

Ativismo judicial e judicialização da política: duas faces da mesma moeda?

Até aqui se tem esforçado por revelar a tensão existente entre democracia e constitucionalismo¹. Inicialmente, partiu-se de um estudo das teorias democráticas que tentam descrever e normatizar a ação política na sociedade, para depois enveredar-se pelas teorias jurídicas que se prestam à análise das funções das legislaturas e das cortes na produção do direito. Com essas bases teóricas assentadas, empreende-se agora um mergulho maior sobre o ativismo propriamente dito.

A tarefa não se mostra fácil, quanto mais pela força retórica do termo ativismo, usado muitas vezes apenas para desqualificar uma decisão da qual se discorda. Não é, obviamente, o sentido que se lhe quer emprestar na presente dissertação. A complexidade se intensifica ainda mais, quando se entra no campo da existência ou não de diferenças ontológicas entre ativismo judicial e judicialização da política ou, se acaso existentes, como eles se relacionam. Por último, mas não menos complexo, apresenta-se o problema da existência de variados conceitos e tipos de ativismo e de judicialização da política, a partir de perspectivas teóricas diversificadas.

Parece de toda utilidade, contudo, analisar primeiramente a origem dos dois fenômenos, o que, no caso do ativismo, remete primariamente à história da prática judicial da Suprema Corte americana. Vencida essa etapa, busca-se delimitar os conceitos teóricos do ativismo.

Em seguida, parte-se para a questão da judicialização da política que, embora tenha também alguma conexão com o debate americano, no viés aqui apresentado guardará maior pertinência com os países que possuem modelos concentrados ou híbridos de controle de constitucionalidade.

¹ Não se deve desconhecer que o conflito intergeracional ganha ares de dramaticidade no debate americano, pelo qual se põe em xeque a legitimidade dos Fundadores para governar as opções políticas das gerações atuais. Trata-se de realidade diversa da maioria dos países que possuem constituições mais recentes do que a dos Estados Unidos da América, mas que não deixa de possuir sua importância, quando se analisa a possibilidade ou não de emendar a constituição. É desconhecida também no debate daqueles países sem constituições rígidas. Tem-se passado ao largo dessa temática, porém, porque o ativismo apresenta um modelo de prática judicial que vai além dos textos, sendo questão premente de aspectos políticos. De qualquer forma, fica o registro.

Não se desconhece no balanço aqui realizado o fenômeno mundial de aproximação dos modelos de *civil law* e *common law*, nem o fortalecimento do *status* do precedente como fonte do direito, renovando-se o debate sobre o que se espera de um bom julgador e quais os limites para sua atuação.

Pari passu, retoma-se e aprimora-se a questão acerca de modelos interpretativos da constituição e sobre quais as autoridades devem estar autorizadas a interpretar.

5.1.

Origem e desenvolvimento da revisão judicial no contexto norte-americano

É sempre difícil precisar o surgimento de um instituto no campo jurídico. Por mais que haja mecanismos institucionais, há uma força social a impulsionar sua efervescência. Ademais, nem sempre o movimento se dá em local específico, mas abrange espaços com proximidades mais ou menos perceptíveis.

O caso do ativismo não é diferente. Por um lado, sabe-se que a idéia de *judicial review*, datada e localizada, deu ensejo a um modelo de controle de constitucionalidade difuso. Fala-se aqui dos Estados Unidos da América e o famoso caso *Marbury vs. Madison*, de 1803, ocasião primeira a partir da qual a Suprema Corte americana afirmou a possibilidade de controle de constitucionalidade sobre atos normativos advindos de outros órgãos políticos.² Não há dúvidas de que a fonte remota do ativismo, traduzida em uma postura de atuação dos juízes da Suprema Corte americana, está na própria legitimidade que lhes foi outorgada para controlar a constitucionalidade de atos normativos.

Feitos os cortes metodológicos acima apontados, aproveita-se de estudo do professor Christopher Wolfe³ que identifica três fases principais do poder de revisão judicial na história constitucional americana: a era tradicional (que vai do nascimento da Constituição norte-americana até o final do século XIX, marcada

² Para uma análise profunda sobre as origens dos mecanismos de controle de constitucionalidade nos vários países das tradições de *common law* e *civil law*, ver TAVARES, André Ramos. *Teoria da Justiça Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2005, pp. 115 a 139 e FAVOREU, Louis. *As Cortes Constitucionais*. São Paulo: Landy, 2004.

³ WOLFE, Christopher. *From Constitutional Interpretation to Judicial Activism: the transformation of judicial review in America*. In: First Principles Series, no. 2, March 3, 2006.

pela idéia de uma leitura fiel do texto constitucional e uma forma moderada de revisão judicial), a era de transição (do final do século XIX a 1937, em que se mantém a teoria interpretativa do período tradicional ao mesmo tempo em que nasce uma prática mais ativista de revisão) e a era moderna (período que vai de 1937 até os dias atuais, quando são desenvolvidas novas e mais ativistas teorias de interpretação constitucional e de revisão judicial).

Mostra-se, com isso, a tendência da Suprema Corte americana, que gravita entre o ativismo e a auto-contenção. É sugestivo o próprio nome do artigo: “Da interpretação constitucional para o ativismo judicial: a transformação da revisão judicial na América”.

Durante a primeira fase, identificada como a era tradicional, a Suprema Corte se vale de um método interpretativo que busca nas origens do texto constitucional sua leitura fiel, em busca da vontade original dos Fundadores. A interpretação, portanto, inciava-se com uma análise das palavras do texto em seu uso comum à luz de seu contexto⁴.

Interessante ainda frisar que, embora houvesse alguma controvérsia sobre questões constitucionais como federalismo e escravidão, havia um consenso geral sobre como interpretar a Constituição. Nas palavras precisas de Christopher Wolfe, tem-se que “o pressuposto mais fundamental compartilhado é que a Constituição realmente tem um significado determinável dado por seus autores, e que esse significado era o fim ou objeto da interpretação constitucional: era autorizativo”⁵.

A empresa interpretativa, assim, se constituía em encontrar as muitas leituras possíveis da Constituição. Nessa era, segundo a doutrina majoritária que trata do tema, foram fincadas as bases institucionais para afirmar-se o papel de supremacia da Constituição sobre as demais espécies legislativas e da Suprema Corte americana como intérprete autorizada do texto constitucional.

Já no número 78⁶ de “O Federalista”, Hamilton, deixou gravado que o Judiciário, pela natureza de suas funções, é o poder menos perigoso para os direitos políticos e que uma Constituição escrita contendo limites ao governo deve

⁴ Ibidem., p. 1.

⁵ Ibidem, p. 2. Trad. livre.

⁶ HAMILTON, Alexander; MADINSON, James; JAY, John. *The Federalist*. Pode-se encontrar a versão eletrônica da obra no sítio do Congresso Americano (<http://thomas.loc.gov/home/histdox/fedpapers.html>).

ser havida como superior à lei ordinária⁷, sob pena de esses limites se tornarem ilusórios.

No entanto, tornou-se paradigmático o caso *Marbury vs. Madison*⁸, a partir do qual a Suprema Corte americana firmou, institucionalmente, seu poder de exercer controle de constitucionalidade, afastando a aplicação de leis que fossem incompatíveis com a Constituição.

Embora conhecida a história, rememore-se o caso. O presidente americano John Adams, do Partido Federalista, resolveu na iminência de terminar seu mandato, nomear seus aliados políticos para ocupar cargos no Poder Judiciário (os *midnight judges*). Marshall era Secretário de Estado no governo Adams e foi indicado como Presidente da Suprema Corte americana em janeiro de 1801. No entanto, foi empossado no cargo sem abandonar a Secretaria de Estado até o término do mandato presidencial em março de 1801.

Em fevereiro de 1801, o Congresso, cuja maioria era do Partido Federalista, aprovou o *Judiciary Act*, pelo qual se aumentava o número de juízes federais e se autorizavam nomeações de juízes de paz para o Distrito de Colúmbia. Finalmente, em 03 de março de 1801, último dia do mandato presidencial, o Senado aprovou uma série de indicações feitas por Adams para esses cargos. Ocorre que os cargos recém-criados não foram registrados no departamento da Secretaria do Estado, havendo situações de indicados que nem foram notificados da indicação.

