

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.