

## O ativismo jurisdicional do Supremo Tribunal Federal

As teorias acerca da jurisdição constitucional, mostradas ao longo deste trabalho, reafirmam as dificuldades em se investigar a legitimidade desse crescente poder judicial. Guardando pretensões de universalidade, ainda sim nelas avultam elementos locais que levam a uma aclimação difícil, quando são, em tese, aplicadas pelos órgãos judiciais incumbidos da adjudicação constitucional.

O presente capítulo volta-se à jurisdição constitucional brasileira, delimitando o quadro ativista do Supremo Tribunal Federal nos últimos anos. Nessa empreitada, retomam-se a teoria da democracia agonística e o debate acerca da legitimidade da expansão do poder judiciário e da dignidade ou não da legislação.

Na primeira parte da exposição, toma-se de empréstimo uma leitura do processo histórico brasileiro como forma de entender a sociedade antes da Constituição de 1988. A escolha recai sobre o patrimonialismo e o caráter estamental da sociedade brasileira, interpretados a partir das lentes de Raymundo Faoro. Dessas interpretações historiográficas chega-se às raízes da formação de um movimento brasileiro de constitucionalismo democrático e da efetividade, que encontraram expressão no atual texto constitucional.

Em seguida, parte-se para uma análise mais detida sobre as mudanças verificadas no exercício da jurisdição brasileira, inauguradas em 1988, contextualizando-as com a judicialização da política e com o ativismo judicial.

Sob esse pano de fundo, descortina-se a terceira seção, focada em mudanças institucionais e práticas na atuação do STF em anos recentes, para desvelar o discurso ativista inaugurado pelo Supremo Tribunal Federal, analisando-se algumas decisões importantes e significativas desse novo perfil. Objetiva-se, ainda, mostrar o ecletismo brasileiro na recepção de institutos jurídicos alienígenas.

Atrelado ao tema, a derradeira parte do capítulo abre espaço para inquirições acerca da legitimidade do exercício dessa nova jurisdição constitucional ativista brasileira, lançando-se mão de leituras que mostrem outra proposta de arquitetura constitucional.

## 6.1.

### **A efervescência do constitucionalismo da efetividade na Constituição Federal de 1988**

#### 6.1.1

#### **De como o caráter patrimonial explica o déficit democrático e a baixa “normatividade” jurídica brasileiros**

Parte do pensamento social se esforça por colocar o caráter patrimonial como uma forma de historiografia para interpretar a sociedade brasileira. O debate não se resume ao campo das ciências sociais, chegando ao debate político e midiático<sup>1</sup>, além de poder se aproximar da teoria jurídica em suas formulações acerca de concretização constitucional e de efetividade da norma jurídica.

Nesse ponto, avança-se um pouco no argumento de que haveria uma diferença ontológica entre texto e norma, para não só ficar em uma análise puramente analítica, mas chegando ao problema acerca da relação entre norma jurídica e realidade, ou, em outros termos, como conformar o social a partir do direito.

Como se verá adiante, do pensamento brasileiro de Faoro se extrai a representação de que o caráter patrimonial seria endêmico à sociedade brasileira. Apropriando-se dos ensinamentos do jurista alemão Karl Loewenstein, empreende-se uma leitura que desconfia da aptidão do constitucionalismo para superá-lo.

Essa desconfiança, porém, estabelece a base para se entender à formulação de um movimento brasileiro, que vem sendo rotulado de “constitucionalismo da efetividade”, entre cujas preocupações está a de eliminar ou, ao menos, mitigar a distância entre realidade social e realidade jurídica.

Apropria-se, ainda, das formulações faorianas, para, em seguida, a elas contrapor visões mais otimistas de cientistas sociais acerca do constitucionalismo democrático inserto na Constituição Federal de 1988.

---

<sup>1</sup> O atual presidente da Câmara dos Deputados, Michel Temer, em entrevista publicada na Revista Veja afirma que “o patrimonialismo é uma característica da política brasileira”. Vide Revista Veja, 16.04.2009, disponível eletronicamente em <http://veja.abril.com.br/noticia/brasil/michel-temer-quem-erra-precisa-ser-condenado-450419.shtml>.

Passando propriamente ao pensamento de Raymundo Faoro, tem-se um esforço de reconstrução do processo histórico de formação do patronato político brasileiro, indo às origens do Estado português, passando pela trajetória que leva o Brasil de colônia a Império, culminando com o período da República.

Como tese principal, defende que do caráter patrimonial da sociedade brasileira resultou a formação de grupo específico, o estamento, que se mantém hegemônico no poder ou, pelo menos, tenta manter-se.

Logo de início, o autor se filia entre os teóricos, para os quais Portugal não conheceu o feudalismo<sup>2</sup>. Não se vislumbra, em sua história, momento em que tenha havido uma camada, entre o rei e o vassalo, de senhores dotados de autonomia. Na verdade, o patrimonialismo foi que deu a tônica para o mundo medievo português:

“Patrimonial e não feudal o mundo português, cujos ecos soam no mundo brasileiro atual, as relações entre o homem e o poder são de outra feição (...) Na sua falta, o soberano e o súdito não se sentem vinculados à noção de relações contratuais, que ditam limites aos príncipes e, no outro lado, asseguram o direito de resistência, se ultrapassadas as fronteiras do comando. Dominante o patrimonialismo, uma ordem burocrática, com o soberano sobreposto ao cidadão, na qualidade de chefe para o funcionário, tomará relevo a expressão”.<sup>3</sup>

Ao contrário do feudalismo, cujo serviço ao rei e aos senhores, através da vassalagem, não era obrigação, mas um apoio livre, a situação política no medievo português criou as bases para uma monarquia patrimonial, que eleva o rei sobre todos os súditos, senhor da riqueza territorial e dono do comércio<sup>4</sup>.

Sob essa amálgama institucional, percebe-se, inclusive, o porquê de no imaginário popular português a figura do rei ganhar tanto relevo, a ponto de se buscar, ante a perda de primazia do país no horizonte europeu após as navegações, a volta idílica de Dom Sebastião, movimento conhecido como sebastianismo e que retrata a tentativa de se buscar a redenção para os problemas nacionais em uma figura mítica. Sebastianismo que, afinal, entrou também no imaginário brasileiro, na tentativa de sempre se buscarem salvadores da pátria.

Mais importante que esse traço cultural, é outro, o do patrimonialismo, que se teria perpetuado ao longo da trajetória brasileira. Entre idas e vindas, paira a

---

<sup>2</sup> FAORO, Raymundo. *Os donos do poder*. 10ª ed., Vol. I., São Paulo: Globo, 2000, p.24.

<sup>3</sup> *Ibidem*, p. 22.

<sup>4</sup> *Ibidem*, pp. 24 e 25.

confusão entre público e privado, continuamente relatada nos muitos casos de corrupção, que, inclusive, servem como mote para uma descrença na dignidade do legislativo, como em linhas atrás registrado. Como bem sintetizado por Ricardo Lobo Torres “no Estado Patrimonial se confundem o público e o privado, o *imperium* e o *dominium*, a fazenda do príncipe e a fazenda pública”<sup>5</sup>.

Voltando à história portuguesa, tem-se que a vocação do país para o comércio marítimo fez com que o Estado se tornasse “uma empresa do príncipe que intervém em tudo, empresário audacioso, exposto a muitos riscos por amor à riqueza e à glória: empresa de paz e empresa de guerra”.<sup>6</sup>

Para que a empresa marítima lograsse êxito, necessitava-se de uma plêiade de conselheiros e executores para cuidar de tarefas que iam desde a arrecadação de tributos até a organização das expedições. O Estado, então, aparelhou-se de uma comunidade, chamada de estamento, diverso de classe, segundo Faoro:

“A classe se forma de um grupo disperso, não repousa numa comunidade, embora possa levar, pela identidade de interesses, a uma ação congregada, a associações e comunidades, criadas e desfeitas ao sabor das atividades propostas ocasionalmente ou de fins a alcançar, em benefício comum. De outra natureza é o estamento – primariamente uma camada social e não econômica, embora possa repousar, em conexão não necessária real e conceitualmente sobre uma classe. O estamento político – de que aqui se cogita, abandonado o estamento profissional, por alheio ao assunto – constitui sempre uma comunidade, embora amorfa: os seus membros pensam e agem conscientes de pertencer a um mesmo grupo, a um círculo elevado, qualificado para o exercício do poder”<sup>7</sup>.

Arremata o autor dizendo que “o estamento é, na realidade, um grupo de membros cuja elevação se calca na desigualdade social”<sup>8</sup> e que “as convenções, e não a ordem legal, determinam as sanções para a desqualificação estamental, bem como asseguram privilégios materiais e de maneiras”<sup>9</sup>, o que permite concluir-se que o estamento não se alinha a um modelo de Estado de Direito, quanto mais em sua faceta hodierna de Estado Democrático de Direito.

Nesse quadro, surgiu um grupo determinado de pessoas que passou a dirigir os comandos de toda a sociedade, pois “o governo, o efetivo comando da

<sup>5</sup> TORRES, Ricardo Lobo. *Curso de Direito Financeiro e Tributário*. 8ª ed., Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 7.

<sup>6</sup> FAORO, R. *Op. cit.*, p. 26.

<sup>7</sup> *Ibidem*, p. 52.

<sup>8</sup> *Ibidem*, p. 52.

<sup>9</sup> *Ibidem*, p. 53.

sociedade, não se determina pela maioria, mas pela minoria que, a pretexto de representar o povo, o controla, deturpa e sufoca”<sup>10</sup>.

Aqui está gênese de uma comunidade política que conduziu os destinos da nação portuguesa, o patronato, grupo de pessoas que, próximas ao poder, lutavam por se perpetuar. A seguir, Faoro constata que, sob a influência do modelo português, no Brasil o patrimonialismo se institucionalizou como forma de reger a sociedade, baseando-se no tradicionalismo – “assim é, porque sempre foi”<sup>11</sup> - e que “a realidade histórica brasileira demonstrou (...) a persistência secular da estrutura patrimonial”<sup>12</sup>.

Assim, em *terra brasilis*, o poder político do Estado teria se concentrado em um estamento aristocrático-burocrático de juristas, letrados e militares, cujo poder e cuja renda originavam-se do próprio Estado<sup>13</sup>. Interessante frisar que Faoro não nega o poder das oligarquias de senhores de terra, que obviamente tiveram vez e papel na formação social brasileira ao longo do Império e da Primeira República, porém, entende que

“o estamento patrimonial, enquanto grupo político dirigente, reproduz no Brasil o sistema montado em Portugal no século XIV por Dom João I, o Mestre de Avis: um estamento originalmente aristocrático, formado pela nobreza decadente que perde as rendas da terra, e, depois, vai se tornando cada vez mais burocrático, sem perder todavia seu caráter aristocrático. Este estamento não é mais senhorial, porque não deriva sua renda da terra, mas é patrimonial, porque a deriva do patrimônio do Estado, que em parte se confunde com o patrimônio de cada um de seus membros. O Estado arrecada impostos das classes, particularmente da burguesia mercantil, que são usados para sustentar o estamento dominante e o grande corpo de funcionários de nível médio a ele ligados por laços de toda ordem.”<sup>14</sup>

A camada política, como estamento que é, muda e se renova, mas contínua a não representar a nação, apresentando um déficit de representatividade grave, o que faz da soberania popular – que já é uma degeneração da verdadeira democracia nas palavras do autor – uma idéia natimorta, cuja expressão jurídica

<sup>10</sup> Ibidem, p. 102.

<sup>11</sup> FAORO, Raimundo. *Os donos do poder*. 10ª ed., Vol. II, São Paulo: Globo, 2000, p.363.

<sup>12</sup> *Idem*, p. 366.

<sup>13</sup> BRESSER-PEREIRA, Luiz Carlos. *Do Estado Patrimonial ao Gerencial*. In “PINHEIRO, Wilhelm e SACHS (orgs.), *Brasil: Um Século de Transformações*. S.Paulo: Cia. das Letras, 2001: 222-259. Louvo-me aqui da versão digital disponível no sítio do autor, [www.bresserpereira.org.br](http://www.bresserpereira.org.br), acessado em 20.02.2009. As referências às páginas seguem a numeração do próprio arquivo digital.

<sup>14</sup> Ibidem, p. 4.

nada mais é que um princípio falsamente acatado pela comunidade político-jurídica.

Vislumbra-se, então, o porquê de o Brasil, na esteira de Portugal, em sua trajetória, ter se particularizado por ser mais um país de estado, não se consolidando o mercado como um sistema social predominante<sup>15</sup>. Para Faoro, não impera a burocracia que, como camada profissional assegura o funcionamento do governo e da administração - um aparelhamento neutro, enfim -, mas o estamento político, cuja preocupação é a própria manutenção do poder.

Tratando o período anterior à Constituição de 1988 como “Pré-História Constitucional Brasileira” e fazendo expressa referência à obra de Faoro, Luís Roberto Barroso e Ana Paula de Barcellos, expõem que a experiência política e constitucional do Brasil durante todo esse período foi “a melancólica histórica do desencontro de um país com sua gente e com seu destino” e que essa “*ilegitimidade* ancestral materializou-se na dominação de uma elite de visão estreita, patrimonialista, que jamais teve um projeto de país para toda a gente”<sup>16</sup>.

Ademais, essa passagem de Portugal para o Estado moderno, sem antes estacionar-se pelo feudalismo, levou a uma politização do direito inicial e à judicialização da política posteriormente, tal como o ocorrido em outros países, mas de uma forma diferenciada e, num esforço comparativo ao processo de outros países europeus, deficitária<sup>17</sup>. Do mesmo mal padece o Brasil por ter formado um elite estamental nos moldes lusitanos.

<sup>15</sup> PÁDUA, João Pedro Chaves Valladares de. *A tecnocracia jurídica: a comunidade dos intérpretes do direito e o enfraquecimento democrático*. Dissertação (Mestrado em Teoria do Estado e Direito Constitucional) – Pontifícia Universidade Católica do Rio, Rio de Janeiro, 2008 (Orientadora Gisele Cittadino), p.54.

<sup>16</sup> BARROSO, Luís Roberto; BARCELLOS, Ana Paula de. *O começo da história: A nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro*. In “BARROSO, Luís Roberto. *Temas de Direito Constitucional*. Tomo III, Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 4.

<sup>17</sup> A essa altura, é interessante rememorar lição de Boaventura de Souza Santos (*A crítica da razão indolente: contra o desperdício da experiência - Para um novo senso comum: a ciência, o direito e a política na transição paradigmática*. 2ª ed., São Paulo: Cortez, 2000, p. 50), para quem o paradigma da modernidade é assentado em dois pilares, regulação e emancipação, cada qual constituído por três princípios ou lógicas. Nas palavras do autor, tem-se que “o pilar da regulação é constituído pelo princípio do Estado, formado essencialmente por Hobbes, pelo princípio do mercado, desenvolvido sobretudo por Locke e Adam Smith, e pelo princípio da comunidade, que domina toda a teoria social e política em Rousseau. O princípio do Estado consiste na obrigação política vertical entre cidadãos e Estado. O princípio do mercado consiste na obrigação política horizontal individualista e antagônica entre os parceiros no mercado. O princípio da comunidade consiste na obrigação política solidária entre membros da comunidade e entre associações. O pilar da emancipação é constituído pelas três lógicas da racionalidade definidas por Weber: a racionalidade estético-expressiva através das artes e da literatura, a racionalidade cognitivo-instrumental da ciência e da tecnologia e a racionalidade moral-prática da ética e do direito”.