O novo presidente, Thomas Jefferson, tomando posse a 04 de março de 1801, decidiu não efetivar as nomeações, determinando a seu Secretário de Estado, James Madison, que não entregasse os títulos de nomeação aos indicados, formalidade que deveria ter sido cumprida pelo antigo Secretário de Estado,

⁷ Uma fonte histórica para o surgimento da idéia de supremacia da constituição está no texto de Hamilton: “: The interpretation of the laws is the proper and peculiar province of the courts. A constitution is, in fact, and must be regarded by the judges, as a fundamental law. It therefore belongs to them to ascertain its meaning, as well as the meaning of any particular act proceeding from the legislative body. If there should happen to be an irreconcilable variance between the two, that which has the superior obligation and validity ought, of course, to be preferred; or, in other words, the Constitution ought to be preferred to the statute, the intention of the people to the intention of their agents” (HAMILTON, Alexander. *The Federalist*. No. 78. Disponível em http://thomas.loc.gov/home/histdox/fed_78.html. Acesso em 10.01.2009.

⁸ Louvo-me para descrever o caso da obra de Jânio Nunes Vidal (*Elementos da Teoria Constitucional Contemporânea: estudos sobre as constantes tensões entre política e jurisdição*. Salvador: Jus Podium, 2009, pp. 82-85).

Marshall, e que, no entender do novo presidente, era o que efetivava a nomeação de qualquer indicado.

Entre os beneficiados pela indicação de Adams, estava William Marbury, que havia sido submetido ao Senado para juiz de paz do distrito da Colúmbia. A indicação foi aceita pelo órgão legislativo e, após, assinada e selada pelo Presidente Adams, mas, como a de outros, não foi aperfeiçoada pela recusa da nova administração em entregar o título de nomeação. Diante da situação, Marbury notificou o Secretário de Estado para apresentar as razões existentes para a negativa de sua posse, ingressando com um *writ of mandamus* na Suprema Corte, buscando que esse órgão judiciário determinasse a Madison a efetivação de sua posse.

A questão era delicada, pois se, sob a perspectiva jurídica, era estreme de dúvidas que Marbury tinha direito subjetivo à posse, pois fora regularmente nomeado pelo governo anterior; sob um viés político, não poderia a corte ignorar a imensa pressão política contra a nomeação dos *juízes da meia-noite*, não tendo como se efetivar a ordem de posse frente um governo recém-eleito, dotado de legitimidade democrática e respaldo popular⁹.

Havia, porém, uma questão jurídica preliminar: o *Judiciary Act*, em sua seção 13, era o diploma jurídico que atribuía competência originária à Suprema Corte norte-americana para apreciar o *mandamus*. Entretanto, era inconstitucional o diploma jurídico nesse particular, já que a competência originária da Suprema Corte estava prevista na Constituição, não podendo um diploma inferior contrariá-la.

Invertendo a técnica processual, Marshall, contudo, afirmou que havia direito subjetivo à posse, mas indeferia a ordem por faltar legitimidade à corte no julgamento a ela submetido. Em síntese, firmou-se que a jurisdição original do Tribunal Supremo está delimitada pela Constituição e não pode ser ampliada.

O registro histórico é importante, porque ficou assentado pelo voto de Marshall que se aos tribunais compete observar a constituição e se essa é superior a qualquer lei emanada do legislativo, em caso de conflito entre os dois diplomas jurídicos, há de prevalecer a constituição.

⁹ STAMATO, Bianca. *Op. cit.*, pp. 62-63.

A partir de então, portanto, o Tribunal se proclamou supremo intérprete do “direito da Constituição” e considerou que os pronunciamentos constitucionais são parte desse mesmo direito. Assim, ignorar um pronunciamento judicial implicaria resistir à Constituição. Mais que isso: a partir da célebre decisão, alocou-se ao Judiciário e, posteriormente, aos tribunais constitucionais a responsabilidade pela manutenção do Estado Constitucional de Direito¹⁰.

Há, no entanto, um distanciamento entre o que teria realmente ocorrido nesse caso e o que restou como lugar-comum dessa história:

“El *Mabury* simbólico, el épico caso fundacional, ha desplazado hace tiempo al *Marbury* histórico, el que fuera conocido em su día como ‘caso del *mandamus*’. Basta con leer la sentencia para comprobar que el prestigio y la fama enormes de *Marbury* no guardan proporción ni con la entidad del asunto debatido en el juicio ni con la trascendencia de los intereses particulares en que él se ventilaban”¹¹

Na verdade, somente houve nova declaração de inconstitucionalidade de um ato normativo em 1857, no famoso caso *Dred Scott*, e o precedente somente foi invocado expressamente no caso *Mugler*, em 1887. De qualquer forma, o caso *Marbury* parece somente se associar definitivamente às origens históricas do *judicial review* em 1895, no caso *Pollock*, quando se constituiu no argumento central da decisão exarada¹².

Assim, embora o poder de revisão judicial, na primeira fase, fosse apoiado por uma série de Fundadores, não se tratava, ainda, desse poder inquestionável em que se transformaria depois¹³. Críticas existiram, sobretudo a partir da idéia de que tal poder implicava uma sobreposição do legislativo, mas que não resistiu ao argumento de que, em verdade, se estava valorizando a supremacia da vontade popular, plasmada na Constituição, nada havendo de antidemocrático. É que “a revisão judicial simplesmente deu efeito à vontade do povo contida na Constituição sobre a mais transiente vontade popular representada pelo legislativo (e executivo) em momentos dados”¹⁴

¹⁰ TAVARES, André Ramos. *Op. cit.*, 2005, p. 120.

¹¹ RUIZ, María Ángeles Ahumada. *Marbury vs. Madison* doscientos años (y más) después. In: *Fundamentos – cuadernos monográficos de teoría del Estado, Derecho Público e Historia Constitucional*, nº 4, Oviedo, 2006, p.112.

¹² *Ibidem*, pp. 114-115.

¹³ WOLFE, C. *Op. cit.*, p. 2.

¹⁴ *Ibidem.*, p. 3. Trad. livre.

Outra salvaguarda estava em que esse poder deveria ser moderado, respeitando-se uma regra de administração: a deferência ao legislativo. É dizer: o poder, que é implícito nas prerrogativas do judiciário para realizar sua tarefa de decidir litígios conforme a lei, não deveria ser exercido em casos duvidosos, mas em situações claras de incompatibilidade entre a lei e a Constituição¹⁵.

Não se pode olvidar, por outro lado, que a única justificativa para o poder de revisão judicial, durante essa fase tradicional, atrelava-se ao fato de que o Judiciário mais aplicava a Constituição do que a vontade de seus membros.

Uma leitura crítica desse período, contudo, indica que a decisão dos juízes se baseava em convicções políticas pessoais em detrimento do que poderia se extrair do texto propriamente dito¹⁶.

O segundo período, a fase de transição, começa no final do século XIX e se caracteriza pelo uso do “devido processo legal” em sua vertente substancial, como instrumento para derrubar a regulação econômica em níveis federal e estadual, entre 1890 e 1937. E aqui parece assistir-se ao nascimento de um novo poder de revisão judicial, mais ativista, por meio do qual os juízes poderiam ler suas próprias visões de economia política na Constituição¹⁷.

O clímax desse período se dá nos anos 30, quando a Suprema Corte declara inconstitucionais pontos do *New Deal*, implementado pelo Presidente Roosevelt. A Corte ganhou o epíteto de *laissez-faire* Corte.

Faltava, porém, uma consciência de que a Corte estava mudando ou modificando a Constituição à luz de novas circunstâncias político-econômicas. Para os juízes, eles nada mais faziam que cumprir sua tradicional tarefa, julgando em detrimento de impor suas vontades¹⁸, nessa fase inicial de ativismo judicial.

Superada essa fase intermediária, em que houve severas críticas à Corte *laissez-faire*, chega-se à era moderna. As raízes para a mudança de perfil da atuação da Suprema Corte são aprofundadas pelos estudos pioneiros de Oliver Wendell Holmes Jr., para quem a vida do direito não segue um curso lógico, mas é experiência¹⁹. Adota-se uma concepção “legislativa” de revisão judicial²⁰, de

¹⁵ Ibidem., p.3.

¹⁶ Ibidem, p.5.

¹⁷ Ibidem., p. 6.

¹⁸ Idem.

