

Introdução

O ativismo judicial tem merecido uma série de estudos por parte de juristas e cientistas sociais. Entre entusiastas e críticos, resulta assentado que a intervenção judicial em questões políticas é uma realidade nas atuais democracias, embora variem o grau de intensidade e as soluções institucionais oferecidas.

De há muito os dogmas da separação de poderes e da neutralidade do julgador vêm sendo postos à prova pela atividade jurisdicional das cortes constitucionais e tribunais.

Merece ser sublinhado que a própria idéia de funções típicas e atípicas serve como mitigação da concepção original de separação de poderes, mas se percebe, em realidade, um caráter dinâmico nas relações institucionais entre os órgãos políticos.

Essa dinâmica cresce conforme o incremento da judicialização de questões sociais e políticas, que acabam por desconstruir uma rígida separação entre os lindes da política e do direito. *Pari passu*, ocorrem rearranjos institucionais entre os órgãos, com a conseqüente participação do judiciário no fenômeno político, ao lado de legislaturas e chefias executivas.

Não se desconhecendo que a judicialização da política é um processo em curso desde o advento da modernidade, fato é que as questões políticas cada vez mais são decididas em arenas judiciais, muitas vezes com o beneplácito de outros agentes, aos quais caberia, sob uma concepção estática de divisão de poderes, a última palavra sobre elas.

O resultado é que juízes e ministros, tribunais e cortes, passam a ter voz ativa na definição de temas fundamentais de uma sociedade, levando-lhes, ainda, a um esforço de fundamentação do novo papel que realizam no cenário político. Ademais, surgem discussões acerca da legitimidade do avanço judicial sobre questões sociais e políticas, acusando esses novos atores na cena democrática de se afastarem de posturas tímidas no exercício da jurisdição, optando por ativismo em vez de moderação.

Esse problema ganha projeção no domínio constitucional, já que o novo constitucionalismo resgata a justiça, positivando valores e transformando-os em

princípios e regras com força normativa. Vazados em linguagem abstrata e indeterminada, os princípios passam a filtrar a criação de regras, essas sim mais específicas e determinadas.

Nesse sentido, revisão judicial (*judicial review*) e controle de constitucionalidade das leis são instrumentos importantes no estudo da separação de poderes, discutindo-se limites e legitimidade da jurisdição constitucional, o que leva a se perquirir acerca de possíveis tensões entre constitucionalismo e democracia.

Ao tema do ativismo judicial, então, se relacionam o da judicialização da política e das relações sociais e o poder de revisão constitucional (*judicial review*) e do controle de constitucionalidade.

No caso brasileiro, perguntam-se quais seriam as raízes e fundamentos para as mudanças de postura do Supremo Tribunal Federal, o qual cada vez mais se afasta de antigos dogmas, que o colocavam em uma posição de contenção, em direção ao ativismo.

Chegar a essa resposta exige uma análise que, a um só tempo, contemple a expansão global do poder judicial, forjada na crise de modernidade, e as especificidades de um ativismo judicial no Brasil, desenvolvido sob esse contexto e, ainda, sob estruturas sociais apontadas como arcaicas.

O primeiro capítulo da dissertação analisa teorias da democracia, partindo da premissa de que o fato do pluralismo nas sociedades contemporâneas torna complexa a solução do problema do consenso. Assim, a crise da modernidade leva à diluição de certezas e à propagação de projetos sobre o que seria boa vida, revelando a necessidade de abandono de um modelo ideal de democracia, cuja base se sustente em indivíduos totalmente racionais em suas escolhas e que se fie no racionalismo para obter harmonia.

A alternativa teórica escolhida é a concepção agonística de democracia, para a qual política é uma luta entre adversários movidos pela paixão de tornar suas opções hegemônicas dentro da sociedade. Essa chave teórica ajuda a entender o porquê de indivíduos e grupos de indivíduos recorrerem às mais variadas instâncias para verem seus projetos de boa vida contemplados.

Os capítulos segundo e terceiro mudam o foco para o constitucionalismo. Inicialmente, é trazido a lume o modelo de jurisdição constitucional kelseniana. Sem pretensões de resenhá-lo, mas de empreender uma leitura a partir de

balizamentos interpretativos do debate contemporâneo, demonstra-se que Hans Kelsen opta por uma concepção restrita de jurisdição constitucional, que não daria conta dos problemas das sociedades pluralistas atuais.

