

Democracia e ativismo judicial: algumas considerações sobre suas causas e consequências

Democracy and judicial activism: some considerations about causes and consequences

Claudio Ladeira de Oliveira

RESUMO

Neste artigo discuto as relações conflitantes entre o “ativismo judicial” e os procedimentos democráticos representativos. Primeiramente eu discuto algumas definições que realçam os aspectos “normativos/prescritivos” das posturas judiciais “ativistas” e do funcionamento das instituições democráticas “realmente existentes”. Em seguida, discorro sobre os padrões de argumentos que são utilizados por tribunais para decidir questões politicamente controvertidas, bem como os fatores políticos e institucionais que estimulam a ocorrência de posturas “ativistas”.

Palavras-chave: Democracia. Ativismo Judicial. Direitos fundamentais.

ABSTRACT

In this paper I discuss the conflicting relationship between the “judicial activism” and representative democratic procedures. First, I discuss some definitions that enhance aspects “normative/prescriptive” of “activists” judicial positions and the functioning of “real existing” democratic institutions. Second, we discuss patterns of arguments that are used by courts to decide politically controversial issues as well as political and institutional factors that stimulate the occurrence of “activists” positions.

Keywords: Democracy. Judicial Activism. Fundamental Rights.

1 Introdução

Neste trabalho analiso um tema tradicional da teoria constitucional: a relação conflitante entre o “ativismo judicial” e a democracia. Adoto uma perspectiva descritiva, objetivando extrair conclusões ca-

pazes de orientar os debates de cunho normativo. Análises “normativas” justificam a adoção de arranjos institucionais, argumentando em defesa de sua legitimidade política. Exemplos de modelos normativos são as formulações de Ronald Dworkin (2000) sobre os tribunais constitucionais enquanto “fóruns do princípio” e Jeremy Waldron (1999) acerca da supremacia parlamentar. De acordo com Dworkin, tribunais constitucionais devem funcionar como instituições dedicadas à revisão da legislação, submetendo as decisões majoritárias ao crivo de uma rigorosa análise apoiada em princípios de moralidade política destinados a preservar dos direitos fundamentais das minorias. Por sua vez, Waldron fornece argumentos normativos para justificar a autoridade de parlamentos representativos, e não de tribunais, decidirem em ultima instancia sobre questões controvertidas de princípio político.¹

Em seu modelo, isso deve ocorrer quando verificadas algumas condições: se as instituições políticas em vigor forem razoavelmente representativas, se as instituições judiciais capazes razoavelmente em bom funcionamento, se houver um comprometimento com a ideia de direitos fundamentais para as minorias e, por fim, se houver a divergência razoável e duradoura sobre o significado dos direitos (WALDRON, 2010, p. 105-116).

Por sua vez, uma perspectiva “descritiva” analisa explica as ações de indivíduos e grupos, descritos como agentes buscam promover seus interesses e valores apoiados em crenças (sobre as consequências prováveis de suas ações e os comportamentos dos demais indivíduos e grupos), limitados/autorizados por determinadas instituições, as quais ampliam ou restringem suas oportunidades de ação. Uma abordagem “descritiva” de tais problemas não é neutra do ponto de vista normativo, pois (i) justifica a rejeição de modelos normativos que, embora dotados de argumentos morais convincentes, estão apoiados em premissas teóricas cuja falsidade ou inviabilidade foi revelada; e (ii) justifica a adoção de arranjos institucionais “não-ideais”, porém empiricamente mais aptos a estimular o acatamento de instituições razoavelmente democráticas.

Inicialmente discutirei algumas definições de “democracia” e “ativismo judicial” para em seguida analisar os principais padrões utilizados por juízes e tribunais na solução de casos politicamente controvertidos e

compreender os fatores que estimulam a ocorrência de decisões judiciais mais “ativistas”. Ao final, discuto brevemente formas (ainda que limitadas) de enfrentar alguns dos problemas apontados.

2 Democracia

Quais são, afinal, as características que definem um processo político democrático? Seja qual for a definição adotada, ela deve ser útil para permitir uma análise de instituições políticas reais mesmo na presença de profundas divergências sobre concepções de justiça. Enfim, é necessário evitar inserir no conceito de democracia os conteúdos politicamente controvertidos cuja disputa é precisamente o objeto dos processos democráticos. Por outro lado, qualquer conceito analiticamente rigoroso inevitavelmente assumirá um caráter ao menos parcialmente “ideal-normativo” e por isso terminará suscitando controvérsias mais ou menos complexas quando o conceito for utilizado para avaliar instituições políticas concretas. Dito isso, é possível encontrar, na literatura sobre o tema, formulações que cumprem o papel de permitir um debate razoável deste tema, como é o caso da definição fornecida por Robert Dahl, de acordo com a qual um processo político de governo pode ser qualificado como “democrático” se preenche os seguintes requisitos:

Participação efetiva. Antes de ser adotada uma política pela associação, todos os membros devem ter oportunidades iguais e efetivas para fazer os outros membros conhecerem suas opiniões sobre qual deveria ser esta política.

Igualdade de voto. Quando chegar o momento em que a decisão sobre a política for tomada, todos os membros devem ter oportunidades iguais e efetivas de voto e todos os votos devem ser contados como iguais.

Entendimento esclarecido. Dentro de limites razoáveis de tempo, cada membro deve ter oportunidades iguais e efetivas de aprender sobre as políticas alternativas importantes e suas prováveis consequências.

Controle do programa de planejamento. Os membros devem ter a oportunidade exclusiva para decidir como e, se preferirem, quais as questões que devem ser colocadas no planejamento. Assim, o processo democrático exigido pelos três critérios anteriores jamais é encerrado. As políticas da associação estão sempre abertas para a mudança pelos membros, se assim estes escolherem.

Inclusão dos adultos. Todos ou, de qualquer maneira, a maioria dos adultos residentes permanentes deveria ter o pleno direito de cidadãos implícito no primeiro de nossos critérios. (2001, p. 47-49)

Tais critérios não pretendem ser uma descrição sociológica das instituições democráticas realmente existentes. Ao contrário, seu valor é “regulativo”, ao invés de estritamente descritivo, no sentido de que explicitam quais são os requisitos que uma instituição política deve atender para merecer o atributo de “democrática”. E muito embora uma completa realização de tais critérios não seja possível na prática, ainda assim são úteis, pois podem ser realizados por “aproximação”. Afinal, podemos distinguir as sociedades conforme sua maior ou menor inclusão dos cidadãos nos processos nos quais as decisões políticas coletivas são tomadas. Mas alguns comentários devem ser feitos sobre tais critérios.

Em primeiro lugar, quanto à exigência de “participação efetiva”, tal critério não requer rigorosamente que a totalidade cidadãos participe efetivamente, sob pena de tornar ilegítimo qualquer governo realmente existente. Afinal, restrições à participação devem ser excepcionais, como é o caso da limitação de participação por idade. O que Dahl sugere é que todos tenham oportunidades justas de participação. É possível que o cidadão simplesmente se recuse a participar. Em todo caso, sua contribuição para o debate não pode ser bloqueada, caso ele se disponha a atuar. Os cidadãos possuem a oportunidade de contribuir com informações, opiniões e demandas para as disputas públicas. Por outro lado, este é seguramente um dos aspectos mais problemáticos da avaliação das instituições democráticas “realmente existentes”, pois a participação efetiva pode ser distorcida das formas mais variadas, a começar pelas formas de financiamento do processo eleitoral (seja nos casos em que é possível o financiamento privado das campanhas eleitorais, seja na presença de financiamento exclusivamente Estatal).

Em segundo lugar, quanto à “igualdade de voto”, não se trata de garantir uma igualdade de “impacto” de cada indivíduo na formação da vontade política, algo inviável em termos práticos, mas um peso formalmente idêntico (e anônimo) à opção de cada cidadão. A ideia é que, se cada cidadão conta como “um igual” em termos políticos (igual direito de

formular opiniões e argumentos) e se todos serão potencialmente atingidos pelo efeito das leis, então todos devem possuir o mesmo e idêntico “peso” no processo decisório: um voto. (Cf. WALDRON, 2003, p. 151-201; PRZEWORSKI, 2010, p. 17-43). Além disso, a participação dos cidadãos não é garantia de “consenso” sobre as questões importantes. Normalmente é o contrário o que ocorre: ampliada a participação, amplia-se também a pluralidade de opiniões, as quais frequentemente inconciliáveis. Numa democracia, diante de divergências de opiniões, no momento em que uma decisão deve ser tomada, todos os cidadãos contam igualmente.

Em terceiro lugar, quanto ao “entendimento esclarecido”, tal exigência não significa que o processo democrático pode limitar a participação apenas aos cidadãos “esclarecidos” segundo algum critério científico. De modo similar ao que ocorre com a exigência de participação efetiva, este critério significa que todos os cidadãos devem ter oportunidade de esclarecimento quanto aos termos do debate político. Trata-se da oportunidade de conhecer as informações e opiniões dos demais participantes.