¹⁹ Indicativas da concepção de que o direito é experiência são as seguintes palavras: “A vida do direito não tem sido lógica: tem sido experiência. As necessidades sentidas em todas as épocas, as teorias morais e políticas que prevalecem, as intuições das políticas públicas, claras ou

modo que julgamento não seria algo distinto de legislação, mas uma diferente forma dela, nos interstícios ou lacunas da lei.

Em verdade, trata-se de uma mudança de perspectiva nas ciências sociais, que se antes estavam influenciadas por uma visão newtoniana de mundo, causalista, passam a se submeter a uma visão evolucionista, graças aos estudos pioneiros de Charles Darwin.

A questão é que a teoria jurídica americana, sobretudo a partir de realistas do porte de Holmes e Cardozo, realçaram que a generalidade das Constituições fizeram das normas constitucionais uma área de extraordinária indeterminação e, portanto, uma área que particulamente necessita de legislação judicial para preencher os espaços da lei²¹.

Atacava-se, porém, o ativismo de outrora, conservador, da Corte *laissez-faire* que, baseando-se em uma jurisprudência mecânica, pensava que na lei se encontrava a solução para todos os problemas, como se ela fosse “boa para todos os tempos e circunstâncias”²². Contudo, as relações econômicas ficaram mais complexas e novas políticas – e novas interpretações constitucionais, em consequência – foram necessárias para a nova fase²³.

A moderna teoria da interpretação constitucional preocupa-se mais com especificar a aplicação de termos genéricos constitucionais que simplesmente interpretar em um sentido estrito. Curiosamente, portanto, essa nova tendência implicou uma maior deferência ao legislativo, de forma a que esse tivesse maior discricionariedade na regulação econômica. Os juízes não mais se preocupam em simplesmente anunciar o que a constituição diz sobre certas questões, mas possuem poder delegado para determinar quais políticas mais se harmonizam com o texto constitucional, vazado em linguagem abstrata e vaga, bem como se apresentam como contra-poder em caso de conflitos estatais²⁴.

inconscientes, e até mesmo os preconceitos com os quais os juízes julgam, têm importância muito maior do que silogismos na determinação das regras pelas quais os homens devem ser governados” (HOLMES JÚNIOR, Oliver Wendell. *The common Law*. New York: Dover, 1991, p. 1. Trad. livre).

²⁰ WOLFE, C. *Op. cit.*, p. 7.

²¹ CARDOZO, Benjamin N. *A natureza do processo judicial*. Trad. Silvana Vieira. 1ª ed., São Paulo: Martins Fontes, 2004, p. 83.

²² WOLFE, C. *Op. cit.*, p.8.

²³ *Idem*.

²⁴ *Idem*.

Realiza-se uma nova leitura do devido processo legal, que passa a ser visto como a garantia de direitos fundamentais contra a arbitrariedade, mas como o texto constitucional não determina quais seriam esses direitos fundamentais e nem quando se estaria diante de um arbítrio, os juízes devem desenvolver as respostas para essa adjudicação ao longo do tempo²⁵. Do mesmo modo, afasta-se qualquer tratamento desigual que não seja razoável, embora fique ao critério do Judiciário aquilatar o que seria irrazoável. Paradigmático é o caso *U.S. Trust v. N.J.*, de 1977, em que restou assentado que “No states hall pass any law ... *unreasonably* impairing the obligation of contract”.

Esse “balanceamento” revela similitude entre as novas tarefas dos juízes e o processo legislativo²⁶. Trata-se de uma moderna revisão judicial, poder que não é mais visto sob a perspectiva tradicional de se estar meramente aplicando a vontade da população contida na constituição, como se isso lhe desse a chancela de democrática. Não se aceita mais a visão de que as leis deveriam ser afastadas apenas, quando houvesse clara violação à constituição, uma vez que a tarefa outorgada aos tribunais, como dito alhures, circunscreve-se mais a resolver a ambigüidade de conteúdos constitucionais genéricos²⁷.

Em verdade, diminuiu-se o respeito ao princípio da deferência ao legislador, a partir da constatação de que, como o processo legislativo é permeado pelos interesses de uma série de grupos, é natural que aqueles com menor poder sejam atendidos também em menor medida, daí restar-lhes apenas o acesso às cortes²⁸. O vácuo político onde operariam as minorias abre ensejo à atuação judicial.

A verdade é que a revisão judicial no ordenamento jurídico americano sofreu sensíveis alterações no decorrer dos séculos e algumas releituras do caso *Marbury versus Madison* permitem repensar até que ponto deve ser o tribunal o intérprete último e autorizado de questões constitucionais, bem como a metodologia de interpretação a ser utilizada, pois

“Os limites tradicionais sobre a autoridade das interpretações da Constituição pela Suprema Corte também foram suplantadas. *Marbury v. Madison* atualmente não diz nada específico sobre a autoridade geral da interpretação constitucional

²⁵ Ibidem, p. 9.

²⁶ Idem.

²⁷ Ibidem, p. 10.

²⁸ Ibidem, p.11.

da Corte – o intento de Marbury era mostrar que as cortes podem recusar-se a dar efeito a leis inconstitucionais no processo de realização de seus deveres. Não obstante, o raciocínio sugere realmente uma certa proeminência da construção judicial das leis, com a Constituição sendo tratada como uma das formas de lei: é, afinal, ‘enfaticamente a província e o dever do órgão judicial dizer o que a lei é’²⁹.

Interessa, especificado o caminho de criação, consolidação e reformulação da prática de revisão judicial, volver o olhar para a questão de quais as acepções que o termo ativismo ganha no debate americano, bem como saber quais as modalidades acaso existentes. Tudo isso para diferenciar, inicialmente, posturas ativistas de posturas de auto-contenção.

5.2.

Delimitando os contornos do ativismo judicial

Muito embora o termo ativismo tenha ganhado espaço no debate jurídico, ele guarda a peculiaridade de ter sido esboçado em contexto midiático, não advindo de criação doutrinária ou jurisprudencial.

Arthur Schlesinger Jr., um jornalista, em artigo publicado na revista *Fortune*, em janeiro de 1947, cuja temática se voltava à análise das alianças e divisões entre os juízes que compunham a Suprema Corte americana daquela época, caracterizou os juízes Black, Douglas, Murphy e Rutledge como “ativistas judiciais”, em contraposição aos juízes Frankfurter, Jackson, e Burton, a quem rotulou como “campões da auto-contenção”. Quanto aos juízes restantes, Reed e o presidente Vinson, identificou-os como integrantes de um grupo moderado³⁰.

Esse dado histórico reforça a complexidade em se delimitar teoricamente o fenômeno, quanto mais pelo uso retórico³¹ emprestado ao termo. Desde sua pioneira utilização por parte de Schlesinger Jr., ativismo serve para timbrar decisões com as quais não se concorda, a ponto de Kermit Roosevelt III, afirmar que “o termo ativismo judicial, como é tipicamente usado, é essencialmente vazio

²⁹ Idem.

³⁰ KMIEC, Keenan D. The origin and current meanings of judicial review. In: *California Law Review*, oct. 2004, p. 1446.

³¹ SMITH, Stephen F. *Taking Lessons from the Left? Judicial activism on the right*. In: *The Georgetown Journal of Law & Public Policy*. Vol 57, 2002, p. 58.

de conteúdo; é simplesmente uma maneira inflamada de registrar a desaprovação frente a uma decisão”³².

É bem verdade que, além dessa concepção que revela um uso retórico do termo, existe uma definição utilizada pela maioria da doutrina norte-americana, a identificar o ativismo como o simples afastamento de uma lei estadual ou federal ou a superação de um precedente³³. Essa definição simplista para ativismo esbarra, porém, na própria noção que se tem de revisão judicial, conectada a um mecanismo de controlar a constitucionalidade de atos normativos, e na problemática da superação de um precedente, que traz uma série de questões como o dever de coerência e a mutação constitucional, para ficar apenas em duas mais afetas tanto aos sistemas jurídicos de *common law*, quanto aos de *civil law*.

Não bastasse isso, aponta-se uma hipocrisia reinante ao se criticar como ativista uma corte de feição conservadora, ao mesmo tempo em que se aplaude uma corte tendentemente progressista³⁴. Esse debate, a bem da verdade, guarda maior pertinência com a realidade americana, bifurcada entre dois grandes partidos, Republicano e Democrata, cada qual buscando fatias de poder. Esse fator político, ademais, é acompanhado por características especiais do sistema jurídico americano, como possuir uma constituição concisa e promulgada há mais de dois séculos.

