimento moral de Lawrence Kohlberg, Habermas aponta três estágios percorridos da perspectiva social: (1) a pré-convencional ou tradicional; (2) a convencional; (3) e a pós-convencional. Interessa, nesta oportunidade, a diferença entre os dois últimos estágios, o convencional e o pós-convencional⁹⁶.

O estágio convencional caracteriza-se pela presença de uma fronteira cultural compartilhada pelos participantes em uma relação ou um grupo, de modo que a avaliação moral substantiva feita por um membro teria correspondência com aquela realizada pelo grupo – o que é bom para um corresponde ao que é bom para todos.

Na sociedade convencional a noção de cultura, de ordem de valores partilhada, é central e necessária para a legitimação normativa. Cada comunidade é identificável a partir dessa fronteira cultural e, nesse sentido, há espaço para multiplicidade de comunidades, isto é, de identidades sociais, étnicas, religiosas e culturais, não de diversidades em seu interior. O indivíduo, assim, só se identifica

⁹⁴ “O liberalismo de Dworkin comporta, portanto, não apenas uma concepção de comunidade, como, através da idéia de um republicanismo cívico, a vincula a um conjunto substantivo de princípios partilhados por seus membros, a despeito dos desacordos que o separam” (CITTADINO, Gisele. *Pluralismo, direito e justiça distributiva: elementos da filosofia constitucional contemporânea*. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2004, p.222)

⁹⁵ HABERMAS, Jürgen. *La necesidad de revisión de la izquierda*. Madrid: Editorial Tecnos, 1996.

⁹⁶ “No âmbito da psicologia de desenvolvimento, a formação de uma sociedade pós-convencional indica que um indivíduo adquiriu a capacidade de avaliar suas convicções morais em termos de máximas éticas gerais; que as crenças sobre o certo e o errado não são mais decididas a partir de pontos imediatos e particulares de referência (e.g., o ponto de vista do grupo ou da nação de semelhantes), mas através do apelo aos princípios universais”. (MAIA, Antonio Cavalcanti. A idéia de patriotismo constitucional e sua integração à cultura político-jurídica brasileira. In.: *Habermas em discussão*. PINZANI, Alessandro; DUTRA, Delamrar [Orgs.]. Florianópolis: Nefipo, 2005, p. 56).

enquanto membro de uma comunidade, mediante o recurso ao sentimento de pertença⁹⁷.

O estágio pós-convencional não conta com qualquer fronteira cultural homogênea, pois nele convivem a multiplicidade de concepções étnicas e a diversidade de concepções individuais. Não havendo um compromisso cultural linear nas sociedades pós-convencionais, a legitimidade normativa não se vincula à sua aceitação em termos substanciais, pois tal ordem de consenso, em um <<mundo de estranhos>>, torna-se impraticável⁹⁸.

Em nossas sociedades pluralistas, porém, convivemos hoje com evidências cotidianas que se distanciam cada vez mais do caso modelar do Estado nacional com uma população culturalmente homogênea. Cresce a multiplicidade de formas culturais de vida, grupos étnicos, confissões religiosas e diferentes imagens do mundo. Não há nenhuma alternativa a isso, a não ser que se pague o preço normativamente insuportável de purificações étnicas [...] em uma sociedade que é pluralista no que diz respeito à cultura e às visões de mundo, esse papel de fiador não pode ser transferido dos planos da formação política da vontade e da comunicação pública ao substrato aparentemente natural de um povo pretensamente homogêneo. Por trás de uma fachada como essa, iria esconder-se apenas a cultura hegemônica de uma parcela dominadora da sociedade⁹⁹.

Por considerar que as sociedades contemporâneas, marcadas pelo pluralismo, equiparam-se a sociedades pós-convencionais, Habermas se mostra cético aos modelos substancialistas de jurisdição constitucional.

Esses modelos podem ser identificados pela defesa da idéia de que compete ao Tribunal impor à arena política um conjunto de decisões valorativas essenciais e identificáveis, tal como se dá na proposta de Dworkin.

Como via alternativa, Habermas propõe um modelo procedimentalista, segundo o qual caberia à Jurisdição Constitucional tão-somente assegurar o funcionamento do jogo político democrático, para que em cada etapa histórica a maioria política realize suas escolhas valorativas¹⁰⁰.

Nesta busca por uma linha procedimentalista de legitimação, o diálogo entre Habermas e autores como John Hart Ely foi fundamental. Ao pensar em um modelo de jurisdição constitucional consentâneo com uma democracia

⁹⁷ HABERMAS, Jürgen. *A inclusão do outro: estudos de teoria política*. Trad.: G. Sperber, P. A. Soethe e M. Camargo Mota. São Paulo: Loyola, 2002, p. 139.

⁹⁸ *Ibid.*, p. 139.

⁹⁹ *Ibid.*, p. 140.

¹⁰⁰ HABERMAS, Jürgen. *Between facts and norms*. Op. cit., p. 267.

deliberativa, o filósofo alemão se identifica com o ceticismo de Ely e acolhe a preocupação desse autor no que tange à necessidade de uma interpretação substancialmente neutra da constituição¹⁰¹.

Na ótica de Ely, a Constituição americana não pode ser vista como um depósito de escolhas valorativas pré-concebidas, mas apenas como um instrumento que organiza os procedimentos necessários para a realização dessas escolhas. Conseqüentemente, se a atividade da Suprema Corte é preservar a Constituição, sua função deve se restringir ao exame do cumprimento das regras constitucionais que asseguram a formação de um processo democrático legítimo¹⁰².

Como árbitro do jogo democrático, o tribunal constitucional deve verificar se os canais de inclusão no debate público foram obstruídos, impedindo, assim, que alguns setores da sociedade contribuíssem para a formação da opinião e da vontade coletiva.

Habermas se utiliza dessas idéias procedimentalistas, avançando, porém, em relação a Ely, ao propor um modelo específico de democracia deliberativa.

Neste modelo, é fundamental a constituição de esferas públicas, espaços em que as questões mais relevantes para a sociedade sejam amplamente debatidas. As vontades geradas comunicativamente nessas esferas devem contaminar os procedimentos legislativos, deles resultando, assim, normas que expressem o pluralismo social¹⁰³.

Assim, Habermas propõe a construção de um modelo de democracia em que a formação da vontade coletiva é marcada por um aspecto dialógico e as regras procedimentais são exigências para a racionalidade do discurso¹⁰⁴.

Nesse sentido, reconhecendo a função coordenadora e integradora do direito nas sociedades complexas e multiculturais, o autor estabelece que em matéria de direitos fundamentais torna-se necessário evitar o estabelecimento de qualquer precedência entre as autonomias privada e política.

Para tanto, articula uma via alternativa às concepções liberal e republicana sobre direitos fundamentais. A idéia de direitos fundamentais não pode ser

¹⁰¹ Ibid., p. 267.

¹⁰² ELY, John Hart. *Democracy and Distrust: a theory of judicial review*. Cambridge, MA: Harvard University Press, 1980.

¹⁰³ HABERMAS, Jürgen. *Between facts and norms*. Op. cit., p. 299.

¹⁰⁴ Ibid., p. 299.

imposta ao legislador a partir de fora (como limitação, pretendida pelos liberais); nem deve ser instrumentalizada como mero requisito funcional de algum fim (redução pretendida pelos republicanos)¹⁰⁵.

Sob o prisma de uma teoria do discurso, ao invés de fixar tipos fechados de direitos fundamentais, deveria a Constituição estabelecer categorias de direitos, de conteúdo variável¹⁰⁶.

A teoria do discurso simula um estado inicial, em que as pessoas resolvem por si mesmas entrar em uma prática constituinte. Essa seria a primeira condição desse estado: igualdade originária entre as pessoas. A segunda condição seria a disposição dessas pessoas em regularem a sua convivência legitimamente pelo médium do Direito. A terceira condição fundamental seria a disposição dessas pessoas em participarem de discursos práticos (pressuposto de uma racionalidade comunicativa)¹⁰⁷.

Pelo médium dos Direito, os participantes dessa prática constituinte chegariam à necessidade de estabelecer uma ordem de direitos subjetivos. Mas essa ordem estabeleceria apenas um primeiro nível de concretização dos direitos, em categorias bem abertas¹⁰⁸.

O segundo nível de concretização dos direitos corresponderia à prática da autodeterminação cidadã, um processo longo e ininterrupto de configuração do sistema dos direitos, de tal forma que o princípio da soberania se faria emergir na idéia de um estado de direito¹⁰⁹.

Com a simulação desse estado inicial, Habermas pretende rebater a crítica de Frank Michelman de que o seu modelo procedimental não supera o paradoxo entre democracia e estado de direito¹¹⁰.

¹⁰⁵ Id. O Estado democrático de Direitos: uma amarração paradoxal de princípios contraditórios? In.: *A era das transições*. Trad.: Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003, p. 153-173.

¹⁰⁶ Habermas sugere quatro categorias abertas de direitos: (1) direitos fundamentais responsáveis pela maior medida possível de liberdade subjetiva de ação para cada um; (2) direitos fundamentais resultantes da configuração autônoma do *status* de membro; (3) direitos fundamentais ao igual direito de proteção individual (reclamabilidade dos direitos subjetivos). Com essas três categorias os participantes se antecipam no papel de futuros destinatários, mas, tendo em vista que pretendem fundar uma associação de cidadãos que dão a si mesmos suas leis; necessária se faz uma última categoria para uma participação em igualdade de condições na legislação política (Ibid., 170).

¹⁰⁷ HABERMAS, Jürgen. op. cit., p. 153.

¹⁰⁸ Ibid., p. 167

¹⁰⁹ Ibid., p. 169

¹¹⁰ Ibid., p. 160.

Os direitos fundamentais seriam, no modelo de Habermas, uma comunicação entre passado e futuro, entre fundadores e atores políticos ativos. Trata-se de conceber a Constituição como um processo continuado, que corrige a si mesmo¹¹¹.

A proteção dos direitos fundamentais, assim concebidos, por um Tribunal Constitucional, não ditaria o império do estado de direito sobre a democracia; mas a co-originalidade entre autonomia política e privada dos cidadãos.

2.2.2.2

Jurisdição Constitucional ativista

A análise da proposta procedimentalista de Jurisdição Constitucional, formulada por Habermas, revela sua intensa preocupação com interferências estatais arbitrárias na esfera individual dos cidadãos.

Essa preocupação é muito forte entre os autores que vivenciaram a experiência de regimes totalitários, como o nazismo. Muitos deles, como Hannah Arendt, temem que as interferências estatais na esfera privada imponham um nivelamento moral incompatível com as sociedades complexas e plurais¹¹².

A reflexão proposta por esses autores, no que se refere à ameaça dos discursos autoritários, mostra-se relevante mesmo em outros contextos, uma vez que o respeito à autodeterminação dos indivíduos é uma idéia que se nota, ainda que em grau diferenciado, nas mais variadas culturas e sociedades.

Daí porque em qualquer país em que se adote uma jurisdição constitucional, é essencial que as preferências dos magistrados não venham a substituir as escolhas dos cidadãos, comprometendo o direito que cada um possui de livremente desenvolver a sua personalidade.

Contudo, a conformação de uma Jurisdição estritamente procedimental pressupõe de um lado, um modelo mais enxuto de Constituição, que compreenda apenas as normas fundamentais para viabilização da democracia; de outro, um

¹¹¹ Ibid, p. 170.

¹¹² ARENDT, Hannah. *A condição humana*. Trad.: Roberto Raposo. 10ª ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2003.

mínimo de autonomia privada a coexistir com a autonomia política. Diante desse tipo de Constituição, aliado a um modelo de democracia deliberativa, talvez deva ser fixada como exorbitância das Jurisdições Constitucionais qualquer intervenção de ordem substantiva, porquanto dispensável.

Os pressupostos para a “dispensabilidade” de intervenções substantivas das Jurisdições Constitucionais não são, porém, tão facilmente atendidos pelas realidades constitucionais contemporâneas.

Não há uma trilha padrão no desenvolvimento da cidadania, a garantir a co-originalidade entre autonomia política e privada, exigida no modelo procedimental de Habermas.

T.A. Marshall formula diversas dimensões de cidadania, a partir da experiência histórica inglesa. Na Inglaterra teriam sido conquistados primeiramente os direitos civis (séc. XVIII), em seguida, os direitos políticos (séc. XIX), e, finalmente, os direitos sociais (séc. XX); rumo ao conceito ocidental de cidadania plena¹¹³.

O ponto de chegada, o ideal de cidadania plena, pode ser semelhante, pelo menos na tradição ocidental dentro da qual nos movemos. Mas os caminhos são distintos e nem sempre seguem linha reta. Pode haver também desvios e retrocessos, não previstos por Marshall¹¹⁴.

De acordo com a importante análise de José Murilo de Carvalho, o Brasil se distancia pelo menos em dois aspectos dessa trilha geracional “padrão” de direitos: (1) ênfase maior em um dos direitos, o social; (2) seqüência de aquisição diferente, com a precedência histórica do direito social, implantado em período ditatorial¹¹⁵.

Na experiência brasileira, a defesa dos direitos sociais saltou por cima da formação de uma autonomia privada. Já que a autonomia privada, como bem assinala Habermas, é co-originária da autonomia política; o salto repercutiu em uma cidadania enfraquecida, resumida a manifestações intermitentes por meio do voto, por vezes motivadas por uma relação de clientelismo com o Estado.

¹¹³ CARVALHO, José Murilo de. *Cidadania no Brasil: o longo caminho*. Rio de Janeiro: Civilização brasileira, 2002, p. 11.

¹¹⁴ *Ibid.*, p. 11.

¹¹⁵ *Ibid.*, p. 11.

Por outro lado, as constituições contemporâneas, notadamente as elaboradas nas últimas décadas do século XX, são marcadas por uma ampla pauta substantiva. A Constituição brasileira de 1988, por exemplo, oriunda de um contexto de pós-ditadura, desceu em minúcias em matérias antes tratadas em lei. Com isso, atingiu não apenas o segundo nível de concretização de direitos, que Habermas reservaria à legislação, mas possivelmente níveis que o autor nem sonharia em imaginar.

Em face de Constituições como a brasileira, e de processos políticos que não se amoldam, minimamente, à idéia de uma autolegislação; intervenções substantivas passam a ser encaradas, ainda que provisoriamente, como regular exercício da Jurisdição Constitucional.

Sensível a todos esses pontos, a presente pesquisa não toma como ativismo judicial a mera manifestação substancial das Jurisdições Constitucionais. As manifestações substanciais, comumente identificadas com o fenômeno da “judicialização da política”, encontram-se, via de regra, amparadas pelos novos textos constitucionais, de larga pauta substantiva.

Seguindo a trilha de Neal Tate, considera-se que a idéia de ativismo judicial seja independente a do fenômeno da judicialização da política. A judicialização da política, de acordo com Tate, ocorre apenas diante de condições que lhe sejam favoráveis, como a inefetividade ou desrespeito das instituições político-majoritárias¹¹⁶.

A judicialização da política já recebeu, no Brasil, o significativo estudo do sociólogo Luiz Werneck Vianna. A obra do autor traz importantes dados e leituras sobre a judicialização da política, os quais lhe permitiram concluir, nos limites da década de 90, que o fenômeno estudado pelo autor não representava a substituição da política pelo judiciário¹¹⁷.

A presente pesquisa situa a judicialização da política (intervenções judiciais substantivas) como um fenômeno justificável a partir de peculiaridades

¹¹⁶ “Activist judges, by definition, may be expected to take every opportunity to use their decision-making to expand the policy values they hold dear. But when those values are *consistent* with the values dominating majoritarian institutions, there will be much less incentive for activist judges to seek to judicialize a political process that is already producing such good policy results, even though the conditions are favorable for doing it” (TATE, C. Neal. Why the expansion of judicial power? In.: TATE, C. Neal; VALLINDER, Torborn. *The global expansion of judicial power*. New York: New York University Press, 1995, p. 34)

¹¹⁷ VIANNA, Luiz Werneck [et al.]. *A judicialização da política e das relações sociais no Brasil*. Rio de Janeiro: Revan, 1999, p.260.

constitucionais. Por outro lado, considera prática de ativismo judicial a tentativa da Jurisdição Constitucional de monopolizar os debates substantivos, sejam eles morais, políticos, ou, pautados em uma pretensa ordem objetiva de valores.

Se a investida substancial dos Tribunais Constitucionais pode se revelar justificada, em contextos de Constituições substantivas e instituições políticas fragilizadas; o exclusivismo judicial em questões que geram desacordo, como a moralidade política, não encontra qualquer amparo, se não a já afastada crença antropológica das tradições.

O exclusivismo judicial em torno da Constituição nega-lhe a condição de um processo público, dita a colonização da política por argumentos de uma tecnocracia judicial. As intervenções substanciais de uma Jurisdição Constitucional devem se colocar como mais uma leitura possível da Constituição e não como a única.

Se as Constituições Substantivas permitem uma atuação judicial moral ou política, isto é, sobre questões que geram natural desacordo, é imperioso manter a idéia, bem sintetizada por Häberle, de uma “sociedade aberta dos intérpretes da Constituição”¹¹⁸.

Assim, a partir da leitura moral, proposta por Dworkin, e as críticas que recebeu de Waldron e Habermas, reconstrói-se uma semântica de ativismo judicial. Submetidas a problematizações as premissas que conduziram a definição adotada no trabalho, pretende-se construir uma análise racional (nem neutra, nem puramente ideológica) acerca de um possível ativismo no Supremo Tribunal Federal.

¹¹⁸ “Todo aquele que vive no contexto regulado por uma norma e que vive com este contexto é, indireta ou, mesmo diretamente um intérprete dessa norma. O destinatário da norma é participante ativo, muito mais ativo do que se possa supor tradicionalmente, do processo hermenêutico. Como não são apenas os intérpretes jurídicos da Constituição que vivem a norma, não detêm eles o monopólio da interpretação da Constituição” (HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica Constitucional. A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e ‘procedimental’ da Constituição*. Trad.: Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1997).

3

Ativismo Judicial no Supremo Tribunal Federal

3.1

Desenho histórico da Jurisdição Constitucional brasileira

O presente item não se propõe à realização de um histórico exaustivo da jurisdição constitucional brasileira, tampouco ao estudo aprofundado das atribuições institucionais do Supremo Tribunal Federal.

Cada uma dessas pretensões reclamaria uma pesquisa autônoma, dada a sua amplitude. Para os fins desse trabalho, que investiga a hipótese de um recente ativismo judicial no Supremo Tribunal Federal, é suficiente um resgate histórico que demarque como foram implementadas as principais vias que dão ensejo, no ordenamento constitucional em vigor, às manifestações do Tribunal. Dentro deste modesto propósito, deve ser compreendida a exposição de fatos a seguir.

O Supremo Tribunal Federal foi instituído como órgão de cúpula do Poder Judiciário brasileiro pela Constituição Provisória publicada com o Decreto nº 510, em 22 de junho de 1890¹.

Meses depois, o Poder Judiciário brasileiro foi amplamente revigorado com a implementação da Justiça Federal, pelo Decreto nº 848, do mesmo ano, o qual representou um importante precedente para a inauguração do controle de constitucionalidade brasileiro. De acordo com a exposição de motivos desse diploma, todo e qualquer juiz tinha poder para recusar a aplicação de uma lei que considerasse inconstitucional².

A Constituição republicana de 1891 recepcionou a estrutura judiciária então presente, institucionalizando o controle de constitucionalidade das leis. Em seu art. 59, previu a competência do STF para aferir a constitucionalidade da

¹ RODRIGUES, Leda Boechat. *História do Supremo Tribunal Federal*. Rio de Janeiro: Civilização brasileira, 1965, t. 1, p. 1.

² “A magistratura, que agora se instala no país graças ao regime republicano, não é instrumento cego, ou mero intérprete, na execução dos atos do Poder Legislativo. Antes de aplicar a lei cabe-lhe o direito de exame, podendo dar-lhe ou recusar-lhe sanção (...)” (Ibid., p. 1-2).

aplicação do direito a partir de um recurso especial, bem como a competência para decidir conflitos entre a União e os estados, e entre os próprios estados-membros³.

O controle de constitucionalidade no Brasil se inicia, assim, nos moldes de um controle difuso, sob forte influência da experiência norte-americana, que já se fazia sentir no período pré-republicano⁴.

A Constituição de 1891, contudo, não se limitou a reproduzir o modelo norte-americano. Procurou, ao contrário, antecipar-se aos problemas verificados no primeiro século de existência da Suprema Corte, disciplinando expressamente aspectos sobre os quais a Constituição americana silenciou-se, como a competência e a composição do Tribunal⁵.

Nos termos do art. 56, c/c art. 48, da Constituição de 1891, o STF era composto por quinze ministros, nomeados pelo Presidente da República com posterior aprovação do Senado⁶.

Com a Constituição de 1934, a composição do STF passou de quinze ministros a onze e houve, ainda, um significativo incremento do controle difuso no Brasil – foi atribuída ao Senado Federal a competência de “suspender a execução, no todo ou em parte, de qualquer lei ou ato, deliberação ou regulamento, quando hajam sido declarados inconstitucionais pelo Poder Judiciário”⁷.