Em quarto lugar, quanto ao “controle do programa de planejamento”, não significa necessariamente que a todo instante os cidadãos poderão alterar a totalidade das regras e decisões políticas fundamentais. É possível estabelecer limites de tempo, eleições periódicas, ou mesmo declarar algumas regras permanentes (ex. a própria igualdade de voto, a liberdade de expressão etc.).

Por fim, quanto à “inclusão dos adultos”: as instituições políticas democráticas expressam, segundo Dahl, um ideal de “igualdade intrínseca” entre os cidadãos membros da comunidade política. Como Dahl explica esse ideal? A afirmação da igualdade intrínseca é um “juízo moral” mediante o qual afirmamos que os cidadãos possuem o mesmo valor. Todos os indivíduos *devem* ser tratados como possuidores do mesmo valor moral; o “bem” de cada ser humano deve ser considerado como intrinsecamente igual ao de todos os outros indivíduos. Ela não é uma constatação histórica ou sociológica de que os indivíduos possuem *de fato* (ou possuirão) iguais habilidades, competências etc. Na verdade “por natureza” somos muito diferentes, possuímos muitas particularidades etc. Enfim, a igualdade em questão não é encontrada previamente na natureza: ela é estabelecida política e juridicamente.

Como foi dito acima, esses critérios de Dahl são importantes para esclarecer como os regimes democráticos deveriam funcionar. São critérios “ideais”, que deveríamos perseguir, e que podem ser realizados em alguma dimensão, embora não em sua plenitude. E saber quais são os princípios aos quais as nossas instituições políticas deveriam se ajustar pode ajudar bastante na hora de decidirmos, como resolver problemas mais concretos, como por exemplo, exercer o controle judicial de constitucionalidade de atos legislativos. Por isso, ao lado de uma concepção razoável sobre os princípios normativos que definem um processo democrático, é necessário analisar também o modo como a democracia *realmente* funciona, ou seja, é necessária uma abordagem teórica “histórico-empírica”. Também quanto a este ponto existe farta literatura disponível, sendo um importante exemplo a análise realizada pelo professor Adam Przeworski (1994, 2003, 2006, 2010).

Em primeiro lugar, para Przeworski, nas democracias os interesses e valores são conflitantes: o fato elementar que caracteriza todas as democracias “realmente existentes” não é o consenso sobre valores e interesses, mas sim a divergência e o conflito mais ou menos aberto e constante. Se não fosse assim, “se os interesses fossem harmoniosos ou os valores fossem compartilhados unanimemente, as decisões de qualquer pessoa seriam aceitáveis por todas as demais, e qualquer um poderia ser um ditador benevolente” (PRZEWORSKI, 2006, p. 312). Enfim, as instituições democráticas não geram consenso, elas processam conflitos: seus procedimentos fornecem uma decisão coletiva que não supera as divergências políticas existentes.

Em segundo lugar, a autorização para governar é derivada de eleições: diante de divergências políticas e morais duradouras é salutar que procedimentos de deliberação pública permitam aos membros da comunidade a disputa de argumentos. Sem dúvida essa é uma forma de esclarecer os cidadãos sobre as conseqüências de adotar determinada opção política em detrimento de outra. E do fato de que as divergências sejam constantes, não resulta necessariamente que as teses em disputa sejam autóctones, imutáveis. Enfim, é fato que a política democrática é marcada pela disputa com argumentos, com razões oferecidas pelas várias partes, antes das eleições e votações e neste processo os cidadãos

podem mudar de opinião sobre muitos assuntos. Isso é algo corriqueiro tanto nos processos eleitorais como no processo legislativo parlamentar. No entanto, se após as deliberações não existe unanimidade, a decisão final será o resultado de uma votação. Neste caso, a autoridade será o resultado do número de votos, e não da qualidade das razões apresentadas durante os debates prévios às eleições. Afinal, parte essencial do problema político consiste exatamente no fato de que divergimos profundamente sobre quais são as melhores e as piores razões. Essa consideração não implica qualquer espécie de “relativismo” quanto à verdade e objetividade científica e moral: o problema não consiste na inexistência de “melhores” razões, como se não houvesse argumentos piores ou simplesmente errados. O problema é que em geral divergimos sobre quais são as razões corretas e ao mesmo tempo sentimos a necessidade de uma ação conjunta, coordenada politicamente. É o que Jeremy Waldron (1999, p. 88-118; 2003, p. 187) denomina de “circunstância da política”.

Em terceiro lugar, eleições designam “vencedores” e “perdedores”, e parte essencial do poder atribuído aos vencedores consiste no direito de promover seus valores e interesses contra os perdedores das eleições, mediante ameaça de coerção. Naturalmente tal poder não é ilimitado, e os perdedores podem, entre outras coisas, realizar oposição (social e parlamentar) aos vencedores e disputar novamente em eleições periódicas. No entanto, uma democracia deixa de existir como tal se os membros dos grupos vencedores e perdedores obedecem apenas às suas próprias deliberações. Tal situação é algo mais próximo de uma guerra civil que propriamente de instituições políticas estáveis.

Por fim, a democracia funciona como um sistema de “regras do jogo” (PRZEWORSKI, 2006, p. 312) que definem os procedimentos de disputas e as competências e limites ao poder do governo. Afinal, não é toda e qualquer questão relevante controversa que é submetida diretamente à consulta popular por meio de eleições. Existem procedimentos constitucionais que limitam as competências legislativas: o que conta como “um voto”, quórum mínimo para funcionamento do parlamento, maioria absoluta para determinadas matérias, distribuição de competências legislativas entre um congresso nacional e parlamentos estaduais, impedimentos constitucionais para legislar sobre determinadas matérias etc.

Por um lado, como os vencedores das eleições promovem seus valores e interesses contra os perdedores das eleições, é possível que os segundos considerem a possibilidade de rebelar-se contra os primeiros. Por outro lado, os vencedores, ao invés de exercerem seu poder com moderação e arriscar perder o poder nas eleições seguintes, podem tentar extrair mais poder sob pena de perder eleições, também promover uma ruptura das regras do jogo. Daí que surja a importante questão: o leva especialmente os derrotados nas eleições, mas também os vitoriosos, a aceitarem os resultados do processo democrático? É a questão da estabilidade das instituições democráticas. A resposta de Przeworski é que, para serem estáveis, é necessário que elas sejam o resultado de um “equilíbrio de forças”, ao menos um equilíbrio entre as forças políticas que, a princípio, poderiam derrubá-la (PRZEWORSKI, 1994). Nesta hipótese as forças políticas em jogo raciocinam simultaneamente de modo estratégico: dado que os outros respeitam a democracia, cada um deve preferi-la em detrimento das alternativas possíveis. Por isso é incorreto definir as instituições democráticas como o resultado de um “contrato”, um “pacto” entre os atores sociais relevantes, por que não existem “terceiros imparciais” em relação às partes em conflito capazes de impor a democracia (PRZEWORSKI, 1994, p. 25 – 75).

Compreender de modo mais realista as instituições democráticas é importante tanto para que possamos não apenas evitar demandas que eventualmente não podem ser satisfeitas por nenhum conjunto de instituições, inclusive as instituições democráticas, como também para não permanecermos indiferentes em relação a mudanças mais modestas, porem reais e eficazes (PRZEWORSKI, 2010, p. xiii). E se adotamos uma perspectiva mais realista, é inevitável concluir que a possibilidade de distorções reais no processo político democrático está sempre presente: (1) sejam quais forem os arranjos institucionais, sempre será possível que, para determinado grupo social e pelos mais variados motivos, os resultados do processo democrático sejam considerados intoleráveis, seja porque os resultados contrariam alguma espécie de crença “identitária” que o grupo (de modo justificado ou não) crê ser mais importante que o respeito às regras do jogo, seja porque as decisões distribuem recursos

escassos de um modo que afeta de modo extremo os grupos diretamente atingidos; (2) maiorias políticas podem cometer injustiças, adotando regras que promovem explicitamente ou acobertam a discriminação étnica, por exemplo; (3) maiorias podem permanecer presas em problemas de “ação coletiva”, incapazes de agir em defesa de seus efetivos interesses pela via legislativa (MANIN, PRZEWORSKI, STOKES, 2006).

Mas o que dizer sobre as instituições políticas “contramajoritárias” cuja existência às vezes é justificada sob o argumento de que são destinadas conter tais injustiças? Em primeiro lugar, e acima de tudo, é preciso ter em mente que também elas são fonte de injustiças reais e potenciais. Os membros do poder judiciário, por exemplo, podem desenvolver interesses próprios e preferências ideológicas próprias e utilizar os instrumentos do controle de constitucionalidade para promovê-los. E mesmo quando atuam buscando apenas promover a aplicação adequada do direito em vigor, interpretando de boa-fé institutos jurídicos essencialmente controvertidos, é possível que supervalorem as suas próprias capacidades intelectuais e terminem por tomar decisões cujas consequências são contraproducentes mesmo do ponto de vista dos interesses que deveriam ser promovidos.