Raymundo Faoro escreveu a última edição de sua obra em 1975, o que poderia levar à objeção de que sua obra não dá conta da nova sociedade instaurada com o movimento de re-democratização. No entanto, realça, em outro texto, que

“O patrimonialismo não se mede pela extensão. Tem a profundidade coincidente com a história brasileira, nesta incluída sua origem ibérica. Ele vai desde a monarquia patrimonial, que encontra, na dinastia de Avis (séc. XIV) sua vocação marítima, até os planos financeiros das décadas de 80 e 90 deste século”<sup>18</sup>

Esse problema endêmico, no entanto, gravitou em torno do processo que culminou com a Constituição de 1988, de modo que a tentativa de substituir esse padrão de domínio estamental, que minara as tentativas de mudança social e política no país, encontra eco uma vez mais.

É que, no decorrer do processo constituinte, uma parte expressiva dos setores políticos preponderantes deixa claro, por meio de suas posturas e atitudes, que concebia a organização social brasileira como algo fechado, que só poderia ser reformada de modo controlado<sup>19</sup>. Segundo Faoro, os próprios constituintes criaram obstáculos a uma mudança mais profunda, criando um diploma jurídico vazado em uma linguagem indeterminada,

“no meio-termo, no território onde todos os gatos são cinzentos. [...] Para uma cláusula aberta, se juntou um dique, utilizável pela destreza regulamentadora. Um exemplo: a greve. O artigo 9º consagra o direito em termos peremptórios, sombreados pelos dois parágrafos que incitam o legislador a atuar e o policial a brandir o cassetete (na melhor das hipóteses). Não há dúvida, se honrada a interpretação, que o direito de greve se consagrou de forma ampla e irrestrita. O mundo político não está, entretanto, confiado à boa-fé”<sup>20</sup>.

Essa visão pessimista de Faoro com a Constituição de 1988, que guarda um grau de desconfiança legítimo com a elite política e com o idealismo da Constituição<sup>21</sup>, quanto mais por sua marca patrimonialista e estamental, tem sido

---

Confrontando-se a realidade dos países ibéricos e de outros, emergentes ou em desenvolvimento ou termos conexos, percebe-se o descompasso entre o modelo ideal de projeto de modernidade e a realidade existente.

<sup>18</sup> FAORO, Raymundo. *A aventura liberal numa ordem patrimonialista*. In: Revista da USP, 17:17, 1993.

<sup>19</sup> REZENDE, Maria José de. *As reflexões de Raymundo Faoro sobre a transição política nos anos de 1989 e 1990*. In: Política e Sociedade, n° 9, outubro de 2006”, p. 99.

<sup>20</sup> FAORO, Raymundo. A guerra contra a constituição. *Isto É/Senhor*. São Paulo, n.1019, 29 de março, 1989, p.23

<sup>21</sup> A descrença no constitucionalismo já tinha ganhado eco no pensamento brasileiro com as gerações frustradas de 1891 e 1927, essa última descontente com a reforma constitucional de 1926.

temperada, de modo que, por mais simbólicos que possam parecer os dispositivos constitucionais, empreenderam eles mudanças políticas e sociais.

Na verdade, parece que o autor baseava sua desconfiança na própria inexistência de uma cultura jurídica de efetividade de princípios jurídicos e que da linguagem abstrata dos textos constitucionais a sua concretização na realidade haveria um poço profundo. Embora essa abstração, corriqueira na linguagem constitucional tenha sido intensificada no caso brasileiro, em razão da dificuldade política à época em corporificar em texto as escolhas mais radicais para uma transformação da sociedade, não significa que nenhum avanço institucional tenha sido conquistado.

Baseando-se Karl Loewenstein, porém, Faoro assevera que

“Os predomínios dos interesses estatais, capazes de conduzir e deformar a sociedade – realidade desconhecida na evolução anglo-americana –, condicionam o funcionamento das constituições, em regra escritos semânticos ou nominais sem correspondência com o mundo que regem”<sup>22</sup>.

Com isso, abre-se o flanco para discutir a legislação simbólica e, após, mostrar que, por mais que não se pudesse fiar na boa-fé da elite estamental, o próprio texto constitucional deu ensejo para uma transformação da cultura democrática brasileira.

---

Um dos mais expressivos autores dessa geração foi Francisco José de Oliveira Vianna, que a partir da constatação de que “somos [os brasileiros] ainda um povo em fase elementar de integração social; temos uma estrutura extremamente fragmentária, dispersa, pulverizada em miríades de pequenos grupos patriarcais, que cobrem por inteiro o nosso território” (*Idealismo da Constituição*. 2ª ed. São Paulo : Companhia Editora Nacional, 1939, p. 65), concluía que a busca por soluções institucionais atreladas à doutrina estrangeira, cristalizadas em paradigmas constitucionais, não se ajustavam a uma visão objetiva e realista da sociedade brasileira, levando o pensamento político brasileiro a fugir da realidade. Frise-se, porém, que o pensamento de Oliveira Vianna ressaltava a necessidade de ser instituído um governo central, forte e incontestável, que fosse idôneo a promover um sentimento nacionalista e de solidariedade social, dando coesão àquela “massa amorfa”.

Para uma análise mais detida sobre o assunto, ver TEIXEIRA, João Paulo Allain. *Idealismo e realismo constitucional em Oliveira Viana: análise e perspectivas*. In: Revista de Informação Legislativa, Brasília a. 34 n. 135 jul./set. 1997, pp. 99-118.

<sup>22</sup> FAORO, R. *Op. cit.* 2º vol., 2000, p. 370.

### 6.1.2

#### **Entre a legislação simbólica e a luta por direitos positivos e não escritos: a formulação de uma dogmática constitucional brasileira da efetividade**

A luta das parcelas não perfeitamente integradas à sociedade civil é por direitos. Despindo-se esse discurso de sua roupagem jurídica, sobra o caráter político: de buscar uma transformação da realidade social. Até aqui, nesta seção, procurou-se esmiuçar uma causa para a baixa normatividade jurídica que marcou o processo histórico brasileiro.

Retoma-se o ponto e, a partir das observações de Faoro, avança-se para mostrar a constitucionalização simbólica perpetrada em 1988 que, com efeitos positivos e negativos, marca uma ruptura com a tradição autoritária re-instaurada com a Carta de 1967. O estudo da constitucionalização simbólica, no caso brasileiro, mereceu atenção de Marcelo Neves.

Debruçando-se, inicialmente, sobre a categoria mais ampla da legislação simbólica, o autor entende-a como “produção de texto cuja referência manifesta à realidade é normativo-jurídica, mas que serve, primária e hipertroficadamente, a finalidades políticas de caráter não especificamente normativo-jurídico”<sup>23</sup>. Torna-se, assim, secundário o objetivo imanente à norma jurídica que é o de regular ações, tomando importância suas referências político-valorativa e político-ideológica.

A legislação simbólica, no entanto, não possui apenas o efeito negativo de faltar-lhe eficácia normativa e vigência social. Também pode possuir um sentido positivo para o sistema político.

A preocupação maior do jurista, contudo, é com a constitucionalização simbólica e os sentidos negativos que pode ter. Baseando-se nas concepções de Friedrich Müller e Peter Häberle, para os quais a normatividade constitucional é obtida por um processo de concretização<sup>24</sup>, aponta como primeiro elemento caracterizador da constitucionalização simbólica a possibilidade de o resultado do

---

<sup>23</sup> NEVES, Marcelo. *A constitucionalização simbólica: uma síntese*. In: TELES, Miguel Galvão e outros. *20 anos de Constituição de 1976*. Coimbra: Coimbra Editora, 2000, p. 101.

<sup>24</sup> NEVES, Marcelo. *A constitucionalização simbólica*. São Paulo: Martins Fontes, 2007, pp. 83-86.

ato de concretização ser “desconstitucionalizante”, com o texto constitucional não sendo suficientemente concretizado normativo-juridicamente<sup>25</sup>.

Como segundo elemento caracterizador, aponta-se a função político-ideológica da constitucionalização simbólica. Nesse ponto, rememorando as lições de Karl Loewenstein, o jurista esmiúça as diferenças entre constituições normativas, nominalistas e semânticas:

“As Constituições ‘normativas’ seriam aquelas que direcionam realmente o processo de poder, de tal maneira que as relações políticas e os agentes do poder ficam sujeitos às suas determinações de conteúdo e ao seu controle procedimental. As Constituições ‘nominalistas’, apesar de conterem disposições de limitação e controle de dominação política, não teriam ressonância no processo real de poder, inexistindo suficiente concretização constitucional. Já as Constituições ‘semânticas’ seriam simples reflexos da realidade do processo político, servindo, ao contrário das ‘normativas’ como mero instrumento dos ‘donos do poder’, não para sua limitação ou controle”<sup>26</sup>.

Essas categorias não conseguem fotografar, fielmente, a realidade social. Na verdade, as Constituições apresentam graus variados de normatividade, de modo que “nominalismo” e “semantismo” (ou simbolismo) se aplicariam apenas para mostrar uma tendência preponderante em cada uma delas.

Nesse quadro, chama-se a atenção para a efervescência de um constitucionalismo aparente, com os legisladores constituintes tecendo um figurino ideal sem correspondência com a realidade social presente. Assim, se por um lado, a constitucionalização simbólica pode levar a uma apatia da política, bloqueando expectativas com o discurso de que a concretização do texto em norma depende de dados da realidade futura; por outro lado, pode levar a uma tomada de consciência acerca da discrepância entre a ação política e o discurso constitucionalista<sup>27</sup>.

Há ainda a advertência de que a constitucionalização simbólica deva ser um processo total, de modo que a existência de uma ou outra disposição constitucional sem concretização normativa-jurídico não leva ao comprometimento da Constituição como um todo<sup>28</sup>.

---

<sup>25</sup> NEVES, M. *Op. cit.*, 2000, p. 102.

<sup>26</sup> NEVES, M. *Op. cit.*, 2007, p. 106.

<sup>27</sup> NEVES, M. *Op. cit.*, 2000, pp. 106-107.

<sup>28</sup> *Ibidem*, p. 107.

É que a constitucionalização simbólica deve atingir as instituições constitucionais básicas, como direitos fundamentais, separação entre poderes e eleição democrática, para como tal ser caracterizada. Isso, em verdade, pode levar a uma leitura de que a constitucionalização simbólica é aquela que afeta o princípio da democracia inserto nas constituições modernas.

Associa-se ainda o problema da constitucionalização simbólica com o das normas programáticas. Nesse ponto, não se está a referir ao tratamento dogmático dado a essas normas, pelo qual possuiriam eficácia normativa limitada, dependendo para alcançar sua plenitude de uma regulação infraconstitucional integrativa, o que permite, inclusive, um controle da respectiva ação ou omissão dos órgãos políticos. Nem se pauta pela função de bloqueio no campo político que elas possuem, já que os agentes estatais não podem agir contra o programa constitucional estabelecido.

Não se trata de criticar essas duas lições clássicas da dogmática constitucional. No entanto, atribui-se o epíteto de normas pseudo-programáticas a elas, porque sua impossibilidade de concretização normativo-jurídico não tem razão diversa das demais, advindo também da ausência de um ambiente constitucional propício. É dizer, a realidade social bloqueia a sua plena concretização normativo-jurídica<sup>29</sup>.

O que interessa é deixar fincado que as normas pseudo-programáticas constituem-se em alibi para os agentes políticos, invocando em seus discursos os princípios e fins programáticos, acenando para um envolvimento oficial com o programa normativo, mas sem efetiva concretização<sup>30</sup>.

Nos países cujas Constituições apresentam um déficit alto de concretização normativo-jurídica, a ponto de se falar em Constituições nominalistas, a constitucionalização simbólica passa a servir de alibi para todos os interessados:

“A Constituição atua como alibi: o ‘Estado’ apresenta-se como identificado com os valores constitucionais, que não se realizam no presente por ‘culpa’ do subdesenvolvimento da ‘sociedade’. Já na retórica dos grupos interessados nas relações de poder, os quais pretendem freqüentemente representar a ‘subcidadania’, invocam-se os direitos proclamados no texto constitucional para denunciar a ‘realidade constitucional inconstitucional’ e atribuir ao

<sup>29</sup> NEVES, M. *Op. cit.*, 2007, p. 115.

<sup>30</sup> NEVES, M. *Op. cit.*, 2000, p. 109.

Estado/governo dos ‘sobrecidadãos’ a ‘culpa’ pela não realização generalizada dos direitos constitucionais, que seria possível estivesse o Estado/governo em outras mãos. À retórica constitucionalista subjaz muitas vezes uma concepção voluntarista e instrumentalista do Direito”<sup>31</sup>.

Analisando a história constitucional brasileira, Neves aponta as Constituições brasileiras de 1824, 1934, 1946 e 1988 como nominalistas, deixando para as de 1937 e 1967/1969 a qualificação de instrumentalistas. Em relação às últimas, diz que

“a legislação constitucional casuisticamente modificada de acordo com a conjuntura de interesses dos ‘donos do poder’, tornava-se basicamente, então, simples instrumentos jurídico dos grupos políticos dominantes, actuava como uma ‘arma’ na luta pelo poder”<sup>32</sup>

Identifica que a constitucionalização simbólica de orientação social-democrática é restabelecida e fortificada com o texto constitucional de 1988. Na esteira de Faoro, aponta que à crença pré-constituente na recuperação ou restauração da legitimidade “estava subjacente um certo grau de ‘idealismo constitucional’”<sup>33</sup>, de modo que o contexto social apontava para dificuldades de concretização jurídico-normativa do texto constitucional.

Friedrich Müller, ao contrário, reconhece a qualidade de normativa ao texto constitucional de 1988. Partindo de uma análise, em que afirma serem os fenômenos do esvaecimento e da não-simultaneidade marcas possíveis de uma Constituição, dispõe que a Carta brasileira traz um porvir, um projeto de construção de um Estado democrático e federal, ainda que conviva com estruturas histórico-sociais dos séculos XVIII e XIX, “demônios do passado” – a expressão é dele - que se fazem presentes na impraticabilidade de algumas normas dos tempos atuais.

Essa dificuldade de concretização de algumas normas não retira o caráter normativo, diretamente normativo na expressão do autor, da Constituição brasileira de 1988 que, como a Lei Fundamental Alemã de 1949, consegue se tornar vinculativa pela própria existência de uma justiça constitucional que a protege<sup>34</sup>.

<sup>31</sup> Ibidem, pp. 116-117.

<sup>32</sup> Ibidem, p. 118.

<sup>33</sup> Ibidem, p. 121.

<sup>34</sup> MÜLLER, F. *Op. cit.*, 2008, pp. 3-4.

Alguns teóricos das ciências sociais também se mostram mais confiantes no papel desempenhado pela Constituição Federal de 1988<sup>35</sup>. Esse otimismo é compartilhado por uma série de juristas brasileiros, identificando o documento constitucional como o ápice do processo de consolidação do constitucionalismo da efetividade.

O processo constituinte de 1988, não obstante críticas que possam pairar sobre sua origem, seu desenrolar e seu resultado, imprimiu uma linguagem diferenciada ao constitucionalismo até então predominante. Afastando-se, portanto, desse constitucionalismo liberal e minimalista, cujo objetivo maior era a defesa do individualismo racional, passou-se a expressar um constitucionalismo comunitário, preocupado com os valores da igualdade e da dignidade da pessoa humana<sup>36</sup>.

A idéia de um constitucionalismo voltado a tomar a Constituição como estrutura normativa que envolve um conjunto de valores tinha pretensões sociais, políticas e jurídicas de ampla envergadura e variadas. A uma, objetiva-se a implementação dos próprios direitos de matriz liberal, cuja concretização normativo-jurídica ampla fora anteriormente obstaculizada pela ausência de continuidade democrática na história nacional. A duas, tencionava-se a promover reformas sociais mais profundas, que pudessem reduzir as desigualdades acentuadas da sociedade brasileira, prevendo direitos sociais, sob o fundamento de que não há democracia plena sem que todos os cidadãos possuam um mínimo vital para sobreviver. A três, oferecer mecanismos processuais que não mais criassem a situação de abismo entre texto constitucional e realidade<sup>37</sup>, permitindo a concretização dos direitos fundamentais existentes na Carta de 1988.