Também com a Carta de 1934, inaugurou-se a possibilidade de controle direto de constitucionalidade na figura da <<representação interventiva>>. Por este instituto, conferia-se ao Procurador Geral da República a competência para argüir, junto ao STF, a inconstitucionalidade de lei estadual que contrariasse princípios fundamentais da ordem federativa⁸.

No marco da chamada “Constituição Polaca” (de 1937), instituiu-se a possibilidade de suspensão, mediante ato legislativo (resolução do Parlamento, aprovada por maioria simples), de decisão judicial que declarasse inconstitucional

³ BALEEIRO, Aliomar. *Constituições Brasileiras: 1891*. Brasília: Senado Federal e Ministério da Ciência e Tecnologia, Centro de Estudos Estratégicos, 2001, p. 92.

⁴ RODRIGUES, Leda Boechat. op. cit. p. 7 e ss.

⁵ BARBOSA, Rui. O Supremo Tribunal Federal na constituição brasileira. In: *Coletânea Jurídica*. São Paulo: Companhia Editorial Nacional, 1928, p. 164.

⁶ BALEEIRO, Aliomar. op. cit., p. 92.

⁷ VIEIRA, Oscar Vilhena. *Supremo Tribunal Federal: jurisprudência política*. São Paulo: Malheiros, 1994, p. 120.

⁸ MENDES, Gilmar Ferreira. *Jurisdição Constitucional: o controle abstrato de normas no Brasil e na Alemanha*. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 26.

algum ato normativo. Confirmada pelo Parlamento, a lei adquiria força de emenda constitucional⁹.

A Constituição de 1946 concedeu ao Procurador Geral da República a faculdade de instaurar o processo de representação interventiva¹⁰, imprimindo-lhe, assim, feições de ação direta de inconstitucionalidade. Oscar Vilhena relata que muitas das representações interventivas eram provenientes das próprias autoridades estaduais, que a utilizavam exclusivamente para buscar a impugnação de um ato ou uma lei, pois não tinham qualquer interesse na decretação da intervenção¹¹.

No entanto, foi através da Emenda Constitucional n.16 de 1965 que se contornou propriamente o controle abstrato de normas perante o STF, com o direito de propositura centrado, ainda, na figura do Procurador Geral de República. Pretendia-se, com o instituto da ação direta de inconstitucionalidade, inibir a formação maciça de lides sobre uma mesma questão, o que poderia diminuir a sobrecarga do STF¹².

Com a conjugação do controle difuso com ação direta, o Brasil incorporou um complexo sistema misto de controle de constitucionalidade. A expressão “sistema misto”, amplamente utilizada na doutrina brasileira, faz supor a existência de duas formas autônomas de controle que, excepcionalmente, como no caso brasileiro, passam a ser conjugadas.

Registre-se, porém, que a abordagem dualista de controle de constitucionalidade é hoje objeto de forte questionamento, haja vista que as experiências constitucionais contemporâneas demonstram que o controle de constitucionalidade assumiu gradativamente uma multiplicidade de formas, desde que os modelos originários começaram a circular de um extremo ao outro do cenário mundial¹³.

⁹ Ibid., p. 30.

¹⁰ Art. 8º, parágrafo único: “No caso do nº VII, o ato argüido de inconstitucionalidade será submetido pelo Procurador Geral da República ao exame do Supremo Tribunal Federal, e, se este a declarar, será decretada a intervenção” (BALEIRO, Aliomar; SOBRINHO LIMA, Barbosa. *Constituições Brasileiras: 1946*. Brasília: Senado Federal e Ministério da Ciência e Tecnologia, Centro de Estudos Estratégicos, 2001, p. 66)

¹¹ VIEIRA, Oscar Vilhena. op.cit. p. 122.

¹² MENDES, Gilmar Ferreira. Controle de Constitucionalidade. In: MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 992.

¹³ Cf., por todos, CAMAZANO, Joaquín Brage. *La acción de inconstitucionalidad*. México: UNAM, 2000, p.51.

Mesmo com toda a hibridação havida, não perdeu relevância a polarização entre modelo difuso e concentrado, seja por uma referência histórica, já que foram esses modelos, puros na origem, que serviram de parâmetro para todos aqueles hoje vivenciados nas estruturas constitucionais; ou mesmo por referência geográfica, já que correspondem, respectivamente, aos sistemas europeu (ou austríaco-kelseniano) e norte-americano.

No modelo dito europeu, o contencioso constitucional é de competência exclusiva de um Tribunal, daí porque <<controle concentrado>>. Esse Tribunal, como preconizara Kelsen, seria especialmente constituído para essa finalidade; sendo provocado, por determinados legitimados ativos (autoridades políticas, jurisdicionais, ou mesmo particulares), para conhecer de forma direta a constitucionalidade de atos normativos¹⁴.

De outro lado, no modelo conhecido como norte-americano, atribui-se o conhecimento das questões afetas à constitucionalidade dos atos normativos a todo órgão em exercício ordinário da potestade jurisdicional, daí porque <<controle difuso>>.

No controle difuso, a análise das questões constitucionais assume uma perspectiva subjetiva, isto é, envolve partes, interesses e direitos particulares; direciona-se à resolução de uma lide, a qual depende da superação do incidente de constitucionalidade¹⁵.

Para além das duas grandes matrizes referidas, identifica-se ainda uma espécie de terceira via, que se caracteriza por combinar mecanismos de controle concentrado e controle difuso.

Existem, finalmente, também, sistemas que podemos chamar *mistos* ou *intermediários*: por exemplo, o adotado no México, o qual, também por causa de

¹⁴ KELSEN, Hans. *Jurisdição Constitucional*. Trad.: Alexandre Krug. São Paulo: Martins Fontes, 2007. FAVOREU, Louis. *Cortes Constitucionais*. Trad.: Dunia Marinho Silva. São Paulo: Landy, 2004 (especialmente, p. 27-36).

¹⁵ Embora seja disputado o marco inicial da história do controle de constitucionalidade; há um consenso mínimo em torno do efetivo desenvolvimento de uma lógica de controle a partir do constitucionalismo pós-revolucionário de 1776 e 1789. Essa lógica recebeu desenho específico através da jurisprudência norte-americana, notadamente, no reverberado pronunciamento do Chief-Justice Marshall – no caso *MARBURY versus MADISON* – em 1803, oportunidade em que foi consagrada a supremacia da Constituição, com a respectiva atribuição de poder de controle de constitucionalidade a todos os órgãos jurisdicionais. Cappelletti prefere compreender a afirmação de Marshall como um corajoso amadurecimento de uma idéia que já estava presente, e menos como o pontapé inicial da história do controle de constitucionalidade (CAPPELLETTI, Mauro. *O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado*. Trad.: Aroldo Plínio Gonçalves. Porto Alegre: Fabris, 1984, p. 45-63).

um, pelo menos aparente, contraste entre os artigos 103 e 133 da Constituição mexicana (...) isto é verdadeiro, de resto, não apenas do ponto de vista dos *órgãos* de controle, mas também do ponto de vista do *modo* como a questão de legitimidade constitucional é resolvida: também, neste particular, o sistema mexicano tem caráter misto ou intermediário entre o sistema de controle que opera ‘por via de ação’ e aquele que opera, ao invés, ‘por via de exceção’¹⁶.

Favoreu apontou para a existência, ao lado dos modelos estadunidense e europeu, de um modelo sul-americano, de características, segundo o autor, ainda indefinidas; mas marcado pela coexistência entre controle concentrado e difuso¹⁷.

É delicada a generalização feita pelo autor, principalmente, em face da multiplicidade de desenhos de controle de constitucionalidade, já aludida, a qual, ao mesmo tempo, transparece um movimento de convergência entre os controles vivenciados nos mais diversos países.

Camazano aponta esse movimento de convergência entre os modelos a partir de pelo menos sete aspectos, que podem ser assim sintetizados:

- a) adoção de elementos de controle difuso por diversos sistemas de controle concentrado, a exemplo do incidente de constitucionalidade, incorporado pelos ordenamentos austríaco, italiano, belga, espanhol;
- b) legitimação popular em alguns sistemas concentrados para questionamento da constitucionalidade de leis;
- c) a própria fórmula mista de controle, adota em alguns países, como os que serão estudados, é um indício desse fenômeno;
- d) concentração do controle não mais em um órgão *ad hoc*, mas no órgão superior da jurisdição ordinária;
- e) nos sistemas difusos, a crescente prática de que as decisões dos Tribunais Superiores assumam eficácia geral, tal como ocorre no concentrado, seja pela lógica do *stare decisis*, ou por outros mecanismos;
- f) possibilidade de que o Tribunal Supremo (ao menos nos E.U.A) excepcionalmente declare a constitucionalidade de uma lei *on its face*, isto é, em si mesma considerada;
- g) a modulação dos efeitos da decisão tanto no sistema difuso (tradicionalmente de eficácia *ex tunc*); como no concentrado (tradicionalmente de eficácia *ex nunc*)¹⁸.

¹⁶ Ibid., p. 67 (nota 3).

¹⁷ FAVOREU, Louis. Op. cit., p. 131.

Há, portanto, uma série de combinações possíveis em matéria de controle de constitucionalidade, devendo-se assim evitar o apego excessivo aos rótulos tradicionalmente trabalhados nessa temática.

A despeito da tendência assinalada, ainda é possível identificar na maioria dos países uma inclinação pelo modelo concentrado ou pelo difuso, já que, quando muito, há a incorporação de um ou outro elemento incomum à opção realizada.

Situação bem diversa ocorre quando convivem sistemas concentrado e difuso em uma mesma estrutura constitucional. Os sistemas mistos têm o ônus de harmonizar duas formas bem distintas de feitura do controle de constitucionalidade, formas que retratam preocupações de ordens diversas.

No caso brasileiro, o sistema misto, inaugurado em 1965, permaneceu com a Constituição de 1988. Sob o desenho do novo texto constitucional, o Supremo possui um amplo leque de competências, originária, recursal ordinária e recursal extraordinária.

A competência originária, exercida pelo STF como única instância, recebeu importantes incrementos com a Constituição de 1988, tal como a introdução de mecanismos voltados à apreciação de casos de omissão inconstitucional: o mandado de injunção (art. 5º, LXXI) e a ação direta de inconstitucionalidade por omissão (art. 103, §2º).

Outra importante repercussão do texto de 1988 sobre a competência originária do STF foi a ampliação do rol de legitimados para a propositura do controle abstrato, antes adstrita ao Procurador Geral da República¹⁹.

A Constituição de 1988 inovou, também, ao prever, ainda no âmbito das competências originárias do Tribunal, a argüição de descumprimento de preceito fundamental, no art. 102, §1º.

A competência recursal também foi ampliada, a partir da criação de novos órgãos judiciais, como o Superior Tribunal de Justiça e os Tribunais Federais

¹⁸ Cf. CAMAZANO, Joaquín Brage. Op. cit., p.52-54.

¹⁹ São os legitimados: o Presidente da República; as Mesas do Senado Federal; da Câmara dos Deputados; de Assembléia Legislativa ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal; Governador de Estado ou do Distrito Federal; Procurador-Geral da República; Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil; partido político com representação nacional; confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional (BRASIL. *Constituição Federal de 1988*. Art. 103).

Regionais, sobre os quais o STF passou naturalmente a exercer a condição de instância recursal.

Sob a manifestação do Poder Constituinte Reformador (EC nº 3, de 1993), foi criada, ainda, a ação declaratória de constitucionalidade, prevista no art. 102, I, “a”, voltada à análise de lei ou ato normativo federal.

Assim, a partir da Constituição de 1988 foi consolidado um controle concentrado mais amplo, composto por três tipos de ações: a ação direta de inconstitucionalidade (ADI); a ação declaratória de constitucionalidade (ADC); e a supracitada ADPF.

Entre as repercussões da Constituição de 1988 sobre a jurisdição constitucional brasileira, merece destaque o fato de ter conferido *status* constitucional a diversas matérias antes tratadas em lei. A Constituição não só incorporou novos assuntos, mas lhes dedicou tratamento minucioso, aumentando os parâmetros do controle de constitucionalidade.

O Supremo Tribunal Federal, com o desenho histórico que lhe foi dado, representa, a um só tempo, tribunal de jurisdição ordinária e corte constitucional, com amplas possibilidades de manifestar o papel que entenda corresponder a uma jurisdição constitucional.

3.2

Do recente ativismo judicial no Supremo Tribunal Federal

3.2.1

Premissas substanciais e metodológicas

No capítulo 2, viu-se que ativismo judicial é um fenômeno detectável tão somente a partir da adoção, tácita ou declarada, de um modelo específico de jurisdição constitucional.

É necessário ter em mente o que é o funcionamento regular e legítimo de um Tribunal Constitucional, para se apontar eventual atuação distorcida, idéia sintetizada na expressão “ativismo judicial”.

Frequentemente, contudo, a expressão é utilizada sem que se comunique o modelo de jurisdição constitucional adotado, o que a condena à obscuridade.

Esta pesquisa, ao contrário, explora o potencial semântico da expressão “ativismo judicial”, uma vez que transparece e, assim, submete à problematização de seus possíveis interlocutores, as premissas que adota para identificar a atuação distorcida, ou o ativismo, no âmbito de uma jurisdição constitucional.

No capítulo 2, após a reconstrução da proposta de uma leitura moral da Constituição, concluiu-se pela impossibilidade das jurisdições constitucionais exercerem, com exclusividade, o papel de fóruns autênticos da moralidade política. Se a moralidade política é objeto de sensível desacordo, como insistem Waldron e Habermas; é sinal de que todos devem poder participar da sua construção.

A partir dessa concepção, definimos que quando uma jurisdição constitucional atua *concentrando em si a realização de uma moralidade política*, exorbita a sua função, incide em “ativismo judicial”. Após transparecer o que considera “ativismo judicial”, a pesquisa pode evoluir para investigar a hipótese de um ativismo recente no Supremo Tribunal Federal.

A hipótese foi formulada a partir do acompanhamento das decisões do Supremo Tribunal Federal, o qual permitiu a captação de uma recente, profunda e silenciosa modificação performática do Supremo Tribunal Federal.

Neste capítulo, o que se pretende é tornar mais latente essa percepção – para alguns, ainda intuitiva – de que o órgão supremo vai aos poucos esboçando uma nova auto-imagem, que passa por uma compreensão alargada do seu papel e dos seus limites.

Para atingir esse objetivo, o que vem a seguir é um esforço de sistematização, exemplificativa, das matérias que foram alvo de modificações performáticas recentes da jurisdição brasileira, em tentativa de monopólio da moralidade política no Brasil.

A alteração performática, em si, não é tomada, nesta pesquisa, como indicador de ativismo judicial, mas de tendência ativista quando acompanhada de

uma interpretação do Tribunal que amplie seus poderes ao limite do exclusivismo judicial sobre moral ou política.

Apontar a presença desse indicador ativista na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal constitui tarefa essencialmente argumentativa, que necessariamente transcende a mera justaposição dos precedentes (novos e antigos). Para cumpri-la, fazem-se necessários esclarecimentos técnico-doutrinários sobre os temas, instrumentais à análise discursiva dos precedentes.

Nesse tocante, revelou-se indispensável uma delimitação do campo de trabalho, de tal sorte que fosse privilegiado o enfoque vertical dos temas tratados.

Por essa razão, optou-se pela análise discursiva de apenas dois exemplos temáticos: (4.1) mandado de injunção; e (4.2) fidelidade partidária, por terem sido objetos de recentes alterações performáticas do Tribunal e, principalmente, por representarem um campo propício à disputa em torno da moralidade política entre os poderes estatais.

Os exemplos foram analisados a partir da sistematização de alguns pontos necessários à sua compreensão: a) contorno do tema – em que são esclarecidos aspectos conceituais relevantes; b) precedentes do STF; c) superação dos próprios precedentes – do contraste entre esses dois itens pretende-se sinalizar recentes alterações performáticas da Corte; d) interpretação ampliativa dos próprios poderes – neste último item aponta-se que a alteração performática se deu no sentido de um ativismo judicial.

3.2.2

O exemplo do mandado de injunção

a) Contorno do tema

Nos termos do art. 5º, LXXI, da Constituição Federal de 1988, o mandado de injunção será concedido “sempre que a falta de norma regulamentadora torne

inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania”²⁰.

Trata-se de mecanismo introduzido ao ordenamento jurídico brasileiro com a Constituição de 1988, para fazer frente à hipótese em que uma omissão legislativa compromete o exercício de direitos fundamentais²¹.

O remédio, desde a origem, despertou ampla disputa quanto à natureza e os limites do provimento judicial obtido. O problema pode ser colocado da seguinte forma: quando concedido um mandado de injunção, o que exatamente o impetrante obtém? Quatro posicionamentos foram, aos poucos, desenvolvidos pela doutrina e jurisprudência brasileiras.

(I) tese não concretista: o órgão julgador reconhece a inércia do legislador e a comunica ao órgão competente para que elabore a norma regulamentadora faltante; o órgão julgador não pronuncia sentença de conteúdo normativo, mas sentença de caráter obrigatório ou mandamental²².

(II) tese concretista individual intermediária: concedido o mandado de injunção, o órgão julgador fixa um prazo para que o órgão legislativo competente elabore a norma faltante, findo o qual, ainda presente a inércia legislativa, estabelece as condições necessárias para que o titular do direito fundamental possa exercê-lo²³.

(III) tese concretista individual direta: o órgão julgador, diante da omissão legislativa, cria diretamente a norma para o caso específico, e da decisão se beneficia apenas o impetrante (efeitos *inter partes*)²⁴.

²⁰ BRASIL, Constituição Federal de 1988.

²¹ A definição de mandado de injunção proposta neste momento do trabalho foi calculada para não incorporar qualquer posicionamento específico sobre a função do remédio constitucional, privilegiando-se, assim, pelo menos inicialmente, uma linha descritiva do respectivo debate.

²² BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Gandra. *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva, 2004, v. 2, p. 385; MEIRELLES, Hely Lopes. *Mandado de segurança*. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 277; entre outros.

²³ Posição adotada pelo ex-Ministro Néri da Silveira no MI 232.

²⁴ SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional positivo*. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 450-452; BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*. P. 123-124.

(IV) tese concretista geral: diante da omissão legislativa, o órgão julgador elabora, a partir do caso concreto em análise, norma que viabiliza o exercício do direito fundamental para todos os casos semelhantes (efeito *erga omnes*), até que sobrevenha norma integrativa do legislativo²⁵.

A ordem de exposição das teses, como se pode notar, tem início com a concepção de um provimento judicial mais moderado (não-concretista), evoluindo para o provimento mais intenso (normatização geral). A discussão demonstra, no ponto, como é oportuna para revelar compreensões sobre os limites da função jurisdicional, aspecto que será retomado quando da análise do posicionamento do Supremo Tribunal Federal sobre o tema.

b) Precedentes do Supremo Tribunal Federal

A problemática da omissão legislativa, tal como acima contornada, chegou à apreciação do Supremo Tribunal Federal pela primeira vez em novembro de 1989, pela via do Mandado de Injunção nº 107, sob a relatoria do então Ministro Moreira Alves.

O remédio havia sido impetrado por um oficial do exército, que pretendia fixada a duração dos serviços temporários, até aquele momento, desprovida da disciplina legal exigida pela Constituição (art. 42, §9º).

Na oportunidade, o órgão supremo analisou qual tipo de provimento seria o mais adequado a proferir na via específica do mandado de injunção. A linha de raciocínio então realizada pela corte partiu do argumento de que se a lei posterior não pode afetar coisa julgada (art. 5º, XXXVI) e o pronunciamento do STF transitaria em julgado, não seria prudente proferir decisão de conteúdo normativo.

O Tribunal não vislumbrou, à época, qualquer amparo constitucional à criação normativa pelo poder judiciário e firmou, neste *leading case*, jurisprudência no sentido de que a concessão do mandado de injunção deveria limitar-se a comunicar a mora legislativa ao órgão competente para que suprisse a omissão, isto é, adotou a tese não-concretista.

²⁵ PASSOS, J.J Calmon de. *Mandado de segurança coletivo, mandado de injunção, habeas data, Constituição e processo*. Rio de Janeiro: Forense, 1989, p. 123.

Dois anos após essa primeira manifestação, o Supremo Tribunal Federal avançou para a segunda corrente mais moderada sobre mandado de injunção: a tese concretista individual intermediária.

No mandado de injunção nº 283, de novembro de 1991, relatado pelo então Ministro Sepúlveda Pertence, o Tribunal estipulou o prazo de 45 dias para que o Congresso produzisse a lei faltante e de mais 15 dias para a sanção presidencial. A decisão contemplou, ainda, que ultrapassado esse prazo sem as providências legislativas, seria reconhecida ao impetrante a faculdade pretendida²⁶.

Um ano depois (1992), o STF mais uma vez aplicou a tese concretista individual intermediária, fixando, porém, o prazo de seis meses para que o Congresso Nacional produzisse a lei exigida pelo art. 195, §7º, da CF/88²⁷.