3 O ativismo judicial

É necessário estabelecer critérios de avaliação da atividade dos tribunais (em especial dos tribunais constitucionais) que permitam classificá-lo segundo sua disposição em realizar determinados juízos de ordem política e moral amplamente controvertidos, assumindo funções que até então cabiam a outros atores políticos, em especial ao poder legislativo. Para tanto a literatura costuma apresentar inúmeros modelos de atuação de tribunais, especialmente com relação à interpretação constitucional. Partiremos inicialmente da oposição estabelecida por Ronald Dworkin (2002) entre um modelo de “ativismo judicial” e outro de “moderação judicial”. Esta definição sucinta pretende ser descritiva, mais que valorativa, já que não rejeita ou aceita – com antecedência – nenhum dos dois modelos. De acordo com Ronald Dworkin

[...] o programa da moderação judicial afirma que os tribunais deveriam permitir a manutenção das decisões dos outros setores do governo, mesmo quando elas ofendam a própria percepção que os juízes têm dos princípios exigidos pelas doutrinas constitucionais amplas, excetuando-se, contudo, os casos nos quais essas decisões sejam tão ofensivas à moralidade política a ponto de violar as estipulações de qualquer interpretação plausível, ou, talvez, nos casos em que uma decisão contrária for exigida por um precedente inequívoco. (DWORKIN, 2002, p. 215)

Assim, de acordo com a “auto-restrição” judicial (ou “moderação” judicial), o tribunal se recusa a avaliar a posição do parlamento (ou mesmo do executivo) sobre temas moralmente ou politicamente controversos. Aceita o juízo proveniente no legislativo ou executivo sem questionar a legitimidade da representação política e, principalmente, sem questionar a qualidade do resultado da disputa política legislativa, isto é, a moralidade da lei. Apenas avalia o procedimento formal, e ainda assim com elevada modéstia, atuando apenas nos casos em que normas procedimentais relativamente objetivas tenham sido violadas, como por exemplo o quórum mínimo para aprovação de uma lei, ou a competência normativa de uma instituição. A adoção de princípios de “auto-restrição judicial” pelos tribunais é freqüentemente recomendada, no âmbito da teoria jurídica normativa, como uma postura adequada, capaz de promover o devido respeito aos princípios do auto-governo democrático.²

Outra é a perspectiva adotada pelo modelo do ativismo judicial. De acordo com Dworkin

O programa do ativismo judicial sustenta que os tribunais devem aceitar a orientação das chamadas cláusulas constitucionais vagas (...). Devem desenvolver princípios de legalidade, igualdade e assim por diante, revê-los de tempos em tempos à luz do que parece ser a visão moral recente da Suprema Corte, e julgar os atos do Congresso, dos Estados e do presidente de acordo com isso. (DWORKIN, 2002, p. 215)

Assim o “ativismo” exige que os juízes sejam atuantes no sentido não apenas de “fazer cumprir a lei” em seu significado exclusivamente formal. Significa mais: eles assumem uma postura mais audaciosa na interpretação de princípios constitucionais abstratos tais como “dignidade

da pessoa humana”, “igualdade”, “liberdade de expressão” etc. São mais audaciosos por que reivindicam para si a competência institucional e a capacidade intelectual para fixar tais conceitos abstratos, concretizá-los, conferir um significado mais preciso a estes termos; e principalmente: para julgar atos do legislativo que interpretam estes mesmos princípios.

Mas afinal, por que o ativismo judicial seria um problema? Pode parecer um contra-senso ressaltar os riscos que o judiciário pode oferecer à soberania popular, especialmente se esta crítica é apoiada numa ideia normativa da política legislativa. A sensação de que tal crítica aos excessos do judiciário é equivocada resulta de diversos fatores. Em primeiro lugar, a referência à corrupção nas instituições abertamente políticas é, há muito, recorrente na imprensa e nos diálogos públicos, de um modo tal que parece pertencer à fauna e flora nacional, o que acaba por estimular um sentimento de rejeição da política que tende a abranger de modo difuso os partidos políticos as instâncias parlamentares e o poder executivo. Com isso a política “prática” ganha conotações não exatamente virtuosas o que confere ares de “extravagância de intelectual” à tentativa de usar a política legislativa como critério moralmente legítimo para qualquer coisa. Em segundo lugar, especialmente nas faculdades de direito, mas também em grande parte na sociedade civil, as instituições “não-diretamente” políticas do judiciário e do ministério público são vistas como parcialmente responsáveis pela consolidação das instituições democráticas e pela atuação direta no combate à corrupção. Some-se a isso o fato do acesso do cidadão à justiça (por mais precário que seja) aparentemente ser mais efetivo que o acesso aos parlamentos (DUTRA, 2005). Com isso seria mera extravagância intelectual criticar o ativismo judicial. Mas, tal conclusão é mesmo correta?

Embora essas percepções generalizadas possuam uma boa parcela de verdade, tais constatações não devem levar a uma espécie de desqualificação “moral” da política em benefício de uma idealizada autoridade moral das instituições judiciais. Afinal, em especial quanto à questão da “corrupção na política”, não há nenhuma razão minimamente séria para crer que ela seja hoje maior que em outros períodos de nossa história, não obstante a ênfase com que o tema tem sido tratado nos últimos 20 anos. Na verdade, é mesmo razoável supor que comparativamente com

os anos 1970 a corrupção tenha diminuído consideravelmente, em parte em virtude do controle pela imprensa que *agora* é efetivamente livre, pelo regular funcionamento das instituições políticas e também pelas ações de uma sociedade civil que pode atuar livremente, ainda que não o faça sempre, todas estas características inexistentes nos anos de chumbo. Ou seja, algumas das características mais costumeiramente apontadas como “prova” da superioridade do poder judiciário face à “mundana” política prática são exatamente o resultado de procedimentos políticos, disputas partidárias e negociações parlamentares. Por isso tem razão Waldron afirma que a teoria jurídica está demasiadamente acostumada a uma oposição entre (1) uma imagem de um judiciário bastante idealizado (ou melhor, de um *juiz* ideal, no singular, sem atentar para a pluralidade da composição das cortes superiores) versus (2) uma descrição “crua” da política realmente existente, atenta a seus aspectos mais negativos de um modo que a descrição do judiciário não o faz. Em poucas palavras: “construímos (...) um retrato idealizado do julgar e o emolduramos junto com o retrato de má fama do legislar.” (WALDRON, 2003, p. 2).³ Colocados diante de uma opção assim elaborada, é quase inevitável aderir a teses como as sustentadas pelo presidente do STF. Acresça por fim, que esta oposição unilateral conta, entre nós, com o respaldo de um ambiente generalizado de criminalização midiática da política, o qual não é de todo desligado de motivações políticas. Mas este é um fenômeno cada vez mais percebido e criticado por vozes ainda isoladas na imprensa:

O ativismo judicial, defendido por parcela da opinião pública como uma garantia de que a “racionalidade” do STF conteria a “irracionalidade” da ação política do Legislativo, produziu outras crias. O Supremo ocupou cada vez mais espaços - hoje não apenas tem o instrumento constitucional da súmula vinculante, mas desfrutou (pelo menos até agora) de uma legitimidade autoconferida por um entendimento do que é o “clamor público”, e com esse mandato promoveu a adequação das leis à sua própria racionalidade [do tribunal]. (...) A demonização da política foi o primeiro passo para a legitimação do ativismo judiciário. A apropriação do senso comum de que o político eleito é corrupto, até que se prove o contrário; de que os partidos são por princípio venais; e de que a política sempre encerra interesses inconfessáveis, tem legitimado a atuação legislativa do STF (NASSIF, 2008)⁴

Em suma, estamos acostumados à ideia de que o judiciário falha em promover as instituições democráticas quando se recusa a fiscalizar ações dos demais poderes (legislativo e executivo) permitindo que o poder administrativo atue com desrespeito para com os direitos dos indivíduos, ou que maiorias políticas possam subjugar com violência grupos minoritários. Estas idéias possuem, sem dúvida, imensa parcela de verdade e não pretendo rejeitá-las. Mas é importante investigar também o problema oposto: o risco de uma postura inversa por parte do judiciário, isto é, os obstáculos criados para o Estado Democrático de Direito por parte de um judiciário que assume uma postura ativa na interpretação de cláusulas abstratas de direitos fundamentais.