---

<sup>35</sup> Vide, à guisa de exemplo, VIANNA, Luiz Werneck. *Poder Judiciário, "Positivização do Direito Natural" e "Política"*. In "Estudos Históricos", Rio de Janeiro, n° 18, 1996; VIANNA, L. W. *O Terceiro Poder na Carta de 1998 e a Tradição Republicana: mudança e conservação*. Rio de Janeiro: Edição do autor – Online, 2008; LESSA, Renato. *A Constituição brasileira de 1988 como experimento de filosofia pública: um ensaio*. Rio de Janeiro: Edição do Autor – Online, 2009.

<sup>36</sup> Cf. CITTADINO, Gisele. *Op. cit.*, p. 15. Renato Lessa (*Op. cit.*, p. 6), por seu turno, prefere falar em constitucionalismo democrático, cujo nome indicaria a oposição ao constitucionalismo clássico, nos albores do século XIX, em que se deu fundamentalidade ao texto constitucional em contraposição às idéias básicas do contratualismo – reduzindo-se a ênfase nos poderes do monarca, reduzindo à categoria de órgão do Estado – e aos excessos possíveis da soberania popular – o povo passa a ser visto como elemento do Estado. Ainda se via a Constituição, não como do rei ou do povo, mas do Estado (BERCOVICI, Gilberto. *Constituição e Política: uma relação difícil*. In: Lua Nova, n° 61, 2004, p. 05).

<sup>37</sup> Luís Roberto Barroso (*Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. Rio de Janeiro: Saraiva, 2009, pp. 217-218) relaciona o tema à falta de seriedade no trato com a lei fundamental, gerando distância entre texto

É bem verdade que um movimento crítico em relação à distância entre texto e realidade é anterior à promulgação da nova Constituição. Criticava-se a antiga ordem constitucional a partir dos compromissos ideológicos conversadores assentados<sup>38</sup>. No entanto, instaurado o processo democrático, parte da doutrina considerou que o papel da teoria jurídica não seria mais o de criticar o caráter ideológico da constitucional, mas desenvolver mecanismos dogmáticos e processuais capazes de garantir a efetividade das novas “pretensões emancipatórias” constitucionalizadas.

Devem se abrir parênteses para relatar que, dentro daquela concepção de ativismo como remédio, buscando-se no judiciário direitos não previstos constitucionalmente ou não concretizados – o que no plano da realidade política têm o significado comum de frustração de expectativas -, mesmo antes da efervescência desse novo constitucionalismo, identificam-se tentativas mais ou menos isoladas de reverter o quadro de não observância de direitos humanos na sociedade brasileira.

O primeiro exemplo é o famoso caso de Arthur Ewert (Harry Berger), que fora acusado de subversão política pelo Tribunal de Segurança Nacional, após prisão por sua participação no levante comunista em 1935. Embora a legislação de regência fosse atentatória à dignidade dos presos, Heráclito Fontoura Sobral Pinto evocou, em analogia, a aplicação da Lei de Proteção aos Animais em prol de assegurar a integridade física de seu cliente. É bem verdade que o advogado se valeu da analogia, remédio que lhe restava em um contexto jurídico de restrição a direitos humanos, mas a estratégia de defesa aponta, já na primeira metade do século XX, a tentativa de se implementar um constitucionalismo comunitário, de valorização da dignidade da pessoa humana.

O segundo exemplo refere-se ao RE 18.331, julgado em 21.9.1951, rel. min. Orozimbo Nonato. O Município de Santos, em 1949, *elevou o imposto de licença sobre cabines de banho em 1.000%*. Inconformado, um contribuinte ingresso em juízo arguindo a inconstitucionalidade da exação. Analisando o caso,

---

e realidade, ser e dever-ser. Cita dois exemplos emblemáticos: “a Carta de 1824 estabelecia que ‘a lei será igual para todos’, dispositivo que conviveu, sem que se assinalassem perplexidade ou constrangimento, com os privilégios da nobreza, o voto censitário e o regime escravocrata. Outro: a carta de 1969, outorgada pelos Ministros da Marinha de Guerra, do Exército e da Aeronáutica Militar, asseguravam um amplo elenco de liberdades públicas inexistentes e prometia aos trabalhadores um pitoresco elenco de direitos sociais não desfrutáveis, que incluíam ‘colônias de férias e clínicas de repouso’”

<sup>38</sup> SOUZA NETO, C. P.. *Op. cit.* p. 260.

o Tribunal pátrio consignou que o “poder de taxar é o poder de deixar vivo” [*the power to tax is the power to keep alive*] e reconheceu que há limites constitucionais ao poder de tributar.

Assim, antes de se intensificar o estudo brasileiro sobre o princípio da razoabilidade como ferramenta de controle de constitucionalidade das leis<sup>39</sup> e de se esboçar as teorias de matriz neoconstitucionalista, o STF afirmara a necessidade de razoabilidade nos atos estatais, alicerçando-se na idéia de que os princípios jurídicos possuem normatividade.

Esses dois exemplos reafirmam uma luta, para que a Constituição, ainda que não fosse aquela dos sonhos da sociedade brasileira, irradiasse efeitos concretos na vida nacional, possuindo força normativa e que o direito protegesse a dignidade da pessoa humana.

Fechados os parênteses, tem-se que o constitucionalismo da efetividade encontrou na nova Constituição solo fértil para que suas idéias florescessem, pois

“(...) a Constituição Federal de 1988 representa, ao mesmo tempo, a garantia da liberdade e da democracia política, e a projeção de uma utopia social igualitária, fornecendo ao pensamento jurídico progressista simultaneamente uma ‘trincheira de resistência’ e uma ‘carta programática’

Dado esse conteúdo constitucional, uma das tônicas da teoria brasileira passou a ser incrementar a ‘força normativa da constituição’. Isso se daria, porém, não através de uma síntese com a realidade constitucional, como propunham alguns constitucionalistas de viés sociológico, e nem, tampouco, de um esforço de justificação normativa, como querem os pós-positivistas, mas pela via do desenvolvimento de uma ‘dogmática da efetividade’. Visto que o Direito Constitucional Positivo já estabelece um projeto social adequado, não haveria mais sentido em debater acerca da realidade que o condiciona ou de sua justificação racional. A grande missão seria efetivá-lo, com o que os enfoques político-ideológico e racional-normativo não teriam muito a contribuir”<sup>40</sup>.

Esse processo de assimilação do constitucionalismo da efetividade e do constitucionalismo comunitário não foi acidental. Ora, inserindo-se a constituinte em um processo de transição de um regime autoritário para o da democracia

<sup>39</sup> Virgílio Afonso da Silva (*O proporcional e o razoável*. In: RT-798, abril de 2002, pp. 23-49) empreende esforço teórico para sistematizar os princípios da proporcionalidade e razoabilidade, em sua opinião, diversos. Apoiado em doutrina de Willis Santiago Guerra Filho, o autor paulista lembra que, na Inglaterra, fala-se em princípio da irrazoabilidade e não em princípio da razoabilidade. Para os fins do presente trabalho, importa sublinhar que a razoabilidade não tem a estrutura racionalmente definida da proporcionalidade, sendo mais uma análise da compatibilidade entre meios e fins de uma norma (Ibidem, p. 45).

<sup>40</sup> SOUZA NETO, C.P. *Op. cit.* pp. 262-263.

política, sem um movimento revolucionário vitorioso, levou à formação de um “Congresso constituinte”, no qual se admitia o velho e o novo, de modo que a negociação foi o principal recurso para criar-se um texto *ab nihilo*<sup>41</sup>.

Como ingrediente vital desse processo está o fato de que o anteprojeto de Constituição esboçado pela Comissão Afonso Arinos ter sido recusado pelo presidente José Sarney, levando à necessidade de se formular uma série de comissões temáticas, divididas em subcomissões temáticas, que ao final passariam pelo crivo de uma comissão de sistematização. Afonso Arinos inseria-se no rol daqueles constitucionalistas comunitaristas, assim como José Afonso da Silva, que foi principal assessor, durante o processo constituinte, do Senador Mário Covas (PMDB-SP), líder da maioria na Assembléia<sup>42</sup>.

Afora essa influência direta pelo pensamento comunitário, o Senador Mário Covas distribuiu a relatoria das comissões a uma maioria de parlamentares identificados com uma corrente mais progressiva, o que levou aos grupos identificados à esquerda terem uma participação proporcionalmente maior às bancadas que possuíam no Congresso à época<sup>43</sup>.

Assim, se por um lado era difícil aprovar projetos de lei inclinados a um constitucionalismo comunitário e que levasse a efetivação dos direitos previstos normativamente – o que já fora temperado com a edição da lei federal nº 7.347 (Lei da Ação Civil Pública) na aurora da democratização do país –; por outro lado, o momento constituinte soube ser aproveitado pelos grupos progressistas.

A explicação seria uma desatenção aos símbolos e aos valores por parte dos conservadores, que pareciam não estar atentos às modificações paradigmáticas por que passava o direito constitucional, refletindo um tradicional despreço deles e dos pragmáticos por questões de princípio e de doutrina, abrindo-se *oportunidade impar para um experimento de renovação e do protagonismo do Direito Constitucional*<sup>44</sup>.

Nesse sentido, entende-se o porquê de o chamado Centrão não ter apresentado emendas ou rejeitados propostas ao texto na parte em que desenha os princípios fundamentais que orientam a Constituição de 1988, salvo a tentativa de retirar do parágrafo único do artigo 1º a menção ao exercício direito do poder pelo

---

<sup>41</sup> VIANNA, L. W. *Op. cit.*, 2008, p. 1.

<sup>42</sup> CITTADINO, G. *Op. cit.*, p. 43.

<sup>43</sup> LESSA, R. *Op. cit.*, p. 6

<sup>44</sup> *Ibidem*, pp. 8 e 9.

povo<sup>45</sup>, e o porquê de se ter permitido a inserção de programas substanciais a ser perseguidos pela coletividade, a partir de uma interpretação do Brasil, como o estampado no artigo 3º<sup>46</sup>.

Nessa esteira, lendo o processo por uma lente mais otimista, Renato Lessa vê o processo constituinte como terreno inventivo, mais aberto à inovação e à criação espontânea, pensando a Constituição como “*experimento de filosofia pública*, que fixou as *orientações metapolíticas* para a configuração de uma *comunidade cívica social*”<sup>47</sup>

Assim, estabelecendo-se um vínculo necessário entre Direito Constitucional e Filosofia Política – essa entendida como uma atividade de elaboração simbólica e de invenção de formas de vida social<sup>48</sup> –, aquele passa a ser visto como um operador privilegiado dessas decantações de configuração e reconfiguração do social. Momentos constituintes precipitam essa dinâmica, cristalizando crenças e sendo orientados por uma dupla alucinação: “a *presentificação do passado como tradição a ser preservada* e a *introdução do futuro no horizonte do presente*”<sup>49</sup>.

Insinua-se, assim, uma *teoria da agência cívica*, mediante a qual o exercício da cidadania passa a ter lugar com a operacionalização dos mecanismos materiais e processuais postos à disposição dos cidadãos em vez da participação política tradicional. Renato Lessa chega a propor que se tem uma requalificação do significado da democracia, entendida agora como *acesso a direitos constitucionais*, exigindo do cidadão, sujeito constituído por direitos, “sua atenção cívica e suas energias políticas e cognitivas para pôr em movimento os mecanismos de jurisdição constitucional”<sup>50</sup>.

Deve-se ponderar, no entanto, até que ponto esse dispêndio de energia na arena judicial não pode levar a um esgotamento do político, com sérias implicações para a conformação da sociedade. Como hipótese prévia, a seguir melhor explorada, o perigo a se tomar é com que a judicialização da política não descambe para um ativismo jurisdicional, uma auto-afirmação do poder judicial,

---

<sup>45</sup> Ibidem, p. 9.

<sup>46</sup> VIANNA, L. W. *Op. cit.*, p. 10.

<sup>47</sup> LESSA, R. *Op. cit.*, p. 10.

<sup>48</sup> Ibidem, p. 11.

<sup>49</sup> Ibidem, p. 12.

<sup>50</sup> Ibidem, p. 28.

em especial, e do STF, em particular, como a Casa do Povo, alargando competências não-institucionalizadas.

No entanto, como fato histórico, não se pode deixar de louvar os avanços institucionais do processo constituinte de 1987-1988, bem como a recepção de uma linguagem comunitária e de um constitucionalismo da efetividade em seus meandros.

Esse vetor mais realista que resultaria da análise das leituras pessimistas e otimistas do processo constituinte revela, porém, que o constitucionalismo da efetividade já deixou marcado um novo cenário na sociedade brasileira, sintetizado por Luís Roberto Barroso:

“(...) o movimento pela efetividade promoveu, com sucesso, três mudanças de paradigma na teoria e prática do direito constitucional no país. No plano *jurídico*, atribuiu normatividade plena à Constituição, que passou a ter aplicabilidade direta e imediata, tornando-se fonte de direitos e obrigações. Do ponto de vista *científico* ou dogmático, reconheceu-se ao direito constitucional um objeto próprio e autônomo, estremando-o do discurso puramente político ou sociológico. E, por fim, sob o aspecto institucional, contribuiu para a ascensão do Poder Judiciário no Brasil, dando-lhe um papel mais destacado na concretização dos valores e dos direitos constitucionais<sup>51</sup>.

Mudanças de paradigma, no entanto, não ocorrem da noite para o dia, nem sob um céu azul, de modo que interessa, sobretudo, o aspecto institucional, de saber como se deu a ascensão do Poder Judiciário após a promulgação do novo texto constitucional e, após, mostrar possíveis excessos no exercício do poder judicial.

## 6.2.

### **A expansão do Poder Judiciário no Brasil: o constitucionalismo de efetividade e a judicialização da política**

Entender o papel do juiz na cena contemporânea exige perpassar uma série de acontecimentos sócio-políticos que levaram a uma mudança de paradigma, a exigir do judiciário uma postura mais ativa. No capítulo quinto ficou consignado que se trata de um processo global, mas não se pode desconhecer que características locais levam a especificidades no caso brasileiro.

---

<sup>51</sup> BARROSO, L. R. *Op. cit.*, 2009, p. 224.

Duas chaves interpretativas merecem ser recobradas, para que se adentre ao tema propriamente dito.

A primeira diz respeito à aproximação entre os modelos de *common law* e *civil law*. Se aquele tolerava uma postura mais criativa dos juízes em relação a esse<sup>52</sup>, as teorias jurídicas mostram que a criatividade judicial passou a ser fenômeno corrente nos dois sistemas e, mais que isso, jurisprudência é uma fonte autorizada de direito.

A segunda chave é a redefinição dos lindes entre direito e política, e pode ser expressa pela própria assunção doutrinária de que a jurisdição constitucional possui um caráter político.

Assim, tendo-se o Direito Constitucional como um direito político por excelência, chega-se à conclusão de que a relação entre Constituição e Política é difícil<sup>53</sup>. Essa dificuldade de relacionamento entre Constituição e Política se acirrou com a judicialização da política.

Esse esquema interpretativo permite analisar a mudança de perspectiva sobre as funções da Constituição na guinada para um constitucionalismo democrático e, depois, tratar de como, no caso brasileiro, o constitucionalismo da efetividade se insere no contexto da judicialização da política.

