

## 5

### Conclusão

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

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

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

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

A versatilidade no emprego da expressão colocou em dúvida o seu potencial semântico. Diante disso, houve quem a condenasse, como Healy<sup>1</sup> e Marshall<sup>2</sup>, ao plano da mera ideologia; assim como quem, não se mostrando disposto a abrir mão do uso científico da expressão, pretendeu imprimir-lhe caráter neutro, como Sunstein<sup>3</sup>, a partir da fixação de indicadores objetivos.

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

---

<sup>1</sup> HEALY, Thomas. op. cit., p. 858.

<sup>2</sup> MARSHALL, William P. op. cit., p. 1217.

<sup>3</sup> SUNSTEIN, Cass R. op. cit., p. 42

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

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

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

Com a adoção, metodológica, dos quatros modelos conceituais de Constituição, formulados por Comanducci<sup>4</sup>, possibilitou-se uma visão panorâmica da disputa firmada em torno do próprio conceito de Constituição.

Foram agrupados conceitos axiológicos, que tomam a Constituição como ordem, como o de Schmitt<sup>5</sup>; assim como conceitos descritivos, mas que também tomam a Constituição como ordem, como o de Lassalle<sup>6</sup>.

De outro lado, acomodaram-se conceitos descritivos, que tomam a Constituição como norma, como o de Kelsen<sup>7</sup>; e conceitos axiológicos que também a tomam como norma.

Neste último grupo, de acordo com Comanducci, insere-se a maior parte das proposições constitucionais contemporâneas, pois de um modo ou de outro, as disputas tendem, hoje, a confluir para a valorização de algum aspecto normativo da Constituição, seja em sua conexão com a democracia<sup>8</sup>, seja por uma pauta principiológica ou valorativa<sup>9</sup>.

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

---

<sup>4</sup> COMANDUCCI, Paolo. op. cit., p. 41-67.

<sup>5</sup> SCHMITT, Carl. op. cit., p. 46

<sup>6</sup> LASSALLE, Ferdinand. op. cit., p.48.

<sup>7</sup> KELSEN, Hans. op. cit., p. 132.

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

<sup>9</sup> COMANDUCCI, Paolo. op. cit., p. 52-53.

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

A Constituição brasileira de 1988 é situada entre esses exemplos, por incorporar em seu texto um grande campo temático, e conferir-lhe tratamento minucioso<sup>10</sup>.

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

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

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

Para fazê-lo, procurou adotar como alvo de reflexão a tese que considerou mais forte, entre as que defendem a idéia de uma jurisdição alargada. Dessa forma, a pesquisa dialogou com a proposta de Dworkin sobre a jurisdição constitucional como fórum autêntico da moralidade política<sup>11</sup>.

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

---

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

<sup>11</sup> DWORKIN. Ronald. op. cit., p. 31-33.

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

Ao legislador seria possível a fundamentação de suas decisões a partir de ambos os argumentos; mas ao juiz só seria possível o manuseio de argumentos de princípios políticos<sup>12</sup>. O que parece, *prima facie*, repercutir em uma visão restritiva da atividade judicial, é utilizado por Dworkin para lhe atribuir especial dignidade.

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

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

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

A esse ponto exato dirigem-se as principais críticas de Waldron e de Habermas a Dworkin. Waldron acusa-o de marginalizar a legislação<sup>13</sup> e de negligenciar o fato de que a moralidade política, que deposita aos cuidados desse fórum especial, é um dos alvos de maior desacordo entre as pessoas. Habermas acusa-o de uma crença descabida nas tradições culturais<sup>14</sup>.

---

<sup>12</sup> Id., *Uma questão de princípio*. op. cit., p. 6.

<sup>13</sup> WALDRON, Jeremy. op. cit.

<sup>14</sup> HABERMAS, Jürgen. op. cit.

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

Reconstruindo-se a proposta de Dworkin, a partir das críticas que recebeu desses dois autores, a pesquisa firma o entendimento de que a Jurisdição Constitucional definitivamente não pode pretender realizar, com exclusividade, uma leitura moral da Constituição.

Atentando-se para a realidade brasileira, marcada, de um lado, pela presença de uma Constituição substantiva; de outro, pela fragilidade da cidadania; a pesquisa reconhece como necessário distinguir o fenômeno da <<judicialização da política>> e o <<ativismo judicial>><sup>15</sup>.

A judicialização da política, aqui compreendida como a intervenção judicial em pautas substanciais, pode se fazer necessária em contextos como o brasileiro. Isso não justifica, sob qualquer hipótese, a idéia de que as jurisdições constitucionais assumam-se como protagonistas da construção de uma moralidade política.

Em sociedades pluralistas, não há uma concepção de bem, ou de política, pronta, partilhada, que possa ser buscada na Constituição por intérpretes especializados. Há, ao contrário, um desacordo permanente que só é estabilizado pelo Direito quando este se produz em ambiente de ampla participação política.