As questões até aqui apontadas chamam a atenção para o risco de uma “juristocracia” (HIRSCHL, 2004), um aristocrático governo de juízes exercido sob o manto de uma atividade aparentemente técnica de interpretação de dispositivos jurídicos mediante conceitos da dogmática especificamente constitucional. As ameaças ao Estado de direito não se originam exclusivamente no legislativo ou executivo. Também a interpretação das leis é uma fonte potencial de abusos de poder. A prática da interpretação constitucional realizada por tribunais, nas hipóteses em que existem as chamadas “cláusulas pétreas”, é essencialmente uma atividade realizada por um grupo de pessoas que dispõem de acesso privilegiado a uma espécie de poder político: decidir em última instância sobre questões constitucionais. E quem possui algum poder pode abusar dele: “se a interpretação das leis torna-se um domínio exclusivo de burocratas auto-designados, então o risco para a democracia é evidente” (GUARNIERI, 2003, p. 239). Daí serem necessários mecanismos de controle da atividade jurisdicional que preservem a independência jurisdicional ao mesmo tempo em que coíbem arbitrariedades: “para prevenir abusos, todos os Poderes devem ser limitados, e o judiciário não é uma exceção”. (GUARNIERI, 2003, p. 240). Por isso, mesmo para um autor que afirma ser o controle judicial de constitucionalidade faz parte da própria definição de Estado de Direito, a responsabilidade pública dos juízes também é um requisito do estado de direito.⁵

4 Como juízes decidem casos controvertidos

Os casos “difíceis”, juridicamente controvertidos, que importam para uma discussão sobre o ativismo judicial, envolvem matérias sobre as quais há forte controvérsia política, inclusive sobre os impactos que resultam da decisão judicial específica. E de acordo com as definições aqui adotadas, o que permite distinguir posturas judiciais “auto-restritas” e “ativistas” é a intensidade com que juízes e tribunais estão dispostos a revisar decisões dos outros poderes, em especial do legislativo, recorrendo a princípios e teses de elevado grau de abstração, potencialmente controvertidas. Por isso é importante uma rápida digressão sobre os padrões de argumentação utilizados por juízes e tribunais em casos de tal natureza. Uma interessante síntese da bibliografia sobre o tema é fornecida por Diana Kapiszewisk (2011), a qual analisa a prática de argumentação de tribunais superiores (especialmente do Supremo Tribunal Federal brasileiro) assumindo uma perspectiva essencialmente descritiva. Tribunais são descritos como instituições colegiadas cujos membros agem orientados metas, possuindo conjunto de preferências e que buscam maximizar seus interesses e valores, reagindo às oportunidades de ação e limitações impostas pelo seu ambiente político e econômico. A partir de preferências que não são constantes no tempo e informação que nunca é completa e é sempre falível, tribunais superiores decidem ponderando um conjunto variado de razões, alternando o endosso e o enfrentamento de outros poderes. Realizam um “balanceamento tático” entre um conjunto argumentos (para o que se segue, KAPISZEWSKI, 2011):

Considerações prioritárias na decisão	Tática adotada no processo de decisão
1. Ideologia judicial	Preferências valorativas dos juízes
2. Interesses corporativistas e institucionais	“Auto-proteção” dos interesses dos magistrados
3. Opinião pública	Construção de suporte público
4. Preferência dos poderes eleitos (legislativo e executivo)	Auto-restrição judicial e deferência em relação às decisões dos outros poderes
5. Conseqüências econômicas e políticas potenciais da decisão	Pragmático
6. Direito, doutrina, precedente	“Principiológica”

Em primeiro lugar, a “ideologia” judicial, o conjunto de preferências políticas normativas que compartilham, é um dos mais óbvios fatores capazes de influenciar as decisões dos magistrados. Suas opiniões e valores sobre temas controvertidos em matéria de controle de constitucionalidade são muitas vezes o fator decisivo, especialmente quando o texto constitucional é essencialmente controvertido. Este é certamente o caso quando da análise de temas como o aborto, a propriedade privada, a união civil entre homossexuais, as cotas étnicas e sociais em concursos públicos e tantos outros. Certamente foi o caso da deliberada intervenção na política levada a cabo por magistrados alemães nos anos finais da República de Weimar nos anos 1930, que no mínimo facilitaram as estratégias políticas dos partidos que desejavam a desestabilização institucional do regime, uma ação cujas derradeiras consequências hoje são bem conhecidas.⁶ E o fato de que juízes se orientam por suas convicções ideológicas para rever decisões legislativas é, certamente, um dos principais fatores de conflitos entre os ocupantes de ambos os poderes, dado que em regimes democráticos os legisladores disputam os votos dos cidadãos com a promessa de que realizarão políticas determinadas através da legislação.⁷

Em segundo lugar, juízes podem decidir motivados por considerações corporativistas, hipótese na qual buscam proteger seus interesses utilizando as competências jurisdicionais que possuem. Em primeiro lugar, juízes podem decidir diretamente pelos seus interesses, “interpretando” a legislação em seu próprio benefício, criando ou ampliando benefícios pecuniários ou seus próprios poderes institucionais, como ilustra a recente decisão monocrática do ministro Luiz Fux, do STF, Ação Originária nº 1773 (BRASIL, STF, 2014). Trata-se de uma ação movida pela Associação dos Juízes Federais do Brasil (AJUFE), requerendo a concessão de ajuda de custo para fins de moradia (o famoso “auxílio moradia”). Ocorre que a Lei Complementar nº 35/1979 (BRASIL, 1979), a Lei Orgânica da Magistratura Nacional (LOMAN), ao tratar do tema, apenas prevê a hipótese de que o poder legislativo “*poderá*” (grifo nosso) conceder o referido auxílio, mas sempre “*nos termos da lei*” (grifo nosso). Eis o art. 65 da lei complementar 35/79: “Além dos vencimentos, poderão ser outorgadas aos magistrados, nos termos da lei, as seguintes vantagens: II - ajuda de custo, para moradia, nas localidades em que não

houver residência oficial à disposição do Magistrado” (BRASIL, 1979). Naturalmente que, de acordo com a lei, é perfeitamente possível que o poder legislativo, diante dos valores já consideravelmente elevados dos vencimentos dos magistrados federais, que já se encontram atualmente em patamares muito superiores à media dos vencimentos das economias mais ricas do planeta (cf. DA ROS, 2015), opte por não aprovar tal auxílio, dada as notórias prioridades que possui o país em termos de políticas públicas. No entanto, de acordo com a entidade que representa dos interesses dos magistrados federais, o simples fato de que diversas unidades da federação já concedem o referido benefício aos magistrados dos resp^oectivos estados já seria suficiente para justificar a concessão, sem a necessária lei complementar, do mesmo benefício aos magistrados federais, pois do contrário haveria uma afronta ao “princípio da igualdade”! E mais: de acordo com a decisão cautelar do ministro Luiz Fux, que concedeu o benefício, tal decisão é necessária para evitar a fuga de profissionais da magistratura (uma hipótese um tanto surpreendente, que não é corroborada por nenhum estudo empiricamente rigoroso) e em nome do “princípio da moralidade”:

A concessão do direito pretendido pelos juízes federais brasileiros atende aos princípios da legalidade, juridicidade administrativa e da moralidade, posto contemplado na lei e no texto constitucional (...). A concessão visa a servir de instrumento de moralização destinada a assegurar a independência do poder judiciário e evitar o indesejável crescimento do elevado número de juízes federais que se exoneram dos seus cargos para ocupar outros de natureza pública, tornando a magistratura mera carreira de passagem. (STF, 2014, pp. 1-2)

Decisões judiciais motivadas pelo auto-interesse também podem ser exemplificada pelos casos em que os magistrados utilizam seus poderes institucionais para enfrentar lideranças políticas que afetam seus interesses ou para barganhar políticas de seu interesse com os poderes executivo e legislativo.

Como os valores ideológicos e os interesses institucionais dos magistrados nem sempre coincidem quanto às consequências práticas, e como nem juízes nem políticos são capazes de perseguir seus interesses

de um modo tão simples e unilateral (FEREJOHN e PASQUINO, 2003, p. 258), é possível que juízes com convicções ideológicas conflitantes atuem de um modo similar na defesa de seus interesses institucionais comuns. Naturalmente, o contrário é igualmente verdadeiro: partidos que conflitam entre si podem, eventualmente, unir-se para enfrentar a excessiva concentração de poder no ramo judiciário. Por outro lado, oligarquias políticas e judiciais podem unir-se contra juízes e promotores de primeira instância no intuito de punir aqueles que sejam percebidos como excessivamente independentes.

Além disso, é importante ter em mente que juízes têm maior facilidade do que os políticos de atuarem de forma unificada na defesa de seus interesses institucionais, pois possuem uma estrutura hierárquica organizada (o que facilita a coordenação de ações), treinamento comum e compartilham expectativas acerca do comportamento judicial com base em códigos e práticas profissionais. No Brasil este é o caso em especial de tribunais superiores, os quais além de possuírem as competências jurisdicionais relativas ao controle judicial de constitucionalidade, também possuem competências administrativas para gerir uma parcela considerável de recursos públicos.

Em terceiro lugar, juízes e tribunais podem agir motivados por um sentimento mais ou menos difuso de adesão à “opinião pública” que prevalece sobre algum tema em algum momento, hipótese na qual estarão mais motivados a enfrentar os demais poderes, caso acreditem estar respaldados por uma difusa aprovação social. Naturalmente, também aqui é possível que juízes decidam com a intenção deliberada de conquistar respaldo público, no objetivo de alcançar algum conjunto de benefícios específico.