Ora, uma concepção mais antiga de Constituição, trazida por Jellinek no século XIX, entendia-a como “princípios jurídicos que definem os órgãos supremos do Estado, sua criação, suas relações mútuas, determinam o âmbito de sua atuação e a situação de cada um deles em relação ao poder do Estado”<sup>54</sup>. Conceber-se-iam, no caso, o Estado como pressuposto da Constituição; e ela, como um instrumento de governo, levando a que o poder seja legitimado procedimentalmente. O espaço da política não era na Constituição.

O modelo teórico de Jellinek visava criar um sistema de validade universal, à margem da história e da realidade, sendo contrafático. Foi Carl Schmitt, porém, quem diagnosticou que o positivismo jurídico deslocara as questões fundamentais do direito político para a Teoria Geral do Estado. Smend, por outro lado, criou a Teoria da Integração, alternativa ao positivismo jurídico,

<sup>52</sup> SCHUCK, Peter H. *El poder judicial en una democracia*. Palestra Palestra proferida durante o SELA (Seminario de Latinoamérica de Teoría Constitucional y Política) 2004, Oaxaca-México, disponível em <http://islandia.law.yale.edu/sela/SELA%202004/SchuckPaperSpanishSELA2004.pdf>, p. 12.

<sup>53</sup> BERCOVI, G. *Op. cit.*.

<sup>54</sup> *Apud* BERCOVI, G. *Op. cit.*, p. 5.

assentando que o aspecto relevante da Constituição não é sua normatividade, mas sua realidade integradora, permanente e contínua<sup>55</sup>.

Gilberto Bercovici, porém, pontua que

“O debate sobre o papel da Constituição e suas relações com a política foi retomado no segundo pós-guerra. As Constituições do século XX, especialmente após a Segunda Guerra Mundial, são políticas, não apenas estatais, na expressão de Maurizio Fioravanti. Assumem conteúdo político, ou seja, englobam os princípios da legitimação do poder, não apenas sua organização. O campo constitucional é ampliado para abranger toda a sociedade, não só o Estado. A Constituição, nas palavras de Konrad Hesse, também é a ‘ordem jurídica fundamental da comunidade’, ou seja, ela é Constituição do Estado e da sociedade”<sup>56</sup>.

A Constituição, em verdade, estrutura a política, inclusive no seu aspecto lingüístico, trazendo-a como se fosse uma disputa de significado. As questões políticas são juridicizadas. Com essa estruturação da política pela Constituição, aumenta-se o papel político do Tribunal Constitucional, autoconvertendo-se em “senhor da constituição”<sup>57</sup>. Em verdade, percebe-se uma expansão do Poder Judiciário, em geral.

No capítulo anterior foi descrito o processo lento e gradual que levou à judicialização da política, bem como sua nova face adquirida nas últimas décadas. Agora, podem-se explicitar os motivos que levaram a essa judicialização da mega política ou política pura.

As Constituições do pós-guerra trouxeram um elenco de direitos que visava à emancipação de parcelas marginalizadas das sociedades. O cumprimento das promessas constitucionais variava em intensidade, mas havia uma transformação da sociedade em curso, concretizando-se paulatinamente os textos constitucionais.

Tratava-se de parte de um processo maior de inserção da questão social no debate político, vinculado à luta dos movimentos operários para se assegurar direitos relativos às relações de produção e seus reflexos<sup>58</sup>. Com o tempo, aumentaram-se as demandas da sociedade como um todo, criando-se um Estado

---

<sup>55</sup> Ibidem, pp. 8-9.

<sup>56</sup> Ibidem., p. 9.

<sup>57</sup> Ibidem, p. 12.

<sup>58</sup> STRECK, L. L.. *Op. cit.*, 2004, p.55.

de bem-estar que garantia a qualquer cidadão, independentemente de sua situação social, direitos mínimos de renda, saúde, habitação, educação etc.

A legislação do *Welfare State* surge com ambições de organizar o capitalismo e introduzir relações de harmonia entre as classes sociais, gerando uma mudança substancial na própria maneira de se pensar o direito, pois, afastando-se do cânon liberal, tenta-se regular o futuro a partir do presente<sup>59</sup>. Foi a partir daí que se intensificou uma legislação programática e uma linguagem indeterminada, exigindo do juiz uma atuação de legislador implícito<sup>60</sup>, com a qual, muitas vezes, não estava acostumado.

Esse modelo não ficou imune a crises. Na década de 60, ocorrem os primeiros sinais de que receitas e despesas estariam em descompasso, implicando aumento do déficit público e, em consequência, uma diminuição na eficácia dos órgãos governamentais para cumprir as promessas constitucionais.

Tentativas de desregular o mercado surgem e, na esteira de reformas neoliberais, é retirada uma série de direitos sociais, colocando em xeque a idéia de um mundo com harmonia entre as classes sociais, induzida pelo direito e pela política. O apelo ao Estado e aos próprios partidos e sindicatos esvai-se, deixando a sociedade órfã e buscando a realização de suas expectativas de direito no Judiciário, o muro das lamentações do mundo moderno na metáfora de Antoine Garapon<sup>61</sup>.

A ocupação pelos juízes de lugares antes relegados às instituições especializadas da política e às de auto-regulação societal acirrou-se na década de 1970<sup>62</sup>. Os próprios políticos passam a estimular canais de acesso à justiça, que elevada à política pública de primeira grandeza, instala o juiz em lugar estratégico para tomar decisão em matéria de política pública.

Nesse quadro, surge a Constituição Federal de 1988 e, apesar de todos os conflitos existentes no processo constituinte<sup>63</sup>, seguiu-se uma orientação mais

---

<sup>59</sup> VIANNA, Luiz Werneck; BURGOS, Marcelo Bauman; SALLES, Paula Martins. *Dezessete anos de judicialização da política*. In: Cadernos CEDES, n° 08, 2006, p. 2.

<sup>60</sup> *Ibidem*, p. 3.

<sup>61</sup> *Idem*.

<sup>62</sup> VIANNA, L W. et alli. *Op. cit.*, 2006, p. 2.

<sup>63</sup> É vasta a lista de livros que retrata os conflitos existentes durante o processo constituinte, sendo que a alguns deles se fez referência ao longo deste trabalho. Chama a atenção, porém, que, embora houvesse um desapego pelas questões de princípio e de valores por parte das alas conservadoras, a busca por um constitucionalismo democrático levou a um conflito pela conformação do modelo constitucional intenso, de modo que “versão final, com seus 245 artigos, acrescidos de setenta em suas disposições transitórias, resultou de quase dois anos de trabalho, muitas negociações, árdua

socializante em vez de (neo)liberalizante no texto criado. Ao formar um Estado Democrático de Direito, assumiu-se essa triste realidade brasileira, em uma tentativa de se concretizar uma série de direitos que não haviam deixado de ser meras expectativas:

“(...) se na Constituição se coloca o modo, é dizer, os instrumentos para buscar/resgatar os direitos de segunda e terceira gerações, via institutos como substituição processual, ação civil pública, mandado de segurança coletivo, mandado de injunção (individual e coletivo) e tantas outras formas, *é porque no contrato social – do qual a Constituição é a explicitação – há uma confissão de que as promessas da realização da função social do Estado não foram (ainda) cumpridas*”<sup>64</sup>.

Houve, portanto, uma clara opção em se colocar o judiciário na cena democrática brasileira, como um dos atores a participar da tentativa em se fundar um Estado que garanta direitos a uma vida digna para os cidadãos. Como etapa ainda necessária, muniu-se o judiciário de mecanismos para garantir um jogo democrático limpo, deixando para a política, a partir do conflito inerente, chegar-se à formulação dos projetos de bem comum.

O constitucionalismo da efetividade, portanto, afina-se com a judicialização das relações sociais, fiando-se na utilização de procedimentos judiciais ordinários para a petição de resolução e demandas sociais. Descrevendo o fenômeno, essa face da judicialização é entendida como:

“conjunto de práticas e de novos direitos, além de um continente de personagens e temas até recentemente pouco divisível pelos sistemas jurídicos [...], os novos objetos sobre os quais se debruça o Poder Judiciário, levando a que as sociedades contemporâneas se vejam, cada vez mais, enredadas na semântica da justiça. É, enfim, a essa crescente invasão do direito na organização da vida social que se convencionou chamar de judicialização das relações sociais.”<sup>65</sup>

---

composição de idéias, interesses divergentes e costuras políticas. Somente um texto detalhista poderia sacramentar tantas demandas e garantir formalmente a reconstrução da sociedade e do Estado, tendo por metas o desenvolvimento e a igualdade social” (SADEK, Maria Tereza. *Judiciário: mudanças e reformas*. In: Estudos Avançados (18), 51, p. 80). A mesma autora compara o texto brasileiro com o argentino, que possui apenas 129 artigos e dezessete dispositivos transitórios, resultando de uma discussão entre juristas representando cada partido, para mostrar que, embora o novo constitucionalismo aponte para Constituições mais detalhistas, o caso brasileiro é especial.

<sup>64</sup> STRECK, L. *Op. cit.*, 2004, p. 85.

<sup>65</sup> VIANNA, L. W.; CARVALHO, M. A. R. de; MELO, CUNHA, M. P. da; BURGOS, M. B. *Judicialização da política e das relações sociais no Brasil*. Rio de Janeiro: Revan, 1999, p. 149.

Nesse ponto, judicializar as questões sociais foi uma opção consciente e parte de um processo que vem se afirmando de reconhecer a necessidade empírica e teórica dos tribunais na democracia<sup>66</sup>. O constitucionalismo da efetividade se fiou na crença de que, mediante os mecanismos processuais existentes, haveria a salvaguarda dos muitos direitos previstos, impedindo-os de sucumbir às vicissitudes da própria política. Lembre-se de que houve reformulação da própria democracia, colocando-se o cidadão, sujeito de direitos, como participante ativo no processo de transformação da realidade social.

Esse amálgama, ao que parece, impediria uma invasão total do espaço do político pelo jurídico. É dizer, ainda que as grandes questões possam acabar nos tribunais, dever-se-ia garantir um espaço para a livre disputa de idéias entre adversários, seja diretamente nas legislaturas ou órgãos executivos, seja indiretamente no espaço público, que ao final conformaria o social.

Uma atitude de deferência ao legislativo, quando esse deu vazão aos anseios de uma sociedade plural, é o que se esperaria do Judiciário. Com isso, evitar-se-ia a possibilidade de se chegar a um novo elitismo democrático que, em *terra brasiliis*, reascender-se-ia em um “sebastianismo judicial”.

No caso brasileiro, a judicialização da política toma uma expressão mais acentuada. Em verdade, aqui se encontraram as condições ideais para seu desenvolvimento: a existência de democracia, uma separação de poderes constitucionalizada, direitos políticos realmente concretizados, o uso dos tribunais por grupos de interesse e pela oposição; e a inefetividade das instituições majoritárias<sup>67</sup>. A elas, acrescenta-se uma predominância do controle de constitucionalidade concentrado e abstrato nos últimos anos, que acentua a judicialização da política e traz como conseqüência um ativismo por parte do STF.

Assim, embora não haja um tribunal propriamente constitucional no Brasil e o modelo de controle de constitucionalidade brasileiro seja originariamente híbrido, as mudanças institucionais dos últimos anos têm gerado uma postura ativista do Supremo Tribunal Federal. Antes de se tratar delas especificamente,

---

<sup>66</sup> SCHUCK, Peter H. *Op. cit.*, p. 2.

<sup>67</sup> Para uma excelente explicação dessas condições políticas aplicadas ao contexto brasileiro, vide CARVALHO, Ernani Rodrigues de. *Em busca da judicialização da política no Brasil: apontamentos para uma nova abordagem*. In: Revista de Sociologia Política, Curitiba, vol° 23, 2004, p. 117 e ss.

cumpra expor algumas chaves interpretativas que mostrem o porquê de uma revisão judicial abstrata e da existência um Tribunal Constitucional levarem a uma judicialização da política mais acentuada e, em consequência, às posturas ativistas.

De início, pontua-se que a existência de um Tribunal Constitucional implica uma maior sensibilidade com as questões constitucionais e a adoção de critérios mais rígidos no controle de constitucionalidade. Isso porque se o objetivo de sua criação é garantir, especialmente, a supremacia da Constituição frente a lei, não há como se adotar uma forma de passividade judicial<sup>68</sup>. Há que se levar em conta, ainda, que quanto mais puro for o Tribunal, é dizer, quanto menos funções, além da constitucional, lhe couberem, mais ativista será ele no trato das questões constitucionais<sup>69</sup>.

Pegue-se como exemplo ilustrativo o caso da Suprema Corte americana. Essa, como se sabe, não é um Tribunal Constitucional. Primeiro, porque o modelo de controle difuso norte-americano leva a que a análise das questões constitucionais não sejam de sua exclusividade<sup>70</sup>; segundo e relacionado ao motivo anterior, porque a essa corte cabem outras funções.

Nesse contexto, a própria Suprema Corte americana criou mecanismos para evitar decidir certos casos constitucionais: o *writ of certiorary*. A partir dessa institucionalização de cânones de evitação, a doutrina norte-americana passou a advogar uma posição minimalista para o Tribunal, exercendo virtudes passivas<sup>71</sup>, ante o fato de que, como as questões constitucionais são altamente controvertidas, é preciso aquilatar se o tempo está maduro para tomá-las e também só entrar em sua análise, caso seja impossível resolver o caso sob julgamento com base na legalidade ordinária<sup>72</sup>.

Assim, por mais que a Suprema Corte americana tenha adotado posturas ativistas em sua história, sua estrutura levaria, em tese, a uma postura mais

---

<sup>68</sup> COMELLA, V. F. *Op. cit.*, p. 8.

<sup>69</sup> Aos Tribunais Constitucionais, não raro, se direcionam outras funções, como supervisionar a regularidade de eleições, aplicar sanções penais a detentores de altos cargos, controlar decisões administrativas, entre outras. Puro é aquele Tribunal que tem como função apenas controlar a constitucionalidade da lei. (Ibidem, p. 4).

<sup>70</sup> Trata-se de uma estrutura monista, em que as funções judiciais ordinária e constitucional são exercidas pelos mesmos órgãos (Ibidem, p. 3).

<sup>71</sup> A expressão foi cunhada e a doutrina exposta por Alexander M. Bickel. Para um apanhado do tema, ver seu *The Least Dangerous Branch: the Supreme Court at the bar of politics*. New Heaven: Yale University Press, 1962, pp. 111 e ss.

<sup>72</sup> COMELLA, V.F. *Op. cit.*, p. 9.

contida em relação às considerações constitucionais, ao contrário do que se espera de um Tribunal especificamente Constitucional. A esse, não cabe uma jurisdição discricionária, nos moldes do que a Suprema Corte americana faz com seu *writ of certiorary*, para decidir não decidir, já que é a única instituição competente para declarar a inconstitucionalidade de uma lei. Posturas rígidas, nesse caso, levariam a situação de ninguém controlar as espécies normativas<sup>73</sup>.

Ademais, em um modelo dualista de justiça, o Tribunal Constitucional deve ser deferente ao juiz ordinário quanto à seleção da legislação aplicada ao caso, não podendo, em regra, desqualificá-la e evitar o exame de constitucionalidade<sup>74</sup>.

No caso dos modelos descentralizados de controle de constitucionalidade, ao contrário, constata-se uma maior flexibilidade para serem ou não ativistas. É que, nesses casos, a existência das cortes não está condicionada apenas à função judicial constitucional, já que exercer um controle mais ou menos rígido sobre a constitucionalidade das espécies normativas não afeta suas funções ordinárias tradicionais<sup>75</sup>.

Além dos dois fatores acima analisados (centralização do controle e pureza do tribunal constitucional), o autor espanhol lista outros quatro fatores.