A partir dessas premissas, a pesquisa definiu como manifestação de ativismo judicial, ou, prática jurisdicional exorbitante; a tentativa de um protagonismo moral ou político pelos Tribunais Constitucionais, pois nem mesmo o reconhecimento da importância dessas instituições em sociedades órfãs de instituições políticas sólidas pode autorizar que se implemente uma tecnocracia judicial.

Com a construção discursiva do significado de ativismo, a pesquisa lançou-se à análise de casos exemplificativos das recentes alterações performáticas do STF. No ano de 2007, o Tribunal Constitucional brasileiro

---

<sup>15</sup> TATE, C. Neal. op. cit.

superou seus próprios precedentes em alguns campos temáticos delicados, como o do mandado de injunção e o da fidelidade partidária.

No tema do mandado de injunção, evoluiu da tese reconhecida como mais conservadora (não-concretista) para alcançar, em 2007, a tese reconhecida como mais audaciosa (concretista geral). Como visto, a evolução da Corte da tese não-concretista para as demais, que não a adotada por último, coloca apenas a discussão sobre a natureza da decisão judicial, se apenas cognitiva ou também criativa.

Quando, porém, passa a Corte a adotar a tese concretista geral, a problemática instalada envolve a separação de poderes, uma questão de ordem democrática. Diante da omissão legislativa, e da conseqüente inviabilidade do exercício de direito dependente de regulamentação, poderia o STF ter apenas construído uma norma para os casos que provocaram a sua manifestação.

Teria, na hipótese, realizado uma intervenção substancial, mas a partir do diálogo com as partes envolvidas nos casos: produção da norma em processo conjunto com todos que são por ela afetados, em perfeita sintonia com a idéia de uma sociedade aberta de intérpretes<sup>16</sup>.

Ao invés disso, lançou-se à produção de uma norma para toda a coletividade, subvertendo a função jurisdicional, em clara expressão de ativismo.

No tema da fidelidade partidária, o STF abandonou a tese, longamente sustentada, de que o ordenamento brasileiro não havia adotado o princípio da fidelidade partidária, de que não havia amparo no ordenamento para punir o parlamentar que, uma vez eleito, trocasse de partido; passando a afirmar, em 2007, a aplicabilidade do princípio.

Para contornar a quebra de uma coerência horizontal, os Ministros argumentaram no sentido de que não se trata propriamente de decretar a perda do mandato parlamentar, pois para isso não haveria previsão constitucional. Trata-se de reconhecer que o mandato não pertence ao parlamentar, nem ao partido político; mas à ideologia política, originária, que motiva a filiação partidária e os votos dos cidadãos.

---

<sup>16</sup> “Como não são apenas os intérpretes jurídicos da Constituição que vivem a norma, não detêm eles o monopólio da interpretação da Constituição” (HÄBERLE, Peter. op. cit.)

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

Ocorre que a maioria dos Ministros decidiu pelo conhecimento dos mandados de segurança impetrados por partidos políticos. Isso significa que consideraram possível realizar juridicamente uma análise da fidelidade político-ideológica e, o que é ainda mais inusitado, nas vias estreitas de um mandado de segurança.

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

Com a análise discursiva acima referida, a pesquisa compreende ter confirmado a sua hipótese inicial sobre um recente ativismo no Supremo Tribunal Federal.

Em relação às causas possíveis desse ativismo, a pesquisa levantou três fatores que sugerem pelo menos uma potencial conexão com a mudança performática da Corte: ampla renovação do quadro de Ministros; efeito discursivo do novel instituto da súmula vinculante; ambiente teórico favorável ao ativismo judicial.

No que se refere à primeira possível causa, sublinhou-se que entre o ano de 2003 ao de 2007, houve a mais significativa renovação do quadro de Ministros, tanto porque transcorrida em curto lapso temporal, como porque realizada com a nomeação de sete Ministros por um único Presidente da República, o Presidente Luiz Inácio Lula da Silva, distribuídas em seus dois mandatos de governo.

Uma renovação como essa, concluída, por ora, no ano de 2007; ano em que notadamente fizeram-se sentir as alterações performáticas estudadas nesse trabalho, não pode ser menosprezada<sup>17</sup>.

Ainda que essa conexão mereça constituir objeto autônomo de pesquisa, o presente trabalho considerou de extrema importância deixá-la bem sinalizada. Alguns dados curiosos já foram sublinhados, como o caráter técnico-jurídico predominante entre os atuais Ministros do STF, a inexistência de Ministros com passagens em cargos eletivos. A intenção, no ponto, é deixar rastros para eventuais novas pesquisas.

No que se refere à segunda possível causa de ativismo, articulada por esse trabalho, chamou-se a atenção para a utilização discursiva do instituto da súmula vinculante. Implementado em 2004 no ordenamento brasileiro, o instrumento confere ao STF a possibilidade de impor seu entendimento a todos os demais órgãos do Poder Judiciário, inclusive às suas próprias Turmas; e à Administração Pública Direta e Indireta.