O Tribunal, em seguida, oscilou entre concretização individual direta e intermediária: diante dos vários precedentes com fixação de prazo para a supressão da omissão legislativa, os Ministros avançaram no sentido de utilizar o prazo apenas discursivamente, isto é, forneciam de plano uma norma concreta para o caso em análise, dispensando a fase de estipulação de prazo, sob o argumento de que a mesma já havia sido perpassada em outros mandados de injunção²⁸.

No que se refere, contudo, ao direito de greve dos servidores públicos, previsto no art. 37, VII, da CF/88, o Tribunal posicionou-se de modo distinto. No

²⁶ “Premissas, de que resultam, na espécie, o deferimento de mandado de injunção para: a) declarar em mora o legislador com relação à ordem de legislar contida no art. 8º, §3º, ADCT, comunicando-o ao Congresso Nacional e à Presidência da República; b) assinar no prazo de 45 dias, mais 15 dias para sanção presidencial, a fim de que se ultime o processo legislativo da lei reclamada; c) se ultrapassado o prazo acima, sem que esteja promulgada a lei, reconhecer ao impetrante a faculdade de obter, contra a União, pela via processual adequada, sentença líquida de condenação à reparação constitucional devida, pelas perdas e danos que se arbitrem; d) declarar que, prolatada a condenação, a superveniência de lei não prejudicará a coisa julgada, que, entretanto, não impedirá o impetrante de obter os benefícios da lei posterior, nos pontos em que lhe for mais favorável” (BRASIL, STF, MI 283, DJ 14.11.1991).

²⁷ “[...] Mandado de injunção conhecido, em parte, e, nessa parte, deferido para declarar-se o estado de mora em que se encontra o Congresso Nacional, a fim de que, no prazo de seis meses, adote ele as providências legislativas que se impõem para o cumprimento da obrigação de legislar decorrente do artigo 195, §7º, da Constituição, sob pena de, vencido esse prazo sem que essa obrigação se cumpra, passar o requerente a gozar da imunidade requerida” (BRASIL, STF, MI 232, DJ 23.03.1992).

²⁸ “[...] logo, desnecessária a renovação de notificação ao órgão legislativo que, no caso, não apenas incidiu objetivamente na omissão do dever de legislar, passados quase quatorze anos da promulgação da regra que lhe criava tal obrigação, mas que, também, já foi anteriormente cientificado por esta Corte, como resultado da decisão de outros mandados de injunção [...]” (BRASIL, STF, MI 562, Rel. Ellen Gracie, DJ 20.06.2003 e no mesmo sentido MI 543, Rel. Min. Octavio Gallotti, DJ 24.05.2002).

MI 20, de 1994, impetrado pela confederação dos servidores públicos do Brasil, o STF decidiu por apenas reconhecer a mora legislativa, sem proferir qualquer conteúdo normativo.

Mandado de injunção coletivo - direito de greve do servidor público civil - evolução desse direito no constitucionalismo brasileiro - modelos normativos no direito comparado - prerrogativa jurídica assegurada pela constituição (art. 37, vii) - impossibilidade de seu exercício antes da edição de lei complementar - omissão legislativa - hipótese de sua configuração - reconhecimento do estado de mora do congresso nacional - impetração por entidade de classe - admissibilidade - writ concedido. Direito de greve no serviço público [...]

A decisão, por maioria de votos, seguiu os termos do Ministro (relator) Celso de Mello. Entre os votos vencidos, o então Ministro Sepúlveda Pertence, que votou pelo não conhecimento do MI, por entender que a norma do art. 37, VII, da CF/88 não é de eficácia limitada, não dependendo, portanto, de regulamentação; o Ministro Marco Aurélio, que, embora tenha votado, na linha do Ministro Pertence, pelo não conhecimento do MI, deixou indicada a sua adesão à tese concretista individual direta; e, por fim, o então Ministro Carlos Velloso, que propôs a solução normativa (tese concretista individual direta) de aplicar, ao caso dos servidores públicos, a Lei 7.783/89, que trata do direito de greve na iniciativa privada.

A tese vencedora nesse julgado de 1994 poderia representar apenas algum resquício da fase inicial mais conservadora do STF sobre o mandado de injunção. Não obstante, o tema do direito de greve dos servidores públicos recebeu a mesma solução (não-concretista) em diversas ocasiões.

No ano de 2002, por exemplo, foram publicadas as decisões referentes aos MI 485, 585, 631, todos sobre o direito de greve dos servidores públicos e alvos de intervenções judiciais igualmente moderadas.

MANDADO DE INJUNÇÃO. DIREITO DE GREVE DO SERVIDOR PÚBLICO. ARTIGO 37, VII, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. NECESSIDADE DE INTEGRAÇÃO LEGISLATIVA. OMISSÃO DO CONGRESSO NACIONAL. 1. Servidor público. Exercício do direito público subjetivo de greve. Necessidade de integralização da norma prevista no artigo 37, VII, da Constituição Federal, mediante edição de lei complementar, para definir os termos e os limites do exercício do direito de greve no serviço público. Precedentes. 2. Observância às disposições da Lei 7.783/89, ante a ausência de lei complementar, para regular o exercício do direito de greve dos serviços públicos. Aplicação dos métodos de integração da norma, em face da lacuna legislativa. Impossibilidade. A hipótese não é de existência de lei omissa, mas de ausência de

norma reguladora específica. Mandado de injunção conhecido em parte e, nessa parte, deferido, para declarar a omissão legislativa²⁹.

No MI 485, relatado pelo então Ministro Maurício Corrêa, nos termos da ementa acima transcrita, o STF considerou inviável realizar uma integração normativa, e concedeu o mandado apenas para declarar a omissão legislativa ao órgão competente. Na oportunidade, foram também vencidos os votos dos Ministros Sepúlveda Pertence e Marco Aurélio, pelo não conhecimento do mandado.

Note-se que foi pretendido pelo impetrante – sindicato dos delegados de polícia do Estado de Mato Grosso (SINDEPO-MT) – que o Tribunal suprisse a omissão legislativa sobre o direito de greve dos servidores públicos, aplicando no caso em análise a Lei 7.783/89, que trata do direito de greve na iniciativa privada. A hipótese foi peremptoriamente descartada pelo Tribunal.

No MI 585, impetrado pelo sindicato dos agentes de fiscalização e arrecadação do Estado do Tocantins (SINDFISCAL), o Ministro Sepúlveda novamente votou pelo não conhecimento do mandado e o Ministro Carlos Velloso retomou o voto que proferiu no MI 20, pela integração normativa por meio da aplicação da legislação afeta ao domínio privado. A tese vencedora, no entanto, foi a não-concretista, nos termos do voto do relator, o então Ministro Ilmar Galvão.

Mandado de injunção. Direito de greve dos servidores públicos. Artigo 37, VII, da Constituição Federal. Configurada a mora do congresso nacional na regulamentação do direito sob enfoque, impõe-se o parcial deferimento do writ para que tal situação seja comunicada ao referido órgão.

No MI 631, impetrado pelo sindicato dos servidores do Poder Judiciário do Estado de Mato Grosso do Sul (SINDIJUS/MS), a mesma equação se verificou: vencidos os Ministros Sepúlveda Pertence e Carlos Velloso, vencedora a tese não-concretista adotada pelo relator, o Ministro Ilmar Galvão.

Do detalhamento jurisprudencial anterior, destaca-se, por necessário à compreensão do próximo item, que em matéria de direito de greve dos servidores públicos, o Supremo Tribunal Federal firmou o entendimento, ainda que disputado, no sentido de tão somente reconhecer a omissão do Congresso em

²⁹ MI 485, Rel. Maurício Corrêa, DJ 23.08.2002

regulamentar o direito, abstendo-se de proferir sentença de caráter normativo (tese não-concretista).

Para que não se proceda a uma simplificação indevida do precedente, é importante a ressalva de que havia, na matéria, votos divergentes. Os Ministros Sepúlveda Pertence e Marco Aurélio votaram pelo não conhecimento dos mandados de injunção, sob a alegação de que a norma contida no art. 37, VII, da CF/88 não careceria de regulamentação; já o Ministro Carlos Velloso propôs que o Tribunal se inclinasse a uma concretização da norma para os casos analisados, a partir de um diploma legal já existente sobre o direito de greve na iniciativa privada.

Sendo assim, o STF, na questão da greve dos servidores públicos, firmou jurisprudência majoritária não-concretista e sinalizou, com os votos dissidentes, abertura para a tese concretista individual direta. Mesmo nos mandados de injunção sobre outros direitos fundamentais, o STF, quando muito, oscilou entre a tese concretista individual intermediária e a direta.

c) Superação dos próprios precedentes

Em manifestação publicada em outubro de 2007, o Supremo Tribunal Federal, justo na hipótese do direito de greve dos servidores públicos, incorporou, de forma inédita, a tese concretista geral sobre mandado de injunção.

Cuidou-se do julgamento de três mandados de injunção – MI 670, 708 e 712³⁰ – impetrados, respectivamente, pelo Sindicato dos Servidores Policiais Civis do Espírito Sant – SINDPOL, pelo Sindicato dos Trabalhadores em Educação do Município de João Pessoa – SISTEM, e pelo Sindicato dos Trabalhadores do poder Judiciário do Estado do Pará – SINJEP.

Os três mandados de injunção veicularam a pretensão de que fosse garantido aos associados de cada sindicato envolvido o exercício do direito de greve, previsto no art. 37, VII, da CF/88; exercício que, de acordo com os

³⁰ As decisões relativas aos MI 670, 708 e 712 não foram até a conclusão desta pesquisa (abril de 2008) publicadas na íntegra, seja no site do STF, seja no Diário de Justiça. As informações citadas no trabalho foram extraídas dos informativos do STF nº 308, 430, 462, 468, 480, 484, 485.

impetrantes, estava sendo comprometido pela ausência da norma infraconstitucional regulamentadora, exigida pelo texto constitucional³¹. Em função dessa identidade de objeto, os casos despertaram a mesma *ratio decidendi*.

O Supremo Tribunal Federal decidiu, por maioria dos votos, conhecer dos mandados de injunção e, no mérito, propôs, como solução à omissão legislativa, a aplicação da Lei 7.783/89 (que dispõe sobre o exercício de greve na iniciativa privada), no que couber, a todos os dissídios de greve instaurados entre o poder público e os servidores com vínculo estatutário. Esta foi a tese vencedora nos três mandados de injunção, que contaram com as dissidências descritas a seguir.

O MI 670 foi distribuído à relatoria do então Ministro Maurício Corrêa, que votou pelo conhecimento do mandado apenas para certificar a mora do Congresso Nacional. O voto do relator foi voto vencido, assim como os votos dos Ministros Ricardo Lewandowski, Joaquim Barbosa e Marco Aurélio, que pretenderam que a decisão do STF, de aplicar a Lei 7.783/89 (afeta à iniciativa privada), fosse limitada à categoria representada pelo sindicato, assim como estabeleceram condições específicas para o exercício das paralisações. O Ministro Gilmar Mendes foi incumbido da lavratura do acórdão, uma vez que seu voto deflagrou a tese vencedora do caso.

O MI 708 foi distribuído à relatoria do Ministro Gilmar Mendes, cujo voto fixou os termos do acórdão, no sentido já sintetizado acima; novamente vencidos os votos dos Ministros Ricardo Lewandowski, Joaquim Barbosa e Marco Aurélio.

Por fim, o MI 712 foi distribuído à relatoria do Ministro Eros Grau, cujo voto fixou os termos do acórdão, na linha exata iniciada pelo Ministro Gilmar nos outros dois mandados de injunção; vencidos mais uma vez os Ministros Ricardo Lewandowski, Joaquim Barbosa e Marco Aurélio.

Como detalhado acima, nos mandados de injunção nº 670, 708 e 712, o Supremo Tribunal Federal majoritariamente acolheu, pela primeira vez, a tese concretista geral, pois estendeu a decisão a todos os possíveis casos de dissídios de greve entre poder público e servidores públicos estatutários (efeito *erga omnes*), nos termos dos votos dos relatores, Ministro Gilmar Mendes e Eros Grau.

³¹ Ibid.

O Ministro Gilmar Mendes, após tecer considerações a respeito da conformação constitucional do mandado de injunção no ordenamento brasileiro e da interpretação que o STF veio lhe atribuindo, deixou claro que o Tribunal, naquela ocasião, afastava-se do precedente não-concretista, para possivelmente acolher a necessidade de uma regulamentação geral provisória pelo Judiciário.

[...] Ressaltou-se que a Corte, afastando-se da orientação inicialmente perfilhada no sentido de estar limitada à declaração da existência da mora legislativa para a edição de norma regulamentadora específica, passou, sem assumir compromisso com o exercício de uma típica função legislativa, a aceitar a possibilidade de uma regulação provisória pelo próprio Judiciário. Registrou-se, ademais, o quadro de omissão que se desenhou, não obstante as sucessivas decisões proferidas nos mandados de injunção. Entendeu-se que, diante disso, talvez se devesse refletir sobre a adoção, como alternativa provisória, para esse impasse, de uma moderada sentença de perfil aditivo [...]³²

Os votos vencidos propugnaram ou (1) pela limitação da decisão aos associados dos sindicatos que impetraram os mandados de injunção em análise (Ministros Lewandowski, Joaquim Barbosa e Marco Aurélio) – efeito *inter partes*; ou (2) pela mera ciência da mora legislativa ao Congresso Nacional (ex-Ministro Maurício Corrêa)³³.

Ainda que a decisão não tenha sido unânime, trata-se de uma superação radical de precedente da Corte, tendo em vista que uma tese que nunca havia sido acolhida pelo STF, nem mesmo em votos minoritários, seduziu, neste novo *leading case*, o entendimento majoritário do Tribunal.

d) Interpretação ampliativa dos próprios poderes

Nos termos delimitados por esta pesquisa, quando um Tribunal Constitucional supera, ainda que bruscamente, seus próprios precedentes, não incide, necessariamente, em ativismo. A quebra pode demonstrar apenas uma evolução compreensiva na matéria, ser reflexo de uma nova composição de Ministros.

³² BRASIL, STF, INFO 485.

³³ Ibid.

Repasadas as decisões anteriores do STF sobre o mandado de injunção, pode-se constatar que de fato houve uma evolução na jurisprudência do órgão. O Tribunal não se manteve linearmente preso ao primeiro precedente, para depois saltar para entendimento oposto. Como se viu, após a adoção inicial da tese não-concretista, houve casos em que o STF oscilou entre a tese concretista individual intermediária e a concretista individual direta.

Ainda assim, o impacto de uma verdadeira superação de precedente só se deu com a adoção da tese concretista geral, o que se nota no discurso dos próprios Ministros que protagonizaram a alteração performática. O Ministro Gilmar Mendes, por exemplo, em obra escrita após o relatório e voto no MI 670, mesmo apontando toda a evolução jurisprudencial do STF em mandado de injunção, reconhece na adoção da tese concretista geral a efetiva superação do precedente da Corte.

Na sessão de 7-06-2006, foi proposta a revisão parcial do entendimento até então adotado pelo Tribunal. Assim, apresentamos – o Ministro Eros Grau (MI 712/PA) e eu (MI 670/ES) – votos que recomendavam a adoção de uma “solução normativa e concretizadora” para a omissão verificada³⁴.

Por que, entre as várias modificações de entendimento na matéria, esta última foi a que gerou o impacto de quebra de precedente? Não parece arbitrário? Provavelmente. Ocorre que entre as primeiras posições adotadas, alternadamente, pelo Tribunal e esta última (a tese concretista geral), existe uma diferença fundamental, situada na forma de interpretar a própria conformação dos poderes de uma jurisdição constitucional.

A disputa entre a tese não concretista a tese concretista individual reflete a disputa em torno do que é a interpretação jurídica, se construtivista ou não. Já a disputa entre a tese concretista geral e as demais, reflete a problemática em torno dos limites da atividade de uma jurisdição constitucional. Quando o STF supera as outras teses para incorporar a tese concretista geral, abandona a mera intervenção substantiva e incide na tentativa de concentrar em si a moralidade política, por meio de uma efetiva legislação.

³⁴ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2007.

Se o legislador se fez, no ponto, omissivo, inviabilizando o exercício de direitos constitucionalmente garantidos, que o STF realizasse uma atividade construtivista para os casos em que foi chamado a se manifestar, incorporando os argumentos das partes envolvidas.

Se assim procedesse, realizaria uma intervenção substancial, mas a partir do diálogo com as partes envolvidas nos casos: produção da norma em processo conjunto com todos que são por ela afetados, em perfeita sintonia com a idéia de uma sociedade aberta de intérpretes³⁵.

Ao estender sua decisão para toda a coletividade, realiza uma leitura exclusivista da Constituição, incidindo em ativismo.

3.2.3

O exemplo da Fidelidade Partidária

a) Contorno do tema

O tema da fidelidade partidária insere-se no amplo espectro dos direitos políticos, no qual se compreendem todas as normas jurídicas voltadas à tutela da participação na formação da vontade política.

Os modelos democráticos de formação da vontade política rendem-se à necessidade de se constituírem mediante representação política. Mesmo aos olhos de quem só concebe um ideal democrático nos limites de uma participação direta no processo político, é forçoso o reconhecimento de que essa conformação de democracia é inviabilizada por circunstâncias fáticas, como, por exemplo, a extensão dos territórios em que pretensamente ocorreriam as reuniões do povo³⁶.

³⁵ “Como não são apenas os intérpretes jurídicos da Constituição que vivem a norma, não detêm eles o monopólio da interpretação da Constituição” (HÄBERLE, Peter. op. cit.)

³⁶ A exemplo de Rousseau que, mesmo propondo como ideal democrático um modelo em que a vontade geral fosse inalienável, indivisível e, principalmente, irrepresentável, reconhecia a dificuldade de sua implementação (ROUSSEAU, Jean-Jacques. *Do Contrato Social*. Trad. de Lourdes Santos Machado. In *Os Pensadores*. São Paulo: Nova Cultural, 1987, p.108). Em leitura semelhante sobre Rousseau, cf. BOBBIO, Norberto. *Liberalismo e Democracia*. Trad. de Marco Aurélio Nogueira. São Paulo: Editora Brasiliense, 1988, p. 33.

O amplo contexto das democracias representativas coloca em evidência o papel central desempenhado pelos partidos políticos. Ante as múltiplas combinações possíveis de interesses no tecido social, os partidos cumprem a função de canalizá-las, oferecendo ao povo opções políticas mais precisas e definidas, que viabilizam o exercício do direito de voto³⁷.

Sob uma conotação mais ativa da participação política, visualiza-se também a importância dos partidos políticos, pois ao constituírem uma forma de integração dos indivíduos, incrementam a possibilidade de influência social sobre os poderes institucionais.

Em uma democracia parlamentar, o indivíduo isolado tem pouca influência sobre a criação dos órgãos legislativos e executivos. Para obter influência, ele tem que se associar a outros que compartilhem as suas opiniões. Desse modo, surgem os partidos políticos. Em uma democracia parlamentar, o partido político é um veículo essencial para a formação da vontade política³⁸.

No contexto brasileiro, contudo, os partidos políticos apresentaram dificuldades no cumprimento dessas funções. Sob o efeito de um movimento pendular entre regimes democráticos e centralizadores, o quadro partidário brasileiro não encontrou condições favoráveis ao desenvolvimento de bases ideológicas consistentes, capazes de liberá-lo do domínio oligárquico dos dirigentes partidários³⁹.

Ainda assim, os partidos políticos são indispensáveis ao processo democrático, não apenas porque expressam a multiplicidade de interesses e aspirações dos distintos grupos sociais, mas, sobretudo, porque concorrem para a formação da opinião pública, o recrutamento de líderes, a seleção de candidatos aos cargos eletivos e a mediação entre governo e o povo.

A democracia representativa exercida por meio de mandatários recrutados pelos partidos políticos, por indispensável, subsiste integralmente no ordenamento político-jurídico brasileiro, embora conjugada a instrumentos próprios da democracia direta (plebiscito, referendo e lei de iniciativa popular – art. 14, CF/88).

³⁷ GRIM, Dieter. *Constitucionalismo y derechos fundamentales*. Trad. de José Muñoz de Baena Simón. Madrid: Editorial Trota, 2006, 196-197.

³⁸ KELSEN, Hans. *Teoria geral do Direito e do Estado*. Trad. De Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p.421.

³⁹ DUVERGER, Maurice. *Os partidos políticos*. Rio de Janeiro: Zahar, 1980, 60.

De acordo com a Constituição de 1988, a soberania popular é exercida fundamentalmente por meio do sufrágio universal (art. 14, caput, CF/88), constituindo a filiação partidária *conditio sine qua non* para a investidura em cargo eletivo (art. 14, §3º, V, CF/88).

Se, por um lado, a filiação partidária é constitucionalmente enquadrada como condição de elegibilidade; por outro, vigora, nos termos do art. 17, da CF/88, a idéia de liberdade partidária, seja no aspecto objetivo, ligado aos próprios partidos, no que tange à sua criação, fusão, incorporação, autonomia interna e extinção; seja no aspecto subjetivo, afeto aos membros do partido, quanto à sua inscrição ou afastamento⁴⁰.