O primeiro se refere à seleção dos juízes e à duração de seus mandatos, pois os juízes selecionados de forma democrática e com mandatos menores se preocupam menos com o resultado de suas decisões<sup>76</sup>. O segundo tem a ver com a rigidez da Constituição, eis que quanto mais flexível essa, menos coibidos sentem-se os juízes, ao exercerem um controle de constitucionalidade rígido, dada a possibilidade de suas interpretações serem neutralizadas por uma reforma constitucional<sup>77</sup>. A força do precedente, seu grau de vinculatividade, é o terceiro fator, de modo que quão menos intensa ela for, mais propenso estará o Tribunal a empreender leituras ativistas, certo de que essas poderão ser alteradas no futuro<sup>78</sup>. Por fim, aponta-se a prolixidade ou analiticidade da Constituição, possibilitando-

---

<sup>73</sup> Victor F. Comella aponta que casos há em que os Tribunais Constitucionais encontram saídas institucionais para não decidir algumas questões constitucionais, o que não afasta sua tese de que razões estruturais levam o modelo centralizado a se inclinar na direção oposta de não se abster de julgá-las (Ibidem, p. 10).

<sup>74</sup> Ibidem, p. 14.

<sup>75</sup> Ibidem, p. 26.

<sup>76</sup> Ibidem, pp. 28-29.

<sup>77</sup> Ibidem, p. 29.

<sup>78</sup> Ibidem, pp. 29-30.

se às cortes que lidam com um texto constitucional prolixo encontrar um princípio a justificar uma leitura ativista<sup>79</sup>.

Devem-se, porém, interpretar essas análises, não a partir de uma perspectiva totalmente estática, mas dinâmica, verificando-se a aproximação dos sistemas de *common law* e *civil law*, bem como dos modelos centralizados e descentralizados de justiça constitucional.

Verifica-se que, no caso brasileiro, houve a criação de mecanismos institucionais, a conferir maior especialidade ao Supremo Tribunal Federal, aproximando-o de um Tribunal essencialmente constitucional. Um dos institutos que permite isso é a repercussão geral. Por outro lado, com a criação da súmula vinculante, pretendeu-se dar maior força aos precedentes do tribunal, o que veio acompanhado de uma mudança jurisprudencial que tenta objetivar o controle difuso de constitucionalidade.

### 6.3.

#### **O ativismo jurisdicional brasileiro: contextualização e consolidação de uma nova prática**

##### 6.3.1.

#### **O arcabouço institucional para o ativismo brasileiro**

O fato do pluralismo se intensifica cada vez mais. Avanços tecnológicos colocam em xeque valores de qualquer sociedade democrática. Se com a formação do Estado Moderno ficou difícil chegar a um consenso sobre as questões mais importantes para uma sociedade, o que levou à afirmação de que o melhor seria esboçar uma estrutura política que desse a sensação de legitimidade das opções de uma maioria, sem aniquilar a parcela perdedora, uma base comum de ação na contemporaneidade nunca teve tanto gosto de utopia<sup>80</sup>.

<sup>79</sup> Ibidem, p. 30.

<sup>80</sup> Nas palavras de Marshall Berman (*Tudo que é sólido se desmancha no ar: a aventura da modernidade*. Trad. Carlos Felipe Moisés e Ana Maria L. Ioriatti. 2ª ed., São Paulo: Companhia das Letras, 2006), p. 15), “ser moderno é encontrar-se em um ambiente que promete aventura, poder, alegria, crescimento, autotransformação e transformação das coisas em redor –mas ao mesmo tempo ameaça destruir tudo o que temos, tudo o que sabemos, tudo o que somos. (...) é uma unidade paradoxal, uma unidade de desunidade: ela nos despeja a todos num turbilhão de permanente desintegração e mudança, de luta e contradição, de ambigüidade e angústia.”

Bombardeados com informações e novidades, os indivíduos se mostram mais propensos ao incerto e à dúvida do que outrora. O conhecimento em vez de levar a um estado de segurança gera precariedade nas escolhas. Vive-se sob uma nova ontologia, em que os tempos são líquidos, superando-se a fase “sólida” da modernidade e levando a sociedade

“para uma condição em que as organizações sociais (estruturas que limitam as escolhas individuais, instituições que asseguram a repetição de rotinas, padrões de comportamento aceitável) não podem mais manter sua forma por muito tempo (nem se espera que o façam), pois se decompõem e se dissolvem mais rápido que o tempo que leva para moldá-las e, uma vez reorganizadas, para que se restabeleçam”.<sup>81</sup>

O direito que, tradicionalmente, visava dar segurança aos indivíduos, e no caso do *civil law* se basearia na idéia de a lei ser a fonte jurídica por excelência, não mais consegue conter a intensa fluidez das transformações. A inflação legislativa e a incapacidade de produção rápida de leis, não obstante as críticas já esboçadas para a falta de uma teoria da legislação apropriada que procure recobrar a dignidade e efetividade da legislação, são apontadas como problemas, a justificar uma crescente capacidade normativa ao Executivo e às agências independentes.

No entanto, nem o recurso a regulamentos ou a espécies normativas de autoria e edição de instâncias não-deliberativas tem dado conta de todas as questões sociais e políticas, chamando-se um novo ator, o Judiciário, para participar da empreitada em se esboçar estruturas que se acoplem às necessidades crescentes, multifacetadas e camaleônicas<sup>82</sup> da sociedade.

<sup>81</sup> BAUMAN, Zygmunt. *Tempos líquidos*. Trad. Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2007, p. 7. O sociólogo polonês se afasta da adoção de termos convencionais -“pós-modernidade”, “segunda modernidade”, “sobremodernidade”, etc -, optando por cunhar a expressão “modernidade líquida”. Na esteira de uma leitura crítica da sociedade, utiliza-se da metáfora da fluidez, colocando a face contemporânea da modernidade em um contexto gradual, mas intensificado nas últimas décadas, de derretimento de sólidos, é dizer, de tudo aquilo que antes tentava resistir à passagem do tempo, ao fluxo das novidades (B. Z. *Modernidade líquida*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2001, pp. 7-22).

<sup>82</sup> Marco Aurélio Greco (*Contribuições: uma figura 'sui generis'*. São Paulo: Dialética, 2000, pp. 38-40), na esteira de Susan Haack, em seu *Deviant logic – logic fuzzy*, aponta que a lógica aristotélica presta a um juízo de verdade e falsidade, mais adequado a uma realidade causal do mundo, de estabilidade das relações sociais. Nos tempos atuais, em que não se consegue uma precisão acerca das coisas no mundo, é melhor a adoção de uma lógica *fuzzy*, no sentido de nebulosa e imprecisa, fincada na idéia de que as coisas podem ou não podem ser. Para o jurista paulista, inclusive, os princípios apresentariam “um caráter eminentemente *fuzzy*, impreciso, indeterminado, que abrange situações aparentemente opostas e diferenciadas por graus e não por exclusões” (*Op. cit.*, p. 47). Embora não se possa aprofundar no argumento, lembre-se de que vem

Não é diferente o que ocorre no Brasil. Realça-se a afirmação da jurisdição constitucional brasileira, notadamente a partir da postura do Supremo Tribunal Federal, perante o qual têm sido submetidas questões políticas e jurídicas tormentosas como ações afirmativas, justificialidade de direitos sociais, relações entre os poderes constituídos, federalismo, colisão entre direitos fundamentais etc.

Esse catálogo, meramente exemplificativo, evidencia que se está diante de um momento vital para o Direito Constitucional, em geral, e para a Teoria Constitucional, em particular, que é saber se a Constituição pode dar conta das necessidades da sociedade hodierna. Pergunta-se, então, se haveria uma nova gramática da Constituição ou, se em verdade, apenas se teriam antigas categorias sob novos rótulos.

Ao mesmo tempo em que proliferam construções teóricas dos mais variados matizes a tentar oferecer soluções para esses problemas, o Supremo Tribunal Federal tem se deparado, nos últimos anos, com questões que representam reviravolta em sua jurisprudência, muitas vezes importando essas teorias de maneira acrítica.

À guisa de exemplo, tome-se o mito do legislador negativo, antes parte da gramática do Supremo Tribunal Federal<sup>83</sup>, cedendo, agora, a um movimento de intensificação do papel do órgão no controle e escolha das questões políticas nacionais com a edição de sentenças aditivas.

No entanto, em tempo de diluição de certezas, percebe-se que falta uma coerência na atuação jurisdicional, não se constatando uma teoria jurídica unívoca a embasar essa atuação. Como assertiva prévia, há de se concordar com Gomes Canotilho no sentido de que se instalou um positivismo jurisprudencial e uma tendência à “afirmação legisladora pura do caso concreto”<sup>84</sup>.

Uma abordagem esclarecedora dos novos parâmetros em que se alicerça a jurisdição constitucional brasileira perpassa as mudanças institucionais e de

---

sendo formulada uma crítica ao uso indiscriminado dos princípios e ao tratamento que a dogmática lhes dá, procurando-se formular contornos mais precisos e delimitar padrões de aplicação para os princípios. Por todos, ver ÁVILA, H. *Op. cit.*

<sup>83</sup> Para uma excelente descrição de como o STF se fiava na tese do legislador negativo, inclusive com fartas referências jurisprudenciais, vide artigo de Edilson Pereira Nobre Júnior, intitulado “Sentenças aditivas e o mito do legislador positivo” (In: Revista de Informação Legislativa, Brasília, a. 43, n.170, abr./jun. 2006).

<sup>84</sup> CANOTILHO, Gomes. *Jurisdição constitucional y nuevas inquietudes discursivas: del mejor método a la mejor teoría*. In: Fundamentos – cuadernos monográficos de teoría del Estado, Derecho Público e Historia Constitucional, n° 4, Oviedo, 2006 p.428.

prática do Supremo Tribunal Federal, valendo-se de instrumentos como eficácia transcendente dos motivos determinantes, objetivação do controle difuso, súmula vinculante e repercussão geral, os dois últimos frutos de uma reforma constitucional.

Dado o fato do pluralismo e o incremento da complexidade de várias questões morais, pergunta-se até que ponto é interessante o instituto da súmula vinculante, uma tentativa de cristalizar o entendimento jurisprudencial. Além dessa questão, investiga-se como esse mecanismo e outros, como o da repercussão geral, reforçam o papel ativista do Supremo Tribunal Federal.

Começando pela súmula vinculante e pela repercussão geral, advindas da Emenda Constitucional número 45/04, parte-se, inicialmente, da perspectiva da recepção de direito, que, nos dizeres de Ana Lucia de Lyra Tavares, é o

“fenômeno da introdução, em determinado sistema jurídico (tanto no sentido macro de famílias de direito, com raízes históricas comuns e mesmas estruturas e hierarquia de fontes, como na acepção restrita de ordenamento jurídico nacional) de institutos, regras, princípios de outro(s) sistema(s) jurídico(s)”<sup>85</sup>

O fato de o direito brasileiro se notabilizar por um ecletismo, albergando elementos dos sistemas romano-germânicos e anglo-saxões, é uma das explicações para a recepção de vários institutos no seio da Constituição Federal de 1988. Já ficou clara a influência exercida pelas Constituições portuguesa de 1976 e espanhola de 1978 no texto original.

Não bastasse essa recepção originária, as emendas constitucionais têm se notabilizado pela recepção de direitos estrangeiros. A Emenda Constitucional número 45 é um exemplo, inserindo-se em um contexto maior de aproximação dos sistemas de *common law* e *civil law* e em um projeto de expansão global do Poder Judiciário, dando-se maior peso à jurisprudência como fonte de direito no Brasil.

Rememorando as características que o precedente tem no sistema de *common law*, Ana Lucia de Lyra Tavares afirma que a introdução do sistema vinculante no Brasil foi gradual, processo que afinal não se mostrou ainda

---

<sup>85</sup> TAVARES, Ana Lucia de Lyra. *Emendas Constitucionais e Recepções de Direito*. In: “VIEIRA, José Ribas (org.). *20 Anos da Constituição Cidadã de 1988: efetivação ou impasse institucional?* Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 418.

totalmente terminado<sup>86</sup>, ao menos não sendo ainda plenamente assimilado. Parece que, em uma cultura assentada no apego aos códigos, não se consegue uma aclimação instantânea e livre de tensões.

Para além de aproximarem os sistemas dos controles concreto-difuso e abstrato-concentrado e da edificação de um direito mais judicialista<sup>87</sup>, cumpre realçar um viés hierarquizante da súmula vinculante, que submete as decisões de juízes e tribunais ao que é decidido pelo STF, e uma contradição de sua adoção, quando se pensa em muitas teorias contemporâneas que, separando texto e norma, desvelam a dificuldade em se produzir padrões de conduta genéricos e abstratos. Ademais, com os tempos líquidos, fica difícil pensar em soluções atemporais.

Não se desconhece também as diferenças entre a súmula vinculante e o *stares decisis*, principalmente no que toca à abrangência, já que naquela não são incorporados os casos concretos que formaram a sua base, cabendo aos magistrados aferir se ao caso sob exame se aplica o enunciado sumular<sup>88</sup>.

Ainda se tratando da base institucional para um ativismo, surge a idéia de uma filtragem recursal, que fora veiculada pela inserção da repercussão geral via emenda constitucional. Insere-se em um contexto de deixar ao Supremo Tribunal Federal o que lhe seria mais natural, que é a jurisdição constitucional propriamente dita. Daí que somente as questões constitucionais relevantes devam ser analisadas em sede de recursos extraordinários.

O propósito legitimador da mudança seria o de desafogar o Supremo Tribunal Federal, aproximando-o de um tribunal constitucional, dando primazia à função que lhe é prevista de guarda da Constituição. Estatísticas do próprio tribunal indicam uma redução nos processos distribuídos<sup>89</sup>.

---

<sup>86</sup> Ibidem, pp. 427-428.

<sup>87</sup> TAVARES, André Ramos. *Perplexidades do novo instituto da súmula vinculante no direito brasileiro*. In: Revista Eletrônica de Direito do Estado, nº 17, jul./ago./set. 2007. Disponível em [www.direitodoestado.com.br](http://www.direitodoestado.com.br). Acesso em 20.02.2009.

<sup>88</sup> Ibidem, p. 12.

<sup>89</sup> Do sítio do STF, colhe-se que “De abril de 2008 a março de 2009, foram protocolados 91.544 processos e distribuídos 56.537 – número menor do que o registrado no período anterior, quando ainda não havia sido instituída a repercussão geral como juízo de admissibilidade dos processos no Supremo. Em 2007 foram recebidos 119,3 mil processos e quase 113 mil foram distribuídos. A maior vantagem da exigência de repercussão geral é, de fato, saber que atualmente os ministros dedicam mais tempo a avaliar e julgar casos que ultrapassam as demandas das partes do processo para ganhar o interesse de toda a sociedade brasileira. (<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=106425&tip=UN>, acesso em 01.05.2009.

Foi sob esse amálgama institucional que se acirrou a prática ativista do Supremo Tribunal Federal, que foi absorvida pelo próprio discurso de seus membros, conforme se verá a seguir.

### 6.3.2.

#### O discurso ativista no STF

A busca pela legitimação de posturas ativistas do STF invadiu os discursos dos próprios Ministros do Supremo Tribunal Federal. Gilmar Ferreira Mendes chega a afirmar que, em sua história, o tribunal alternou momentos de “maior e menor ativismo”<sup>90</sup>.

Outro que revela a prática ativista é o Ministro Celso de Mello, que, quando da posse do Ministro Gilmar Mendes como presidente, afirmou:

“Práticas de ativismo judicial, Senhor Presidente, embora moderadamente desempenhadas por esta Corte em momentos excepcionais, tornam-se uma necessidade institucional, quando os órgãos do Poder Público se omitem ou retardam, excessivamente, o cumprimento de obrigações a que estão sujeitos por expressa determinação do próprio estatuto constitucional, ainda mais se tiver presente que o Poder Judiciário, tratando-se de comportamentos estatais ofensivos à Constituição, não se pode reduzir a uma posição de pura passividade”.