Em quarto lugar, juízes e tribunais podem optar por decidir questões politicamente controvertidas de acordo com as preferências dos demais poderes, legislativo e executivo, os quais são capazes de influenciar as decisões judiciais de distintas formas, em graus variados de intensidade. Isso depende em primeiro lugar das características específicas das instituições judiciais, do grau de autonomia administrativa que possuem. A disposição para a deferência judicial é está, ao menos em parte, relacionada à existência ou não mecanismos de controle judicial de constitucionalidade,

de mandatos fixos para o tribunal constitucional, da existência de órgão de controle externo etc. Por outro lado, a adesão a princípios de auto-restrição também pode ser uma opção de princípio por parte dos magistrados. Um exemplo é o voto da ministra Ellen Gracie, na ADI que julgou a constitucionalidade de dispositivos da Lei de Biossegurança:

Equivocam-se aqueles que enxergaram nesta Corte a figura de um árbitro responsável por proclamar a vitória incontestável dessa ou daquela corrente científica, filosófica, religiosa, moral ou ética sobre todas as demais. Conforme visto, ficou sobejamente demonstrada a existência, nas diferentes áreas do saber, de numerosos entendimentos, tão respeitáveis quanto antagônicos, no que se refere à especificação do momento exato do surgimento da pessoa humana. (...) Buscaram-se neste Tribunal, a meu ver, respostas que nem mesmo os constituintes originário e reformador propuseram-se a dar. Não há, por certo, uma definição constitucional do momento inicial da vida humana e não é papel desta Suprema Corte estabelecer conceitos que já não estejam explícita ou implicitamente plasmados na Constituição Federal. Não somos uma Academia de Ciências. A introdução no ordenamento jurídico pátrio de qualquer dos vários marcos propostos pela Ciência deverá ser um exclusivo exercício de opção legislativa, passível, obviamente, de controle quanto a sua conformidade com a Carta de 1988. (BRASIL, STF, 2008, pp. 214-215)

Em quinto lugar, tribunais podem decidir levando em conta as consequências econômicas e políticas potenciais da decisão. Se a interpretação literal de algum dispositivo constitucional é capaz de gerar consequências percebidas como insuportáveis em especial para a estabilidade econômica e/ou institucional, é muito provável que magistrados evitem adotá-la, preferindo recorrer a alguma espécie de artifício retórico para evitar o resultado percebido como perverso. Para que isso ocorra é fundamental que os agentes com competência para decidir compartilhem não apenas a valoração negativa de certas consequências dadas (caso elas ocorram), mas também a crença de que tais consequências realmente ocorrerão, e para isso é indiferente saber se tais crenças sobre fatos futuros são de fato verdadeiras. Se os membros do tribunal creem que as consequências negativas ocorrerão, ainda que tal crença posteriormente se revele falsa, a motivação consequencialista provavelmente ocorrerá. Um exemplo recente ilustra tal aspecto. A Constituição brasileira dispõe, sobre o poder

que possui o Presidente da República para vetar projetos de lei aprovados pelo congresso nacional, o seguinte:

Art. 66 (...)

§ 4º O veto será apreciado em sessão conjunta, dentro de trinta dias a contar de seu recebimento, só podendo ser rejeitado pelo voto da maioria absoluta dos Deputados e Senadores.

(...)

§ 6º Esgotado sem deliberação o prazo estabelecido no § 4º, o veto será colocado na ordem do dia da sessão imediata, sobrestadas as demais proposições, até sua votação final.

No Mandado de Segurança nº 31816, o STF (2013) enfrentou uma questão polêmica acerca da análise de vetos presidenciais à chamada “Lei dos Royalties do Petróleo” (BRASIL, lei 12.858, 2013). As disposições do art. 66 estabelecem claramente um prazo de trinta dias para análise do veto e determinam que, esgotado o prazo sem análise, o veto será colocado na ordem do dia, trancando a pauta do parlamento. Pois bem, em tal caso, havendo diversos vetos pendentes de análise no Congresso Nacional, o poder legislativo estaria impedido de analisar outras matérias (inclusive novos vetos, mais recentes) antes da análise dos vetos anteriores? De acordo com o ministro Teori Zavascki, muito embora exista uma violação do que é estritamente estabelecido pela Constituição:

Não há como negar a relevância da alegação de ofensa, pelo Congresso Nacional, ao devido processo legislativo constitucional na apreciação de vetos presidenciais, inclusive esse de que trata o mandado de segurança. Refiro-me, especificamente, às disposições dos §§ 4º e 6º do art. 66 da CF (...). Registre-se que a imposição de sobrestamento diz respeito não apenas à votação de outros vetos, mas, sim de todas as “demais proposições” de competência do Congresso Nacional. Ora, essa drástica consequência dá bem a medida da gravidade da situação que se criou com a reconhecida inobservância, pelo Congresso Nacional, do prazo para apreciação de vetos presidenciais. Segundo atestam as informações colhidas nesta demanda, trata-se de descumprimento reiterado e antigo, a ponto de se ter, atualmente, pendentes de apreciação, mais de 3.000 – três mil – vetos, alguns com prazo vencido há cerca de 13 – treze – anos, a significar que, desde então, deveriam ter sido suspensas as “demais proposições” do Congresso Nacional, cuja votação ficaria, portanto, submetida a um sistema ordenado a partir do vencimento do prazo de votação de cada veto pendente.

Esse quadro se mostra ainda mais grave quando se considera que o estrito atendimento das cláusulas constitucionais do devido processo legislativo é pressuposto de validade dos correspondentes atos normativos, a significar que sua inobservância acarreta a inconstitucionalidade formal desses atos e, portanto, a sua nulidade. A procedência dessa afirmação permite concluir que uma rígida e estrita aplicação dos §§ 4º e 6º do art. 66 da Constituição, com eficácia *ex tunc*, não apenas imporia um futuro caótico para a atuação do Congresso Nacional (paralisando qualquer nova deliberação, a não ser a da apreciação, por ordem de vencimento, dos vetos pendentes) como também, o que é ainda mais grave, estenderia um manto de insegurança jurídica sobre todas as deliberações tomadas pelo Congresso Nacional pelo menos nos últimos 13 – treze – anos, desde quando decorreu o prazo para deliberação do mais antigo veto ainda não apreciado, deliberações essas sujeitas a declaração de nulidade por inconstitucionalidade formal. (BRASIL, STF, 2013, pp. 31-33)

Por fim, considerações tipicamente jurídicas são também um fator óbvio de motivação: o treinamento específico dos juristas funciona de modo a estimular o reconhecimento da autoridade de argumentos que apelam para o texto normativo, a autoridade de certos precedentes judiciais e considerações de natureza doutrinária.

5 Fatores institucionais e políticos que estimulam o “ativismo”

As decisões judiciais em casos politicamente controvertidos apenas excepcionalmente são o resultado de uma única espécie de “motivação”, dentre as citadas acima. Em geral, o que ocorre é um “balanceamento tático” (KAPISZEWSKI, 2011) entre varias espécies de motivações. Uma questão fundamental é, então, saber se existem certos contextos institucionais e políticos que estimulam juízes e tribunais a optar especificamente por este conjunto de preferências. Em especial, quais são as causas que permitem explicar tendência, comum a todas as democracias desenvolvidas, à ampliação do ativismo judicial “político”? As hipóteses a seguir são as mais frequentemente apontadas como causas da ampliação do ativismo judicial.

Em primeiro lugar, a “fragmentação” das instituições políticas. De acordo com John Ferejohn e Pasquino (2003) a fragmentação institu-

cional do poder político, resultado da adoção de certos arranjos para o legislativo e executivo, limita a capacidade dos mesmos para legislar ou para ser o lugar central das decisões, ampliando indiretamente o prestígio e a capacidade de ação política do judiciário. Quando as instituições tradicionalmente legislativas não podem agir, os interesses organizados tendem naturalmente a encontrar outros canais decisórios para pressionar pelas políticas que desejam. Seja no caso de empresários buscando a ampliação de imunidades tributárias, seja no caso de um movimento de “sem teto” demandando a execução de políticas habitacionais ou ainda, sejam partidos políticos derrotados em eleições buscando a reversão do resultado, o poder judiciário pode se tornar o local prioritário das demandas sociais. Isso tende a ocorrer quando os demais poderes sejam percebidos simultaneamente como incapazes de (1) atender às demandas no curto prazo e (2) reagir às decisões dos tribunais⁹.

Alguns arranjos institucionais, em particular, configuram a fragmentação institucional. O processo legislativo bicameral, por exemplo, é uma fonte óbvia de divisões do poder legislativo. Ao contrário do que ocorre com a cúpula do poder judiciário, composta por um número infinitamente menor de membros e unicameral, a formação de grandes consensos políticos em um parlamento composto por duas casas (cada uma delas composta por centenas de membros) é algo consideravelmente mais difícil. O arranjo específico do sistema político-partidário também pode ampliar a fragmentação, especialmente se, como ocorre no caso brasileiro, o parlamento é fragmentado também partidariamente, de um modo tal que nenhuma das inúmeras forças partidárias que o compõem possui clara maioria em qualquer uma das casas. A fragmentação partidária enfraquece, comparativamente, a capacidade de ação do legislativo em relação ao judiciário (FEREJOHN e PASQUINO, 2003).