Ao assegurar autonomia interna aos partidos políticos, a CF/88 determina, no art. 17, §1º, que os estatutos dos partidos estabeleçam normas de disciplina e fidelidade partidárias⁴¹. A noção de “fidelidade partidária”, sugestiva de um dever de coerência, por parte do parlamentar, para com a sua filiação partidária, recebeu disciplina variada em um curto período da história constitucional brasileira.

A Emenda Constitucional nº 1, editada pela Junta Militar em 1969, ao alterar a redação do art. 152, da Constituição de 1967, introduziu no ordenamento brasileiro a hipótese de sanção de perda de mandato parlamentar por infidelidade partidária, nos termos a seguir transcritos.

Art. 152 - A organização, o funcionamento e a extinção dos partidos políticos serão regulados em lei federal, observados os seguintes princípios:
 [...] V – disciplina partidária;
 [...] *Parágrafo único.* Perderá o mandato no Senado Federal, na Câmara dos Deputados, nas Assembleias Legislativas e nas Câmaras Municipais quem, por atitudes ou pelo voto, se opuser às diretrizes legitimamente estabelecidas pelos órgãos de direção partidária ou deixar o partido sob cuja legenda foi eleito. A perda do mandato será decretada pela Justiça Eleitoral, mediante representação do partido, assegurado o direito de ampla defesa⁴².

Em 1985, a Emenda Constitucional nº 24 deu nova redação ao dispositivo constitucional acima transcrito, suprimindo o parágrafo único e, em decorrência, a hipótese de perda de mandato por infidelidade partidária.

⁴⁰ TAVARES, André Ramos. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 759.

⁴¹ O dispositivo mencionado foi alvo da Emenda Constitucional 52/2006, que afastou a debatida regra da verticalização das coligações eleitorais, de que se falará em momento oportuno. Por ora, importante apenas ressaltar que a previsão de normas estatutárias sobre fidelidade já constava do texto originário do dispositivo e não foi alterada na nova redação.

⁴² BRASIL. *Constituição de 1967*.

Com o advento da CF/88, abriu-se espaço à discussão do tema. De um lado, como já referido, o texto de 1988 faz referência à fidelidade partidária no âmbito das normas estatutárias dos partidos (art. 17, parágrafo único); de outro, entre as causas de perda de mandato parlamentar, não fez constar a hipótese de infidelidade partidária (art. 55).

b) Precedentes do Supremo Tribunal Federal

Um ano após a promulgação da Constituição de 1988, o Supremo Tribunal Federal, no *leading case* MS 20927, julgado em outubro de 1989, firmou entendimento no sentido de que a infidelidade partidária não pode ter repercussão sobre o mandato exercido pelo parlamentar; pode chegar ao máximo, como sanção imposta pela própria agremiação partidária, à exclusão do parlamentar dos quadros do partido⁴³.

Na ocasião, o impetrante, diplomado 3º suplente do cargo de deputado nas eleições proporcionais de novembro de 1986, insurgiu-se contra ato do Presidente da Câmara dos Deputados, o qual deu posse do cargo ao 2º suplente, que havia se desligado do Partido da Frente Liberal (PFL), no ano de 1988, para concorrer ao cargo de Prefeito de Natal, filiado ao Partido Liberal (PL)⁴⁴.

Argumentou o impetrante que o fato de o 2º suplente ter se desligado do partido político que o diplomou impõe a perda de sua condição de suplente, do que decorreria o direito líquido e certo do impetrante (3º suplente) à posse do cargo.

O Tribunal, por maioria de votos, deixou consignada a inaplicabilidade da idéia de fidelidade partidária, inclusive quanto a suplentes.

Mandado de Segurança. Fidelidade Partidária. Suplente de Deputado Federal. Em que pese o princípio da representação proporcional e a representação parlamentar

⁴³ BRASIL. STF. MS 20927/DF.

⁴⁴ A posse do 2º suplente chegou a ocorrer pelas circunstâncias seguintes: “o licenciamento da Deputada Federal Wilma Maia ocasionou a posse do 1º suplente que, com o falecimento do Deputado Federal Jessé Freire Filho, passou a titular da vaga aberta nesta ocasião. Para aquela outra vaga de ocupação definitiva dede que a Deputada Wilma Maia assumiu a Prefeitura de Natal foi chamado o segundo Suplente Marcos César Formiga Ramos, na exata ordem de diplomação” (BRASIL, STF MS 20927, relatório do Ministro Moreira Alves)

federal por intermédio dos partidos políticos, não perde a condição de suplente o candidato diplomado pela Justiça Eleitoral que, posteriormente, se desvincula do partido ou aliança partidária pelo qual se elegeu. A inaplicabilidade do princípio da fidelidade partidária aos parlamentares empossados se estende, no silêncio da Constituição e da lei, aos respectivos suplentes. Mandado de segurança indeferido⁴⁵.

A decisão se deu nos termos do voto do relator, o Ministro Moreira Alves, acompanhado, entre outros, pelo Ministro Sepúlveda Pertence, que destacou a ausência de amparo constitucional para a perda de mandato em razão da troca de partido.

Ponderou ainda o Ministro Pertence que se houvesse suporte para entendimento contrário (adoção da regra da fidelidade partidária), este teria que, por questão de coerência, ser aplicado contra a própria coligação de partidos para fins eleitorais, da qual decorreu, no caso em tela, a diplomação de suplentes de partidos diversos⁴⁶.

Foram votos vencidos os Ministros Paulo Brossard, Carlos Madeira, Sydney Sanches e Celso de Mello, tendo este último liderado a dissidência, sob o argumento de que nos sistemas proporcionais, em que se estabelece um vínculo estreito entre eleitores e partidos políticos, o mandato pertence ao próprio partido, e não ao parlamentar⁴⁷.

Em 2004, o Supremo Tribunal Federal, com um quadro de Ministros amplamente renovado em relação à composição presente no *leading case* de 1989, à exceção dos Ministros Sepúlveda Pertence e Celso de Mello, reafirmou o precedente da ausência de amparo para a perda de mandato parlamentar na hipótese de infidelidade partidária⁴⁸.

No Mandado de Segurança 23405, julgado em março de 2004, o STF poderia ter julgado prejudicada a impetração sem qualquer referência à fidelidade partidária, com o simples reconhecimento da perda de objeto. Isso porque, nos termos do voto do próprio Relator, o Ministro Gilmar Mendes, “a discussão estava adstrita à legislatura de 1998-2002”.

Não obstante, optou o STF por deixar consignada uma razão de direito desnecessária à resolução específica do caso, o que, em matéria de precedente é

⁴⁵ BRASIL, STF. MS 20927/DF, ementa.

⁴⁶ Ibid. (voto do Min. Sepúlveda Pertence).

⁴⁷ Ibid. (Voto do Min. Celso de Mello).

⁴⁸ BRASIL, STF, MS 23405/GO, Rel. Ministro Gilmar Mendes, 22.03.2004.

conhecido por “dicta” ou “obter dictum”⁴⁹. De acordo com o Tribunal, ainda que não tivesse havido a perda do objeto do MS, a ordem seria indeferida, pela razão aduzida nos termos seguintes.

Embora a troca de partidos por parlamentares eleitos sob o regime da proporcionalidade revele-se extremamente negativa para o desenvolvimento e continuidade do sistema eleitoral e do próprio sistema democrático, é certo que a Constituição não fornece elementos para que se provoque o resultado pretendido pelo requerente⁵⁰.

O Plenário do STF, por unanimidade, julgou prejudicado o mandado de segurança, acolhendo as razões do relator (ausentes, justificadamente, os Ministros Sepúlveda Pertence, Celso de Mello, Carlos Velloso e Nelson Jobim).

Fora da via estreita do mandado de segurança, assim como do âmbito de discussão da troca de partidos, o Tribunal confirmou, ainda que de forma muito tangencial, entendimento da inaplicabilidade da regra da fidelidade partidária face à Constituição de 1988.

A regra da “verticalização” das coligações eleitorais, criada pelo Tribunal Superior Eleitoral em interpretação à legislação eleitoral⁵¹, alvo de ampla discussão nacional, foi expressamente afastada pela EC nº 52/2006. Cuidava-se da exigência de uma simetria entre as coligações partidárias realizadas no âmbito federal, para eleição do Presidente da República; e as realizadas no âmbito estadual⁵².

A simetria exigida pela regra da verticalização das coligações é reflexo da busca por uma coerência ideológico-partidária, afeta à própria idéia de fidelidade partidária.

A EC nº52/2006, entretanto, expressamente afastou a interpretação criada pelo TSE sobre a tese da verticalização, com a redação que conferiu ao art.17,

⁴⁹ MACCORMICK, Neil. *Why cases have rationes and what these are*” in *Precedent in Law* Clarendon Press Oxford, 1987, p. 170

⁵⁰ BRASIL. STF. MS nº 23405, de 2004 (voto do Min. Gilmar).

⁵¹ A regra da verticalização foi inscrita pelo TSE na Resolução 21002, de 2002, em resposta à consulta nº 175, de 2001: “Consulta. Coligações. Os partidos políticos que ajustarem coligação para eleição de presidente da República não poderão formar coligações para eleição de governador de Estado ou do Distrito Federal, senador, deputado federal e deputado estadual ou distrital com outros partidos que tenham, isoladamente ou em aliança diversa, lançado candidato à eleição presidencial. Consulta respondida negativamente”.

⁵² A simetria não era exigida no âmbito municipal porque nele as eleições ocorrem em momento bem distinto.

parágrafo primeiro⁵³. Essa emenda se compôs de apenas dois dispositivos: o primeiro, com a liberação da regra da verticalização; e o segundo, que previa a aplicação da emenda às eleições de 2002, ou seja, com eficácia retroativa⁵⁴.

Em seqüência, o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil propôs Ação Direta de Inconstitucionalidade em face, exclusivamente, do art. 2º da EC52/2006. O art. 1º da emenda constitucional, responsável por afastar a regra da verticalização, não foi objeto de impugnação. Por esse motivo, os Ministros, em seus respectivos votos, limitaram-se, de um modo geral, à análise da questão da eficácia da emenda constitucional. Por maioria de votos, decidiu-se que a incidência da modificação trazida pela EC52/2006 só poderia se verificar nas eleições que viessem a ocorrer após um ano da publicação da emenda (no caso, em 2010), em respeito ao art. 16, da CF/88 e à cláusula pétrea da segurança jurídica⁵⁵.

O Tribunal propugnou, assim, pela inconstitucionalidade parcial da EC 52/2006, realizando interpretação conforme à Constituição do art. 2º da emenda.

Os doutrinadores que identificam na CF/88 a proteção, ainda que implícita, de uma coerência político-partidária, a englobar a defesa da fidelidade partidária e da verticalização das coligações eleitorais, receberam com desgosto a decisão do Tribunal.

A exigência constitucional da vericalização pode não ser expressa, mas está no âmago do sistema e dos princípios constitucionais colacionados. Admitir a constitucionalidade, ainda que parcial (para o futuro), da E.C n. 52/2.006, como fez o S.T.F, significa quebrar aquele núcleo mínimo [...] Pode-se conviver com a não-verticalização, na tese do S.T.F, desde que essa regra não seja imposta imediatamente⁵⁶.

Em contra-argumentação, seria possível aduzir que o Tribunal não julgou inconstitucional a parte da EC52/2006 afeta à não-verticalização, por não ter sido objeto de questionamento na ação. Ocorre que, mesmo transcendendo o objeto da

⁵³ Art. 1º, EC 52/2006 – O § 1º do art. 17 da Constituição Federal passa a vigorar com a seguinte redação: “Art. 17..., §1º. É assegurada aos partidos políticos autonomia para definir sua estrutura interna, organização e funcionamento e para adotar os critérios de escolha e o regime de suas coligações eleitorais, sem obrigatoriedade de vinculação entre as candidaturas em âmbito nacional, estadual ou municipal, devendo seus estatutos estabelecer normas de disciplina e fidelidade”.

⁵⁴ Art. 2º, EC 52/2006 – Esta Emenda Constitucional entra em vigor na data de sua publicação, aplicando-se às eleições que ocorrerão no ano de 2002.

⁵⁵ BRASIL, STF, ADI 3685/DF, Rel. Min. Ellen Gracie. DJ 10.08.2006.

⁵⁶ TAVARES, André Ramos. Op. Cit., nota x, p. 761-763.

ADI 3685, a questão despertou alguns apontamentos, ainda que tangenciais, a evidenciarem o posicionamento do Tribunal sobre o tema.

Em síntese, a revogação da necessidade de verticalização não é, por si só, inconstitucional. Trata-se em princípio, de dispositivo que visa a ampliar a própria autonomia dos partidos políticos. Entretanto, verifica-se que a aplicação imediata da EC nº 52/2006, nos termos de seu art. 2º, viola a garantia institucional da anualidade.⁵⁷

Nessa linha argumentativa, o Tribunal permitiu a compreensão de que o afastamento da regra da verticalização não contraria a equação político-partidária incorporada pela CF/88, sinalizando para a inexistência de um dever constitucional de coerência político-partidária.

Nesse sentido, a manifestação do STF em sede da ADI 3685 pode ser tomada como mais uma confirmação do precedente de que a CF/88 não permite a aplicação da regra da fidelidade partidária, já que os Ministros não acolheram como constitucional o dever que a fundamentaria.

Em síntese, a análise dos precedentes do STF autoriza a afirmação de que o Tribunal firmou jurisprudência no sentido da inaplicabilidade da regra da fidelidade partidária no ordenamento brasileiro formado a partir da Constituição de 1988.

c) Superação dos próprios precedentes

Em manifestação publicada em outubro de 2007, o Supremo Tribunal Federal, contrariando seus próprios precedentes, reconheceu a proteção constitucional da fidelidade partidária.

A discussão que ensejou a recente alteração performática do STF teve início com a consulta formulada pelo Partido da Frente Liberal (PFL) ao Tribunal Superior Eleitoral (CTA nº 1389/DF), sintetizada por meio da seguinte indagação:

⁵⁷ Voto do Gilmar Mendes, p. 84-45 do inteiro teor do acórdão. ADI 3865

Os partidos e coligações têm o direito de preservar a vaga obtida pelo sistema eleitoral proporcional, quando houver pedido de cancelamento de filiação ou de transferência do candidato eleito por um partido para outra legenda?⁵⁸

Na sessão de 27/03/2007, o TSE respondeu positivamente à consulta mencionada, firmando o entendimento de que ante ao abandono do partido pelo parlamentar, torna-se possível reconhecer um direito subjetivo do partido à cadeira no parlamento, a ser ocupada pelo suplente⁵⁹.

Com base na resolução do TSE, os Partidos da Social Democracia Brasileira (PSDB), Popular Socialista (PPS) e Democratas (DEM), este último, o antigo Partido da Frente Liberal (PFL), impetraram mandados de segurança perante o Supremo Tribunal Federal contra decisão do Presidente da Câmara dos deputados, a qual manteve os mandatos de deputados federais que haviam mudado de filiação partidária.

Os mandados de segurança (MS 26602, 26603 e 26604) foram julgados em conjunto pelo STF, que decidiu, majoritariamente, pelo indeferimento das seguranças e incorporou, de forma inédita, a tese da aplicabilidade da fidelidade partidária⁶⁰, esposada pelo TSE. A seguir, será detalhada a argumentação dos Ministros, começando-se pelos votos dos Ministros que relataram os mandados de segurança.

O MS 266002, impetrado pelo Partido Popular Socialista (PPS), foi relatado pelo Min. Eros Grau, que propugnou pelo não conhecimento do *writ*. O Ministro questionou a liquidez e certeza do direito alegado pelo Partido (direito ao mandato), tendo em vista que os parlamentares informaram que teriam se desligado do partido por alteração ideológica da agremiação política, o que, de acordo com o Ministro, não seria possível discutir na via estreita do mandado de

⁵⁸ A indagação foi atrelada às seguintes considerações: (1) de “que o art. 108 do Código Eleitoral estabelece que a eleição dos candidatos a cargos proporcionais é resultado do quociente eleitoral apurado entre os diversos partidos e coligações envolvidos no certame democrático”; (2) de “que é condição constitucional de elegibilidade a filiação partidária, posta para indicar ao eleitor o vínculo político e ideológico dos candidatos”; (3) e de “que o cálculo das médias é decorrente do resultado dos votos válidos, atribuídos aos partidos e coligações” (CTA 1308)

⁵⁹ Síntese da decisão constante da ata da consulta 1398 ao TSE: “O Tribunal, por maioria, respondeu positivamente à Consulta, na forma do voto do Relator e das notas taquigráficas. Vencido o Ministro Marcelo Ribeiro. Votaram com o Relator os Ministros Marco Aurélio (Presidente), Cezar Peluso, Carlos Ayres Britto, José Delgado e Caputo Bastos”. Ementa: “Consulta. Eleições proporcionais. Candidato eleito. Cancelamento de filiação. Transferência de partido. Vaga. Agremiação. Resposta afirmativa”

⁶⁰ As decisões relativas aos MS 26602, 26603 e 26604 não foram até a conclusão desta pesquisa (abril de 2008) publicadas na íntegra, seja no site do STF, seja no Diário de Justiça. As informações citadas no trabalho foram extraídas do informativo do STF nº 482.

segurança. Aduziu também a ausência de preceito constitucional para a perda do mandato pelo parlamentar sem ampla defesa⁶¹. O voto do Ministro Relator Eros Grau figurou entre os vencidos.

O MS 26603, impetrado pelo Partido da Social Democracia Brasileira (PSDB), foi relatado pelo Min. Celso de Mello, que votou pelo conhecimento do mandado e pela denegação da ordem. Argumentou o Ministro que o mandato parlamentar pertence ao partido, e não ao eleito, no que foi acompanhado pela maioria dos votos.

A ruptura dos vínculos de caráter partidário e de índole popular, provocada por atos de infidelidade do representante eleito (infidelidade ao partido e infidelidade ao povo), subverte o sentido das instituições, ofende o senso de responsabilidade política, traduz gesto de deslealdade para com as agremiações partidárias de origem, compromete o modelo de representação popular e fraudada, de modo acintoso e reprovável, a vontade soberana dos cidadãos eleitores, introduzindo fatores de desestabilização na prática do poder e gerando, com imediato efeito perverso, a deformação da própria ética de governo, com projeção vulneradora sobre a própria razão de ser e os fins visados pelo sistema proporcional, tal como previsto e consagrado pela Constituição da República.

O Min. Celso de Mello ponderou, entretanto, que a aplicação da regra da fidelidade partidária deveria incidir apenas após a data da decisão do TSE, de 27 de março de 2007 e que a declaração da vacância do mandato não seria imediata, dependeria de análise do TSE. No mesmo sentido, o voto da Ministra Carmen Lúcia, que relatou o MS 26604, impetrado pelo Partido Democratas (DEM): "quem prepara as listas de candidatos são os partidos, e a ele deve ser dado o mandato".

O voto do Ministro Celso de Mello, com o reconhecimento da aplicabilidade da regra da fidelidade partidária a partir de 27 de março de 2007, deu contorno à decisão majoritária do Tribunal. Acompanharam-no os Ministros Carlos Alberto Direito, Cezar Peluso, Ellen Gracie e Gilmar Mendes.

O Ministro Gilmar Mendes, que em 2004, ao relatar o MS 23405, julgado em março de 2004, havia afirmado de forma categórica que “é certo que a Constituição não fornece elementos para que se provoque o resultado pretendido pelo requerente” (perda do mandato por infidelidade); de forma não menos categórica deixou assentado no julgamento de 2007:

⁶¹ BRASIL. STF. INFO 482.

Ninguém é obrigado a ingressar em um partido e nem a ele permanecer, mas não se pode dispor do mandato como se fosse seu. O abandono da legenda, levando em conta as exceções, a meu ver, deve dar ensejo à extinção do mandato.

Os Ministros Carlos Ayres Britto e Marco Aurélio de Mello incorporaram a aplicabilidade da regra da fidelidade partidária, mas divergiram da tese vencedora quanto ao marco inicial da adoção da regra. Por compreenderem imprópria essa restrição temporal da regra, concederam as seguranças denegadas pela maioria dos ministros:

Os Ministros Joaquim Barbosa e Ricardo Lewandowski acompanharam a linha minoritária do Ministro Eros Grau, não conhecendo dos mandados de segurança, pela inaplicabilidade da regra da fidelidade partidária.

Assim, à exceção desses três últimos ministros citados, o Tribunal, em outubro de 2007, reconheceu a fidelidade partidária como princípio constitucional de caráter vinculante, em total superação aos precedentes firmados ao longo da vigência da CF/88.

d) Interpretação ampliativa dos próprios poderes

Além da matéria da fidelidade ter se revelado alvo de profunda modificação na orientação do Supremo Tribunal Federal, serviu também de pretexto para que o órgão refletisse sobre o seu papel no arranjo institucional brasileiro, como mostram as palavras do Ministro Celso de Mello.

