

## 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 qualificações<sup>1</sup>.

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 contraditórias<sup>2</sup>.

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 1954<sup>3</sup>. 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 Tribunal<sup>4</sup>.

---

<sup>1</sup> “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.).

<sup>2</sup> Ibid., p. 1442.

<sup>3</sup> 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.

<sup>4</sup> 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 liberal<sup>5</sup> 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 pernicioso<sup>6</sup>.

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, ativistas<sup>7</sup>. 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*<sup>8</sup>.

A Corte Rehnquist<sup>9</sup> (1986-2005), por essa característica, provocou sérias objeções, que deram novo tom à expressão “ativismo judicial”. Diversos políticos

<sup>5</sup> 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.

<sup>6</sup> “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).

<sup>7</sup> 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).

<sup>8</sup> “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>>>).

<sup>9</sup> 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 direita<sup>10</sup>.

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 usuário<sup>11</sup>. Na mesma linha, William Marshall sentencia que ativismo judicial tem representado apenas um sentimento de antipatia sobre determinado conteúdo decisório<sup>12</sup>. 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.

<sup>10</sup> 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.

<sup>11</sup> HEALY, Thomas. op. cit., p. 858.

<sup>12</sup> 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 estatais<sup>13</sup>.

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 outros<sup>14</sup>.

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 ser<sup>15</sup>.

---

<sup>13</sup> “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).

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

<sup>15</sup> “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 idealista<sup>16</sup>.

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 ideológica<sup>17</sup>.

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 vidas<sup>18</sup>.

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.

---

<sup>16</sup> 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.

<sup>17</sup> 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).

<sup>18</sup> 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 Commanducci, 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*<sup>19</sup>.

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

---

<sup>19</sup> 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 ordem<sup>20</sup>.

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”<sup>21</sup>.

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 política<sup>22</sup>.

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 ruir<sup>23</sup>.

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

<sup>20</sup> Ibid., p. 43.

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

<sup>22</sup> 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).

<sup>23</sup> 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 castigado<sup>24</sup>.

Enquanto realiza o retrato fiel desses fatores de poder, a Constituição absorve-lhes a força ativa que exercem sobre a sociedade<sup>25</sup>.

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 Solar<sup>26</sup>. 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 papel<sup>27</sup>.

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 jurídicas<sup>28</sup>.

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

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

<sup>25</sup> “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).

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

<sup>27</sup> “[...] 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.

<sup>28</sup> COMANDUCCI, Paolo, op. cit., p. 50.

(procedimento de alteração, por exemplo); ou também pelo conteúdo das normas<sup>29</sup>.

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 axiológico<sup>30</sup>.

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 esta<sup>31</sup>.

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 constitucional<sup>32</sup>.

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

---

<sup>29</sup> Ibid.,50.

<sup>30</sup> COMANDUCCI, Paolo, op. cit, p.51.

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

<sup>32</sup> 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 ponderação<sup>33</sup>.

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>><sup>34</sup>.

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 1991<sup>35</sup>.

Os estudos que procuram sistematizar o discurso neoconstitucionalista reconhecem que ainda se trata de um rótulo impreciso, eclético<sup>36</sup> ou em fase de construção.

<sup>33</sup> 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).

<sup>34</sup> “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).

<sup>35</sup> CARBONELL, Miguel. op. cit., p. 9-10

<sup>36</sup> “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 1988<sup>37</sup>.

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 neoconstitucionalista<sup>38</sup>.

*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, etc<sup>39</sup>.

*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 garantia<sup>40</sup>.

---

<sup>37</sup> 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.

<sup>38</sup> CARBONELL, Miguel., op. cit., p. 11.

<sup>39</sup> 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).

<sup>40</sup> 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 diferenciada<sup>41</sup>.

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 neoconstitucionalista<sup>42</sup>, 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

---

<sup>41</sup> “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.

<sup>42</sup> CARBONELL, Miguel. op.cit., p. 9.

diferenciada, amparada por parâmetros interpretativos diversos, entre eles, os valores<sup>43</sup>.

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 valores<sup>44</sup>.

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

---

<sup>43</sup> Ibid., p.10.

<sup>44</sup> 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 constitucionais<sup>45</sup>.

Embora Carbonell<sup>46</sup> 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 Alexy<sup>47</sup>, 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.

---

<sup>45</sup> DWORKIN. Ronald. op. cit. p. 31-33.

<sup>46</sup> “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.

<sup>47</sup> 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 positivista<sup>48</sup>.

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 crítica<sup>49</sup>.

---

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

<sup>49</sup> 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”<sup>50</sup> 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”<sup>51</sup> 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 criativo<sup>52</sup>.

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 Direito<sup>53</sup>.

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 exaustiva, os conceitos empíricos revelariam a propriedade da incompletude. A textura aberta, nesse passo, traduziria a idéia de uma vagueza potencial dos conceitos<sup>54</sup>.

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

<sup>50</sup> 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).

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

<sup>52</sup> *Ibid.*, p.152.

<sup>53</sup> HART, H.L.A., op. cit., p. 141.

<sup>54</sup> 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 funções<sup>55</sup>.

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 casos<sup>56</sup>.

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 penumbra<sup>57</sup>.

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 caso<sup>58</sup>.

[...] 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

---

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

<sup>56</sup> *Ibid.*, §66.

<sup>57</sup> HART, H.L.A. op. cit., p. 139.

<sup>58</sup> *Ibid.*, p. 158.