Fato é que, ao se analisar a história jurisprudencial americana, os teóricos e a sociedade em geral esforçam-se por rotular como ativistas posturas identificadas à esquerda ou à direita³⁵ no espectro político. No contexto norte-americano, porém, opta-se preferencialmente pelos adjetivos conservador e progressista (ou liberal) em vez de direita e esquerda, quanto se trata de ativismo.

Progressista seria, por exemplo, a Corte Warren, cuja agenda de decisões incluiu a invenção de direitos constitucionais sem precedentes, como o direito de

³² Conforme GARNETT, Richard W. Debate: judicial activism and its critics. In: University of Pennsylvania Law Review. Vol 114, 2006, p. 112.

³³ Ibidem., p. 121.

³⁴ SMITH, S. F. *Op. cit.*, p. 58.

³⁵ A utilização problemática desses termos, uma vez mais, serve para mascarar a discordância com uma decisão, já que se afasta da conceituação mais atualizada para esquerda e direita que, no âmbito da teoria política contemporânea, tem como grande cultor Norberto Bobbio (*Direita e Esquerda: razões e significados de uma distinção política*. São Paulo: Edusp, 1995). O autor italiano, após denunciar o uso indiscriminado dos termos esquerda e direita, procura concepções que se afinem com a modernidade. Assim, afirmando que igualdade e liberdade “caracterizam toda a trama de relações práticas e ideais de que é tecido o projeto democrático” (*Op. cit.*, p. 17), diferencia a pessoa de direita da pessoa de esquerda, asseverando que para essa “a igualdade é a regra e a desigualdade, a exceção” (Ibidem, p. 23).

um suspeito de ser acompanhado por um advogado durante seu interrogatório ou a regra de que evidências probatórias de um crime não podem ser utilizadas se obtidas ilegalmente³⁶. Essa Corte teria feito tabula rasa de noções como federalismo e deferência às escolhas majoritárias, mas se particulariza por uma postura de criação de direitos.

Por outro lado, ativismo conservador seria o presenciado na Era Lochner, quando a Suprema Corte norte-americana pendeu para a direita, protegendo-se a liberdade de contrato frente um conjunto de leis que propunham reformas sociais ou que regulavam a economia³⁷.

Dessa forma, até intuitivamente se percebe que ativismo ganhou um contorno simplista como a indicar o exercício ilegítimo da revisão judicial³⁸. O que resta premente, portanto, é superar essa visão simplista e ideológica³⁹ no trato da matéria e tentar esboçar uma definição neutra de ativismo⁴⁰. Stephen Smith, ao tentar conceber um modelo teórico para o estudo do ativismo, verificou na literatura norte-americana três aportes no trato da matéria: um cujo vetor de análise é o conflito, outro que se volta à análise dos métodos interpretativos utilizados e, um último, cingindo-se ao grau de assertividade de que uma corte se vale para decidir.

Nenhum desses modelos se presta a um entendimento completo do ativismo, antes trazendo à baila os problemas já discutidos sobre a tensão entre constitucionalismo e democracia, o conceito de “direito”, diferenças ontológicas entre texto e norma e sobre os métodos de interpretação. Ademais, ressaltam-se importantes elementos atrelados ao ativismo: o conflito entre o poder judicial e os órgãos políticos representativos, a necessidade ou não de uma metodologia de interpretação especificamente constitucional e a existência de uma prática de auto-legitimação das cortes como intérpretes autorizadas do texto constitucional.

³⁶ SMITH, Stephen F. *Op. cit.*, p. 58.

³⁷ *Ibidem*, p. 62.

³⁸ *Ibidem*, p. 64.

³⁹ Denunciando a ideologização do debate sobre ativismo no contexto norte-americano, Gary McDowell (*A Modest Remedy for Judicial Activism*. In: *Public Interest*, 67, Spring, 1982, p. 20), afirma que “a questão mais profunda não é se uma decisão ou uma corte em particular é muito liberal para alguns ou muito conservadora para outros; o ponto é se as cortes estão exercendo seus poderes competente e legitimamente. Juntos, os critérios de *capacidade institucional* e *legitimidade constitucional* são muito mais úteis para pensar sobre a natureza e extensão do poder judicial que os carimbos ideológicos de liberal e conservador

⁴⁰ SMITH, Stephen F. *Op. cit.*, p. 65.

Assim, pelo primeiro modelo, enfatiza-se o grau de conflito entre a política realizada pelos órgãos judiciais e a política empreendida pelos demais órgãos governamentais⁴¹. Corte ativista é aquela cujas políticas entram em conflito com as realizadas pelas instituições majoritárias (parlamento e executivo).

As críticas que pairam sobre o modelo, contudo, são fortes. Na verdade, trata-se de um modelo, a um só tempo, sobre-inclusivo e sob-inclusivo. É sobre-inclusivo, porque é próprio, em um sistema de revisão judicial, que se declare a inconstitucionalidade de atos normativos contrários ao texto constitucional; sub-inclusivo, porque a mera ausência de conflito entre as políticas legislativas e judiciais não implica ausência de ativismo judicial⁴².

Delimitando melhor a primeira crítica, é certo que não se pode olvidar que há um conflito inerente entre cortes e legislaturas. Esse modelo levado às últimas conseqüências implicaria que qualquer declaração de inconstitucionalidade se traduziria em postura ativista.

Não se desconhece que há um jogo de forças, quando se declara a inconstitucionalidade de qualquer ato normativo. No entanto, salvo algum exagero institucionalizado ou consubstanciado pela prática judicial⁴³, qualquer sistema constitucional que apresente revisão judicial – não importando se é fraca ou forte – coloca sob algum órgão judicial o encargo de afastar atos normativos inconstitucionais.

O instituto do *judicial review*, então, passa a fazer parte de um mecanismo de freios e contrapesos, sendo importante elemento do princípio da separação de poderes. Nesse particular, é assente que a questão do ativismo também se associa à doutrina da separação dos poderes, a qual possui dois objetivos claros: prevenir a tirania ao evitar concentração de poderes em qualquer órgão governamental e promover a eficiência na administração dos poderes necessários para qualquer governo⁴⁴.

⁴¹ Idem.

⁴² Ibidem, p. 66.

⁴³ Já foi dito que o Tribunal Constitucional francês, sob a presidência de Robert Badinter, possuía uma regra não escrita de que o tribunal deveria declarar a inconstitucionalidade de metade das leis impugnadas (COMELLA, Victor Ferreres. *Las consecuencias de centralizar El control de constitucionalidade de la ley en um tribunal especial. Algunas reflexiones acerca del activismo judicial*. Palestra proferida durante o SELA (Seminario de Latinoamérica de Teoría Constitucional y Política) 2004, Oaxaca-México, p. 26. Disponível em <http://islandia.law.yale.edu/sela/SELA%202004/FerreresPaperSpanishSELA2004.pdf>, Acesso em 10.02.09. p. 26.

⁴⁴ McDowell, Gary L. *Op. cit.*, p. 17.

O mesmo se dá em uma perspectiva de revisão judicial fraca, em que o diálogo institucional é mais valorizado nas relações entre órgãos executivos, legislativos e judiciários. A doutrina da separação dos poderes sofre novas leituras, a se buscar diálogo em vez de conflito, revertendo-se a idéia de que o direito por si só conforma o político.

Poder-se-ia ainda objetar que uma corte ativista é aquela que acaba por se valer de práticas discricionárias, mesmo em casos fáceis, o que levaria a um estado de permanente conflito com os órgãos representativos. Assim, nos ordenamentos jurídicos com revisão judicial,

“(…) não é a mera atividade de controle de constitucionalidade – conseqüentemente, o repúdio ao ato do poder legislativo – que permite a identificação do ativismo como traço marcante de um órgão jurisdicional, mas a reiteração dessa mesma conduta de desafio aos atos de outro poder, perante casos difíceis. O problema está no caráter sempre controverso de se delimitar o que são casos difíceis.”⁴⁵

No entanto, chegar-se-ia a um problema fulcral da teoria jurídica contemporânea, que é diferenciar casos fáceis e casos difíceis e, ainda, saber qual postura se espera dos juízes quando presente uma “facilidade” ou uma “dificuldade” no decidir.