Cabe fazer, ainda, uma outra observação: não se diga que o Supremo Tribunal Federal, ao reconhecer a procedência de tese acolhida, em Consulta, pelo Tribunal Superior Eleitoral, estaria usurpando atribuições do Congresso Nacional. Decididamente, não, pois cabe, ao Supremo Tribunal Federal, em sua condição institucional de guardião da Constituição, interpretá-la e, de seu texto, extrair, nesse processo de indagação constitucional, a máxima eficácia possível, em atenção e respeito aos grandes princípios estruturantes que informam, como verdadeiros vetores interpretativos, o sistema de nossa Lei Fundamental.

Não obstante a argumentação do Ministro, a recente alteração performática do STF em matéria político-partidária colocou-se, como será apontado, no sentido de uma interpretação ampliativa dos próprios poderes.

O Ministro Celso de Mello fez questão de enfatizar em seu voto que não se tratava de impor, ao parlamentar infiel, sanção de perda de mandato, por mudança de partido; até porque de outra forma encontraria obstáculos no art. 55, da CF/88, o qual estabelece rol exaustivo de causas de perda de mandato e não contempla a hipótese de infidelidade partidária.

Segundo o Ministro, tratava-se, na realidade, de reconhecer que não há direito subjetivo autônomo ou de expectativa de direito autônomo à manutenção pessoal do cargo, ante ao desligamento estratégico do partido originário pelo parlamentar. Nessa esteira, ressaltou os casos de desligamento legítimo do partido por fidelidade do parlamentar à ideologia originária, ou seja, casos em que a infidelidade ocorreu do lado do partido, que modificou sensivelmente as suas orientações.

A decisão do STF, se bem compreendida, não confere a titularidade do mandato parlamentar necessariamente ao partido. O mandato é atrelado à ideologia originária que ditou a filiação do parlamentar ao partido. Quando há o desligamento de um parlamentar do quadro partidário, faz-se necessária a análise de seu motivo, de tal sorte a se verificar quem se manteve fiel à ideologia originária, a se verificar, portanto, quem titulariza o mandato.

[...] pode não ser o caso de deserção ou traição ideológica. A migração se dá, pelo contrário, por um imperativo de resistências ideológica de membro do partido, ou seja, o candidato não deserdou de seus ideais, quem deserdou foi o partido.

A explicação do Ministro faz amplo sentido. Se o parlamentar mudou de partido porque este modificou as suas bases ideológicas, a infidelidade foi praticada pelo partido, o mandato acompanha aquele se mantém coerente com a ideologia.

Por outro lado, se a maioria dos Ministros decidiu pelo conhecimento dos mandados de segurança, significa que consideram possível realizar juridicamente uma análise da fidelidade político-ideológica e, o que é ainda mais inusitado, nas vias estreitas de um mandado de segurança.

Em última instância, todo caso de troca de partidos poderia, na esteira desse novo precedente do STF, suscitar uma discussão judicial sobre ideologia política. Se o Supremo Tribunal Federal corresponde à última instância do Poder

Judiciário, caberia aos Ministros a última palavra “jurídica” sobre uma questão que é eminentemente política.

Com quais critérios poderia uma jurisdição constitucional avaliar qual a ideologia política originária de um determinado partido? A situação torna-se ainda mais esdrúxula se considerado o contexto brasileiro de total sincretismo partidário. Há partidos que se comportam como camaleões no mundo político, vestem a camuflagem discursiva que as conveniências políticas lhe apontam como mais oportuna.

Em tais casos, o parlamentar tem que ser fiel exatamente a quê? De acordo com o STF, deve ser fiel à ideologia política que a Corte Constitucional brasileira entender como originária.

Mas a questão provocou desacordo entre os próprios Ministros e acabou sendo contornada pela regra da maioria. O problema é que o desacordo sobre ideologias partidárias abrange todos os atores sociais e políticos. E, ainda assim, sentiu-se à vontade a Corte Suprema para decidir a questão a partir da contagem de cabeças dos Ministros. Mais uma vez, o STF tentou concentrar em si a realização da moralidade política, em clara manifestação de ativismo judicial.

4

Possíveis causas do recente Ativismo Judicial no STF

4.1

Ampla renovação na composição de Ministros

As alterações performáticas no Supremo Tribunal Federal, destacadas no capítulo anterior, foram verificadas em período marcado por algumas peculiaridades que sugerem conexão estreita com essas alterações.

Os dois exemplos analisados como indicadores de ativismo judicial nesta pesquisa traduzem alterações performáticas levadas a efeito no ano de 2007, mesmo ano em que se completou uma ampla renovação no quadro de Ministros do Supremo Tribunal Federal.

“A nova composição do Supremo acaba por concluir este processo e a perceber a necessidade de introdução destas inovações” – afirmou o Ministro Gilmar Ferreira Mendes, atual Presidente do Supremo Tribunal Federal, quando indagado sobre a recente alteração na jurisprudência da Corte¹. A associação entre os eventos é mesmo inevitável.

Neste tópico, será percorrido o caminho pelo qual se deu essa ampla renovação de Ministros no Supremo Tribunal Federal, sinalizando-se, assim, uma das possíveis causas do recente ativismo judicial na Jurisdição Constitucional brasileira².

Trata-se de processo intensificado a partir de 2003, com o primeiro mandato do Presidente Luiz Inácio Lula da Silva, no qual teve a oportunidade de nomear seis dos onze Ministros do Supremo Tribunal. No ano de 2007, já em exercício do seu segundo mandato, o Presidente da República pôde nomear ainda mais um Ministro, completando o número incrível de sete nomeações.

¹ As palavras transcritas referem-se a trecho da entrevista concedida pelo Ministro Gilmar Mendes ao jornal Valor Econômico de 18 de outubro de 2007.

² Os dados utilizados nesse item foram extraídos do próprio site institucional do Supremo Tribunal Federal, a partir do qual é possível conhecer a história dos Ministros, sistematizada de diversos modos: por antiguidade, indicação presidencial, linha sucessória, etc. (Disponível em: <<<http://www.stf.gov.br/portal/ministro/ministro.asp>>>).

O processo de ampla renovação do quadro de Ministros do Supremo Tribunal tem, contudo, raízes mais remotas. Inicia-se a partir de 1985, com a saída dos Ministros nomeados durante o Regime Militar. No ano seguinte, tomou posse o Ministro Célio Borja, professor de Direito Constitucional e ex-presidente da Câmara dos Deputados.

Em 1989, já sob a égide da Constituição Federal de 1988, o Presidente José Sarney pôde nomear outros três Ministros: Paulo Brossard, que havia sido Consultor-Geral da República e Ministro da Justiça no governo Sarney, depois de uma carreira política na qual foi Deputado Estadual, Deputado Federal e Senador; Sepúlveda Pertence, que havia sido membro do Ministério Público do Distrito Federal (1963-1969), advogado (1969-1985), e Procurador-Geral da República (a partir de 1985); e Celso de Mello, membro do Ministério de São Paulo por dezenove anos.

Com Fernando Collor de Mello na Presidência da República, ainda que por menos de três anos, foram nomeados quatro Ministros. No ano de 1990, nomeou o Ministro Marco Aurélio de Mello, seu primo, que havia atuado como advogado trabalhista, membro do Ministério Público do Trabalho e magistrado da Justiça do Trabalho; e o Ministro Carlos Velloso, que havia sido membro da magistratura federal, desde 1967, Juiz Federal, Ministro do Tribunal Federal de Recursos, Ministro do Superior Tribunal de Justiça, e professor de Direito Constitucional e de Direito Público.

A nomeação do Ministro Carlos Velloso se deu em função da vaga aberta com a saída do Ministro Francisco Rezek, ex-Procurador da República, que havia renunciado ao cargo para se tornar Ministro das Relações Exteriores no governo do Presidente Fernando Collor de Mello³.

Já no ano de 1991, o Presidente Collor nomeou o Ministro Ilmar Galvão, que havia sido membro da magistratura federal por mais de 20 anos, Juiz Federal no Acre e no distrito Federal, Ministro do Tribunal Federal de Recursos, Ministro do Superior Tribunal de Justiça, e professor universitário.

³ O Ministro Rezek voltou a ser nomeado ao STF em 1992 pelo Presidente Collor, circunstância que acabou provocando certa polêmica em razão de o Ministro ter presidido Tribunal Superior Eleitoral durante as eleições que conduziram Fernando Collor à Presidência. Nesse sentido, Osvaldo Maneschy: “não foi à toa – na minha suspeita opinião – que Francisco Rezek deixou o Supremo, depois de presidir o TSE em 1989, e se tornou ministro de Collor. Quando explodiu em escândalos a República das Alagoas, voltou ao Supremo renomeado pelo moribundo Collor. Bela trajetória é isto, o resto é conversa” (Observatório da Imprensa, em 30 de novembro de 2004).

Em 1992, o Ministro Rezek deixo o Ministério das Relações Exteriores e foi nomeado novamente para o Supremo Tribunal Federal. Renunciou mais uma vez ao cargo, para integrar a Corte Internacional de Justiça, em Haia, cargo para o qual foi eleito pelo Conselho de Segurança e pela Assembléia-Geral das Nações Unidas, para um mandato de nove anos.

Com a nova saída do Ministro Rezek, nomeado em 1983 pelo Presidente General João Figueiredo, o quadro do Supremo Tribunal Federal já se encontrava sensivelmente revigorado, restando apenas dois Ministros nomeados à época do Regime Militar: o Ministro Moreira Alves, nomeado pelo Presidente Ernesto Geisel em 1975; e o Ministro Sydney Sanches, nomeado pelo Presidente João Figueiredo, em 1984. O Ministro Moreira Alves foi professor de Direito Civil e Direito Romano, advogado (1956-1969). O Ministro Sydney Sanches fez carreira na magistratura de São Paulo e foi professor de Direito Civil e Processual civil. Ambos permaneceram no Supremo até 2003.

Em 1994, o Presidente Itamar Franco, que, como vice de Collor, assumiu logo após o *impeachment* desse último, fez apenas uma nomeação para o Supremo: o Ministro Maurício Corrêa, advogado de carreira no Distrito Federal, eleito senador em 1986.

O Presidente Fernando Henrique Cardoso, em seu primeiro mandato, fez também apenas uma nomeação, em 1997: a de seu então Ministro da Justiça, Nelson Jobim, advogado, Professor de Direito Processual Civil e, por duas legislaturas, Deputado Federal.

Ainda em 1997, deu-se a aprovação da emenda constitucional que autorizou a reeleição de Prefeitos, Governadores e Presidente da República para o período subsequente. No ano seguinte, o Presidente Fernando Henrique foi reeleito.

Já de posse do seu segundo mandato, Fernando Henrique nomeou a Ministra Ellen Gracie (em 2000), a primeira mulher a compor o quadro do Supremo, a qual havia sido Procuradora da República por quinze anos e, por outros onze, integrante de Tribunal Regional Federal. Em 2002, o Presidente Fernando Henrique nomeou, ainda, o Ministro Gilmar Ferreira Mendes, professor de Direito Constitucional pós-graduado na Alemanha, com vasta e densa obra na matéria, o qual havia atuado como Advogado-Geral da União.

Essas foram as raízes do processo de renovação dos quadros do Supremo Tribunal, o qual foi efetivamente levado a cabo a partir de 2003, com a mais ampla e peculiar troca de Ministros do STF. Como antecipado no início desse tópico, o Presidente Luiz Inácio Lula da Silva, eleito pelo Partido dos Trabalhadores (PT), partido que jamais havia ocupado tal cargo; nomeou, só no seu primeiro mandato, seis Ministros; e, no segundo mandato, em 2007, mais um. Sete nomeações no espaço de quatro anos, a partir de um mesmo Presidente. Uma renovação dessa magnitude não ocorre sem maiores impactos na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.

Em 2003, o Presidente Lula nomeou: (1) o Ministro Cezar Peluso, integrante da magistratura paulista por mais de trinta anos e professor de Direito Processual Civil; (2) o Ministro Carlos Ayres Britto, advogado e professor de Direito Constitucional, (3) o Ministro Joaquim Barbosa, Procurador da república por vinte anos no Distrito Federal e no Rio de Janeiro, professor de Direito Constitucional e Administrativo.

Em 2004, nomeou: (4) o Ministro Eros Grau, gaúcho radicado em São Paulo, onde exerceu a advocacia por trinta anos, tendo também lecionado Direito Econômico. Em 2006, nomeou, ainda: (5) o Ministro Enrique Ricardo Lewandowski, advogado por dezesseis anos e membro da magistratura paulista, pelo quinto constitucional, por outros dezesseis anos e professor de Direito do Estado; e (6) a Ministra Cármen Lúcia Antunes da Rocha, advogada, Procuradora do Estado de Minas Gerais e professora de Direito Constitucional.

Com a aposentadoria compulsória do Ministro Sepúlveda Pertence em 2007, quando completou setenta anos, o Presidente Lula veio a realizar a sua sétima nomeação para o STF. O escolhido foi o Ministro Carlos Alberto Menezes Direito, que tomou posse do cargo em setembro de 2007.

Natural de Belém, do Pará, o mais recente Ministro do STF doutorou-se em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, foi chefe do gabinete do Prefeito da cidade do Rio de Janeiro de 1979 a 1980 e Prefeito, em exercício, do mesmo município entre 25 de maio de 1979 a 06 de junho de 1979; entre 23 de março de 1980 a 07 de abril de 1980; foi ainda Ministro do Superior Tribunal de Justiça, a partir de 1996.

Por ordem de antiguidade da nomeação, compõem, atualmente, o quadro do Supremo Tribunal Federal, os Ministros: 1- José Celso Mello Filho (1989); 2-

Marco Aurélio Mendes de Farias Mello (1990); 3- Ellen Gracie Northfleet (2000); 4- Gilmar Ferreira Mendes (2002); 5- Antonio Cezar Peluso (2003); 6- Carlos Ayres Britto (2003); 7- Joaquim Benedito Barbosa Gomes (2003); 8- Eros Roberto Grau (2004); 9- Enrique Ricardo Lewandowski (2006); 10- Cármen Lúcia Antunes Rocha (2006); 11- Carlos Alberto Menezes Direito (2007)⁴.

A nova composição é marcada por alguns pontos interessantes. Pelo menos cinco dos Ministros lecionam ou lecionaram Direito Constitucional em centros universitários: Ellen Gracie; Gilmar Mendes; Carlos Britto; Joaquim barbosa e Cármen Lúcia. Há duas mulheres (Ellen Gracie e Cármen Lúcia) entre os onze Ministros do STF, fato inédito.

Imediatamente antes de comporem o quadro do STF, os Ministros eram: advogados (Gilmar Mendes, Carlos Britto, Eros Grau e Carmén Lúcia); membros do Ministério Público Estadual (Celso Mello) e Federal (Joaquim Barbosa); Desembargadores do Tribunal de Justiça de São Paulo (Cezar Peluso e Ricardo Lewandowski); membros da magistratura trabalhista (Marco Aurélio) e Federal (Ellen Gracie) e ministros do Superior Tribunal de Justiça (Menezes Direito).

Merece registro, ainda, o fato de nenhum dos atuais Ministros ter tido experiência como titular de cargo eletivo, no Poder Legislativo ou Executivo. O Ministro Menezes Direito foi o que mais se aproximou da hipótese, ao exercer cargos políticos: foi secretário de Educação do Estado do Rio de Janeiro, Presidente da Casa da Moeda, Chefe de gabinete da Prefeitura do Rio de Janeiro (1979-1980) e Chefe de gabinete do Ministro de Estado de Educação e Cultura (1975-1978).

Nota-se, assim, a prevalência de um caráter técnico-jurídico no quadro da Jurisdição Constitucional brasileira. Esse caráter ditaria um menor pudor, por parte dos Ministros, em se apropriarem da realização da moralidade política no Brasil? Não necessariamente. A história oferece exemplos que diluem a lógica de que um ex-político teria, enquanto membro de um Tribunal Constitucional, maior pudor em interferir no espaço reservado aos outros poderes estatais. Na Suprema Corte americana, um dos juízes mais acusados de ativismo judicial, o juiz Warren, era ex-governador da Califórnia.

⁴ Encontram-se sublinhados os nomes comumente utilizados pelos Ministros ou pelos quais são referidos.

De todo modo, essa prevalência do caráter técnico-jurídico oferece, sem dúvida, uma sofisticação inédita aos votos dos Ministros, voltada, por vezes, à tentativa de justificar as exorbitâncias da jurisdição, conforme ainda será acentuado nesta pesquisa.

4.2

Efeito discursivo da súmula vinculante

Outra circunstância recente, a ser investigada como possível causa do ativismo judicial no Supremo Tribunal Federal diz respeito ao efeito discursivo que o instrumento da súmula vinculante pode produzir.

No ano de 2004, consagrou-se no Brasil, com a aprovação da Emenda Constitucional n.º 45, um divisor de águas na análise da jurisdição constitucional. Entre as diversas modificações constitucionais que a emenda operou, no escopo de uma Reforma do Judiciário, foram adotados mecanismos que traduziram uma verdadeira aposta no Supremo Tribunal Federal, a exemplo do instrumento da súmula vinculante⁵.

Previsto no art. 103-A, da CF/88, incorporado à Constituição pela EC n.º 45/2004, o instrumento confere poderes para que o Supremo Tribunal Federal torne vinculante a todos os outros órgãos do Poder Judiciário, bem como à Administração pública direta e indireta, entendimento que tenha reiterado em decisões sobre matéria constitucional⁶.

⁵ Foi, também, introduzido pela EC n.º 45/2004, o mecanismo da “súmula impeditiva de recurso”. Qualquer súmula criada pelo STF ou pelo Superior Tribunal de Justiça (STJ) é tomada como súmula impeditiva de recurso: “o juiz não receberá o recurso de apelação quando a sentença estiver em conformidade com súmula do Superior Tribunal de Justiça ou do Supremo Tribunal Federal” (art. 518, do CPC, com redação alterada pela Lei 11.276, de 2006). A súmula impeditiva de recurso não impõe o entendimento dos Tribunais superiores aos inferiores, apenas possibilita que esses últimos, caso decidam de acordo com as súmulas editadas pelos primeiros, deixem de receber o recurso de apelação das respectivas decisões.

⁶ Art. 103-A. O Supremo Tribunal Federal poderá, de ofício ou por provocação, mediante decisão de dois terços dos seus membros, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, aprovar súmula que, a partir de sua publicação na imprensa oficial, terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, bem como proceder à sua revisão ou cancelamento, na forma estabelecida em lei. (EC n.º 45/04).

Súmula corresponde a um pequeno resumo⁷. No âmbito judicial, trata-se da síntese ou enunciado de um entendimento jurisprudencial, extraído de reiteradas decisões no mesmo sentido, sendo, normalmente, numerados. A súmula já era instrumento amplamente utilizado pelos órgãos judiciais brasileiros.

A novidade, trazida pela EC nº45/2004, está em dotar a súmula de caráter vinculante. O efeito vinculante, atribuído à sumula, implica que as cortes inferiores julguem em conformidade com o que foi decidido pelas cortes superiores. O objetivo é permitir tratamento igual para situações semelhantes, uniformidade, regularidade, segurança jurídica, eficiência e transparência⁸.

Assim como a súmula, o efeito vinculante, em si, já existia no ordenamento brasileiro. Foi introduzido em 1993, com a Emenda Constitucional nº 03, que acrescentou o parágrafo segundo ao art. 102 da CF/88, atribuindo eficácia vinculante às decisões definitivas de mérito do Supremo Tribunal Federal em Ações Declaratórias de Constitucionalidade (ADC)⁹.

Com a edição da Lei 9868, de 1999, nos termos de seu art. 28, parágrafo único, o efeito vinculante foi estendido às decisões prolatadas em sede de Ações Diretas de Inconstitucionalidade (ADI)¹⁰. Apesar das extensões, o efeito vinculante permanecia adstrito ao âmbito do controle concentrado de constitucionalidade.

Foi apenas com a EC nº 45/2004 que o efeito vinculante pôde ser associado a súmulas, e transcender o controle concentrado. Importa anotar que apenas o Supremo Tribunal Federal pode editar súmula de natureza vinculante. De outro lado, as súmulas que já haviam sido elaboradas por este órgão permanecerão

⁷ “Súmula: pequena suma”. “Suma: sinopse, resumo.” (FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Miniaurélio: o minidicionário da língua portuguesa*. Curitiba, positivo, 2004).

⁸ MACEY, R. Jonathan. *The internal and external costs and benefits of stare decisis*. Chicago, Law Review, vol. 65:93, 1989.

⁹ “A grande inovação instituída pela EC 3/93, no entanto, concerne à outorga de efeito vinculante às decisões definitivas de mérito — quer as que confirmam a constitucionalidade (juízo de procedência da ação), quer as que declaram a inconstitucionalidade de leis ou atos normativos federais (juízo de improcedência da ação) — proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, em sede de ação declaratória de constitucionalidade (CF, art. 102, § 2º).” (PET 1.402-MC, Rel. Min. Celso de Mello, decisão monocrática, julgamento em 4-3-98, DJ de 16-3-98).