A forma de governo também importa de modo decisivo. Regimes presidencialistas, na medida em que se caracterizam pela independência do chefe do executivo em relação ao parlamento, também criam a oportunidade de fragmentação, decorrente da existência de interesses nem sempre coincidentes entre as forças políticas que ocupam a chefia do executivo e a maioria parlamentar.

A adoção de uma forma federal de Estado, que confere autonomia legislativa sobre matérias distintas às entidades que compõem o “pacto federativo”, é simultaneamente uma fonte de fragmentação do poder político legislativo (dada a divisão de competências entre parlamentos eleitos separadamente e dotados de autonomia) e de fortalecimento de um instituição, distinta do parlamento federal e via de regra judicial, que assume a competência para arbitrar conflitos (ANDERSON, 2009). Por fim, uma característica fundamental das democracias consolidadas, a alternância dos partidos no poder, também pode diminuir a oportunidade de retaliação dos poderes parlamentares e executivo à ampliação dos poderes judiciais¹⁰.

Em segundo lugar, além da fragmentação política que resulta diretamente do arranjo institucional adotado, importa também a chamada “dependência da trajetória”: a sequência histórica com que tais instituições foram adotadas (BERNARDI, 2012). A ideia é que as mesmas instituições, adotadas em contextos distintos, não geram necessariamente as mesmas consequências. No Brasil, com a transição democrática dos anos 1980, instituições como o judiciário e o ministério público adquiriram inúmeras competências jurisdicionais e proteções institucionais que reforçaram em muito sua autonomia administrativa e política. No entanto, apenas anos depois é que houve o esforço legislativo para criar mecanismos de controle externo dessas instituições, tais como o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) e o Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP), quando então o poder judiciário já dispunha de fortes mecanismos de pressão para defender seus interesses corporativos (inclusive, no caso do STF, para limitá-lo mediante controle de constitucionalidade).

Por fim, ainda de acordo com Ferejohn e Pasquino (2003), outro fator que ajuda a explicar a ampliação do ativismo judicial é a reputação que os Tribunais adquirem em função de sua autoridade para revisar a legislação e os atos administrativos interpretando e aplicando os direitos fundamentais. Nos contextos em que é disseminada uma imagem de que os tribunais são mais eficazes protetores dos “direitos fundamentais” e da “justiça”, contra os “meros” interesses partidários típicos da atividade política legislativa, então é mais provável que os mesmos sintam-se naturalmente estimulados à intervenção judicial em matérias política-

mente controvertidas. Como insiste Kapiszewiski (2011), os juízes são estimulados a enfrentar poderes eleitos se encontram apoio público, em especial quando a possibilidade de retaliação é remota. Além disso, como aponta Delamar Dutra (2005), indivíduos isolados em geral enfrentam problemas de “ação coletiva” que limitam sua capacidade de influenciar diretamente no processo legislativo, ao passo que mesmo na comarca mais distante, poderá recorrer ao juiz e obter uma resposta.¹¹ Este fato simultaneamente cria oportunidades para os tribunais decidirem de modo ativista e também estimula, por parte da população em geral, uma crença de que a proximidade é maior com o judiciário do que com parlamentares. No entanto, tal crença (embora poderosa individualmente) é falsa se considerada de modo “agregado”: simplesmente não é viável que o conjunto de cidadãos seja simultaneamente mais capaz de intervir no processo político pela via de milhares de ações judiciais individuais, dependentes das opiniões as mais diversas de inúmeros magistrados e tribunais, do que pela via do processo político representativo.

Este ponto é particularmente importante, pois o controle judicial de constitucionalidade é uma fonte de oportunidades para o “ativismo judicial”, já que permite que tribunais revisem os juízos políticos legislativos com base em suas próprias opiniões política e moralmente controvertidas. É possível precisar melhor esse tipo de problema recorrendo a um importante dispositivo do direito privado brasileiro que, ao tratar do direito de propriedade privada, estabelece uma importante hipótese de desapropriação baseada em considerações judiciais sobre políticas públicas. Trata-se do art. 1228, § 4º, do Código Civil, que dispõe:

O proprietário também pode ser privado da coisa se o imóvel reivindicado consistir em extensa área, na posse ininterrupta e de boa-fé, por mais de cinco anos, de considerável número de pessoas, e estas nela houverem realizado, em conjunto ou separadamente, obras e serviços considerados pelo juiz de interesse social e econômico relevante. (BRASIL, Código Civil, 2002)

Tal dispositivo permite exemplificar duas decisões de distinta natureza, as quais podem ser dois “ativismos” de distinta natureza. Na primeira hipótese, juízes na primeira instância, sem possuir interesse direto na matéria, decidem desapropriar áreas que consideram “extensas”

o suficiente, pois consideram que nelas foram construídas “obras e serviços” socialmente relevantes. Neste caso, os juízes utilizam suas opiniões (inevitavelmente controvertidas) como fundamento para flexibilizar o direito de propriedade, afetando de modo negativo os interesses de uma das partes e promovendo os interesses da outra parte. Consideremos ainda a circunstancia de que tais decisões sejam tomadas essencialmente com base em motivações ideológicas particulares dos magistrados e, ao final de certo período, passam a gerar consequências econômicas percebidas como indesejados pela maior parte da população.

Na segunda hipótese, um tribunal constitucional composto por onze membros, por decisão majoritária (6x5), declara a inconstitucionalidade do referido art. 1228, § 4º, sob o argumento de que ele ofende o direito fundamental à “propriedade”¹², já que equivocadamente promove a “função social da propriedade”¹³ de um modo “desproporcional”. Consideremos ainda que tais decisões, em ultima instância, sejam ratificadas pelo STF, por maioria simples de 6x5, num julgamento no qual os ministros que formaram a maioria de fato analisaram com o máximo de atenção os argumentos em jogo e formularam suas opiniões sem interesse imediato na matéria.

Ainda que nos dois casos acima as decisões estejam apoiadas em fundamentos politicamente controvertidos, o exemplo da segunda hipótese é politicamente mais grave, pois nele está em jogo a autoridade política para decidir questões politicamente controvertidas de um modo que respeita a igualdade entre os cidadãos exigida pelos processos democráticos. No caso da primeira hipótese, por mais controvertidas que sejam as decisões particulares, os magistrados ainda podem atuar como “terceiros imparciais” (caso seus interesses pessoais não estejam envolvidos na causa) e os cidadãos (ainda que indiretamente, via representantes) ainda possuem o poder de revogar o § 4º do art. 1228, retirando tal poder dos magistrados. Por mais errada que sejam, eventualmente, as decisões em questão, o fato é que elas expressam uma competência que lhes é atribuída pelo poder legislativo – e que pode por ele ser revogada.

O mesmo não ocorre no caso da segunda hipótese, no qual um tribunal declara a inconstitucionalidade de um dispositivo da lei. Em casos assim, o tribunal jamais será um “terceiro imparcial”, pois ao decidir em

ultima instância sobre a constitucionalidade das leis, ele sempre definirá, simultaneamente, quais são os limites das competências do poder legislativo e também os limites de sua – do tribunal – competência política (WALDRON, 2009). Ao declarar o § 4º do art. 1228 inconstitucional, o STF, além de decidir sobre quais são os limites da competência do poder legislativo para flexibilizar o direito de propriedade, decide também sobre quais são as competências do próprio tribunal para rever juízos politicamente controvertidos realizados pelo poder legislativo. Ainda que os membros do tribunal não possuam interesses pessoais em jogo, do ponto de vista institucional a imparcialidade não é possível em casos assim. Tal é o problema de utilizar o argumento do “não ser juiz em sua própria causa” para sustentar o controle judicial de constitucionalidade. Afinal, toda instituição que possui o poder de decidir, em última instância, sobre uma matéria politicamente controvertida, será inevitavelmente “juiz em sua própria causa” (WALDRON, 2009), inclusive o próprio tribunal constitucional. Assim, é possível ao menos levantar uma séria objeção “de princípio” em relação ao ativismo judicial, sobretudo nos casos que envolvem o controle judicial de constitucionalidade, por ofensa ao caráter igualitário do processo político democrático. Por outro lado, tal objeção “de princípio” não deve afastar a hipótese de que as instituições democráticas “realmente existentes” apresentem falhas gravíssimas, as quais poderiam, eventualmente, ser minoradas mediante a adoção de alguma espécie de controle judicial, mediante algum arranjo institucional no qual os tribunais evitem ao máximo assumir a ultima palavra sobre as questões políticas controvertidas (Cf. MENDES, 2011). Como afirma Adam Przeworski,

Os tribunais (...) podem assumir um importante papel em chamar a atenção para os aspectos da legislação ordinária ou das ações do executivo concernentes a direitos. Os tribunais podem informar e até mesmo instruir as legislaturas e as agências reguladoras. No entanto, a decisão política fundamental deve residir nas mãos de representantes eleitos. O ideal de autonomia pode ser alcançado em sociedades heterogêneas – nas quais as visões sobre direitos conflitam – apenas se as leis são nada mais que a vontade da maioria estruturada num contexto institucional (2010, p. 160)

A identificação dos fatores que estimulam o “ativismo judicial” é imprescindível para um debate sobre as reformas institucionais destinadas a reduzir seus excessos. No Brasil, uma reforma institucional do poder judiciário, capaz de respeitar a autonomia jurisdicional típica do constitucionalismo democrático, mas simultaneamente preocupada em reduzir os excessos do ativismo judicial, poderia incluir, entre outras, as seguintes medidas: a exigência de quórum qualificado para declaração de inconstitucionalidade pelo STF; a revisão do modelo atualmente em vigor de controle judicial constitucionalidade, adotando um arranjo institucional que concentra tais competências no STF; o estabelecimento de mandatos para os membros do tribunal constitucional; e uma extensa reforma administrativa do poder judiciário.