Ainda que se trate de casos fáceis, vem à baila o problema de que qual a verdadeira função dos juízes: desvelar ou criar o direito. Várias teorias jurídicas vêm sendo apresentadas ao longo desta dissertação, mas se pode rememorar, a essa altura, o realismo jurídico, sobretudo a partir de Holmes, no sentido de que o direito é criado pelos Tribunais; o positivismo normativista de Hans Kelsen com sua requintada idéia de que, nos casos de lacuna, entre as leituras possíveis do texto, o juiz, em um ato de decisão, escolhe uma a servir como norma de decisão; a criação judicial, sob as hostes hartianas, dentro da zona de penumbra que envolve o núcleo de certeza das proposições jurídicas em geral; o dever de coerência exigido do juiz Hércules, em Dworkin, que participa do direito como autor em um romance em cadeia.

É curial, portanto, que o maior ou menor grau de declarações de inconstitucionalidade em um sistema constitucional varie em razão da concepção

⁴⁵ VALLE, VANICE LÍRIO DO (org) e outros. *Ativismo Jurisdicional e o Supremo Tribunal Federal: Laboratório de Análise Jurisprudencial*. Curitiba: Juruá, 2009. Versão eletrônica disponibilizada pelo Professor José Ribas Vieira, p. 13.

que se tem sobre uma postura criacionista ou desveladora do direito por parte dos juízes.

Lado outro, é pueril o argumento de que a ausência de conflito implica que a corte não é ativista. Sem entrar na questão possível de que as cortes sejam cooptadas pelas legislaturas, fato é que a deferência a uma escolha legislativa inconstitucional pode se traduzir em ativismo também, na medida em que, tanto a casa legislativa que produziu o ato, quanto a corte, estão seguindo uma linha contrária ao texto constitucional, indo além dele ou mesmo inovando.

Outro modelo parte para a busca da melhor teoria interpretativa para uma corte. A premissa é simples: escolhe-se um “correto” método de interpretação e se reputam os demais como ativistas⁴⁶. Persiste-se, assim, com a tendência em fazer do ativismo um mero epíteto para rotular como ativista uma decisão vazada em um método de interpretação de que se discorda.

Para além da questão sobre criação e revelação do direito, o problema se densifica em saber quais métodos devem ser utilizados. O debate é complexo e variado. Inicia-se por saber se é melhor uma interpretação originalista ou não-originalista do texto constitucional, questão que, na verdade, é marginal para os sistemas constitucionais recentes e com textos constitucionais mais ou menos prolixos; passa por se inquirir se é melhor interpretar a constituição em fatias, como se os artigos e incisos fossem mônadas⁴⁷, em método que Laurence Tribe e Michael Dorf chamam de des-integração⁴⁸, ou interpretá-la como se o texto fosse uma “onipresença chocante”, em caráter de hiper-integração⁴⁹, questão afeta tanto a regimes constitucionais mais estáveis (Estados Unidos da América), quanto em países que empreendem reformas constitucionais mais continuas (Brasil e

⁴⁶ SMITH, Stephen F. *Op. cit.*, p. 73.

⁴⁷ STRECK, Lênio Luiz. Apresentação. TRIBE, Laurence;. DORF, Michael. *Hermenêutica Constitucional*. Trad. Amirílis de Souza Birchall. Belo Horizonte: Del Rey, 2007, p. XVIII.

⁴⁸ Nas palavras dos autores: “quando nos referimos a ler por ‘des-integração’, significa nos aproximar da Constituição ignorando o fato claramente visível que suas partes estão ligadas ao todo – que é a Constituição que carece de interpretação e não um apanhado de cláusulas desconexas e meras provisões com caráter histórico” (TRIBE, L. DORF, M. *Op. cit.*, p. 20)

⁴⁹ Ainda dos mesmos autores, colhe-se: “quando nos referirmos a ler por ‘hiper-integração’, significa nos aproximarmos da Constituição ignorando o não menos importante fato de que o todo é composto de diferentes partes” (*Ibidem*). Aproximando-se da concepção de *Bruce Ackerman* de momentos constitucionais, os autores afirmam que uma interpretação constitucional coerente não pode prescindir de se entender que não há um mesmo povo sempre. Cada emenda traduz uma nova aspiração. Assim, essas observações “servem ao menos para desqualificar muitas das possibilidades de argumentação e interpretação. Aqueles que por meio dos tempos procuram ver nessa complicada colagem de compromissos uma visão única; e aqueles que insistem em argumentar a partir dessa visão, não perceberam os sinais das pressões que nossa experiência impôs ao texto escrito da Constituição” (*Ibidem*, pp. 20 e 21).

Alemanha); culminando na criação de uma infinidade de métodos e princípios de interpretação constitucional⁵⁰, que, quando importados acriticamente podem levar a um desmedido sincretismo metodológico⁵¹.

O que se pode afirmar, porém, é que, a partir de uma definição ideologicamente neutra de ativismo, apontam-se como ativistas decisões, que não encontram suporte no texto constitucional ou estão fora das leituras possíveis⁵².

O último modelo teórico convencional se lastreia na idéia de assertividade. O ativismo corresponde à vontade da corte em exercer seu poder de revisão judicial. Entre as várias manifestações da assertividade, aponta-se como ativista uma corte⁵³: 1) que supera ou limita precedentes, bem como anuncia previamente inovações desconhecidas na doutrina; 2) que decide questões desnecessárias em um julgamento ou se enverede por questões jurídicas discutíveis; 3) que opte por soluções extremadas para solucionar a violação da constituição⁵⁴.

Essa perspectiva teórica, no entanto, desconhece o componente substancial do ativismo. Preocupando-se com a forma como uma corte realiza sua atividade, foca a atenção apenas sobre aspectos procedimentais do ativismo. É dizer, não importa qual a teoria interpretativa que a corte utiliza, nem se ela entra em conflito com decisões majoritárias, mas se a atividade realizada distancia-se da adjudicação e se aproxima da legislação. Não se usa como medida para aferir o ativismo a fidelidade ao texto constitucional ou a um precedente.

Nesse ponto, entra em discussão a questão dos mecanismos de superação de precedentes e sua pertinência para a definição do ativismo. Se por um lado é verdade que o debate se mostra mais candente para os sistemas jurídicos de

⁵⁰ Apenas a título exemplificativo e tomando como base a dogmática constitucional brasileira, registrem-se os métodos jurídico ou hermenêutico-clássico, tópico-problemático, hermenêutico-concretizador, científico-espiritual, normativo-estruturante e da comparação constitucional. Entre os princípios, há o da unidade da Constituição, da concordância prática ou a harmonização, da correção funcional, da eficácia integradora, da força normativa da Constituição, da máxima efetividade, da interpretação conforme a Constituição e da proporcionalidade ou razoabilidade. Por todos, ver MENDES, Gilmar Ferreira, COELHO, Inocêncio Martires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 2ª ed., São Paulo: Saraiva, 2008, pp. 97-122.

⁵¹ Virgílio Afonso da Silva aponta que é premente o desenvolvimento de uma teoria constitucional brasileira, apta a discutir qual constituição havia em 1988 e qual sobrou com as contínuas mudanças, qual o papel do STF – se substancial ou procedimental –, entre outras questões, para depois, inclusive, verificar a compatibilidade dos métodos estrangeiros com a realidade nacional (*Interpretação constitucional e sincretismo metodológico*). In SILVA, Virgílio Afonso da (org.). *Interpretação constitucional*. 1ª ed., São Paulo: Malheiros, 2007, p. 143.

⁵² SMITH, S. F. *Op. cit.*, p. 74.

⁵³ *Ibidem*, pp. 74-75.

⁵⁴ Recomenda-se auto-contenção das cortes quando as legislaturas estão em melhor posição e com vontade de resolver violações constitucionais (SMITH, S.F. *Op. cit.*, p. 75).

common law com sua tradição de criação judicial do direito; por outro, como se tem hoje um movimento global de expansão do poder judicial, mostra-se também útil o estudo mesmo para os sistemas jurídicos de *civil law*.