Esse discurso acaba por ser absorvido nos votos de vários Ministros do Supremo Tribunal, cumprindo uma análise de alguns casos para revelar essa prática ativista e conseguir tipificá-la dentro dos modelos estudados no capítulo anterior.

Sob um sentido primordial de ativismo, entendido como um esforço judicial de impor a observância de direitos humanos por parte de outras esferas de poder, pergunta-se acerca do papel do Judiciário para superar as estruturas sociais patrimoniais brasileiras e formular um constitucionalismo democrático. Entre avanços e retrocessos na história brasileira, sobra pouco tempo de vivência democrática, de modo que não se visualizou uma mobilização social a clamar por um ativismo como remédio.

Uma cultura política intensa parece ser a base sob a qual se edifica uma postura ativista desse nível. Veja o caso norte-americano. De um lado, uma

---

<sup>90</sup> BRASIL, MS 26915 MC/DF, Rel. Min. Gilmar Mendes, Pleno, julgado em 09/10/2007.

Constituição concisa e de nítido viés liberal, de abrangência limitada, e com poucos direitos expressos; de outro, o clamor de setores não totalmente integrados à sociedade, por direitos que lhe inserissem. Uma tensão política que, não sendo superada pelas instâncias legislativas e executivas, chega aos tribunais.

Nisso se encontra a explicação para que o catálogo restrito de direitos constitucionais fosse alargado, a partir de leituras que encontram em preceitos constitucionais direitos não explicitamente contemplados. Nesse sentido, merecem acolhidas as observações de Lênio Luiz Streck:

“No texto da Constituição norte-americana, por exemplo, não estão delineados/especificados a liberdade de decidir interromper a gravidez, o tempo mínimo que corresponda a um julgamento rápido, a liberdade de trabalhar por menos de quatro dólares por hora e nem há previsão acerca da liberdade privada de práticas homossexuais”<sup>91</sup>.

A gênese ativista brasileira não é desse viés, pois, se assim fosse, as estruturas que impediram um constitucionalismo democrático e uma concretização jurídico-normativa teriam sido mitigadas ao longo dos séculos XIX e XX.

Não é que se queira aqui desqualificar o processo histórico brasileiro em relação ao norte-americano, mas, em uma análise realista, percebe-se nesse uma organização primeira de grupos da sociedade civil, pleiteando o alargamento de direitos fundamentais.

No Brasil, as promessas da modernidade encontraram eco em várias Constituições, mas sempre convivendo com estruturas arcaicas, inclusive positivadas. Além dessa complexa equação, de difícil solução no plano normativo, houve uma opção por construir o país de cima para baixo, servindo a constituição, ao longo do tempo, como álibi para explicar as mazelas sociais.

Não obstante a tensão latente nos processos constituintes e, no caso brasileiro, merece referência a Constituinte de 1988, fato é que “o momento político das constituições e do direito constitucional somente ganham em materialidade após a gênese constitucional, ou seja, concluído o processo

---

<sup>91</sup> STRECK, L. L. Apresentação. In: TRIBE, L.; DORF, M. *Op. cit.*, 2007, p. XXIV.

constituente é que as tensões políticas se formam e se revelam como desafio para toda a sociedade”<sup>92</sup>.

Assim, no Brasil positivaram-se os direitos humanos, resgatando a justiça pelo direito, não sendo necessário, a princípio, que o Judiciário os encontre nas penumbras do texto constitucional e, a partir daí, determine a implementação por outros departamentos estatais. O problema tomou outra tônica, a de efetivar e concretizar o texto constitucional.

Há que se procurar, porém, a solução para um impasse institucional de séria gravidade, pois se de um lado são permitidos avanços nos textos jurídicos, noutro, aproximando-se do campo do realismo, são impedidas ações realistas que levem a sua efetivação<sup>93</sup>.

Nesse contexto, sintomática é a atitude inicialmente moderada e minimalista do Supremo Tribunal Federal, nos albores da Constituição de 1988, edificando uma jurisprudência, limitadora da abrangência do mandado de injunção<sup>94</sup> – esse já um instrumento para efetivar direitos fundamentais – e pela relutância em atuar como legislador positivo. A questão institucional posta para o STF não era encontrar nas penumbras do texto constitucional direitos fundamentais, mas sim efetivá-los, ofertando-se ao cidadão o mandado de injunção como instrumento processual de provocação do Judiciário.

---

<sup>92</sup> LIMA, Martonio Mon't Alverne Barreto. *Constituição e Política – a impossibilidade de realização da Constituição sem a política na Jurisdição Constitucional*. In: *Atualidades Jurídicas*, v. 1, p. 11, 2008. Louvo-me da versão disponível em [www.oab.org.br/oabeditora/users/revista/1205505815174218181901.pdf](http://www.oab.org.br/oabeditora/users/revista/1205505815174218181901.pdf). As referências de página são feitas conforme o arquivo digital disponibilizado.

<sup>93</sup> *Ibidem*, p. 3.

<sup>94</sup> Por muito tempo, o STF adotou posição não-concretista para o instituto do mandado de injunção, deixando-o como figura inócua. Decisões mais recentes, porém, apontam para reversão jurisprudencial, levando o Tribunal à posição concretista-individual. O Ministro Marco Aurélio captou com acuidade essa reviravolta; “É tempo de se refletir sobre a timidez inicial do Supremo quanto ao alcance do mandado de injunção, ao excesso de zelo, tendo em vista a separação e a harmonia entre os Poderes. É tempo de se perceber a frustração gerada pela postura inicial, transformando o mandado de injunção em ação simplesmente declaratória do ato omissivo, resultando em algo que não interessa, em si, no tocante à prestação jurisdicional, tal como consta no inciso LXXI do art. 5º da Constituição Federal, ao cidadão. Impetra-se mandado de injunção não para lograr-se de certidão de omissão do Poder incumbido de regulamentar o direito a liberdades constitucionais, a prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania. Busca-se o Judiciário na crença de lograr a supremacia da Lei Fundamental, a prestação jurisdicional que afaste as nefastas consequências da inércia do legislador. Conclamo, por isso, o Supremo, na composição atual, a rever a óptica inicialmente formalizada, entendendo que, mesmo assim, ficará aquém da atuação dos Tribunais do Trabalho, no que, nos dissídios coletivos, a eles a Carta reserva, até mesmo, a atuação legiferante, desde que consoante prevê o § 2º do artigo 114 da Constituição Federal, sejam respeitadas as disposições mínimas legais de proteção ao trabalho”. (...)” (BRASIL, MI-721- DF, Rel. Min. Marco Aurélio, Pleno, julgado em 30/08/2007).

Volvendo-se o olhar ao que ocorreu no cenário da jurisdição constitucional após a EC 45/04, não bastasse a existência de novos mecanismos institucionais, como a súmula vinculante e a repercussão geral, percebe-se que o Supremo Tribunal Federal tem tentado se afirmar como instância representativa dos anseios da sociedade.

Será que se está diante de um ativismo como remédio, frente à descrença empiricamente demonstrada pelas outras instâncias governamentais? Ou se estaria diante de uma postura ativista que, antes de reforçar os direitos fundamentais, estaria indicando uma tensão do STF com outros órgãos políticos na busca de espaços institucionais de poder?

### **6.3.3.**

#### **Análise de casos: o ativismo na prática**

Tomando-se a advertência referida do Ministro Celso de Mello, há de se perquirir o que seriam práticas moderadas de ativismo. Por todo o estudo já desenvolvido, parece ser o caso de se adotar uma postura de efetividade dos direitos fundamentais, apenas agindo o STF, em situações excepcionais, para forçar os demais poderes no cumprimento da Constituição Federal.

No entanto, fica difícil precisar o que seria um uso moderado, assim como até que ponto poderia o judiciário suplantar as escolhas do legislativo e do executivo. É necessário, talvez, um reverso do pêndulo, pois se o constitucionalismo da efetividade cumpriu as promessas de uma sociedade mais democrática, por um lado; não se pode ignorar a tensão latente entre democracia e constitucionalismo, por outro, o que leva a renunciar à crença desmedida no judiciário e a descrença eterna nos demais poderes.

As posturas, no entanto, não demonstram um ativismo moderado, que se coadunasse com um constitucionalismo da efetividade. A análise de algumas decisões do Supremo Tribunal Federal ilustra outros tipos de ativismo.

Tome-se como objeto primeiro de análise a ADI 2240, o caso do Município Putativo, em que o Ministro Relator Eros Grau, invocando doutrina de Giorgio Agamben sobre o Estado de Exceção, declara improcedente ação que visava à inconstitucionalidade da lei criadora do Município, diante da realidade concreta. Note-se, porém, que ele reajustou posteriormente seu voto, declarando

procedente a ADI, mas dando um prazo de 24 meses até que o legislador estadual estabelecesse um novo regramento para a situação.

Embora reconheça que o Município de Luís Eduardo Magalhães foi criado em desrespeito ao texto constitucional, em suas razões de decidir, o Ministro afirma que o Município existe há mais de 6 anos, sendo dotado de efetiva autonomia, com intensa produção legislativa municipal, arrecadação de tributos, atividade política contínua, registro de casamentos, nascimentos e óbitos.

Nesse quadro fático, os cidadãos de boa-fé crêem que o Município exista, e o próprio STF colaborou para a situação, ao ter deixado de apreciar o caso logo quando do ajuizamento da ADI.

Invoca a existência do casamento putativo, que recebe a chancela jurídica, e a doutrina de Agambem<sup>95</sup> sobre o que constitui a exceção, esboçando argumentação no sentido de que realidade e Constituição não podem ser dissociadas e afirmando que um dos corolários do Estado de Direito é a proteção à boa-fé.

Reconhecendo uma situação de anormalidade, propõe que o STF coloque o município baiano em um estado de normalidade e decida a ADI, convicto de que se, por um lado, “não servirá de estímulo à criação de novos municípios, indiscriminadamente” e sim expressará “apelo ao Poder Legislativo, no sentido de que supra a decisão constitucional que vem sendo reiteradamente consumada”, não desconhecendo que “as circunstâncias da realidade concreta do município de Luís Eduardo Magalhães impõem seja julgada improcedente a ADI”<sup>96</sup>.

Essa decisão reflete um papel ativista do STF que, sob o pretexto de não existir Lei Complementar que trata da criação de Municípios, decide o caso, chancelando a normalidade de um município criado em desconformidade com a roupagem jurídica devida, vai além do plano do direito posto e dá força normativa a uma situação excepcional, arvorando-se em seu poder de concretizar a constituição<sup>97</sup>.

---

<sup>95</sup> Diz o Ministro em seu voto: “É que o estado de exceção é uma zona de indiferença entre o caos e o estado da normalidade, zona de indiferença capturada pela norma. De sorte que não é a exceção que se subtrai à norma, mas ela que, suspendendo-se, dá lugar à exceção - apenas desse modo ela se constitui como regra, mantendo-se em relação com a exceção.” (BRASIL, ADI 2240, Rel. Min. Eros Grau (voto original), julgado em 09/05/2007, p. 12).

<sup>96</sup> Idem.

<sup>97</sup> VALLE, V. R. L. (org) *Op. cit.*, p. 118.

Outro caso sintomático é o da ADI 3510 que versa sobre a constitucionalidade de dispositivos da lei de biossegurança. Percebe-se da análise dos votos um debate sobre o papel da jurisdição constitucional e perspectivas de julgamento diferenciadas, permitindo-se ver nas posições dos Ministros a aproximação com vetores ativistas.

Começando pelo voto-vista do Ministro Ricardo Lewandowski<sup>98</sup>, tem-se que, julgando procedente em parte o pedido feito, invoca a idéia de sociedade de risco de Zygmunt Bauman e Ulrich Beck, para mostrar que pensaria o direito à vida não em um aspecto individual, mas como o direito à vida comum a todos. Além disso, um dos capítulos de seu voto trata de reflexões epistemológicas acerca da ciência.

Pelo voto emblemático do Ministro, poder-se-ia ler o caso como um debate sobre o reforço do direito à dignidade humana, aproximando-o da tradição de um ativismo substancial. No entanto, o que fica mais patente é um reforço em justificar a própria legitimidade do Tribunal, em uma tentativa de caracterizar o STF como uma instância criadora de direito e representativa da sociedade, uma “Casa do Povo”, conforme se percebe no voto-vista do Ministro Gilmar Mendes:

““O Supremo Tribunal Federal demonstra, com este julgamento, que pode, sim, ser uma Casa do povo, tal qual o parlamento. Um lugar onde os diversos anseios sociais e o pluralismo político, ético e religioso encontram guarida nos debates procedimental e argumentativamente organizados em normas previamente estabelecidas.

(...)

Um espaço aberto à reflexão e à argumentação jurídica e moral, com ampla repercussão na coletividade e nas instituições democráticas.

(...)

O debate democrático produzido no Congresso Nacional por ocasião da votação e aprovação da Lei nº 11.105/2005, especificamente de seu artigo 5º, não se encerrou naquela casa parlamentar. Renovado por provocação do Ministério Público, o debate sobre a utilização de células-tronco para fins de pesquisa científica reproduziu-se nesta Corte com intensidade ainda maior, com a nota distintiva da racionalidade argumentativa e procedimental própria de uma Jurisdição Constitucional.””<sup>99</sup>

A ser aceita a tese de que o STF é uma Casa do Povo, inclusive moralmente mais autorizada para empreender escolhas políticas, já que fincada em uma racionalidade argumentativa, instaura-se um quadro de enfraquecimento

<sup>98</sup> BRASIL, ADI 3510, Voto-vista do Min. Ricardo Lewandowski.

<sup>99</sup> BRASIL, ADI 3510, Voto-vista do Min. Gilmar Mendes.

das instâncias representativas convencionais – parlamento e executivo -, que ficariam limitadas na feitura de leis e na formulação de políticas públicas ao que o judiciário julga mais conveniente do ponto de vista constitucional.

O problema se aprofunda, porque deixar escolhas sensíveis ao talante do Tribunal Constitucional encobre o profundo dissenso que há dentro da sociedade, que se reflete na composição dos parlamentos e das instâncias executivas. Ademais, adotando-se um sistema de força vinculante das decisões, os Tribunais devem ser fiéis a sua tradição, aos precedentes, o que, senão inviabilizaria, pelo menos dificultaria contemplar novas escolhas da sociedade sobre questões de moralidade política, a exigir sempre novas respostas por parte da sociedade na era de fluidez em que se vive. Elevar o STF à “Casa do Povo”, nesse sentido, pode mitigar o debate político que se dá nas outras instâncias estatais, reduzindo a própria coesão social que se atinge em um modelo democrático de luta entre adversários.

Baseando-se no magistério de Robert Alexy, o Ministro Gilmar Ferreira Mendes faz uma leitura do princípio fundamental da democracia diverso do sentido dado pela dogmática constitucional tradicional e pela própria teoria política. Para ele,

“O princípio fundamental: “Todo poder estatal origina-se do povo” exige compreender não só o parlamento, mas também o tribunal constitucional como representação do povo. A representação ocorre, decerto, de modo diferente. O parlamento representa o cidadão politicamente, o tribunal argumentativamente”<sup>100</sup>.

Além de se crer na possibilidade de racionalmente chegar-se à resolução de dilemas profundos da sociedade, deslumbra-se no voto do Ministro Gilmar Mendes indícios da costumeira descrença no legislativo, pois, segundo ele, “a vida cotidiana do funcionamento parlamentar oculta o perigo de que maiorias se imponham desconsideradamente, emoções determinem o acontecimento, dinheiro e relações de poder dominem e simplesmente sejam cometidas faltas graves”<sup>101</sup>.