Em relação à proposta de quórum qualificado para declaração de inconstitucionalidade pelo STF, em especial para a declaração de inconstitucionalidade de Emendas à Constituição, tal matéria foi tratada recentemente por ocasião da proposta de emenda à constituição (PEC) nº 33/2011, a qual propunha, entre outras medidas, incluir na constituição a exigência de 4/5 de votos do STF para declarar a inconstitucionalidade de lei. Em muitos casos a “inconstitucionalidade” apontada na lei é o resultado de um apelo bastante contestável a princípios altamente subjetivos, cujo sentido não pode ser fixado sem que o tribunal imponha sua opinião particular sobre matérias politicamente controvertidas. A exigência de quórum qualificado mantém o controle judicial de constitucionalidade, mas sob uma condição tal que é mais provável que a declaração de inconstitucionalidade ocorra apenas em casos de violação flagrante da Constituição.

Controle concentrado de constitucionalidade no STF, com o mecanismo de “incidente de constitucionalidade”, reduzindo assim as oportunidades para de magistrados e tribunais de justiça para interferirem no processo político legislativo. Trata-se de uma medida que evita o fato, observado com frequência, de decisões da primeira instancia, muitas vezes via decisões liminares, que afastam a aplicação das leis com base em interpretações políticas controvertidas de direitos fundamentais.

A proposta de mandatos para ministros do STF é uma medida já em discussão no congresso nacional por meio da PEC nº 58/2012 (BRASIL,

2012), a qual propõe mandatos de oito anos. Como vimos acima, o tribunal com competências para o controle de constitucionalidade não é uma típica instituição judicial dada a natureza política das matérias que lhe compete julgar. Por isso é importante balancear a função “contra-majoritária” com a adoção de um mecanismo que limita a formação e consolidação de maiorias políticas, durante extenso período de tempo, sem a necessária representatividade. Por outro lado, quanto à reforma do poder judiciário, a criação de um órgão de controle externo efetivamente externo da magistratura federal e órgãos correspondentes nos estados, que seria composto por pessoas externas à carreira, aprovadas pelo Senado da república, com mandato fixado entre dois e quatro anos. Sua composição seria bastante distinta do modelo que atualmente prevalece no Conselho Nacional de Justiça.

Tal órgão assumiria as competências administrativas, inclusive para apresentar, em conjunto com os demais poderes, os projetos de lei que tratam da organização da carreira e realizar os concursos para ingresso na magistratura. Tal mudança promoveria uma considerável e necessária redução dos poderes administrativos dos tribunais, que assumiriam apenas as funções jurisdicionais, não mais administrativas.

6 Considerações finais

Mas afinal, é possível imaginar formas de minorar os problemas apontados? Embora existam fortes argumentos de princípio para restringir o ativismo judicial, sobretudo quando ocorre por ocasião do exercício do controle judicial de constitucionalidade, essa é o tipo de questão que não recomenda respostas categóricas “de princípio”. Em outras palavras, não é correto escolher instituições políticas com base em argumentos essencialmente “normativos”, de princípio. As instituições políticas importam para situações que nunca são as “ideais”, de modo que algum tipo de avaliação “consequencialista” é sempre imprescindível e decisiva. Enfim, as opções institucionais disponíveis não incluem nem um judiciário “mitológico”, nem um poder legislativo plenamente representativo, o tipo de comparação na qual Waldron investe quando tenta

fornecer a imagem normativa de um “parlamento róseo” em contraste com os modelos normativos “róseos” do judiciário, que prevalecem na teoria constitucional. Ao contrário, uma análise realista deve rejeitar tal comparação. Trata-se de uma contradição que, em termos práticos, não pode ser simplesmente abolida: valoramos a democracia, que é limitada por formas de controle judicial de constitucionalidade; mas rechaçamos certos resultados do processo político democrático e celebramos correções de rumo, venham elas de onde vierem.

Por outro lado, mesmo quando a decisão judicial “ativista” pode ser considerada correta para um dado caso particular, ainda assim é importante ter em mente o risco que tal prática comporta: é possível que, no longo prazo, tal prática contribua para disseminar uma imagem de “irrelevância” do processo político eleitoral em benefício de instancias judiciais. Se isso ocorre, então ainda tais decisões contribuam para sanar injustiças no curso prazo, elas podem gerar o efeito indesejado de esvaziar progressivamente a autoridade das instituições políticas sobre as quais os cidadãos podem aspirar efetivos controle e participação, em benefício da autoridade de instituições judiciais sobre as quais, ao contrário, os cidadãos possuem reduzida (se alguma) influência. Numa situação na qual as instancias legislativas representativas são substituídas por instancias judiciais não representativas, nada impede que estas últimas passem a decidir em seu próprio benefício e/ou de outros interesses privados melhor organizados e mais influentes. Uma solução limitada, porém promissora, aponta para ao menos duas espécies de medidas conjugadas: reformas institucionais que desestimulem o ativismo judicial, tornando-o mais “custoso” ou simplesmente reduzindo as oportunidades, e a adesão dos tribunais a princípios de auto-restrição judicial.

7 Notas

- ¹ “Parte do que tenho interesse em fazer nestas palestras é perguntar: ‘como seria construir um retrato róseo das legislaturas, que correspondesse, na sua normatividade, talvez na sua ingenuidade, e, certamente na sua qualidade de aspiração, ao retrato dos tribunais (...) que apresentamos nos momentos mais elevados da nossa jurisprudência constitucional?’ (...) Quero que vejamos o processo de legislação – na sua melhor forma – como algo assim: os representantes da comunidade unindo-se para estabelecer solene e explicitamente esquemas e medidas comuns, que se podem sustentar em nome de todos eles, e fazendo-o de uma maneira que reconheça