Até o momento (abril de 2008), o STF só se valeu quatro vezes da possibilidade aberta pelo novo instrumento. O quarto enunciado de súmula vinculante foi, inclusive, aprovado no dia 30 de abril do corrente ano (2008), data última para a conclusão dessa pesquisa.

A hesitação em utilizar efetivamente o instrumento da súmula tranqüilizou boa parte da doutrina, receosa de um engessamento do Poder Judiciário. Alertou-se, porém, para o efeito discursivo que a súmula vinculante pode desempenhar.

Como visto, alguns Ministros já se valeram discursivamente da súmula para justificarem a ampliação dos próprios poderes, segundo a lógica de que se é possível ao STF, hoje, impor seu entendimento a outros órgãos, por meio da súmula, é possível realizar outras façanhas consideradas mais brandas: “quem pode o mais, pode o menos”.

O uso discursivo revela-se, ainda, mais conveniente do que o uso efetivo do instrumento, notadamente ao Tribunal que se incline pela expansão de seus próprios poderes, como parece ser o caso do STF. Isso porque ao aprovar o enunciado de súmulas vinculantes, o Tribunal cria baliza para as suas próprias

---

<sup>17</sup> Vale mais uma referência: “A nova composição do Supremo acaba por concluir este processo e a perceber a necessidade de introdução destas inovações” – Ministro Gilmar Mendes, atual Presidente do STF, em entrevista ao jornal Valor Econômico de 18 de outubro de 2007).

turmas, que só poderão se manifestar de modo distinto se um quórum de oito ministros houver por bem cancelá-la ou revisá-la.

A pesquisa registra, nesse ponto, a necessidade de que se acompanhe o efeito discursivo das súmulas, por revelar-se uma via muito mais propícia ao ativismo, dada a sutileza que a circunda, do que a efetiva edição de enunciados.

Por fim, levantou-se, ainda, como possível causa do ativismo verificado no STF, a presença de um ambiente teórico favorável a um protagonismo judicial. Foi sinalizada a difusão da corrente neoconstitucionalista entre a comunidade jurídica brasileira.

A corrente, como já se colocou, reclama, a partir do caráter substantivo da Constituição brasileira de 1988, uma prática jurisdicional diferenciada; alargada a partir dos distintos parâmetros interpretativos que a corrente franqueia à Jurisdição Constitucional.

O pensamento contribui para o antagonismo entre supremacia constitucional e supremacia do Poder Legislativo. Por outro lado, estabelece associação rígida entre observância das decisões da Corte Constitucional e Supremacia da Constituição.

Resgata, com essa ordem de ligações, a idéia de Jurisdição Constitucional como fórum autêntico da moralidade política, articulada por Dworkin, incidindo nos mesmos problemas apontados na proposta do autor: depreciação da atividade legislativa; e descabida crença em tradições culturais.

Por que o modelo que centra a formação do Direito na figura da Jurisdição Constitucional, a partir de novos parâmetros interpretativos, como princípios, valores, direitos morais; é associado à supremacia da Constituição e não à Supremacia do Judiciário, ou, no caso, a uma “Supremocracia”?

Neoconstitucionalistas em geral silenciam-se diante da questão porque a têm como natural; mas Dworkin ensaia uma explicação: o pressuposto é de que a Jurisdição Constitucional está mais habilitada a lidar com argumentos de princípios, com verdadeiras questões de justiça; enquanto o legislador está mais acostumado a cálculo de interesses.

Em seu discurso de posse<sup>18</sup> da Presidência do Supremo Tribunal Federal, no dia 23 de abril deste ano (2008), o Ministro Gilmar Mendes, por um lado, mostrou-se preocupado em reforçar a relevância da atividade política, ante ao boicote que vem sofrendo pelo Poder Executivo, com a edição maciça de medidas provisórias: “quando se tenta depreciar ou execrar a atividade política está-se a menosprezar a consciente opção de todos os brasileiros pelo regime democrático”.

Ao se pronunciar sobre a relação do Poder Legislativo com o Poder Judiciário, utilizou um raciocínio, a essa altura, já bem familiar a essa pesquisa: “não há ‘judicialização da política’, pelo menos no sentido pejorativo do termo, quando as questões políticas estão configuradas como verdadeiras questões de direitos”.

O prazo da pesquisa expirou, mas seu objeto de estudo permanece vivo, em curso. Se este trabalho tiver contribuído para semear uma mínima discórdia quanto à naturalização do protagonismo judicial já terá cumprido importante função. Se, por ventura, tiver alguma adesão nessa espécie de observatório da Jurisdição Constitucional, atingirá meta ainda mais relevante. Em todo caso, disponibiliza-se ao leitor um estudo sobre o Supremo Tribunal Federal, comprometido até o último segundo com a sua atualização.

---

<sup>18</sup> Disponível no site institucional do STF.