Cláudio Ladeira de Oliveira questiona se a “representação discursiva” foi pactuada com os “discursivamente representados” ou se esses teriam apenas sido

---

<sup>100</sup> *Idem.*

<sup>101</sup> *Idem.*

“discursivamente informados”, de que estariam, a partir de então, representados pelo STF e não por uma mera representação dos parlamentares eleitos<sup>102</sup>.

Aproveitando-se dessa imagem, o Tribunal acabou por buscar uma auto-legitimação para entrar na análise de questões de moralidade política fundamentais para a sociedade. O apelo midiático, no presente caso, foi maciço, intensificado pela realização de audiências públicas que, se do ponto de vista de uma democracia cooperativa e participativa, merecem elogios, pôde desvirtuar um pouco o julgamento do caso propriamente dito, pois se passou a discutir quando seria o início da vida e não a questão inicial de saber se o embrião é um ser humano.

O perigo de se chegar a uma juristocracia vem sendo percebido por uma parcela da imprensa, como se houvesse um embate entre a racionalidade do STF em oposição à irracionalidade de outras instâncias estatais<sup>103</sup>. Uma questão que se põe é saber porque a atividade de definir princípios constitucionais deveria ser exclusiva do STF, como se repudiasse qualquer interpretação dada por outros órgãos estatais representando a sociedade.

O princípio da separação de poderes (*sic*, funções) entre órgãos políticos levou a uma visão enviesada, pela qual legislador cria normas gerais e abstratas, a serem concretizadas pelo executivo, cabendo ao judiciário aplicar a lei ao caso concreto.

Quando se leva o princípio para o debate acerca da jurisdição constitucional, formula-se a idéia de que questões constitucionais deveriam ser decididas única e exclusivamente pelos Tribunais Constitucionais. Se, nos albores das revoluções burguesas, sobretudo na francesa, a desconfiança era com o legislativo, houve uma reviravolta, colocando-se em xeque a dignidade da legislação.

Com a discussão e decisão da ADI 3510, revela-se a face ativista do Tribunal, que não deixa de ser explicitada pelo voto do Ministro Marco Aurélio, mostrando seu ceticismo em relação ao STF agir como legislador positivo, a necessidade de uma maior deferência ao legislativo e o perigo de o Tribunal se

---

<sup>102</sup> OLIVEIRA, Cláudio Ladeira de. “Direito como Integridade” e “ativismo judicial”: algumas considerações a partir de uma decisão do Supremo Tribunal Federal. In: “Anais do XVII Congresso Nacional do CONPEDI, Brasília, 2008, p. 5447.

<sup>103</sup> NASSIF, Maria Inês. *Os perigos da demonização da PF*, Valor Econômico, 17 de julho de 2008.

transformar em uma terceira casa revisora, ao lado do Senado Federal e da Câmara dos Deputados:

“ (...) sempre vejo com restrições a denominada interpretação conforme à Constituição. É que há o risco de, a tal título, redesenhar-se a norma em exame, assumindo o Supremo, contrariando e não protegendo a Constituição Federal, o papel de legislador positivo. Em síntese, a interpretação conforme pressupõe texto normativo ambíguo a sugerir, portanto, mais de uma interpretação, e ditame constitucional cujo alcance se mostra incontroverso. Essas premissas não se fazem presentes.

(...)

Devem-se colocar em segundo plano paixões de toda ordem, de maneira a buscar a prevalência dos princípios constitucionais. Opiniões estranhas ao Direito por si sós não podem prevalecer, pouco importando o apego a elas por aqueles que as veiculam. O contexto alvo de exame há de ser técnico-jurídico, valendo notar que declaração de inconstitucionalidade pressupõe sempre conflito flagrante da norma com o Diploma Maior, sob pena de relativizar-se o campo de disponibilidade, sob o ângulo da conveniência, do legislador eleito pelo povo e que em nome deste exerce o poder legiferante. Os fatores conveniência e oportunidade mostram-se, em regra, neutros quando se cuida de crivo quanto à constitucionalidade de certa lei e não de medida provisória. Somente em situações extremas, nas quais surge, ao primeiro exame, a falta de proporcionalidade, pode-se adentrar o âmbito do subjetivismo e exercer a glosa. No caso, a lei foi aprovada mediante placar acachapante – 96% dos Senadores e 85% dos Deputados votaram a favor, o que sinaliza a razoabilidade”<sup>104</sup>

Esse apelo à razoabilidade por parte do Ministro Marco Aurélio ainda merecerá análise mais detida.

Por ora, porém, cite-se um último caso revelador do ativismo jurisdicional. Trata-se da Rcl 4335-5, ainda pendente de julgamento final. No entanto, chama a atenção o voto do Ministro-Relator, Gilmar Mendes, que empreendendo uma (re)leitura do artigo 52, X, CF, propõe que assim ele passe a ser entendido: “**compete privativamente ao Senado Federal dar publicidade à suspensão da execução, operada pelo Supremo Tribunal Federal, de lei declarada inconstitucional, no todo ou em parte, por decisão definitiva do Supremo.** Consigna, ainda, que “não é mais a decisão do Senado que confere eficácia geral ao julgamento do Supremo. A própria decisão da Corte contém essa força normativa” (os grifos são do Ministro)<sup>105</sup>.

O voto se mostra afinado com a proposta de aumentar a força vinculante das decisões do Supremo Tribunal Federal, subvertendo-se o antigo entendimento

<sup>104</sup> BRASIL, ADI 3510, Voto-vista do Min. Marco Aurélio.

<sup>105</sup> BRASIL. Rcl 4335-5, Rel. Min. Gilmar Mendes.

do artigo, que vinha claramente de seu texto: “compete ao Senado Federal suspender a execução, no todo ou em parte, de lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal”.

Uma vez mais, procura-se reforçar a legitimidade do tribunal para ser o intérprete autorizado das questões constitucionais, não mais se submetendo ao crivo do Senado Federal para suspender ou não a execução de leis parcial ou integralmente declaradas inconstitucionais pelo STF, em controle difuso. A explicação para essa mutação constitucional, segundo o Ministro Eros Grau, em seu voto-vista, é que “a própria decisão do Supremo contém força normativa bastante para suspender a execução da lei declarada inconstitucional”.<sup>106</sup>

Revelada essa faceta ativista no discurso e nas decisões dos Ministros do STF, calha trazer à baila posturas críticas a esse modelo de jurisdição constitucional que se desenrola e, a partir de teorias que mais se aproximam de uma democracia cooperativa, sem deixar de ser conflituosa, proponha uma arquitetura constitucional diversa.

#### 6.4.

#### **Ativismo jurisdicional do STF e novas arquiteturas constitucionais**

As teorias substancialistas e procedimentais não põem em questão a existência da jurisdição constitucional. Em maior ou menor grau, realçam as tensões entre constitucionalismo e democracia, tanto sob o aspecto teórico, quanto em relação à prática da jurisdição constitucional propriamente dita.

Assim, pode-se concordar com Paulo Bonavides, quando afirma ser a legitimidade da jurisdição constitucional pacífica e estática, enquanto a legitimidade do exercício dessa jurisdição é controversa e dinâmica<sup>107</sup>.

Estreme de dúvidas que o modelo brasileiro de controle de constitucionalidade, classificado anterior e majoritariamente como híbrido pela doutrina, vem se desnaturando, aproximando-se do tipo concentrado-abstrato, que leva ao patente reconhecimento da politização da jurisdição constitucional<sup>108</sup>.

<sup>106</sup> BRASIL. Rcl 4335-5, Voto-vista do Min. Eros Grau, Rel. Min. Gilmar Mendes, Pleno, ainda pendente de julgamento.

<sup>107</sup> BONAVIDES, Paulo. *Jurisdição constitucional e legitimidade (algumas observações sobre o Brasil)*. In: Estudos Avançados”, vol 14, 2004, p. 128.

<sup>108</sup> Ibidem, p. 131.

*Pari passu*, a força vinculante de suas decisões intensifica-se. O precedente do tribunal ganha força desproporcional em relação a decisões de outros juízes e tribunais e, principalmente, é cada vez mais idôneo para substituir a vontade popular expressa em espécies legislativas.

A judicialização das relações sociais brasileiras, inserida em um contexto de tensão entre constitucionalização simbólica e constitucionalismo da efetividade, cede espaço à politização da jurisdição constitucional.

Para se ter um quadro completo, junte-se ainda o fato do pluralismo, em uma sociedade que ainda tem que conviver com algumas estruturas patriarcais. Ademais, há um profundo sentimento de descrença na dignidade da legislação e na própria atividade parlamentar, tudo isso levando a um alargamento de competências não-institucionalizadas pelo Supremo Tribunal Federal.

Assim, por exemplo, o caso do artigo 52, X, CF, parece mais um ato de correção da Constituição, transformando o STF em um “poder constituinte permanente e ilegítimo”<sup>109</sup>. Se é possível entendê-la dentro de um processo de consagração da força vinculante das decisões do Supremo Tribunal Federal, o que sempre pode ser justificado a partir da busca pela segurança jurídica, não se pode desconhecer que faz parte de um processo de afirmação do órgão como instância definidora das opções políticas e morais fundamentais da sociedade brasileira.

Coloca-se em dúvida se pode o próprio tribunal decidir sobre algo que lhe diz tão diretamente, ou seja, a extensão e abrangência de suas decisões. A discussão posta, levada ao plano do direito constitucional positivo, tem a ver com o sentido dos princípios da democracia e da separação de poderes (*sic*, funções) e, mais especificamente, com o conteúdo do artigo 102, *caput*, CF/88, que estipula incumbir ao STF a guarda da Constituição.

É assim que o Ministro Eros Grau, em seu voto-vista na Rcl 4335-5, assevera:

“Sucedem que estamos aqui não para caminhar seguindo os passos da doutrina, mas para produzir o direito e reproduzir o ordenamento. Ela nos acompanhará, a doutrina. Prontamente ou com alguma relutância. Mas sempre nos acompanhará, se nos mantivermos fiéis ao compromisso de que se nutre a nossa legitimidade, o

---

<sup>109</sup> STRECK, Lenio Luiz; OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de; LIMA, Martonio Mont’Alverne Barreto. *A nova perspectiva do Supremo Tribunal Federal sobre o Controle Difuso: mutação constitucional e limites da legitimidade da jurisdição constitucional*, Disponível em [www.mundojudico.com.br](http://www.mundojudico.com.br). Acesso em 05.01.2009, p. 25.

compromisso de guardarmos a Constituição. O discurso da doutrina [=discurso sobre o direito] é caudatário do nosso discurso, o discurso do direito. Ele nos seguirá; não o inverso.”<sup>110</sup>

Se o apelo à razão não é mais hegemônico frente às muitas incertezas que a fluidez dos tempos contemporâneos traz, aponta-se o perigo ainda maior de se atrelar uma racionalidade superior à deliberação judicial do STF, sob o discurso de que a própria doutrina, cujo fim seria fazer ciência, deve seguir o tribunal, desde que esse guarde a Constituição.

Na esteira de Ingeborg Maus, tem-se que o Supremo Tribunal Federal, no julgamento da ADI 3510, por exemplo, se arrogou no poder de elaborar a interpretação devidamente constitucional para a dignidade da pessoa humana, pelo menos no que tange à definição do *status* jurídico do embrião e de quando se iniciaria a vida. Para tomar emprestada uma advertência da autora alemã, tem-se que o tribunal atua “menos como ‘guardião da Constituição’ do que como garantidor de sua própria história jurisprudencial, à qual se refere legitimamente de modo auto-refencial”<sup>111</sup>.

Tenta-se extrair da função de guarda constitucional outorgada ao STF o monopólio exclusivo na definição de princípios constitucionais abstratos como a “dignidade da pessoa humana”<sup>112</sup>. Aceitável a opinião de Gilberto Bercovici no sentido de que

“a supremacia dos tribunais constitucionais sobre os demais poderes caracteriza-se pelo fato de os tribunais pretenderem ser o ‘cume da soberania’, da qual disporiam em sua competência para decidir em última instância com caráter vinculante”<sup>113</sup>.

Percebe-se que o Supremo Tribunal Federal, portanto, tem instrumentalizado a doutrina, legitimando seu poder crescente e colocando-a em papel subserviente das decisões judiciais. Não há espaço para a assunção de uma teoria jurídica específica, apenas para um incremento da atuação do STF, em um

<sup>110</sup> BRASIL. Rcl 4335-5, Voto-vista do Min. Eros Grau.

<sup>111</sup> MAUS, Ingeborg. *Judiciário como Superego da Sociedade. O Papel da Atividade Jurisprudência na “Sociedade Órfã*. In: Novos Estudos, n° 58, São Paulo: Cebrap, novembro de 2000, pp. 192-193.

<sup>112</sup> LADEIRA, C. O. de. *Op. cit.*, 2008, p. 5451.

<sup>113</sup> BERCOVI, G. *Op. cit.*, p. 20.

contexto de descrença nas demais instituições, legitimando seu poder, muitas vezes, em doutrinas que se contradizem.

Socorrendo-se dos mais variados autores e das mais variadas propostas teóricas para reafirmar e aumentar seu próprio poder; sob o pretexto de estar dando plena efetividade a direitos estampados constitucionalmente, impõe-se como a autoridade para dizer a última palavra em questões constitucionais, como se não pudesse haver interpretação bem empreendida pelas outras esferas governamentais.

Natural que esse discurso legitimador da hegemonia judicial aponte para um esgotamento da política pelas vias tradicionais de deliberação, quando não para a rejeição à idéia da política como “uma seqüência ininterrupta de contestações e revisões das decisões de autoridade”<sup>114</sup>.

Todavia, juristas, cientistas sociais e a imprensa se apercebem de que o intenso protagonismo do Judiciário pode ser deletério, como já o foi um protagonismo pelos órgãos executivos e legislativos. Assim, se o quadro de ativismo jurisdicional do STF vem se consolidado, não se podem desconhecer também alternativas teóricas para uma nova arquitetura constitucional.

As bases para ela foram expostas ao longo da dissertação, pugnando-se por uma teoria democrática agonística e por leituras que recobrem dignidade à legislação, não mais, porém, tratando-a como superior à jurisprudência, mas como fonte parceira na produção normativa a dar conta das complexidades crescentes da contemporaneidade. Não se esqueça, ainda, de que analítica e empiricamente se mostraram algumas falácias sobre uma possível superioridade de juízos de moralidade feitos pelos tribunais, em geral, e pelas cortes constitucionais, em seguida.

Sem pretensões de propor um modelo alternativo, apontam-se teorias que afastam a concepção para a qual o direito constitucional seria monopólio do Judiciário, advogando-se que a interpretação constitucional possa ser fruto de uma ação coordenada entre os poderes políticos e o Judiciário: “nenhuma instituição, muito menos o judiciário, pode ter a palavra final nas questões constitucionais”<sup>115</sup>.

Nesse sentido, a teoria da infra-aplicação judicial da Constituição de Lawrence G. Sager parte da premissa básica de que existe diferença entre a

---

<sup>114</sup> MENDES, C. H. *Op. cit.*, p. 180.

<sup>115</sup> BERCOVICI, G. *Op. cit.*, p. 21.

Constituição enquanto tal e a Constituição aplicada pelos juízes. Rechaça a tendência natural que se tem de “considerar que o alcance da norma constitucional coincide com o alcance de sua aplicação judicial”<sup>116</sup>.