¹⁰ “Parágrafo único. A declaração de constitucionalidade ou de inconstitucionalidade, inclusive a interpretação conforme a Constituição e a declaração parcial de inconstitucionalidade sem redução de texto, têm eficácia contra todos e efeito vinculante em relação aos órgãos do Poder Judiciário e à Administração Pública federal, estadual e municipal”.

com o caráter não-vinculante, a não ser que sejam submetidas ao procedimento adequado¹¹, de que se passa a tratar.

Só se considera súmula vinculante a que seja editada pelo Supremo Tribunal Federal, em observância estrita do procedimento previsto pela Lei 11.417/2006, que regulamentou o art. 103-A, da CF/88, disciplinando a edição, a revisão e o cancelamento de enunciados de súmula vinculante pelo STF.

Nos termos do diploma regulamentador, o STF pode, de ofício ou por provocação, editar, após reiteradas decisões sobre a matéria constitucional, enunciado de súmula que terá efeito vinculante a partir da sua publicação na imprensa oficial. O efeito vinculante se dará em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário¹² e à administração pública direta e indireta, em todas as esferas federativas¹³.

O objeto do enunciado da súmula vinculante limita-se à validade, à interpretação e à eficácia de normas constitucionais determinadas, em torno das quais haja controvérsia atual (relevante no momento em que se discuta o enunciado) entre órgãos judiciários ou entre esses e a administração pública¹⁴, a qual acarrete grave insegurança jurídica e relevante multiplicação de processos sobre idêntica questão¹⁵.

Para editar, revisar ou cancelar o enunciado de súmula vinculante, necessária adesão de dois terços (oito) dos Ministros, em sessão plenária do Supremo Tribunal Federal¹⁶, com prévia manifestação do Procurador-Geral da República, quando a proposta não for sua¹⁷. A decisão deve ser publicada até dez dias após a sessão plenária no Diário de Justiça e no Diário Oficial da União, em sessão especial, com o respectivo enunciado¹⁸.

¹¹ Art. 103-A, §1º, da CF/88.

¹² Importante lembrar que as turmas do STF, por constituírem órgãos do Poder Judiciário, encontram-se submetidas à vinculação.

¹³ Art. 2º, *caput*, da Lei 11417, de 2006.

¹⁴ Isso significa que a controvérsia tem que envolver órgãos judiciários diversos (por exemplo, dois Tribunais), ou um órgão judiciário e um administrativo. A controvérsia entre dois órgãos da Administração Pública não atende ao requisito imposto em lei.

¹⁵ Art. 2º, §1º, da Lei 11.417, de 2006.

¹⁶ Art. 2º, §3º, da Lei 11.417, de 2006.

¹⁷ Art. 2º, §2º, da Lei 11.417, de 2006.

¹⁸ Art. 2º, §4º, da Lei 11.417, de 2006.

Quanto à legitimação ativa para proposta de edição, revisão e cancelamento de enunciado de súmula vinculante, o legislador¹⁹ resolveu ir além do rol utilizado para propositura das ações do controle abstrato (art. 103), estendendo a legitimidade ao Defensor Público-Geral da União; e aos Tribunais²⁰. Previu-se, ainda, a legitimidade ao município, incidentalmente no processo em que seja parte, para propor a edição, revisão ou cancelamento do enunciado de súmula vinculante²¹.

A regulamentação do instituto ainda contou com a incorporação do mecanismo da modulação de efeitos, já previsto para as decisões em sede de ADI e ADC²². O STF pode, valendo-se desse mecanismo, restringir os efeitos vinculantes, ou decidir que o enunciado só tenha eficácia a partir de outro momento oportuno, considerando-se razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse público, se assim se pronunciarem dois terços (oito) dos Ministros²³.

O efeito vinculante das súmulas é instrumentalizado pelo mecanismo da reclamação, que, uma vez julgada procedente pelo STF, repercute na anulação do ato administrativo ou na cassação da decisão judicial impugnada, nos termos do art. 7º, §2º, da Lei 11417, de 2006²⁴.

Todos esses requisitos, que compõem o procedimento previsto para a criação de uma súmula vinculante, separam-na das súmulas não-vinculantes, existentes no Brasil, mesmo as elaboradas pelo Supremo Tribunal Federal.

¹⁹ Art. 103-A, §2º. “Sem prejuízo do que vier a ser estabelecido em lei, a aprovação, revisão ou cancelamento de súmula poderá ser provocada por aqueles que podem propor ação direta de inconstitucionalidade”.

²⁰ Art. 3º, da Lei 11.417, de 2006: “São legitimados a propor a edição, a revisão ou o cancelamento de enunciado de súmula vinculante: I - o Presidente da República; II - a Mesa do Senado Federal; III - a Mesa da Câmara dos Deputados; IV - o Procurador-Geral da República; V - o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil; VI - o Defensor Público-Geral da União; VII - partido político com representação no Congresso Nacional; VIII - confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional; IX - a Mesa de Assembléia Legislativa ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal; X - o Governador de Estado ou do Distrito Federal; XI - os Tribunais Superiores, os Tribunais de Justiça de Estados ou do Distrito Federal e Territórios, os Tribunais Regionais Federais, os Tribunais Regionais do Trabalho, os Tribunais Regionais Eleitorais e os Tribunais Militares” (grifo nosso, em destaque às figuras que exorbitam o rol do art. 103, da CF/88).

²¹ Art. 3º, §1º, da Lei 11.417, de 2006, com a ressalva de que não se autoriza, com isso, a suspensão do processo.

²² Art. 27, Lei 9868, de 1999.

²³ Art. 4º, da Lei 11.417, de 2006.

²⁴ Art. 7º, da Lei 11417, de 2006, *caput*: “da decisão judicial ou do ato administrativo que contrariar enunciado de súmula vinculante, negar-lhe vigência ou aplicá-lo indevidamente caberá reclamação ao Supremo Tribunal Federal, sem prejuízo dos recursos ou outros meios admissíveis de impugnação”. §2º: “Ao julgar procedente a reclamação, o Supremo Tribunal Federal anulará o ato administrativo ou cassará a decisão judicial impugnada, determinando que outra seja proferida com ou sem aplicação da súmula, conforme o caso”.

Súmulas vinculantes. Natureza constitucional específica (art. 103-A, § 3º, da CF) que as distingue das demais súmulas da Corte (art. 8º da EC 45/04). Súmulas 634 e 635 do STF. Natureza simplesmente processual, não constitucional. Ausência de vinculação ou subordinação por parte do Superior Tribunal de Justiça²⁵.

Apenas no dia 30 de maio de 2007, o Supremo Tribunal Federal fez uso do novo instrumento, com a edição dos três primeiros enunciados de súmula vinculante.

- **Súmula Vinculante 1:** OFENDE A GARANTIA CONSTITUCIONAL DO ATO JURÍDICO PERFEITO A DECISÃO QUE, SEM PONDERAR AS CIRCUNSTÂNCIAS DO CASO CONCRETO, DESCONSIDERA A VALIDADE E A EFICÁCIA DE ACORDO CONSTANTE DE TERMO DE ADESÃO INSTITUÍDO PELA LEI COMPLEMENTAR 110/2001;
- **Súmula Vinculante 2:** É INCONSTITUCIONAL A LEI OU ATO NORMATIVO ESTADUAL OU DISTRITAL QUE DISPONHA SOBRE SISTEMAS DE CONSÓRCIOS E SORTEIOS, INCLUSIVE BINGOS E LOTERIAS;
- **Súmula Vinculante 3 :** NOS PROCESSOS PERANTE O TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO ASSEGURAM-SE O CONTRADITÓRIO E A AMPLA DEFESA QUANDO DA DECISÃO PUDE RESULTAR ANULAÇÃO OU REVOGAÇÃO DE ATO ADMINISTRATIVO QUE BENEFICIE O INTERESSADO, EXCETUADA A APRECIÇÃO DA LEGALIDADE DO ATO DE CONCESSÃO INICIAL DE APOSENTADORIA, REFORMA E PENSÃO²⁶.

A incorporação do instituto das súmulas vinculantes, tal como acima delineado, não se deu sem disputas na comunidade jurídica brasileira, mas a hesitação inicial do Supremo Tribunal Federal em utilizá-lo parece ter tido efeito calmante sobre os opositores²⁷.

Agora, no dia 30 de abril de 2008, prazo fatal para conclusão da presente pesquisa, o Supremo aprovou mais um enunciado de súmula vinculante.

²⁵BRASIL. STF. Rcl 3.979-AgR, Rel. Min. Gilmar Mendes, julgamento em 3-5-06, DJ de 2-6-06.

²⁶Disponível em:

<<<http://www.stf.gov.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=jurisprudenciaSumulaVinculante>>>.

²⁷ Cf. por todos: “o STF mostrou-se com parcimônia no uso de sua poderosa arma. Decantou três enunciados dentre aqueles que havia tomado como viáveis”. (MELO, José Tarcízio de Almeida. *Súmula vinculante: aspectos polêmicos, riscos e viabilidade*. Palestra proferida em 31.05.2007, na Escola Judicial Desembargador Edésio Fernandes – Tribunal de Justiça de Minas Gerais.)

Súmula Vinculante 4: SALVO OS CASOS PREVISTOS NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL, O SALÁRIO MÍNIMO NÃO PODE SER USADO COMO INDEXADOR DE BASE DE CÁLCULO DE VANTAGEM DE SERVIDOR PÚBLICO OU DE EMPREGADO, NEM SER SUBSTITUÍDO POR DECISÃO JUDICIAL²⁸.

O enunciado foi sugerido pelo Ministro Cezar Peluso, atual vice-Presidente do STF e foi aprovado por todos os Ministros. O Ministro Gilmar Mendes, que tomou posse da Presidência do STF no dia 23 de abril de 2008, avalia que a decisão do Plenário, sobre a inconstitucionalidade do uso do salário mínimo como indexador, tenha repercussão sobre cerca de quinhentos e oitenta processos semelhantes, em tramitação no STF e outros dois mil e quatrocentos em tramitação no Tribunal Superior do Trabalho (TST)²⁹.

A novidade quase escapa à presente pesquisa, limitada por um prazo apertado para conclusão. De qualquer modo, a análise proposta nesse item não se comprometeria.

Com alguns enunciados já aprovados, e outros tantos processos em curso, é provável que a doutrina brasileira ocupe-se com a discussão do conteúdo dos enunciados de súmula vinculante, oscilando entre aplausos e vaias – não é o bastante.

Um novo quadro foi pintado com a Emenda 45 de 2004, o quadro de uma jurisdição constitucional que pode mais: pode tornar o entendimento de onze ministros – acerca dos mais variados e complexos assuntos – obrigatório para toda a estrutura do Poder Judiciário e Executivo.

A expectativa sobre os entendimentos a serem veiculados/impostos através de súmula vinculante pelo STF pode obscurecer as implicações que a mera potencialidade do uso do instrumento já pode estar provocando, em ocasiões que a princípio não guardam qualquer relação com a súmula vinculante.

Na Reclamação 4335-5/AC, de 2007, acerca do sistema de controle de constitucionalidade brasileiro, mais especificamente, sobre as competências desse órgão e as do Senado em hipótese de controle difuso, alguns ministros esboçaram fragmentos importantes de sua concepção sobre o papel e os limites do STF. Na oportunidade, já se pôde sentir o efeito discursivo da súmula vinculante.

²⁸Disponível em:

<<<http://www.stf.gov.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=88106>>>.

²⁹Disponível em:

<<<http://www.stf.gov.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=88106>>>.

Segundo Gilmar Mendes, o Senado não pode, a partir da competência prevista no art. 52, X, da CF/88, “restringir ou ampliar a extensão do julgado proferido pelo Supremo Tribunal Federal”. A suspensão da execução da lei tem apenas o efeito de dar publicidade à decisão da Corte. Para o ministro, cabe ao tribunal definir os efeitos da decisão.

Se o Supremo Tribunal pode, em ação direta de inconstitucionalidade, suspender, liminarmente, a eficácia de uma lei, até mesmo de uma Emenda Constitucional, por que haveria a declaração de inconstitucionalidade, proferida no controle incidental, valer tão-somente para as partes? A única resposta plausível nos leva a crer que o instituto da suspensão pelo Senado assenta-se hoje em razão de índole exclusivamente histórica³⁰.

Note-se, no trecho acima transcrito, que o Ministro vale-se do grande poder de que o Tribunal goza no controle concentrado (“suspender, liminarmente, a eficácia de uma lei, até mesmo de uma Emenda Constitucional”); para justificar a interpretação ampliativa dos poderes do STF no controle difuso. O Ministro Eros Grau o acompanhou no que reconheceu constituir um quadro de verdadeira mutação constitucional³¹.

O então ministro Sepúlveda Pertence, na mesma ocasião, também reconheceu a prevalência do controle concentrado sobre o difuso e o caráter obsoleto do mecanismo de outorga ao Senado da competência para a suspensão da execução da lei. Realçou, porém, que já não seria necessário combatê-lo por meio do que chamou de “projeto de decreto de mutação constitucional”, uma vez que a EC nº 45/2004 havia dotado o Supremo de um poder que dispensaria essa intervenção do Senado – a súmula vinculante³².

Não se tratou propriamente da edição de um enunciado de súmula vinculante, mas, ainda assim, o instituto foi utilizado: discursivamente. O Ministro argumentou que pela via da súmula vinculante, o STF se manifesta sem qualquer interferência do Senado Federal, superando-se assim a baliza do art. 52, X, da CR/88 e o próprio controle difuso.

Trata-se de mais um caso recente em que Ministros do STF atuam no sentido de concentrarem na Corte poderes reservados e, nesse caso, pela própria Constituição que alegam proteger, ao Poder Legislativo.

³⁰ Rcl 4335/AC. Informativo 463.

³¹ Ibid.

³² Rcl 4335/AC. Informativo 463.

Nota-se, assim, que a simples institucionalização da súmula vinculante, independentemente de seu efetivo uso, contribui para um maior e indesejável ativismo desse Tribunal, no raciocínio de que <<quem pode o mais, pode o menos>>.

Nesse ponto, a pesquisa alerta para a necessidade de se transcender a mera contabilização dos enunciados aprovados pelos Ministros. A utilização efetiva da súmula, a partir da edição de novos enunciados, pode não ser tão conveniente ao STF. Ao editar um enunciado, o STF cria balizas para as suas próprias turmas, que não poderão se manifestar de modo diferente enquanto o enunciado não for revisado ou cancelado.

A utilização discursiva do instituto pode colocar-se mais atraente, até porque as implicações que produz são mais sutis e, nem por isso, menos significativas.

4.3

Ambiente teórico favorável

Outro fator que merece destaque como possível causa do ativismo judicial no Supremo Tribunal Federal corresponde ao ambiente teórico que vem se construindo no Brasil, favorável a uma espécie de protagonismo da Jurisdição Constitucional.

A tese de uma nova proposta para a compreensão e implementação do Direito (constitucional) tem ganhado cada vez mais espaço na discussão literária brasileira e mundial. Sob o rótulo de ‘neoconstitucionalismo’ se têm agrupado correntes e teorias (‘pluralidade de pensamentos’) que conclamam o Judiciário a atuar como protagonista da idéia de Estado Constitucional Social de Direito³³.

A corrente neoconstitucionalista, já abordada nesse trabalho, recebeu uma versão brasileira, que vem se difundindo a passos largos, com o trabalho de divulgação de seus adeptos.

³³ TAVARES, André Ramos. Prefácio. In.: MOREIRA, Eduardo Ribeiro. *Neoconstitucionalismo: a invasão da Constituição*. São Paulo: Método, 2008.

Nesse ponto, merece destaque o estudo do Prof. Luís Roberto Barroso, “Neoconstitucionalismo e a constitucionalização do direito”, pela ampla divulgação editorial que teve, determinante para a difusão do discurso neoconstitucionalista no Brasil³⁴.

Em suma: o neoconstitucionalismo ou novo direito constitucional, na acepção aqui desenvolvida, identifica um conjunto amplo de transformações ocorridas no Estado e no direito constitucional, em meio às quais podem ser assinalados, (i) como *marco histórico*, a formação do Estado constitucional de direito, cuja consolidação se deu ao longo das décadas finais do século XX; (ii) como *marco filosófico*, o pós-positivismo, com a centralidade dos direitos fundamentais e a reaproximação entre Direito e ética; e (iii) como *marco teórico*, o conjunto de mudanças que incluem a força normativa da Constituição, a expansão da jurisdição constitucional e o desenvolvimento de uma nova dogmática da interpretação constitucional³⁵.

No capítulo 2, antecipou-se que o Professor Barroso considera a Constituição de 1988 o “marco histórico” brasileiro do que chama de “novo direito constitucional”, cumprindo a função que o constitucionalismo do pós-guerra exerceu para a Europa.

De acordo com o Professor, “sob a Constituição de 1988, o direito constitucional no Brasil passou da desimportância ao apogeu em menos de uma geração”³⁶.

No que se refere ao “marco filosófico”, mais um eixo em torno do qual se constrói o neoconstitucionalismo brasileiro, Barroso afirma cuidar-se do “pós-positivismo”. Para o autor, o marco constitui uma síntese entre o que chama de pensamento positivista e o jusnaturalismo, a qual formula nos seguintes termos: “o pós-positivismo busca ir além da legalidade estrita, mas não despreza o direito posto; procura empreender uma leitura moral do Direito, mas sem recorrer a categorias metafísicas”³⁷.

³⁴ BARROSO, Luís Roberto. *Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito: o triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil*. Revista da EMERJ, v. 9, nº 33, 2006. O texto foi reproduzido em sete revistas brasileiras entre 2005 e 2007 (http://biblioteca.senado.gov.br:8991/F/LI3XJGU261X1QHI6PCL7X1RKNL6GPFYHQBQRHXX1AN9RXPI7Y74-01194?func=full-set-set&set_number=015629&set_entry=000030&format=999), além de sua publicação em dois volumes coletivos e em vários sites da internet.

³⁵ Ibid., p.57.

³⁶ BARROSO, Luís Roberto. op. cit., p. 46.

³⁷ Ibid. p. 47. Barroso insere, assim, como característica do neoconstitucionalismo, uma postura teórica que supera a positivista; mas há neoconstitucionalistas, como Carbonnel, Ariza e Comanducci que se opõem apenas à postura positivista epistemológica. Essa observação se faz importante para comentários que virão após a exposição do estudo de Barroso.

Por fim, quanto ao “marco teórico”, Barroso aponta três grandes diferenciais do pensamento neoconstitucionalista, os quais podem receber a síntese: *i- consolidação da idéia de força normativa da Constituição*³⁸; *ii- superação da supremacia do Poder Legislativo em prol de uma supremacia da Constituição, via proteção da jurisdição constitucional*³⁹; *iii – reconhecimento da necessidade de uma nova interpretação constitucional*⁴⁰.

A leitura que Barroso oferece ao neoconstitucionalismo encontra ecos na obra de outros autores e vai se colocando como uma espécie de voz uníssona no ambiente teórico brasileiro⁴¹.

A circunstância se deve principalmente à inexistência de um contra-discurso sistematizado na doutrina brasileira. Os autores que por ventura se oponham às premissas do neoconstitucionalismo ou estão silentes ou se manifestam de modo tão disperso que a aparente homogeneidade do discurso neoconstitucionalista não chega a se abalar.

Virgílio Afonso da Silva, por exemplo, tece ácidas críticas à idéia de uma nova interpretação constitucional, uma das marcas do neoconstitucionalismo brasileiro.

Uma das certezas mais difundidas no direito constitucional brasileiro atual está ligada à forma de interpretação da constituição. Nesse campo há uma divisão facilmente perceptível entre o arcaico e o moderno. *Arcaico* é crer que a interpretação da constituição deve ser feita segundo os cânones sistematizados por Savigny ainda na metade do século XIX. *Moderno* é condenar os métodos tradicionais e dizer que eles, por terem caráter exclusivamente privatista, não são as ferramentas adequadas para a interpretação da constituição. Ser *moderno* é, em suma, falar em *métodos* e *princípios* de interpretação *exclusivamente* constitucional⁴².

³⁸ “O debate acerca da força normativa da Constituição só chegou ao Brasil, de maneira consistente, ao longo da década de 80, tendo enfrentado as resistências previsíveis [...] coube à Constituição de 1988, bem como à doutrina e a jurisprudência que se produziram a partir de sua promulgação, o mérito elevado de romper com a posição retrógrada” (Ibid. p. 49)

³⁹ Ibid., p. 50.

⁴⁰ Ibid. p.51 e ss.

⁴¹ A título indicativo: MOREIRA, Eduardo Ribeiro. *Neoconstitucionalismo: a invasão da Constituição*. São Paulo: Método, 2008; BARCELLOS, Ana Paula de. Neoconstitucionalismo, direitos fundamentais e controle das políticas públicas. In: *Revista Diálogo Jurídico*. Disponível em:

<<http://www.direitopublico.com.br/form_revista.asp?busca=ana%20paula%20de%20barcellos>>

⁴² SILVA, Virgílio Afonso da. Interpretação e sincretismo metodológico. In.: *Interpretação Constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 116).