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

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 Dworkin<sup>60</sup>.

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’”<sup>61</sup>.

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-nada<sup>62</sup>.

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,

---

<sup>59</sup> Ibid., p. 336.

<sup>60</sup> DWORKIN, Ronald. Op. cit., p. 28

<sup>61</sup> DWORKIN, Ronald. Op. cit., p. 28.

<sup>62</sup> 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”<sup>63</sup>.

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 partes<sup>64</sup>.

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

---

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

<sup>64</sup> *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 direção<sup>65</sup>

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-humanas<sup>66</sup>.

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

---

<sup>65</sup> DWORKIN, Ronald. op. cit. p. 238.

<sup>66</sup> Ibid., p. 287.

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

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 individual<sup>68</sup>.

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 político<sup>69</sup>.

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,

---

<sup>67</sup> DWORKIN, Ronald op. cit., p. 3.

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

<sup>69</sup> *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 resposta<sup>70</sup>.

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.

---

<sup>70</sup> 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 public<sup>71</sup>.

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 tempos<sup>72</sup>.

Assim, as *cláusulas vagas* contidas em textos constitucionais, caracterizam, para o filósofo americano, verdadeiros “apelos a conceitos morais”<sup>73</sup>. 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 constitucional<sup>74</sup>.

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

---

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

<sup>72</sup> *Ibid.*, p. 46-50

<sup>73</sup> DWORKIN, Ronald. *Op. cit.*, p. 214.

<sup>74</sup> 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 comunal<sup>75</sup>.

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 todos<sup>76</sup>.

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 condição<sup>77</sup>.

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 dignidade<sup>78</sup>.

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 Constitucional<sup>79</sup>.

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

---

<sup>75</sup> Dworkin, Ronald. *Freedom's law*, op. cit. p.20.

<sup>76</sup> 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)

<sup>77</sup> Dworkin, Ronald, op. cit., p. 21.

<sup>78</sup> Ibid., 21.

<sup>79</sup> Ibid. p. 31-33.

de comunidade, a concepção abstrata de indivíduo enquanto membro moral dessa comunidade<sup>80</sup>.

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 Legislativo<sup>81</sup>; de outro, uma excessiva confiança “antropológica nas tradições”<sup>82</sup>.

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*<sup>83</sup>.

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 Direito<sup>84</sup>.

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.

---

<sup>80</sup> Ibid. p. 6.

<sup>81</sup> WALDRON, JEREMY. loc. cit.

<sup>82</sup> HABERMAS, Jürgen. loc. Cit.

<sup>83</sup> WALDRON, Jeremy. op. cit., p. 29.

<sup>84</sup> 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 legislar<sup>85</sup>.

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 parlamentar<sup>86</sup>.

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,

---

<sup>85</sup> WALDRON, Jeremy. op. cit., p.2.

<sup>86</sup> 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 Direito<sup>87</sup>.

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 pluralistas<sup>88</sup>.

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?<sup>89</sup>

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.

---

<sup>87</sup> DWORKIN, Ronald. *Uma questão de princípio*. op. cit., p. 103.

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

<sup>89</sup> “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 compartilhados<sup>90</sup>.

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-suficiente<sup>91</sup>.

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 consensuais<sup>92</sup>.

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 Michelman<sup>93</sup>. 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

---

<sup>90</sup> HABERMAS, Jürgen. Op. cit. p. 251 e ss.

<sup>91</sup> Ibid., p. 255.

<sup>92</sup> Ibid., p. 259.

<sup>93</sup> “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 princípios<sup>94</sup>. 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”<sup>95</sup>, 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-convencional<sup>96</sup>.

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

---

<sup>94</sup> “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)

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

<sup>96</sup> “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 pertença<sup>97</sup>.

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 impraticável<sup>98</sup>.

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 sociedade<sup>99</sup>.

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 valorativas<sup>100</sup>.

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

<sup>97</sup> 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.

<sup>98</sup> *Ibid.*, p. 139.

<sup>99</sup> *Ibid.*, p. 140.

<sup>100</sup> 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 constituição<sup>101</sup>.

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 legítimo<sup>102</sup>.

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 social<sup>103</sup>.

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 discurso<sup>104</sup>.

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

---

<sup>101</sup> Ibid., p. 267.

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

<sup>103</sup> HABERMAS, Jürgen. *Between facts and norms*. Op. cit., p. 299.

<sup>104</sup> 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)<sup>105</sup>.

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 variável<sup>106</sup>.

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)<sup>107</sup>.

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 abertas<sup>108</sup>.

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 direito<sup>109</sup>.

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 direito<sup>110</sup>.

---

<sup>105</sup> 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.

<sup>106</sup> 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).

<sup>107</sup> HABERMAS, Jürgen. op. cit., p. 153.

<sup>108</sup> Ibid., p. 167

<sup>109</sup> Ibid., p. 169

<sup>110</sup> 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 mesmo<sup>111</sup>.

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 plurais<sup>112</sup>.

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

---

<sup>111</sup> Ibid, p. 170.

<sup>112</sup> 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 plena<sup>113</sup>.

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 Marshall<sup>114</sup>.

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 ditatorial<sup>115</sup>.

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.

---

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

<sup>114</sup> Ibid., p. 11.

<sup>115</sup> 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-majoritárias<sup>116</sup>.

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 judiciário<sup>117</sup>.

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

---

<sup>116</sup> “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)

<sup>117</sup> 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”<sup>118</sup>.

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.

---

<sup>118</sup> “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).