A seguir, a análise recai sobre as propostas de “o direito como integridade” e de uma “leitura moral da Constituição”, frutos da obra de Ronald Dworkin. Desvela-se, assim, a concepção substancialista de jurisdição constitucional e, a um só tempo, deixa-se preparado o campo para estudar a teoria de Jeremy Waldron, com quem Dworkin trava intenso diálogo, além de se ofertarem subsídios para entender o valor dos precedentes nos sistemas de *common law* e *civil law*, explorados no capítulo quinto.

Por fim, parte-se para o modelo procedimentalista de democracia habermasiano, que aponta os riscos para a sociedade de um tribunal ou corte constitucional que vá além de um controle de constitucionalidade mais restrito.

Essas teorias que, com nuances, reconhecem a oportunidade da jurisdição constitucional, são criticadas por outros juristas. Uma das versões mais fortes dessa crítica, objeto do capítulo quarto, vem do neozelandês Jeremy Waldron, que aponta a inexistência de argumentos empíricos e analíticos aptos a corroborar o entendimento de uma superioridade das escolhas de moralidade política realizadas pelo judiciário, em detrimento daquelas feitas por legislaturas.

A essa altura, cabe a observação de que não é objeto desta dissertação empreender um debate profundo sobre as propostas contemporâneas de positivismo, discutindo a separação entre direito e moral, salvo com observações marginais.

No capítulo quinto, explicita-se a premissa de que a judicialização da política e das relações sociais é um fenômeno do novo constitucionalismo, fruto de um processo gradual de separação entre direito e política desde o início da modernidade e que gerou tensões mais acentuadas a partir da segunda metade do século XX.

O processo histórico de surgimento e consolidação do ativismo no contexto norte-americano também é minudenciado, o que permite a constatação de que suas práticas ativistas estiveram atreladas a movimentos sociais de valorização de direitos humanos, realçados por dois fatos: a concisão da Constituição norte-americana e a ausência de rupturas constituintes, substituídas pela idéia de momentos constitucionais.

Desta feita, conclui-se que os dois fenômenos – judicialização da política e ativismo – são multifacetados, recorrendo-se a teóricos que esboçam tipos-ideais, a partir dos quais suas manifestações no Brasil serão estudadas.

O capítulo sexto, finalmente, retoma os debates já travados e, baseando-se na leitura patrimonialista do processo histórico brasileiro, apresenta o déficit de modernidade da sociedade. Esse déficit, por sua vez, teria levado a uma ilusão constitucional em um quadro de pouca experiência democrática.

Esse constitucionalismo sem democracia gerou um direito formalista. Foi somente durante o último período militar que uma tentativa mais contundente de superá-lo apareceu, a partir da construção de um movimento crítico do direito, que desemboca, após a Constituição de 1988, no chamado constitucionalismo da efetividade.

As conquistas democráticas e sociais da Constituição de 1988, cujas razões também são desveladas, deram ensejo a uma situação em que, mais do que buscar direitos além do texto constitucional, dever-se-ia buscar a implementação dos direitos fundamentais positivados mediante as garantias previstas pelo novo diploma jurídico.

A judicialização das relações sociais e da política, no entanto, deu azo a posturas ativistas do STF, que, preocupado em alargar competências não-institucionalizadas, criou uma nova gramática para legitimar seu poder, revendo sua jurisprudência em destacados pontos.

A esse ativismo se dá o nome de “jurisdicional”, discutindo-lhe a legitimidade a partir da teoria agonística de democracia.

A metodologia empregada na dissertação é interdisciplinar, buscando-se fundamentos nas teorias jurídicas e das ciências sociais para explicitar o ativismo dentro do quadro maior de tensão entre constitucionalismo e democracia.

Vale-se ainda de recursos a teorias jurídicas estrangeiras, pois a expansão do poder judicial é fenômeno global. De interesse, sobretudo, o direito norte-americano, pois o ativismo jurisdicional brasileiro se dá, em concomitância, com um processo de valorização do precedente, veiculado institucionalmente por reformas constitucionais que recepcionaram alguns institutos daquele sistema jurídico.