Pode causar perplexidade advogar essa tese, quanto mais pela assunção jurisprudencial de que a Constituição é o que os Ministros do STF dizem ser<sup>117</sup>. No entanto, é aceitável uma leitura moderada que, reconhecendo os déficits de modernidade do país e que o constitucionalismo da efetividade pugna por uma atuação que garanta os muitos direitos fundamentais já expressos, deixe espaço para que a sociedade empreenda suas escolhas de moralidade política.

Essa proposta normativa, ao que parece, guarda pertinência com o princípio da democracia, afastando-se, por óbvio, das propostas teóricas elitistas existentes. Também não é contrária ao comando de que ao STF cumpra a guarda da Constituição, agindo com os instrumentos existentes para garantir os direitos fundamentais nela expressos, e mantendo espaço para a política ter seu curso. Judicialização da política, sim; ativismo jurisdicional, não; seriam as divisas para uma arquitetura constitucional mais cooperativa e que se aproxime de uma política agonística.

Nesse sentido, o Supremo Tribunal Federal, ao contrário do que restou espelhado em votos como os do Ministro Ricardo Lewandowski e Gilmar Mendes na ADI 3510, não goza de representação popular privilegiada. Afasta-se ainda a posição de que não é adequado para a democracia que o Judiciário legisle, mas foi a alternativa que sobrou<sup>118</sup>.

Em outro giro, as teorias da última palavra, sejam em defesa de uma hegemonia judicial, sejam em prol da dignidade dos parlamentos para tomar escolhas de moralidade política, não dão conta da complexidade e heterogeneidade da sociedade contemporânea.

---

<sup>116</sup> SAGER, Lawrence G. *Juez y democracia: una teoría de la práctica constitucional norteamericana*. Madrid: Marcial Pons, 2004, p. 103.

<sup>117</sup> Nas palavras do Ministro Eros Grau: “A Constituição diz o que nós, juízes desta Corte, dizemos que ela diz. Nós transformamos em normas o texto escrito da Constituição ... o texto nela inscrito, na Constituição. Por isso, é enorme a responsabilidade que suportamos. Nós, aqui neste Tribunal, nós produzimos as normas que compõem a Constituição do Brasil hoje, agora. Nós é que, em derradeira instância, damos vida à Constituição, vivificamos a Constituição. E ela será do tamanho que a ela atribuímos na amplitude dos nossos juízos” (BRASIL, Rcl. 4.219-QQ, voto Eros Grau)

<sup>118</sup> VASCONCELLOS, Frederico. Entrevista com Maria Teresa Sadek. Folha de São Paulo, 31/10/2007. Disponível em <http://www1.folha.uol.com.br/fsp/brasil/inde31102007.htm>. Acesso em 02/11/2007.

Nesse ambiente de indivíduos das mais variadas crenças, cosmovisões e histórias de vida, esposando valores diversos sobre projetos de bem comum, avulta a democracia agonial, que se concentra na “concorrência de idéias, interesses e exigências entre concorrentes e opositores, apela para a realidade da cultura da disputa e celebra com o Direito (Constitucional) uma parceria”<sup>119</sup>.

Essa parceria domestica o medo, e em vez de se alicerçar no paradigma de segurança hobbesiano para banir o caos e o conflito ou em uma concepção de disputas entre amigos e inimigos nos moldes do pensamento de Carl Schmitt, concebe a democracia como lutas por reconhecimento, bem estar, influência e poder político entre adversários que se respeitam<sup>120</sup>.

O conflito instaurado não é necessariamente deletério, gozando de uma força latente para levar à unidade. Para os agonistas, a questão da política democrática não é eliminar o poder, mas buscar formas compatíveis com os valores democráticos<sup>121</sup>.

Afasta-se das tradições elitistas e deliberativas, ancoradas na racionalidade como elemento central na busca de lealdade política, propondo que o foco recaia sobre o afeto na garantia de fidelidade a valores democráticos.

Utilizando como alvo de ataque o pensamento de John Rawls, sugere Chantal Mouffe que um modelo deliberativo de democracia tenta apagar as paixões do campo da política, reduzindo-a a um campo neutro de interesses em conflito<sup>122</sup>. Nessa perspectiva, a busca por um consenso não coercitivo se mostra irrealizável, o que acaba por aproximá-la de uma visão dinâmica do processo político, de modo que “em uma organização política democrática, os conflitos e as confrontações, longe de ser um signo de imperfeição, indicam que a democracia está viva e se encontra habitada pelo pluralismo”<sup>123</sup>.

Embora se reconheça que as teorias políticas e as constituições não possam, por si só, assegurar a coesão e o desenvolvimento das sociedades, o texto constitucional oferece às partes conflitantes um *modus disputandi*, juridicizando-

<sup>119</sup> FRANKENBERG, Günther. Trad. Elisete Antoniuk. *A gramática da constituição e do direito*. Belo Horizonte: Del Rey, 2007, p. 20.

<sup>120</sup> Ibidem, p. 21.

<sup>121</sup> MOUFFE, C. *Op. cit.*, 2003, p.39.

<sup>122</sup> Ibidem, p. 47.

<sup>123</sup> Ibidem, pp. 49-50.

se elementos políticos e gerando regras e princípios tomados como diretivas de ação.<sup>124</sup>

A partir desse instrumental teórico, resta uma leitura que entenda o princípio da democracia, sob o amálgama do fato do pluralismo, intensificado em tempos de modernidade líquida. O alcance que se daria ao artigo 102, *caput*, CF, não seria apto a legitimar o STF como uma terceira casa revisora.

A intrincada questão da separação de funções entre órgãos não pode mais ser estática, até mesmo porque em cada um delas – executiva, legislativa e judicial – o componente político se faz presente, e política por sua natureza é dinâmica. Tanto é importante a questão política que muitos estudos apontaram que a jurisdição constitucional encontra terreno fértil, nos países em que as próprias legislaturas deliberadamente submetem questões de sua alçada aos tribunais ou não se opõem que mais uma rodada de debates encontre eco na justiça<sup>125</sup>.

Sopesar, portanto, a legitimidade popular dos representantes do povo – parlamentos e chefias executivas – e a legitimidade do Judiciário que deflui da própria Constituição<sup>126</sup> envolve uma arquitetura constitucional rebuscada.

E, no caso brasileiro, apela-se à decantada criatividade, para que se possa esboçar uma arquitetura constitucional vanguardista, já que ainda se está na berlinda entre uma constitucionalização simbólica e um constitucionalismo democrático e da efetividade, na tentativa de se dissipar estruturas arcaicas.

Nesse sentido, a admoestação de Lênio Luiz Streck de que os juízes brasileiros não se aperceberam de que o ordenamento jurídico já prevê muitos direitos aos cidadãos, ao contrário da situação anterior a 1988, de modo que em vez de aplicarem a Constituição e fazerem a filtragem das leis inconstitucionais, “passaram a achar que sabem mais que os constituintes”<sup>127</sup>.

É essa a razão, segundo o autor, para a justiça lotérica que se instalou, agravado por um “pan-principiologismo”<sup>128</sup>, de modo que a discordância com um

<sup>124</sup> FRANBENBERG, G. *Op. cit.*, p. 26.

<sup>125</sup> Segundo Conrado Hübner Mendes (*Op. cit.*, p. 183), “a corte constitucional, nesse sentido, não está numa torre de marfim, mas no calor da política. Mesmo que métodos de interpretação não constringam juízes tanto quanto esperávamos, a política (formal e informal) o faz. Juízes farejam o grau de aceitabilidade de suas decisões e estão sujeitos a pressões difusas e específicas”.

<sup>126</sup> A proposta de existência de duas legitimidades e de duas democracias é do Ministro Carlos Ayres Brito, em antecipação de voto, dada no MS 26.603-1-DF, Pleno, 04/10/2007, disponível em [www.stf.gov.br](http://www.stf.gov.br), acesso em 05.01.09.

<sup>127</sup> STRECK, L. L. Entrevista concedida à Aline Pinheiro. Revista Consultor Jurídico, 15.03.2009.

<sup>128</sup> Idem.

dispositivo jurídico tem levado à busca de um princípio que possa afastá-lo. Curioso aqui uma aproximação com o pensamento de Humberto Ávila, para quem a Constituição de 1988 apresenta tantas regras que se lhe pode reconhecer a classificação como regulatória, não obstante se reconheça o papel que os princípios exercem<sup>129</sup>.

Da estagnação chegou-se a um ativismo jurisdicional.

Uma alternativa para uma jurisdição constitucional que, ao mesmo tempo admita a necessidade do político e deferência às instâncias representativas da sociedade, sem afastar o Judiciário da guarda da Constituição, implica a assunção de que o judiciário não é o único intérprete das questões constitucionais e que, como são carregadas de moralidade política, muitas vezes o juízo sobre o acerto de uma opção da sociedade pode ter sido feito por outra autoridade – parlamento e chefias executivas -, em vez de vir do STF.

De Gustavo Zagrebelsky, colhe-se que:

“Hoy, ciertamente, los jueces tienen una gran responsabilidad en la vida del derecho, desconocida en los ordenamientos del Estado de derecho legislativo. Pero los jueces no son los señores del derecho en el mismo sentido en lo que era el legislador en el pasado siglo ... entre Estado constitucional y cualquier ‘señor del derecho’ hay una radical incompatibilidad. El derecho no es un objeto propiedad de uno, sino que debe ser objeto del cuidado de todos”<sup>130</sup>.

Desenvolve-se, portanto, uma teoria que proponha um debate inter-institucional entre os órgãos políticos. Sob esse prisma, parece sempre possível mobilização política para rever decisões de uma sociedade. E se as decisões, em um quadro de judicialização das relações sociais e políticas, ganham roupagem jurídica, chefias executivas, parlamentos e tribunais estão a interpretar a Constituição continuamente.

Buscando-se estabilidade jurídica e, ao mesmo tempo, avanço social, pauta-se por uma arquitetura constitucional erigida sob as vigas de uma interação entre os órgãos políticos. O ecletismo nacional e o próprio curso da política indicam que a resposta pode ser dada pelo próprio STF.

---

<sup>129</sup> ÁVILA, Humberto. “Neoconstitucionalismo”: entre a “ciência do direito” e o “direito da ciência”. In: Revista Eletrônica de Direito do Estado, número 17, jan./fev./mar., 2009, Salvador. Disponível em [www.direitodoestado.com.br](http://www.direitodoestado.com.br). Acesso em 20.04.2009.

<sup>130</sup> ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil: ley, derechos, justicia*. Cuarta Edición, Madrid: Trotá, 2002, p. 153.

Uma decisão recente mostra a possibilidade de um debate conflitivo entre três dos órgãos máximos da política nacional: Presidência da República, Câmara dos Deputados e STF. No MS 27.931-DF, membros do Congresso Nacional se insurgiram contra entendimento do Deputado Michel Temer, presidente da Câmara dos Deputados, no sentido de que o sobrestamento das deliberações legislativas, previsto no art. 62, § 2º, CF só se aplicaria aos projetos de lei.

O tema do abuso de legislar por parte da Presidência da República é recorrente<sup>131</sup>. A impossibilidade de se resolver o problema via emenda constitucional levou a um estado crônico de paralisia do poder de legislar pelo Congresso Nacional. Contra isso, houve uma reação institucional, entendendo que apenas projetos de lei ordinária – a partir, inclusive, do fato de que medidas provisórias têm força de lei -, não poderiam ser apreciados em sessões ordinárias.

O STF, por meio de medida cautelar, reconheceu legítima a reação da Câmara dos Deputados, entendendo-a como um reequilíbrio das relações institucionais entre a Presidência da República e do Congresso Nacional, asseverando que:

**“Se é certo, de um lado, que o diálogo institucional entre o Poder Executivo e o Poder Legislativo há de ser desenvolvido com observância dos marcos regulatórios que a própria Constituição da República define, não é menos exato, de outro, que a Lei Fundamental há de ser interpretada de modo compatível com o postulado da separação de poderes, em ordem a evitar exegeses que estabeleçam a preponderância institucional de um dos Poderes do Estado sobre os demais, notadamente se, de tal interpretação, puder resultar o**

<sup>131</sup> Tentou-se corrigir o abuso do poder legislar mediante a EC 31/01, sendo que o próprio Supremo Tribunal Federal, ao longo dos anos, realçou o problema: “(...) o exercício compulsório da competência extraordinária de editar medidas provisórias culminou por introduzir, no processo institucional brasileiro, verdadeiro **cesarismo governamental em matéria legislativa**, provocando graves distorções no modelo político e gerando sérias disfunções comprometedoras da integridade do princípio constitucional da separação dos poderes. Na realidade, os dados em questão evidenciam que os diversos Presidentes da República – que exercem o mandato executivo entre 05/10/88 (data da promulgação e vigência da Constituição Federal) e a presente data – **legislaram quase duas (2) vezes mais que o próprio Congresso Nacional, em igual período (11 anos).**” (ADIMC 1.992, rel. Ministro Sidney Sanches, voto do Min. Celso de Mello, DJ 22.10.99). [grifos do Ministro]<sup>131</sup>. O expediente de se legislar por meio de medidas provisórias colocaria em xeque o princípio da democracia, conforme aponta a doutrina. Segundo Marcelo Figueiredo (*Reflexões a respeito da medida provisória na Constituição*. In: GRAU, Eros Roberto; CUNHA, Sérgio Sérulo da (coords.), *Estudos de Direito Constitucional em homenagem a José Afonso da Silva*. São Paulo: Malheiros, 2003, p.395), “o Poder Legislativo decide por meio de debate público e de argumentação com capacidade de gerar consenso, via discussão e votação, antes da produção de efeitos (CF, arts. 49 e 59). A produção está ligada a esse procedimento, *anterior*, de formação de conteúdo da norma. O essencial do procedimento é, justamente, o consentimento prévio, por meio do *debate público*, realizado pelos representantes do povo. Esse complexo de atos, dirigido à produção normativa, é adotado pelo Congresso Nacional. A edição de medidas provisórias pelo Poder Executivo não incorpora esse procedimento, como sabemos”.

comprometimento (**ou**, até mesmo, a esterilização) **do normal** exercício, pelos órgãos da soberania nacional, das funções **típicas** que lhes foram outorgadas.

Na realidade, **a expansão** do poder presidencial, **em tema** de desempenho da função (**anômala**) de legislar, **além de viabilizar** a possibilidade de uma **preocupante ingerência** do Chefe do Poder Executivo da União **no tratamento unilateral** de questões, que, **historicamente**, sempre pertenceram à esfera de atuação institucional.

dos corpos legislativos, **introduz fator de desequilíbrio sistêmico que atinge, afeta e desconsidera** a essência da ordem democrática, **cujos fundamentos** - apoiados em razões de garantia política e de segurança jurídica dos cidadãos - **conferem justificação teórica** ao princípio da reserva de Parlamento e ao postulado da separação de poderes.

**Interpretações regalistas** da Constituição - **que visem a produzir** exegeses **servilmente** ajustadas à visão e à conveniência exclusivas dos governantes e de estamentos dominantes no aparelho social - **representariam** clara subversão da vontade **inscrita** no texto de nossa Lei Fundamental e **ensejariam**, a partir da temerária aceitação da soberania interpretativa manifestada pelos dirigentes do Estado, **a deformação** do sistema de discriminação de poderes **fixado**, de modo legítimo e incontestável, pela Assembléia Nacional Constituinte.”<sup>132</sup> (grifos do relator)

Essa decisão reflete a assunção do conflito entre os órgãos políticos e propõe um diálogo institucional, assumindo como pano de fundo que o político deve conformar o social e que não é monopólio exclusivo do STF interpretar o texto constitucional. Talvez seja um reverso do pêndulo, corrigindo-se o ativismo jurisdicional que se consolidou nos últimos anos.

---

<sup>132</sup> MC em MS 27.931-1-DF, Rel. Min. Celso de Mello, cautelar deferida em 27/03/2009.