A iniciativa do autor é relevante no sentido de contribuir para que se evite, no seio da Teoria Constitucional brasileira, a formação, no mínimo suspeita, de um “senso comum teórico”⁴³. Ademais despertou a necessidade de um incremento argumentativo do discurso neoconstitucionalista, até então não fomentada pela doutrina brasileira⁴⁴.

Virgílio, entretanto, ataca apenas o ponto da nova interpretação constitucional, que não cobre toda a proposta do neoconstitucionalismo, em alta na Teoria Constitucional brasileira.

O discurso neoconstitucionalista, na concepção que tem recebido no Brasil, pretende se individualizar a partir do seu objeto de estudo, ou “marco histórico” (as constituições oriundas do segundo pós-guerra); do seu “marco filosófico” (pós-positivismo); e de suas propostas teóricas (valorização da Constituição enquanto norma, nova interpretação constitucional e papel alargado da jurisdição constitucional).

No que tange ao objeto de estudo, já foi reconhecido, até mesmo por alguns neoconstitucionalistas⁴⁵, que a adoção das Constituições oriundas do segundo pós-guerra como objeto de estudo não é característica exclusiva dos autores que invocam para si o rótulo de neoconstitucionalistas.

Quanto ao “marco filosófico” do neoconstitucionalismo, o caminho seguido por Barroso para explicar a idéia de pós-positivismo mostra-se, por vezes, delicado. O autor não retrata a distinção importante que positivistas, como Kelsen, realizam entre Direito e Ciência do Direito⁴⁶. Assim, ao articular frases como “em busca da objetividade científica, o positivismo equiparou o Direito à lei, afastou-o

⁴³ Sobre a idéia de “senso comum teórico”, cf. WARAT, Luis Alberto. *Introdução Geral ao Direito II. Epistemologia jurídica da modernidade*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1994, p. 57-100.

⁴⁴ Ao descrever a sua proposta de uma nova interpretação constitucional, Barroso já sentiu a necessidade de justificar as constantes referências estrangeiras e a impossibilidade de construção de um modelo interpretativo puro, em resposta, exatamente, à crítica de Virgílio sobre um certo “sincretismo metodológico” reinante no Brasil. “Nesse ambiente, não é possível utilizar modelos puros, concebidos alhures, e se esforçar para viver a vida dos outros. O sincretismo – desde que consciente e coerente – resulta sendo inevitável e desejável. Em visão aparentemente diversa, v. Virgílio Afonso da Silva, ‘Interpretação constitucional e sincretismo metodológico’ [...]” (BARROSO, Luís Roberto. Em nota de rodapé nº 19. op. cit., p. 53).

⁴⁵ Cf., por todos, CARBONELL, Miguel., op. cit., p. 11.

⁴⁶ “Se bem que a ciência jurídica tenha por objeto normas jurídicas e, portanto, os valores jurídicos através delas constituídos, as suas proposições são, no entanto – tal como as leis naturais da ciência da natureza – uma descrição do seu objeto alheia aos valores (*wertfrei*)” (KELSEN, Hans. *Teoria pura do Direito*. Op. Cit., p.89).

da filosofia e de discussões como legitimidade e justiça [...]”⁴⁷, dá ensejo a leituras caricatas do pensamento que pretende superar.

O neoconstitucionalismo de Carbonell, por exemplo, afasta-se de uma rejeição mais rápida ao deixar claro que a postura positivista que pretende superar é a metodológica, pretensamente neutra, contemplativa; e não a teórica, tendo em vista que os positivistas incorporam uma noção bem alargada de criação do Direito, da conexão entre Direito, Moral e Política.

A despeito dos reparos acima efetuados, o que mais interessa à presente investigação é a proposta neoconstitucionalista em torno do papel da jurisdição constitucional.

Na linha que tem sido difundido no Brasil, o discurso neoconstitucionalista propugna pela presença de uma nova “onda constitucional”, que, além de novas Constituições, trouxe um novo modelo, centrado na <<supremacia da Constituição>>, cuja proteção se atribui ao Judiciário. O adjetivo “novo” sugere contraposição a um modelo antigo, que, segundo Barroso, corresponde ao modelo de <<supremacia do Poder Legislativo>>⁴⁸.

O antagonismo articulado entre <<supremacia do Poder Legislativo>> e <<supremacia da Constituição>>, aliado ao estabelecimento de uma conexão íntima entre <<supremacia da Constituição>> e Poder Judiciário revela algumas premissas que precisam ser problematizadas.

Inicialmente, deve-se destacar das relações acima uma visão depreciativa do Poder Legislativo, cuja supremacia é tida como antagônica à supremacia Constitucional. Por que atribuir a última palavra a uma Corte Constitucional é fazer imperar a supremacia constitucional e não a supremacia judicial? Há, subjacente a essa conexão, a idéia de que o Poder Legislativo está mais sujeito, em suas deliberações, a comprometer a Constituição do que o Poder Judiciário.

Tal idéia remonta a leitura de Dworkin, segunda a qual os Tribunais constituem os fóruns de princípios adequados aos argumentos constitucionais. Nem Dworkin, nem seus possíveis seguidores neoconstitucionalistas, chegam a assumir categoricamente que as Cortes Constitucionais sejam o único fórum apropriado, mas inspiram e naturalizam uma vivência da Constituição deferente à leitura realizada pela Corte Constitucional.

⁴⁷ BARROSO, Luís Roberto. op. cit., p. 47.

⁴⁸ BARROSO, Luís Roberto. op. cit. p. 50.

No Brasil, mesmo fora do contexto das súmulas vinculantes, assiste-se a uma ampla subordinação da comunidade jurídica ao Supremo Tribunal Federal, por vezes, estimulada pela própria Corte, vide exemplo da Reclamação nº 4335/AC, já mencionada neste trabalho, por meio da qual foi impugnada a decisão de um juiz de primeira instância que não observou o entendimento que o STF externou em sede de controle difuso.

A reclamação, nos termos do art. 102, I, alínea “I”, CF/88, corresponde a uma via processual destinada à preservação da competência do STF e à garantia da autoridade de suas decisões. O órgão competente para apreciar a reclamação é o próprio STF, em exercício de sua competência originária.

Mas quais são as competências do STF? Sem hesitação, pode-se afirmar: são aquelas que a Constituição lhe atribui. E quem dá a palavra final sobre o que a Constituição diz? No caso brasileiro, o Supremo Tribunal Federal, já que a própria Constituição lhe confere a competência precípua de realizar a sua guarda (art. 102, *caput*, CF/88).

Essa rede de conexões coloca a problemática da jurisdição constitucional. No exemplo da reclamação 4335/AC, o STF entendeu que a competência para suspender a execução de lei que tenha declarado inconstitucional, em controle difuso, é sua, e não do Senado, a despeito da literalidade do art. 52, X, CF/88.

A postura da Corte revela um ponto muito sensível. Ao esvaziar uma competência constitucionalmente atribuída ao Poder Legislativo, o STF demonstra incorporar a idéia de que representa o fórum mais apropriado para discussão pautada em argumentos constitucionais, o que se pode deduzir também a partir de outras manifestações dos Ministros.

Cabe destacar, neste ponto, tendo presente o contexto em questão, que assume papel de fundamental importância a interpretação constitucional derivada das decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, cuja função institucional, de “guarda da Constituição” (CF, art. 102, “*caput*”), confere-lhe o monopólio da última palavra em tema de exegese das normas positivadas no texto da Lei Fundamental, como tem sido assinalado, com particular ênfase, pela jurisprudência desta Corte Suprema: “(...) A não-observância da decisão desta Corte debilita a força normativa da Constituição (RE 203.498-AgR/DF, Rel. Min. GILMAR MENDES)⁴⁹

⁴⁹ Citado na Reclamação (Rcl 2986 MC/SE), Rel. Celso Mello, 2005.

Com amparo nessa idéia, o STF se vale do instrumento da reclamação para tornar impositiva a leitura que realiza da Constituição, ainda que não venha acompanhada de efeito vinculante.

O Supremo Tribunal Federal, ao apreciar esse aspecto da questão, tem enfatizado, em sucessivas decisões, que a reclamação reveste-se de idoneidade jurídico-processual, se utilizada com o objetivo de fazer prevalecer a autoridade decisória dos julgamentos emanados desta Corte, notadamente quando impregnados de eficácia vinculante [...] ⁵⁰

Sob a crença, difundida pelo neoconstitucionalismo, de que a supremacia da Constituição é respeitada quando as decisões do STF o são (“a não-observância da decisão desta Corte debilita a força normativa da Constituição”) ⁵¹, privilegia-se no Brasil uma relação de imposição, entre órgão supremo e demais órgãos do Poder judiciário, não observada em outros ordenamentos jurídicos, também adeptos do sistema misto de controle de constitucionalidade ⁵².

Sobretudo, constrói-se um ambiente teórico que naturaliza as investidas do STF em direção a algo como um exclusivismo moral, supostamente necessário ao modelo de supremacia da Constituição, em detrimento de um malfadado modelo de supremacia do Poder Legislativo.

As pessoas convenceram-se de que há algo *indecoroso* em um sistema no qual uma legislatura eleita, dominada por partidos políticos e tomando suas decisões com base no governo da maioria, tem a palavra final em questões de direito e princípios. Parece que tal fórum é considerado indigno das questões mais graves e mais sérias dos direitos humanos que uma sociedade moderna enfrenta. O pensamento parece ser que os tribunais, com suas perucas e cerimônias, seus volumes encadernados em couro e seu relativo isolamento ante a política partidária, sejam um local mais adequado para solucionar questões desse caráter ⁵³.

⁵⁰ (Rcl 2986 MC/SE), Rel. Celso Mello, 2005.

⁵¹ RE 203.498 – AgR/DF, Rel. Ministro Gilmar Mendes.

⁵² Em Portugal, por exemplo, a articulação entre controle concentrado e difuso ocorre por um processo de generalização, em que o Tribunal Constitucional, após considerar uma norma inválida em três casos concretos, pode fixar, com força obrigatória geral, a inconstitucionalidade ou ilegalidade da norma (art. 281.3, da Constituição Portuguesa: “Tribunal Constitucional aprecia e declara ainda, com força obrigatória geral, a inconstitucionalidade ou a ilegalidade de qualquer norma, desde que tenha sido por ele julgada inconstitucional ou ilegal em três casos concretos”). Esse processo permite uma articulação em que o órgão máximo, em controle abstrato, deixa-se influenciar por razões obtidas em caso concreto – de baixo para cima; movimento inverso do que é verificado no Brasil.

⁵³ WALDRON, JEREMY. *A dignidade da legislação*. Trad.: Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 5.

Não se trata de negar a importância da Jurisdição Constitucional, nem de negar-lhe a possibilidade de realizar uma leitura moral da Constituição. Afinal de contas, no caso brasileiro, a própria Constituição, com a sua larga pauta material, abre espaço para uma atuação mais ampla da Jurisdição Constitucional. Trata-se de sinalizar que essa ordem de circunstâncias não requer, como sugere o neconstitucionalismo, nem autoriza o protagonismo da Jurisdição Constitucional.

Se a linguagem aberta ou substantiva da Constituição permite que um Tribunal realize uma leitura moral desse texto, como pretende Dworkin, e os neoconstitucionalistas, é o caso de se estender essa leitura a todos os atores políticos de uma sociedade e não de torná-la monopólio da Jurisdição Constitucional, pois a moralidade política é objeto de desacordo⁵⁴.

⁵⁴ *Ibid.*, p. 5.

5

Conclusão

A hipótese investigada neste trabalho foi formulada a partir do acompanhamento atento das decisões do Supremo Tribunal Feral, por meio do qual foi percebida uma modificação performática profunda na Corte, ainda que silenciosa.

Em linhas gerais, buscou-se determinar o sentido e articular as possíveis causas dessa recente mudança. Deixando-se, inicialmente, guiar por um saber intuitivo, a pesquisa passou a investigar a hipótese de que essa mudança se colocaria no sentido de um efetivo ativismo judicial.

Para transformar o saber intuitivo em um discurso racional, a pesquisa procurou precisar a semântica da expressão <<ativismo judicial>>, no que encontrou tarefa árdua. Como visto no Capítulo 2, não obstante a profusão de estudos sobre ativismo judicial, a expressão é tomada em sentidos diversos e até mesmo antagônicos.

Notadamente durante a era Warren, da Suprema Corte Americana, a expressão circulou, entre os conservadores, como sinônimo de um liberalismo excessivo; o que não impediu que fosse usada, tão ou mais intensamente, entre os liberais, anos depois, para sinalizar o excesso de conservadorismo.

A versatilidade no emprego da expressão colocou em dúvida o seu potencial semântico. Diante disso, houve quem a condenasse, como Healy¹ e Marshall², ao plano da mera ideologia; assim como quem, não se mostrando disposto a abrir mão do uso científico da expressão, pretendeu imprimir-lhe caráter neutro, como Sunstein³, a partir da fixação de indicadores objetivos.

A pesquisa buscou, a partir de seu referencial epistemológico, uma solução intermediária. Admitiu, de um lado, que o termo possui uma versatilidade semântica; mas se propôs, de outro, a explorar racionalmente o potencial

¹ HEALY, Thomas. op. cit., p. 858.

² MARSHALL, William P. op. cit., p. 1217.

³ SUNSTEIN, Cass R. op. cit., p. 42

significativo da expressão, estabelecendo o compromisso de transparecer e problematizar as pré-compreensões adotadas na empreitada.

Foi identificado que a análise do ativismo judicial pressupõe uma idéia definida do que seja uma atuação regular e uma atuação exorbitante da jurisdição constitucional. Assim, a pesquisa dedicou-se, no item 2.2, a individualizar a concepção que adota sobre os limites de uma atividade jurisdicional.

Para tornar compreensíveis as distintas propostas que se articulam em torno das jurisdições, fez-se necessário percorrer, preliminarmente, alguns modelos conceituais de Constituição. Da mesma forma como há uma relação necessária entre a noção de ativismo judicial e a noção de limites à atividade jurisdicional; há uma ligação intrínseca entre as concepções de Jurisdição Constitucional e à idéia sobre Constituição.

Com a adoção, metodológica, dos quatros modelos conceituais de Constituição, formulados por Comanducci⁴, possibilitou-se uma visão panorâmica da disputa firmada em torno do próprio conceito de Constituição.

Foram agrupados conceitos axiológicos, que tomam a Constituição como ordem, como o de Schmitt⁵; assim como conceitos descritivos, mas que também tomam a Constituição como ordem, como o de Lassalle⁶.

De outro lado, acomodaram-se conceitos descritivos, que tomam a Constituição como norma, como o de Kelsen⁷; e conceitos axiológicos que também a tomam como norma.

Neste último grupo, de acordo com Comanducci, insere-se a maior parte das proposições constitucionais contemporâneas, pois de um modo ou de outro, as disputas tendem, hoje, a confluir para a valorização de algum aspecto normativo da Constituição, seja em sua conexão com a democracia⁸, seja por uma pauta principiológica ou valorativa⁹.

Apesar da variedade de proposições acomodadas por este último grupo, este vem sendo associado a um movimento denominado de

⁴ COMANDUCCI, Paolo. op. cit., p. 41-67.

⁵ SCHMITT, Carl. op. cit., p. 46

⁶ LASSALLE, Ferdinand. op. cit., p.48.

⁷ KELSEN, Hans. op. cit., p. 132.

⁸ Neste sentido, talvez, o grupo pudesse acomodar as propostas procedimentalistas, como a de Ely e Habermas.

⁹ COMANDUCCI, Paolo. op. cit., p. 52-53.

neoconstitucionalismo. Os adeptos desse movimento identificam um conjunto de características a comporem e individualizarem o rótulo neoconstitucionalista. A primeira delas residiria no objeto de estudo dessa corrente. Viu-se, com Carbonell, que o movimento toma os textos constitucionais recentes, marcados por uma pauta material alargada, como objeto de suas reflexões e propostas.

A Constituição brasileira de 1988 é situada entre esses exemplos, por incorporar em seu texto um grande campo temático, e conferir-lhe tratamento minucioso¹⁰.

Tendo por objetivo principal a análise de um possível ativismo judicial do STF, órgão máximo da jurisdição brasileira, a pesquisa demonstrou a necessidade de dedicar alguma atenção ao movimento neoconstitucionalista, que formula propostas sobre a jurisdição constitucional a partir de Constituições substantivas como a brasileira.

Como visto, a corrente neoconstitucionalista reivindica, em face de textos constitucionais substantivos, uma prática jurisdicional diferenciada, orientada por diferentes parâmetros interpretativos, como princípios e valores. Nesse passo, a corrente chega a assumir, como decorrência lógica de Constituições substantivas, uma jurisdição constitucional alargada.

Essa decorrência, se efetivamente necessária, deveria se aplicar ao Supremo Tribunal Federal, enquanto jurisdição que resguarda um texto notoriamente substantivo. Assim, a pesquisa apontou a necessidade de aprofundar a discussão sobre as repercussões de textos constitucionais substantivos sobre os limites das jurisdições constitucionais.

Para fazê-lo, procurou adotar como alvo de reflexão a tese que considerou mais forte, entre as que defendem a idéia de uma jurisdição alargada. Dessa forma, a pesquisa dialogou com a proposta de Dworkin sobre a jurisdição constitucional como fórum autêntico da moralidade política¹¹.

Desse diálogo, em que se buscou retratar os principais fragmentos da teoria de Dworkin, ressaltou-se a importante distinção que o autor estabelece entre argumentos de procedimento político e argumentos de princípio político. Como

¹⁰ CARBONELL, Miguel, op. cit, p. 9-10.

¹¹ DWORKIN. Ronald. op. cit., p. 31-33.

visto, a distinção é relevante porque demarca, na teoria de Dworkin, os territórios apropriados às ações judiciais e às ações legislativas.

Ao legislador seria possível a fundamentação de suas decisões a partir de ambos os argumentos; mas ao juiz só seria possível o manuseio de argumentos de princípios políticos¹². O que parece, *prima facie*, repercutir em uma visão restritiva da atividade judicial, é utilizado por Dworkin para lhe atribuir especial dignidade.

Os juízes, segundo Dworkin, estariam particularmente comprometidos com os direitos morais de cada indivíduo; com a busca de argumentos que privilegiam a condição dos indivíduos enquanto sujeitos morais, dotados de igual dignidade. Os legisladores já estariam mais próximos de uma atuação pautada em argumentos de procedimento político, orientada pela promoção de interesses coletivos, por uma concepção de bem-estar coletivo.

Esta divisão de tarefas, conduzida por Dworkin até os casos constitucionais; confere à tônica de sua proposta de que a Jurisdição Constitucional seja o autêntico fórum da moralidade política. As objeções democráticas a essa proposta são enfrentadas por Dworkin com a defesa da superioridade da argumentação no plano do princípio político, no qual a legitimidade de quem decide está na virtude dos argumentos; sobre o plano do procedimento político, em que se estabelecem cálculos de interesses a partir de uma vontade estatisticamente aferida.

A teoria do autor ampara a conformação alargada das jurisdições constitucionais a partir da crença de que estão mais preparadas a decidirem questões de direitos morais.

A esse ponto exato dirigem-se as principais críticas de Waldron e de Habermas a Dworkin. Waldron acusa-o de marginalizar a legislação¹³ e de negligenciar o fato de que a moralidade política, que deposita aos cuidados desse fórum especial, é um dos alvos de maior desacordo entre as pessoas. Habermas acusa-o de uma crença descabida nas tradições culturais¹⁴.

¹² Id., *Uma questão de princípio*. op. cit., p. 6.

¹³ WALDRON, Jeremy. op. cit.

¹⁴ HABERMAS, Jürgen. op. cit.

As críticas convergem para uma mesma assertiva: se não é possível o acordo, em sociedades pluralistas, ou pós-convencionais, acerca de valores, é sinal de que a moralidade política deve ser conduzida a todos os atores políticos, e não a um pequeno grupo de juízes.

Reconstruindo-se a proposta de Dworkin, a partir das críticas que recebeu desses dois autores, a pesquisa firma o entendimento de que a Jurisdição Constitucional definitivamente não pode pretender realizar, com exclusividade, uma leitura moral da Constituição.

Atentando-se para a realidade brasileira, marcada, de um lado, pela presença de uma Constituição substantiva; de outro, pela fragilidade da cidadania; a pesquisa reconhece como necessário distinguir o fenômeno da <<judicialização da política>> e o <<ativismo judicial>>¹⁵.

A judicialização da política, aqui compreendida como a intervenção judicial em pautas substanciais, pode se fazer necessária em contextos como o brasileiro. Isso não justifica, sob qualquer hipótese, a idéia de que as jurisdições constitucionais assumam-se como protagonistas da construção de uma moralidade política.

Em sociedades pluralistas, não há uma concepção de bem, ou de política, pronta, partilhada, que possa ser buscada na Constituição por intérpretes especializados. Há, ao contrário, um desacordo permanente que só é estabilizado pelo Direito quando este se produz em ambiente de ampla participação política.