Dúvidas não há de que a jurisprudência se constitui em fonte do direito. Classicamente, porém, o papel do precedente é diverso nos sistemas jurídicos de *Common law e Civil law*. Ademais, as normas constitucionais possuem especificidades, pois segundo Benjamin Cardozo,

“As fissuras na *common Law* são mais amplas que as fissuras numa lei escrita, pelo menos na modalidade de lei escrita comum na Inglaterra e nos Estados Unidos. Nos países em que as leis escritas se limitam mais freqüentemente à declaração de princípios gerais, sem a tentativa de lidar com detalhes ou particularidades, a legislação tende menos a coibir a liberdade do juiz. É por isso que nosso Direito geralmente oferece maior liberdade de escolha na interpretação da Constituições do que na das leis escritas comuns”.⁵⁵

Essas fissuras ou lacunas na aceção de Holmes terão preenchimento por parte do Judiciário e, é natural, que uma vez preenchido o espaço vazio, firme-se um precedente adequado a um caso futuro em que se perceba a mesma lacuna.

De onde vem, então, essa força do precedente no sistema de *common law*?

René David responde:

“No direito francês e nos outros direitos da família romano-germânica, os princípios do direito oram sempre procurados num corpo de regras pré-estabelecidos (...)

Na Inglaterra a situação apresenta-se, contudo, muito diferente. Nunca se reconheceu lá a autoridade do direito romano-germânico como se fez no continente europeu. A *common law* foi criada pelos Tribunais Reais de Westminster; ela é um direito de natureza jurisprudencial. A função da jurisprudência não foi só a de aplicar, mas também a de destacar as regras do direito. É natural, nessas condições, que a jurisprudência na Inglaterra tenha adquirido uma autoridade diferente da que adquiriu no território europeu. As regras que as decisões judiciais estabeleceram devem ser seguidas, sob pena de destruírem toda a “certeza” e comprometerem a própria existência da *common law*”⁵⁶.

Formulou-se, então, o *stares decisis*, ou seja, a obrigação de os juízes recorrerem às regras estabelecidas pelas decisões anteriores, o que se coaduna

⁵⁵ CARDOSO, B. *Op. cit.*, pp. 50 e 51.

⁵⁶ DAVID, René. *Os grandes sistemas do Direito Contemporâneo*. Trad. Hermínio A. Carvalho. 4a ed., São Paulo: Martins Fontes, 2002, pp. 427-428.

com um direito jurisprudencial e, daí, passou a se falar em uma regra de precedente (*rule of precedent*).

Ao contrário do sistema de *civil law*, mais fechado, o de *common law* se mostra aberto, o que implica também uma diferença no lugar da doutrina e da razão. Naquele, como as regras de direito são formadas com generalidade, pressupõe-se que a razão é utilizada nas fórmulas legais (daí axiomas como os de que o legislador não usa palavras inúteis, por exemplo), de modo que lacunas são exceções no ordenamento jurídico e devem ser extirpadas pelo uso da razão para interpretar o sistema como um todo coerente.

Nesse outro, entretanto, há muitas lacunas, que são preenchidas com apelo à razão, fazendo-se uso de uma técnica de distinções, a diferenciar situações novas, e a partir delas criar regras, em vez de se valer das precedentes⁵⁷. A coerência do sistema se funda no apelo à razão.

Muito embora não se acrescente epíteto ao *common law*, realçando-se esse caráter supranacional, como um direito fundado na razão⁵⁸, há algumas peculiaridades do sistema americano, que interessa mais de perto a esse trabalho. Assim, a regra americana do *stare decisis*, embora semelhante à inglesa, “não funciona nas mesmas condições e não tem o mesmo rigor que a atual regra inglesa do precedente”⁵⁹, sobretudo pela estrutura federal do país.

O caráter diferencial mais marcante é que a regra do *stare decisis* não impõe à Suprema Corte e aos Supremos Tribunais dos diferentes estados a vinculação às suas próprias decisões, podendo desviar-se de sua jurisprudência. Há um sistema de verticalização e horizontalização de precedentes. Dessa forma,

“A base desses sistemas é a doutrina do *stare decisis*, na qual as decisões proferidas por órgãos de julgamento superiores devem ser seguidas por entidades judicantes inferiores toda vez em que estas estiverem diante de fatos idênticos (verticalização dos precedentes). Ademais, um tribunal não deve ignorar suas próprias decisões anteriores (horizontalização dos precedentes), a menos que haja espaço para o *overruling*: desconstituição fundamentada do precedente, que não mais guardará o caráter vinculante reconhecido até então.”⁶⁰

⁵⁷ Ibidem, pp. 439 e 440.

⁵⁸ Ibidem, p. 446.

⁵⁹ Ibidem, p. 489.

⁶⁰ VALLE, V. L. *Op. cit.*, p. 14.

Realça-se, contudo, que a jurisprudência é uma fonte importantíssima no sistema de *common law* pelas peculiaridades que se esboçaram acima e no debate sobre uma perspectiva moderna ou tradicional do poder de revisão judicial. Assim, aqueles que defendem o ativismo judicial, vêem o precedente como uma forma de atualizar a constituição às novas circunstâncias, enquanto os defensores de uma perspectiva mais tradicional, ora defendem-no a partir do reconhecimento de seu papel tradicional na história constitucional americana, ora querem subordiná-lo a uma leitura fiel do texto⁶¹.

A doutrina, porém, e a própria jurisprudência da Suprema Corte norte-americana não tomam o *stare decisis* como um comando inexorável, a partir da premissa de que a correção legislativa é praticamente impossível nos casos constitucionais⁶². A par das dificuldades jurídico-políticas de emendar o texto constitucional americano, em qualquer ordenamento jurídico no qual a constituição é o diploma hierarquicamente superior, criam-se mecanismos institucionais de preservação do texto constitucional. A idéia de uma força normativa da Constituição se insere nessa perspectiva.

O modelo baseado na assertividade, no entanto, reconhece que qualquer superação de precedente indicaria uma postura ativista. Na verdade, porém, há que se considerar que a superação de um precedente pode ou não traduzir ativismo, a depender se apenas tenta-se corrigir o que é entendido como uma decisão equivocada da corte ou a existência de uma justificação especial para a superação⁶³.

Os modelos estudados trazem *insights* para o entendimento teórico do ativismo, mas pecam por não o analisarem de forma integrada. Há componentes substantivos e procedimentais que não podem ser desprezados.

Assim, sob o ponto de vista substancial, a análise se cinge a cotejar a decisão exarada com os textos constitucionais e legais existentes. Ativista, então, é a decisão que vai de encontro a um texto claro ou que não encontra suporte nas leituras possíveis do texto, bem como a decisão que supera precedentes sem

⁶¹ WOLFE, C. *Op. cit.*, p. 12.

⁶² SMITH, S.F. *Op. cit.*, pp. 77-78.

⁶³ *Ibidem*, p. 78.

atenção aos mecanismos institucionais legítimos ou ainda alargando-se as bases de precedentes anteriores⁶⁴.

Por outro lado, partindo-se de uma análise procedimental ou formal, a análise passa pelo método utilizado para chegar a uma decisão, e não pela análise da correção do resultado final. Nessa perspectiva, ativista é a decisão judicial tomada sem observância dos limites jurisdicionais impostos às cortes ou que decide mais do que deveria, indo além dos limites em que a causa é posta⁶⁵.

Sob esse conceito formulado, não importa se a corte está ou não expandindo direitos, nem se tende à esquerda ou à direita no espectro político⁶⁶.

Outra vertente teórica foge da tentativa em se conceituar o ativismo. Dadas as muitas dificuldades já esboçadas, pauta-se por identificar indícios de ativismo judicial. William P. Marshall⁶⁷ identifica sete tipos-ideais de ativismo, a saber:

a) ativismo contra-majoritário: marcado pela relutância em relação às decisões dos poderes diretamente eleitos.

b) ativismo não-originalista: caracterizado pelo não reconhecimento de qualquer originalismo na interpretação judicial, sendo as concepções mais estritas do texto legal e as considerações sobre intenção do legislador completamente abandonadas.

c) ativismo de precedentes: o qual consiste na rejeição aos precedentes anteriormente estabelecidos.

d) ativismo formal (ou jurisdicional): marcado pela resistência das cortes em aceitar os limites legalmente estabelecidos para sua atuação.

e) ativismo material (ou criativo): resultante da criação de novos direitos e teorias na doutrina constitucional.

f) ativismo remediador: marcado pelo uso do poder judicial para impor atuações positivas dos outros poderes governamentais ou controlá-las como etapa de um corretivo judicialmente imposto.

g) ativismo *partisan*: o qual consiste no uso do poder judicial para atingir objetivos específicos de um determinado partido ou segmento social⁶⁸.

⁶⁴ Ibidem, p. 79-80.

⁶⁵ Ibidem, p. 80.

⁶⁶ Idem.

⁶⁷ MARSHALL, Willian. *Conservatism and the Seven Signs of Judicial Activism*. In: University of Colorado Law Review, 2002, p. 104.

Desta forma, restam-se assentadas as bases para a conceituação de ativismo sob critérios formais e materiais, afastando-se os usos retóricos e ideológicos que se possam associar ao termo. Uma admoestação, porém, é necessária. Expostas as ferramentas teóricas para se buscar um conceito neutro de ativismo, não se afastam na análise das decisões do Supremo Tribunal Federal, o que será feito em capítulo posterior, as distorções que podem ocorrer no termo – daí a necessidade de se recorrer às tipificações -, nem o próprio uso retórico existente no discurso de parlamentares, ministros e juristas.

5.3.

A judicialização da política: as relações entre direito e política ao longo da história e a efervescência de um novo constitucionalismo

Arelado ao debate sobre ativismo judicial, está a questão da judicialização da política. Encontrar definições teóricas que os distingam não é tarefa fácil, de modo que, assim como se critica o uso retórico do termo ativismo, há quem diga que judicialização é um guarda-chuva para abrigar vários processos diferenciados. Encontra-se, contudo, uma base comum para ambos, que é o abandono de uma separação rígida entre direito e política.

Para se chegar, então, a um conceito adequado de judicialização da política, apto a diferenciá-lo de ativismo, necessário inicialmente buscar uma fonte histórica a explicar a relação entre direito e política.

Dieter Grimm afirma que a relação entre direito e política foi definitivamente cunhada pela positivação do direito, entendido o fenômeno como o “processo histórico no qual o direito passou de validade tradicional para validade decisionista”⁶⁹. Essa decisão, contudo, não ocorre nos limites do direito, mas no contexto da política: “o que vale juridicamente é determinado politicamente”⁷⁰. Com a afirmação e definição do autor alemão, supera-se o ônus

⁶⁸ Louvo-me da tradução e adaptação feita por SILVA, Alexandre Garrido. MEDEIROS., Bernardo Abreu de; PESSANHA, Daniella dos Santos; MIRANDA NETTO, Fernando Gama; CHALOUB, Jorge Gomes de Souza; VIEIRA, José Ribas. *Os vinte anos de vigência da Constituição Federal de 1988 no marco do ativismo Judicial: Manipulação das células-tronco embrionárias, utilização do amianto e importação dos pneus usados*. Pendente de publicação.

⁶⁹ GRIMM, Dieter. *Constituição e Política*. Trad. Geraldo de Carvalho. Belo Horizonte: Del Rey, 2006, p. 3.

⁷⁰ Idem.

de rememorar o quanto já debatido sobre as premissas do positivismo, mormente sua noção de que é preciso identificar a autoridade legítima a produzir o direito.

Nas sociedades pré-modernas, no entanto, o direito era válido por força da tradição imemorial ou instituição divina. Direito era ato de conhecimento, não de decisão, daí não depender da política nem em seu conteúdo, nem em sua validade. A política esgotava-se na imposição do direito, servindo apenas para sua conservação e eventual restabelecimento⁷¹.

Assim, pressuponha-se uma sociedade imutável ou cuja transformação se processava lentamente, de modo que a mudança social não era entendida como tal e não produzia nenhuma pressão de ajuste⁷². Havia, porém, alguma reforma jurídica, mas essa era vista como o desenvolvimento do direito já existente, retirando-se a legitimidade do corpo político para empreender mudança de um direito tradicional ou transcendente.

Nesse contexto, o direito só permanecia válido enquanto as relações sociais continuassem inalteradas e as verdades religiosas em que se fundamentavam estreme de dúvidas. A falta de consenso levava a uma crise de legitimidade, pois da verdade se retirava a capacidade de obrigar⁷³. No entanto, como o direito vigente não podia fazer modificações a partir de si mesmo, era necessário recorrer-se a “uma instância com legitimidade de decisão que se encarregava de restabelecer o nexos perdido entre exigências sociais e soluções jurídicas”⁷⁴

No século XVI, porém dá-se início a uma crise em consequência do cisma religioso. Não havia mais consenso sobre qual seria a vontade de Deus para o estabelecimento da ordem social, com partidos religiosos degladiando-se até o ponto de gerar-se uma guerra civil. A um só tempo, deixava a revelação divina de ser o fundamento da sociedade e virava ruína a paz social⁷⁵.

⁷¹ Ibidem, p. 4.

⁷² Ibidem, p. 5.

⁷³ Ibidem, pp. 5-6.

⁷⁴ Ibidem, p. 6.

⁷⁵ Idem.

A vida comunitária perdia seu centro de referência⁷⁶. A solução histórica encontrada foi entregar aos príncipes, que se encontravam no ápice da pirâmide feudal, um número maior dos direitos de poder. O processo de consolidação desse poder foi gradual, mas cedo se formou um “sistema especializado em política e personificado na pessoa do príncipe, mas que logo formou sua própria infraestrutura administrativa, militar e financeira e que, diferentemente do poder político na Idade Média, era compreendido como Estado”.⁷⁷

Essa solução institucional é acompanhada por uma mudança mais profunda na forma de o homem se enxergar no mundo. Um novo centro para orientar a ação do homem é encontrado no próprio indivíduo. A cada um caberá formular seu próprio projeto de vida. Instaura-se, às escancaras, a idéia de pluralismo, pois, ao contrário das sociedades pré-modernas, não há mais espaço para identidade e a unidade na vida social, mas para a diferença e a diversidade⁷⁸.

Em meio à grave crise existente, somente poderia o sistema político cumprir sua missão de superar a guerra civil confessional e de adequar a ordem social à nova realidade, se houvesse a emancipação da necessidade de haurir fundamento de decisão numa ordem pré-estabelecida e supra-humana. Com Isso, conferiu-se à competência legiferante ao poder monárquico nascente⁷⁹. E nesse momento histórico que começa a falar-se em soberania.

Esse poder legiferante foi logo utilizado, mas em sua maioria para resolução de casos concretos ou fortalecimento de um direito antigo, dando-se ênfase mais à recepção científica do direito romano, mais adequado ao direito interno de antes. No entanto, com a positivação do direito e o surgimento do Estado, inverteu-se a antiga hierarquia, de modo a política se situar acima do direito e lhe conferir conteúdo e validade⁸⁰. Daí se falar em politização do direito.

⁷⁶ Nas palavras de Marcelo Campos Galuppo (*Hermenêutica constitucional e pluralismo*. In “SAMPAIO, José Adércio Leite; CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza (coord). *Hermenêutica e jurisdição constitucional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001, pp.49-50), colhe-se que “desde a Grécia Antiga até a Idade Média, a vida comunitária era orientada pela presença de um *centro* que fornecia, com absoluta segurança, toda orientação necessária ao agir humano. Esse centro era, no caso grego, a *polis*, e no caso medieval, a Igreja Católica Romana. (...) ambas as comunidades se estruturavam antes pela unidade que pela diversidade, a ponto daqueles que não professavam a fé defendida pelo Catolicismo Romano, ou que divergiam do *ethos* da *polis*, terem sido excluídos da comunidade (respectivamente a idéia de *excomunhão* e de *ostracismo*)

⁷⁷ GRIMM, D. *Op. cit.*, 2006, p.7.

⁷⁸ GALUPO, Marcelo C. *Op. cit.*, p. 50.

⁷⁹ GRIMM, D. *Op. cit.*, p. 7.

⁸⁰ *Ibidem*, p. 8.

Contudo, a politização do direito renovou o debate sobre a justiça das normas jurídicas. Não se buscava mais fundamentação para o direito numa revelação divina, mas no lugar surge a idéia de que princípios superiores, fruto da natureza humana, deveriam nortear a feitura da legislação.