A partir dessas premissas, a pesquisa definiu como manifestação de ativismo judicial, ou, prática jurisdicional exorbitante; a tentativa de um protagonismo moral ou político pelos Tribunais Constitucionais, pois nem mesmo o reconhecimento da importância dessas instituições em sociedades órfãs de instituições políticas sólidas pode autorizar que se implemente uma tecnocracia judicial.

Com a construção discursiva do significado de ativismo, a pesquisa lançou-se à análise de casos exemplificativos das recentes alterações performáticas do STF. No ano de 2007, o Tribunal Constitucional brasileiro

¹⁵ TATE, C. Neal. op. cit.

superou seus próprios precedentes em alguns campos temáticos delicados, como o do mandado de injunção e o da fidelidade partidária.

No tema do mandado de injunção, evoluiu da tese reconhecida como mais conservadora (não-concretista) para alcançar, em 2007, a tese reconhecida como mais audaciosa (concretista geral). Como visto, a evolução da Corte da tese não-concretista para as demais, que não a adotada por último, coloca apenas a discussão sobre a natureza da decisão judicial, se apenas cognitiva ou também criativa.

Quando, porém, passa a Corte a adotar a tese concretista geral, a problemática instalada envolve a separação de poderes, uma questão de ordem democrática. Diante da omissão legislativa, e da conseqüente inviabilidade do exercício de direito dependente de regulamentação, poderia o STF ter apenas construído uma norma para os casos que provocaram a sua manifestação.

Teria, na hipótese, realizado uma intervenção substancial, mas a partir do diálogo com as partes envolvidas nos casos: produção da norma em processo conjunto com todos que são por ela afetados, em perfeita sintonia com a idéia de uma sociedade aberta de intérpretes¹⁶.

Ao invés disso, lançou-se à produção de uma norma para toda a coletividade, subvertendo a função jurisdicional, em clara expressão de ativismo.

No tema da fidelidade partidária, o STF abandonou a tese, longamente sustentada, de que o ordenamento brasileiro não havia adotado o princípio da fidelidade partidária, de que não havia amparo no ordenamento para punir o parlamentar que, uma vez eleito, trocasse de partido; passando a afirmar, em 2007, a aplicabilidade do princípio.

Para contornar a quebra de uma coerência horizontal, os Ministros argumentaram no sentido de que não se trata propriamente de decretar a perda do mandato parlamentar, pois para isso não haveria previsão constitucional. Trata-se de reconhecer que o mandato não pertence ao parlamentar, nem ao partido político; mas à ideologia política, originária, que motiva a filiação partidária e os votos dos cidadãos.

¹⁶ “Como não são apenas os intérpretes jurídicos da Constituição que vivem a norma, não detêm eles o monopólio da interpretação da Constituição” (HÄBERLE, Peter. op. cit.)

A leitura realizada pelos Ministros faz amplo sentido. Se o parlamentar mudou de partido porque este modificou as suas bases ideológicas, a infidelidade foi praticada pelo partido, o mandato acompanha aquele se mantém coerente com a ideologia.

Ocorre que a maioria dos Ministros decidiu pelo conhecimento dos mandados de segurança impetrados por partidos políticos. Isso significa que consideraram possível realizar juridicamente uma análise da fidelidade político-ideológica e, o que é ainda mais inusitado, nas vias estreitas de um mandado de segurança.

A questão provocou desacordo entre os Ministros e foi contornada pela regra da maioria. O problema é que o desacordo sobre ideologias partidárias abrange todos os atores sociais e políticos. E, ainda assim, sentiu-se à vontade a Corte Suprema para decidir a questão a partir da contagem de cabeças dos Ministros. Mais uma vez, o STF tentou concentrar em si a realização da moralidade política, em clara manifestação de ativismo judicial.

Com a análise discursiva acima referida, a pesquisa compreende ter confirmado a sua hipótese inicial sobre um recente ativismo no Supremo Tribunal Federal.

Em relação às causas possíveis desse ativismo, a pesquisa levantou três fatores que sugerem pelo menos uma potencial conexão com a mudança performática da Corte: ampla renovação do quadro de Ministros; efeito discursivo do novel instituto da súmula vinculante; ambiente teórico favorável ao ativismo judicial.

No que se refere à primeira possível causa, sublinhou-se que entre o ano de 2003 ao de 2007, houve a mais significativa renovação do quadro de Ministros, tanto porque transcorrida em curto lapso temporal, como porque realizada com a nomeação de sete Ministros por um único Presidente da República, o Presidente Luiz Inácio Lula da Silva, distribuídas em seus dois mandatos de governo.

Uma renovação como essa, concluída, por ora, no ano de 2007; ano em que notadamente fizeram-se sentir as alterações performáticas estudadas nesse trabalho, não pode ser menosprezada¹⁷.

Ainda que essa conexão mereça constituir objeto autônomo de pesquisa, o presente trabalho considerou de extrema importância deixá-la bem sinalizada. Alguns dados curiosos já foram sublinhados, como o caráter técnico-jurídico predominante entre os atuais Ministros do STF, a inexistência de Ministros com passagens em cargos eletivos. A intenção, no ponto, é deixar rastros para eventuais novas pesquisas.

No que se refere à segunda possível causa de ativismo, articulada por esse trabalho, chamou-se a atenção para a utilização discursiva do instituto da súmula vinculante. Implementado em 2004 no ordenamento brasileiro, o instrumento confere ao STF a possibilidade de impor seu entendimento a todos os demais órgãos do Poder Judiciário, inclusive às suas próprias Turmas; e à Administração Pública Direta e Indireta.

Até o momento (abril de 2008), o STF só se valeu quatro vezes da possibilidade aberta pelo novo instrumento. O quarto enunciado de súmula vinculante foi, inclusive, aprovado no dia 30 de abril do corrente ano (2008), data última para a conclusão dessa pesquisa.

A hesitação em utilizar efetivamente o instrumento da súmula tranqüilizou boa parte da doutrina, receosa de um engessamento do Poder Judiciário. Alertou-se, porém, para o efeito discursivo que a súmula vinculante pode desempenhar.

Como visto, alguns Ministros já se valeram discursivamente da súmula para justificarem a ampliação dos próprios poderes, segundo a lógica de que se é possível ao STF, hoje, impor seu entendimento a outros órgãos, por meio da súmula, é possível realizar outras façanhas consideradas mais brandas: “quem pode o mais, pode o menos”.

O uso discursivo revela-se, ainda, mais conveniente do que o uso efetivo do instrumento, notadamente ao Tribunal que se incline pela expansão de seus próprios poderes, como parece ser o caso do STF. Isso porque ao aprovar o enunciado de súmulas vinculantes, o Tribunal cria baliza para as suas próprias

¹⁷ Vale mais uma referência: “A nova composição do Supremo acaba por concluir este processo e a perceber a necessidade de introdução destas inovações” – Ministro Gilmar Mendes, atual Presidente do STF, em entrevista ao jornal Valor Econômico de 18 de outubro de 2007).

turmas, que só poderão se manifestar de modo distinto se um quórum de oito ministros houver por bem cancelá-la ou revisá-la.

A pesquisa registra, nesse ponto, a necessidade de que se acompanhe o efeito discursivo das súmulas, por revelar-se uma via muito mais propícia ao ativismo, dada a sutileza que a circunda, do que a efetiva edição de enunciados.

Por fim, levantou-se, ainda, como possível causa do ativismo verificado no STF, a presença de um ambiente teórico favorável a um protagonismo judicial. Foi sinalizada a difusão da corrente neoconstitucionalista entre a comunidade jurídica brasileira.

A corrente, como já se colocou, reclama, a partir do caráter substantivo da Constituição brasileira de 1988, uma prática jurisdicional diferenciada; alargada a partir dos distintos parâmetros interpretativos que a corrente franqueia à Jurisdição Constitucional.

O pensamento contribui para o antagonismo entre supremacia constitucional e supremacia do Poder Legislativo. Por outro lado, estabelece associação rígida entre observância das decisões da Corte Constitucional e Supremacia da Constituição.

Resgata, com essa ordem de ligações, a idéia de Jurisdição Constitucional como fórum autêntico da moralidade política, articulada por Dworkin, incidindo nos mesmos problemas apontados na proposta do autor: depreciação da atividade legislativa; e descabida crença em tradições culturais.

Por que o modelo que centra a formação do Direito na figura da Jurisdição Constitucional, a partir de novos parâmetros interpretativos, como princípios, valores, direitos morais; é associado à supremacia da Constituição e não à Supremacia do Judiciário, ou, no caso, a uma “Supremocracia”?

Neoconstitucionalistas em geral silenciam-se diante da questão porque a têm como natural; mas Dworkin ensaia uma explicação: o pressuposto é de que a Jurisdição Constitucional está mais habilitada a lidar com argumentos de princípios, com verdadeiras questões de justiça; enquanto o legislador está mais acostumado a cálculo de interesses.

Em seu discurso de posse¹⁸ da Presidência do Supremo Tribunal Federal, no dia 23 de abril deste ano (2008), o Ministro Gilmar Mendes, por um lado, mostrou-se preocupado em reforçar a relevância da atividade política, ante ao boicote que vem sofrendo pelo Poder Executivo, com a edição maciça de medidas provisórias: “quando se tenta depreciar ou execrar a atividade política está-se a menosprezar a consciente opção de todos os brasileiros pelo regime democrático”.

Ao se pronunciar sobre a relação do Poder Legislativo com o Poder Judiciário, utilizou um raciocínio, a essa altura, já bem familiar a essa pesquisa: “não há ‘judicialização da política’, pelo menos no sentido pejorativo do termo, quando as questões políticas estão configuradas como verdadeiras questões de direitos”.

O prazo da pesquisa expirou, mas seu objeto de estudo permanece vivo, em curso. Se este trabalho tiver contribuído para semear uma mínima discórdia quanto à naturalização do protagonismo judicial já terá cumprido importante função. Se, por ventura, tiver alguma adesão nessa espécie de observatório da Jurisdição Constitucional, atingirá meta ainda mais relevante. Em todo caso, disponibiliza-se ao leitor um estudo sobre o Supremo Tribunal Federal, comprometido até o último segundo com a sua atualização.

¹⁸ Disponível no site institucional do STF.

6

Referências bibliográficas

ADORNO, Theodor W.; HORKHEIMER, Max. **Dialética do esclarecimento:** fragmentos filosóficos. Trad.: Guido Antonio de Almeida. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1985.

ALEXY, Robert. **Constitutional rights, balancing and rationality.** *Ratio Juris*. V. 16, n. 2. jun, 3003, p. 131-140.

ARENDT, Hannah. **A condição humana.** Trad.: Roberto Raposo. 10ª ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2003

ARIZA, Santiago Sastre. La Ciencia jurídica ante el neoconstitucionalismo. In.: CARBONELL, Miguel (org.). **Neoconstitucionalismo (s).** Madrid: Editorial Trotta, 2005, p. 258.

BALEEIRO, Aliomar. **Constituições Brasileiras: 1891.** Brasília: Senado Federal e Ministério da Ciência e Tecnologia, Centro de Estudos Estratégicos, 2001.

_____.; SOBRINHO LIMA, Barbosa. **Constituições Brasileiras: 1946.** Brasília: Senado Federal e Ministério da Ciência e Tecnologia, Centro de Estudos Estratégicos, 2001.

BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Gandra. **Comentários à Constituição do Brasil.** São Paulo: Saraiva, 2004, v. 2.

BARBOSA, Rui. O Supremo Tribunal Federal na constituição brasileira. In: **Coletânea Jurídica.** São Paulo: Companhia Editorial Nacional, 1928.

BARCELLOS, Ana Paula de. Neoconstitucionalismo, direitos fundamentais e controle das políticas públicas. In: **Revista Diálogo Jurídico.** Disponível em: <<http://www.direitopublico.com.br/form_revista.asp?busca=ana%20paula%20de%20barcellos>>.

BARROSO, Luís Roberto. **Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito:** o triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil. Revista da EMERJ, v. 9, nº33, 2006.

BOBBIO, Norberto. **Liberalismo e Democracia**. Trad. de Marco Aurélio Nogueira. São Paulo: Editora Brasiliense, 1988.

CAMAZANO, Joaquín Brage. **La acción de inconstitucionalidad**. México: UNAM, 2000.

CAPPELLETTI, Mauro. **O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado**. Trad.: Aroldo Plínio Gonçalves. Porto Alegre: Fabris, 1984.

CARBONELL, Miguel, El neoconstitucionalismo en su laberinto. In: **Teoría del neoconstitucionalismo**. Madrid: Editorial Trotta, 2007.

_____. **Neoconstitucionalismo (s)**. Madrid: editorial Trotta, 2005.

CARTER, John D. **Warren Court and the Constitution: a critical view of judicial activism**. Gretna, LA: Pelican Publishing Company, 1972

CARVALHO, José Murilo de. **Cidadania no Brasil: o longo caminho**. Rio de Janeiro: Civilização brasileira, 2002.

CHEMERINSKY, Erwin. **Perspective on Justice**. L.A. Times (B11), de 18 de maio de 2000.

CITTADINO, Gisele. **Pluralismo, direito e justiça distributiva: elementos da filosofia constitucional contemporânea**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1998.

COMANDUCCI, Paolo. Modelos e interpretación de la Constitución. In: CARBONELL, Miguel (org.). **Teoría del neoconstitucionalismo**. Madrid: Editorial Trotta, 2007, p. 41-67.

COMELLA, Víctor Ferreres. **Justicia constitucional y democracia**. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1997;

CRUZ, Luis M. **La constitución como orden de valores: Problemas jurídicos e políticos: Um estudio sobre las orígenes del neoconstitucionalismo**. Madrid: Colmares, 2005.

DUVERGER, Maurice. **Os partidos políticos**. Rio de Janeiro: Zahar, 1980.

DWORKIN, Ronald. **Freedom's Law: a moral reading of the American Constitution**. Cambridge, MA: Harvard University Press, 1996.

_____. **Levando os direitos a sério**. Trad.: Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

_____. The moral reading of the constitution. In: **The New York Review of Books**, de 21 de março de 1996, p. 46-50.

_____. **Uma questão de princípio**. São Paulo: Martins Fontes

ELY, John Hart. **Democracy and Distrust: a theory of judicial review**. Cambridge: Harvard University Press, 1998.

FAVOREU, Louis. **Cortes Constitucionais**. Trad.: Dunia Marinho Silva. São Paulo: Landy, 2004.

FERRAJOLI, Luigi.. **Derechos e garantías: la ley del más débil**. Madrid: Trotta, 2006.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Miniaurélio: o minidicionário da língua portuguesa*. Curitiba, positivo, 2004

GRIMM, Dieter. **Constitucionalismo y derechos fundamentales**. Tradução de Raúl Sanz Burgos y José Luis Muñoz de Baena Simón. Madrid:Trotta, 2006.

HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica Constitucional**. A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e 'procedimental' da Constituição. Trad.: Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1997.

HABERMAS, Jürgen. **A inclusão do outro: estudos de teoria política**. Trad.: G. Sperber, P. A. Soethe e M. Camargo Mota. São Paulo: Loyola, 2002

_____. **Between facts and norms: Contributions to a discourse theory of law and democracy**. 4th printing. Trans. William Rehg. Cambridge: MIT, 2001.

_____. **On law and disagreement: some comments on "interpretative pluralism"**. *Ratio Juris*, v. 16, n. 2, jun., 2003.

_____. **O discurso Filosófico da Modernidade: doze lições.** Tradução de Luiz Sérgio Repa e Rodnei Nascimento. São Paulo: Martins Fontes, 202.

_____. **Teoría de la acción comunicativa: Racionalidad de la acción y racionalización social.** Tradução de Manuel Jiménez Redondo Jiménez Redondo. Madrid: Taurus, 2003, t.I.

_____. **Teoría de la acción comunicativa: Crítica de la razón funcionalista.** Tradução de Manuel Jiménez Redondo Jiménez Redondo. Madrid: Taurus, 2003, t.II.

_____. **Verdade e Justificação: estudos filosóficos.** Trad.: Milton Camargo Mota. São Paulo: Loyola, 2004.

HART, H.L.A. **O conceito de Direito.** Trad.: de A. Ribeiro Mendes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1994.

HEALY, Thomas. The Rise of Unnecessary Constitutional Rulings. In.: **North Carolina Law Review**, v. 83, 2005, p. 929.

HORKHEIMER, Max. Teoria tradicional e teoria crítica. In.: BENJAMIN, Walter et al. **Textos escolhidos.** Trad.: Edgard Afonso Malagodi; Ronaldo Pereira Cunha. São Paulo: Abril Cultural, 1975.

KÄGI, Werner. *La constitución como ordenamento fundamental del estado: investigaciones sobre las tendencias desarrolladas em el moderno derecho constitucional.* Trad. Sergio Díaz Ricci e Juan José Reyven. Madrid: Dykinson, 2005.

KELSEN, Hans. **Jurisdição Constitucional.** Trad.: Alexandre Krug. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

_____. **Teoria Geral do Direito e do Estado.** Trad. De Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

_____. **Teoria Pura do Direito.** Trad.: João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

KMIEC, Keenan D. The origin and current meanings of 'judicial activism'. In.: **California Law Review**, 2004.

MAIA, Antonio Cavalcanti. A idéia de patriotismo constitucional e sua integração à cultura político-jurídica brasileira. In.: **Habermas em discussão**. PINZANI, Alessandro; DUTRA, Delamrar [Orgs.]. Florianópolis: Nefipo, 2005.

MACCORMICK, Neil. **Why cases have rationes and what these are**” in Precedent in Law Clarendon Press Oxford, 1987.

MACEY, R. Jonathan. **The internal and external costs and benefits of stare decisis**. Chicago, Law Review, vol. 65:93, 1989.

MARSHALL, William P. Conservatives and the Seven Sins of Judicial Activism. **University of Colorado Law Review**, v. 73, 2002

MEIRELLES, Hely Lopes. **Mandado de segurança**. São Paulo: Malheiros, 2006.

MELO, José Tarcízio de Almeida. **Súmula vinculante: aspectos polêmicos, riscos e viabilidade**. Palestra proferida em 31.05.2007, na Escola Judicial Desembargador Edésio Fernandes – Tribunal de Justiça de Minas Gerais.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Controle de Constitucionalidade**. São Paulo: Saraiva, 1990.

_____. **Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade: estudos de direito constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2006.

_____. **Jurisdição Constitucional: o controle abstrato de normas no Brasil e na Alemanha**. São Paulo: Saraiva, 1996.

_____; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2007.

MOREIRA, Eduardo Ribeiro. **Neoconstitucionalismo: a invasão da Constituição**. São Paulo: Método, 2008.

PASSOS, J.J Calmon de. **Mandado de segurança coletivo, mandado de injunção, hábeas data, Constituição e processo**. Rio de Janeiro: Forense, 1989.

RODRIGUES, Leda Boechat. **História do Supremo Tribunal Federal**. Rio de Janeiro: Civilização brasileira, 1965, t. 1.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Do Contrato Social**. Trad. de Lourdes Santos Machado. In Os Pensadores. São Paulo: Nova Cultural, 1987.

SCHMITT, Carl. **Teoria de la Constitución**. Trad.: Francisco Ayala. Madrid: Alianza Editorial, 2006, p. 46.

SHAPIRO, Martin. The United States. In.: **The Global Expansion of Judicial Power**. New York: New York University Press, 1995.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional positivo**. São Paulo: Malheiros, 2006.

SILVA, Virgílio Afonso da. Interpretação e sincretismo metodológico. In.: **Interpretação Constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2005.

SUNSTEIN, Cass R., **Tilting the Scales Rightward**, N.Y. Times (AT 23), de 26 de abril de 2001.

_____. **Radicals in Robes: Why extreme right-wings Courts are wrong for America?** New York: Basic Books, 2005.

TATE, C. Neal. Why the expansion of judicial power? In.: TATE, C. Neal; VALLINDER, Torborn. **The global expansion of judicial power**. New York: New York University Press, 1995.

TAVARES, André Ramos. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2008.

VIANNA, Luiz Werneck (org.). **A democracia e os três poderes no Brasil**. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2002 (Apresentação).

_____. *et alli*. (org.) **A judicialização da política e das relações sociais no Brasil**. Rio de Janeiro: Editora Revan, 1999 (Introdução).

VIEIRA, Oscar Vilhena. **Supremo Tribunal Federal: Jurisprudência política**. São Paulo: Malheiros, 2002.

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

_____. Judicial review and the conditions of democracy. In.: **The Journal of political philosophy**, v.6, n° 4, 1988 (335-355).

_____. **Law and Disagreement**. Oxford: oxford University Press, 2001.

WAISMANN, Friedrich. **Los principios de la filosofía lingüística**. Trad.: José Antonio Robles. México: Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Filosóficas, 1970.

WARAT, Luis Alberto. **Introdução Geral ao Direito II. Epistemologia jurídica da modernidade**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1994.

WITTGENSTEIN, Ludwig. **Investigações Filosóficas**. Trad.: José Carlos Bruni. In: Os Pensadores. São Paulo: Nova Cultural, 1989