Somente com a ascensão burguesa, porém, houve o reverso do pêndulo, com a política cedendo espaço ao jurídico. O ideal burguês buscado era certeza nas relações, em um ambiente que se privilegiasse a liberdade individual. Um direito imutável e prestabelecido fazia-se, novamente, necessário⁸¹. No entanto, não era possível mais que exaurisse fundamento da revelação divina, tampouco de uma natureza humana, afinal difícil de ser delimitada. Assim,

“A solução para o problema foi oferecida pela Constituição. Diferentemente do direito natural, a Constituição era direito positivo. Mas, quando da introdução da Constituição, o direito tornou-se reflexivo ao ser dividido em dois diferentes complexos de normas, dos quais um regulamentava as condições de surgimento e de validade do outro. A normatização estava, assim, por sua vez, normatizada. A política manteve sua competência de prescrever o direito sobre a sociedade, mas não gozava mais da liberdade dos monarcas absolutistas e era, ela própria, destinatário das condições legais.”⁸²

A Constituição ofereceu vantagens institucionais para a sociedade. A primeira é que, sendo ela componente do direito positivo, baseia-se em uma decisão política e, dessa feita, pode ser mudada. No entanto, são criadas barreiras para essa mudança, já que se exige maior consenso para a reforma do texto constitucional. Ficam, então, separados os princípios que orientam a tomada de decisões políticas e as próprias decisões políticas. A segunda vantagem reside em retirar da política o ônus da procura continua de premissas que reduziriam a capacidade de decisão – afinal, as regras do jogo e um balizamento substancial mínimo para o debate estão estampados na Constituição. Por último, ela facilita a resignação com a derrota por aqueles que participam do processo legislativo⁸³.

O que sobra desse processo histórico, porém, é a continua tensão entre direito e política. Tensão, em verdade, que tem se intensificado, seja pelos mecanismos institucionais que acompanham as Constituições de democracias mais recentes, compromissórias e prolixas; seja por novos estudos teóricos que

⁸¹ Ibidem, p. 9.

⁸² Idem.

⁸³ Ibidem, p.11.

apontam o resgate da justiça pelo constitucionalismo moderno; seja ainda pela descrença nas instituições majoritárias, ao que se adiciona uma escassez na formulação de teorias normativas da legislação.

Assim, se por um lado o fenômeno da judicialização da política não é recente, por outro não se desconhece que ele ganhou nova feição graças ao que se convencionou chamar de expansão global do poder judicial, que, segundo Tate e Vallinder⁸⁴ seria “a infusão de um processo decisório judicial e de procedimentos típicos das Cortes em uma arena política em que os mesmos não foram previamente inseridos”.

Para os autores, então, a judicialização da política seria marcada por dois processos distintos, sem vínculos necessários entre si: a um, ter-se-ia a expansão da jurisdição das cortes ou dos juízes sobre o espaço político, transferindo-se a tomada de decisões que caberiam às legislaturas, aos ministérios, entre outros órgãos, para o judiciário; a dois, assistir-se-ia a propagação de métodos judiciais de tomada de decisão além da província jurisdicional⁸⁵.

Ran Hirschl, seguindo a mesma trilha, pontua que a judicialização da política agora inclui uma transferência maciça das questões políticas mais importantes e controversas para as cortes⁸⁶. Recuperando-se a história, portanto, percebe-se que a judicialização da política atual é mais intensa e abrangente. O autor, porém, enfatiza a necessidade de não se confundir o fenômeno com uma versão genérica de ativismo judicial⁸⁷. Inicia diferenciando três categorias de judicialização: 1) a difusão do discurso jurídico com seus jargões, regras e procedimentos para a esfera pública e para os fóruns e processos de decisão política; 2) judicialização da tomada de decisões políticas pela administração ordinária e revisão judicial; e, finalmente, a 3) judicialização da política pura, ou seja, a transferência para as cortes de questões de natureza essencialmente política⁸⁸.

O primeiro tipo de judicialização, mais abstrato, traduz-se na ascendência do discurso jurídico e na popularização do jargão legal. É a judicialização das

⁸⁴ TATE, C., VALLINDER, T. *The Global Expansion of Judicial Power*. New York University Press, New York, 1997, p. 13. Trad. livre.

⁸⁵ *Idem*.

⁸⁶ HIRSCHL, Ran. *The new constitutionalism and the judicialization of pure politics worldwide*. In: *Fordam Law Review*, Vol. 75, n. 02, 2006, p. 722.

⁸⁷ *Ibidem*, p. 723.

⁸⁸ *Idem*.

relações sociais, com o avanço do direito sobre a cultura popular e sobre várias áreas da vida privada e em sociedade.

A segunda forma de judicialização, ao contrário, é mais concreta e pertinente. Trata da expansão da jurisdição para definir e delimitar direitos, bem como as relações entre órgãos estatais⁸⁹. É, a partir dessa judicialização, que se convencionou criticar a postura de algumas cortes, afirmando que instauraram um governo de juízes⁹⁰.

A judicialização da política mega ou pura é a que caracteriza os tempos hodiernos. É necessário, porém, precisar o que seria mega política (*mega politics*). Na acepção do autor, trata-se de controvérsias políticas essenciais, como processo eleitoral, problemas de justiça restaurativa, entre outras, que elevam as cortes ao patamar de parte crucial no aparato nacional de formação de políticas⁹¹. Esse processo de progressiva transferência de poderes decisórios das instituições representativas para o judiciário é identificado pelo autor como *juristocracia*⁹².

Diferencia-se da segunda espécie de judicialização por lidar com dilemas morais substanciais ou controvérsias políticas, e não com questões de justiça apenas procedimentais. Importa para se chegar a uma diferenciação entre os dois tipos a definição de política.

Nesses três níveis de judicialização e se afastando de posturas normativistas na investigação do tema, Hirschl parte para um estudo empírico da origem e consequência das “revoluções constitucionais”, consolidando-se o que chama de novo constitucionalismo (*new constitutionalism*). Explica esse desenvolvimento a partir da tese da preservação hegemônica, asseverando que:

“O poder judicial não cai do céu; ele é politicamente construído. Acredito que a constitucionalização dos direitos e o fortalecimento do controle de constitucionalidade das leis resultam de um pacto estratégico liderado por elites políticas hegemônicas continuamente ameaçadas, que buscam isolar suas preferências políticas contra mudanças em razão da política democrática, em associação com elites econômicas e jurídicas que possuem interesses compatíveis.”⁹³

⁸⁹ Ibidem, p. 724.

⁹⁰ Ibidem, p. 726.

⁹¹ Ibidem, p. 727.

⁹² HIRSCHL, Ran. *Towards juristocracy: the origins and consequences of the new constitutionalism*. Cambridge: Harvard University, 2004, p.1.

⁹³ Ibidem, p. 49. Trad. livre.

A tese mostra que a judicialização é um fenômeno pensado pela própria classe política. No entanto, o mesmo autor enfatiza o perigo de que ela leve a um contexto democrático minimalista, próximo ao modelo de democracia schumpeteriana⁹⁴, isolando-se as grandes questões das vicissitudes da política.

Assim, à guisa de conclusão, consegue-se avançar no debate e demarcar campos distintos para a judicialização da política e para o ativismo. A primeira se insere em uma perspectiva histórica de submissão de questões substanciais de uma sociedade para o âmbito jurídico, seja inicialmente mediante um fenômeno de positivação constitucional, seja nos últimos anos com a progressiva transferência das questões políticas para os âmbitos das cortes. Aspectos normativos e empíricos, em simbiose, levaram a esse fenômeno.

O ativismo, ao contrário, traduz-se mais em uma prática jurisdicional de como tratar o próprio exercício da judicatura. Contrapondo-se a auto-contenção, é um mecanismo de afirmação do próprio poder jurisdicional além dos limites impostos pela ordem jurídica positiva ou pela prática judicial consolidada. Parece que o novo constitucionalismo sedimentou um caminho mais fácil para posturas ativistas, mas fato é que, historicamente, esteve ele atrelado a um modelo constitucional mais contido.

Na acepção que se quer tratar aqui, interessa muito mais, como já afirmado, verificar no debate brasileiro a identificação de posturas de afirmação da autoridade do Supremo Tribunal Federal, além dos limites impostos pela ordem jurídica. É do que se tratará no próximo capítulo, dando cores mais locais ao debate.

⁹⁴ HIRSCHL, Ran. *Op. cit.*, 2006, p. 747.