- abertamente e respeite (em vez de ocultar) as inevitáveis diferenças de opinião e princípio entre eles” (WALDRON, 2003, p. 2-3)
- 2 Cass Sunstein (1999), por exemplo, recomenda que tal postura seja adotada nos casos em que (i) a situação na qual o tribunal deve decidir é de grande incerteza sobre aspectos fundamentais das normas, especialmente constitucionais, ou de rápida mudança e instabilidade social, (ii) qualquer solução mais ampla parece acarretar grandes incertezas para casos futuros, (iii) quando não há alguma necessidade urgente de estabelecer critérios públicos e seguros de planejamento para o futuro, e (iv) quando as pré-condições da deliberação democrática não estão em jogo e os objetivos democráticos dificilmente serão promovidos por um juízo mais ousado.
 - 3 “As pessoas se convenceram de que há algo *indecoroso* em um sistema no qual uma legislatura eleita, dominada por partidos políticos e tomando suas decisões com base no governo da maioria, tem a palavra final em questões de direito e princípios. Parece que tal fórum é considerado indigno das questões mais graves e mais sérias dos direitos humanos que uma sociedade moderna enfrenta. O pensamento parece ser que os tribunais, com suas perucas e cerimônias, seus volumes encadernados em couro e seu relativo isolamento ante a política partidária, sejam um local mais adequado para solucionar questões desse caráter”. (WALDRON, 2003, p. 5).
 - 4 E, num contexto similar: “O uso da palavra «político» como pejorativo vem agarrado a fiapos do entulho ideológico que, no regime autoritário, sempre viu a representação popular como uma escolha inferior às determinações da tecnocracia. Não é por ser apatidário que um técnico ganha diploma de honestidade ou de eficiência.” (LEO, 2008)
 - 5 “Certamente, também o poder judiciário não deve permanecer sem restrições; ele deve ser limitado à interpretação do Direito e não ser autorizado a criá-lo. Ele precisa ser mantido tão “responsável” (“*accountable*”) como são os demais poderes do Estado. A independência em excesso gera tantos riscos ao Estado de Direito como a falta de independência. Juízes com poderes totalmente ilimitados podem demorar demasiadamente para proferir uma decisão, podem ignorar certas evidências, podem decidir com fundamento em leis irrelevantes ou podem simplesmente adotar decisões patentemente equivocadas. Assim, juízes independentes são uma condição necessária para o Estado de Direito, mas eles também são uma ameaça a ele (VOIGT, 2012, p. 274)
 - 6 “O judiciário alemão desempenhou um papel decisivo no colapso da democracia alemã nos anos 1930 (...). A República de Weimar herdou um judiciário muito conservador, treinado na Escola Histórica, mais leal ao *Volksgesit* alemão do que ao regime e à Constituição de 1919. Sua organização era burocrática, e seus controles internos, verticais, eram muito fortes; sua autonomia política era muito ampla, devido à independência legalmente definida, governos instáveis e a um parlamento polarizado. Mas se o judiciário era autônomo em relação à instituições políticas, ele não era neutro: ele reprimiu as esquerdas e, de modo contrário, tolerou uma extrema direita cada vez mais subversiva e violenta” (MARRAVALL, 2003, p. 275)
 - 7 Sobre o papel do judiciário no recrudescimento da violência na recente crise política na Tailândia, iniciada após a deposição do ex-primeiro ministro Thaksin, ver Sin-Ming Shaw (2010): “As políticas de desenvolvimento rural de Thaksin foram claramente bem recebidas por pessoas que pela primeira vez sentiram-se conectadas aos líderes que haviam eleito. Por isso, a elite dirigente planejou e executou um golpe de Estado para conquistar o poder que não tinha conseguido nas urnas. Então, esses governantes valeram-se do Tribunal Constitucional para proibir a atuação do partido de Thaksin, o maior do país. Mas, assim como tornou o partido de Thaksin ilegal, o Tribunal Constitucional não conseguiu descobrir quaisquer evidências de violações generalizadas. Em vez disso, o tribunal baseou sua proibição numa questão secundária menor que, muitos afirmam, baseou-se numa lei retroativa” (SHAW, 2010, p. 14).
 - 8 “Em um Estado de Direito, há de se ter em foco a justa equalização das situações sob análise, a fim de que uma pretensa ausência de especificação do que instituído como vantagem legalmente prevista e já paga a inúmeros magistrados não seja obstáculo para sua extensão àqueles que dela foram indevidamente aliçados. Analisado o tema sub iudice sob uma ótica jurídico-principiológica, é de se ressaltar que não podem existir castas no Poder Judiciário. Magistrados que ocupam um mesmo cargo, são regidos por uma mesma lei, Lei Complementar nº 35/79, e que encontram-se em situações muito semelhantes não podem receber tratamentos díspares. (...) Assim, não é crível que, em um Estado de Direito, em que se propugna como um de seus vetores axiológicos o

princípio da isonomia, uma parcela de caráter indenizatório prevista em lei em favor dos autores, e que já é paga regularmente a ocupantes do mesmo cargo de juiz federal, não seja estendida aos demandantes. Dois pesos e duas medidas.” (STF, 2014, p. 15)

- ⁹ Em especial, conferir a decisão do STF na ADI 3.367-1 (2005), que analisou a constitucionalidade da Emenda à Constituição que criou o Conselho Nacional de Justiça (CNJ). É significativo que um dos motivos pelos quais o STF rejeitou a alegação de ofensa à “separação dos poderes”, tal como fora arguido pelos proponentes da ação, resulta da percepção de que a imensa maioria dos membros do CNJ ser escolhida dentre os integrantes da própria magistratura, mais especificamente dos tribunais superiores.
- ¹⁰ No contexto brasileiro, como observa Loiane Verbicaro (2008), diversas das características acima estão presentes: “entre as condições propiciadoras e/ou facilitadoras do processo de judicialização da política, destacam-se: a promulgação da Constituição Federal de 1988; a universalização do acesso à justiça; a estrutura tripartite de organização dos poderes do Estado; a existência de uma Carta Constitucional com textura aberta, normas programáticas e cláusulas indeterminadas; a crise do paradigma formalista de interpretação inspirado nas premissas do positivismo jurídico; a ampliação do espaço reservado ao Supremo Tribunal Federal; a permissão por parte da Constituição de 1988 para que o Poder Executivo edite medidas provisórias; a ampliação do rol dos legitimados ativos a propor a ação direta de inconstitucionalidade; a veloz modificação da base econômica do Brasil; a existência de novas forças sociais representadas por importantes movimentos, organizações e grupos sociais; o agravamento da crise econômica nas últimas décadas do século XX, a ineficácia da política macroeconômica do país e a consequente explosão da crise social; a hipertrofia legislativa; a desproporcionalidade da representação política e a crescente ineficácia do sistema político-decisório” (VERBICARO, 2008, p. 390).
- ¹¹ “[...] primeiro porque o parlamento é um e fica, para a maioria, a quilômetros de distância. De fato, o cidadão dificilmente vê seu congressista e se o vê, as ações do mesmo terão pouca eficácia sobre as demandas daquele cidadão (...). Em sentido oposto a isso, o juiz mora nas mais remotas cidades do Brasil e o judiciário é acessível a todos, seja diretamente, seja por advogado e, gratuitamente, quando necessário for.” (DUTRA, 2005, p. 82).
- ¹² Art. 5º, XXII, da Constituição Federal: “é garantido o direito de propriedade” (BRASIL, 1988).
- ¹³ Art. 5º, XXIII, da Constituição Federal: “a propriedade atenderá a sua função social” (BRASIL, 1988).

8 Referências

BERNARDI, Bruno Boti. O conceito de dependência da trajetória (path dependence): definições e controvérsias teóricas. *Perspectivas*, São Paulo, v. 41, p. 137-167, jan./jun., 2012.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil, de 05 de outubro de 1988**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 30 jul. 2015.

BRASIL. **Lei Complementar nº 35, de 14 de março de 1979**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LCP/Lcp35.htm. Acesso em: 30 jul. 2015.

BRASIL. **Lei nº 10.406 de 10 de janeiro de 2002**. Código Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm. Acesso em: 30 jul. 2015.

BRASIL. **Proposta de Emenda à Constituição nº 58 de 2012**. Atualmente em trâmite no Senado Federal. Disponível em: <http://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/109049>. Acesso em: 30 jul. 2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3510**. Julgamento em 29 de maio de 2008. Disponível em: www.stf.jus.br. Acesso em: 31 out. 2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.367-1**. Julgamento em 13 de maio de 2005. Disponível em: www.stf.jus.br. Acesso em: 31 out. 2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Mandado de Segurança nº 31816**. Decisão proferida em 27 de fevereiro de 2013. Disponível em: www.stf.jus.br. Acesso em: 31 out. 2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Medida Cautelar na Ação Originária nº 1773**. Decisão proferida em 16 de setembro de 2014. Disponível em: www.stf.jus.br. Acesso em: 31 out. 2015.

DA ROS, Luciano. O custo da Justiça no Brasil: uma análise comparativa exploratória. Newsletter. **Observatório de elites políticas e sociais do Brasil. NUSP/UFPR**, v.2, n. 9, jul., pp. 1-15.

DAHL, Robert A. **Sobre a democracia**. Brasília: UnB, 2001.

DUTRA, Delamar Volpato. Controle de Constitucionalidade e Separação de Poderes em Habermas. In PINZANI, Alessandro; DUTRA, Delamar Volpato (orgs). **Habermas em Discussão**. Florianópolis: NEFIPO, p. 80-93, 2005.

DWORKIN, Ronald. **O Império do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

FEREJOHN, John; PASQUINO, Pasquale. Rule of democracy and rule of law. In: PRZEWORSKI, Adam; MARAVALL, José Maria (Orgs.). **Democracy and the rule of law**. Cambridge: Cambridge University Press, p. 242-260, 2003.

GEORGE, Anderson. **Federalismo**: uma introdução. Rio de Janeiro: FGV, 2009.

GUARNIERI, Carlo. Courts as an instrument of horizontal accountability: the case of latin Europe. In: PRZEWORSKI, Adam; MARAVALL, José Maria (Orgs.). **Democracy and the Rule of Law**. Cambridge: Cambridge University Press, 2003.

HIRSCHL, Ran. **Towards Juristocracy**: the origins and consequences of the new constitutionalism. Cambridge: Harvard University Press, 2004.

KAPISZEWSKI, Diana. Tactical Balancing: high court decision making on politically crucial cases. **Law and Society Review**, vol. 45, n. 2, p. 471-506, 2011.

LEO, Sérgio. Aneel, uma agência sem loteamento político. **Valor Econômico**. Segunda-feira, 22 de Set. de 2008, A2.

MANIN, Bernard; PRZEWORSKI, Adam; STOKES, Susan. Eleições e representação. **Lua Nova**, São Paulo, n. 67, p. 105-138, 2006.

MARAVALL, José Maria. the rule of law as political weapon. In: PRZEWORSKI, Adam; MARAVALL, José Maria (Orgs.). **Democracy and the rule of law**. Cambridge: Cambridge University Press, p. 261-301, 2003.

MENDES, Conrado Hübner Mendes. **Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação**. São Paulo: Saraiva, 2011.

NASSIF, Maria Inês. Os Perigos da Demonização da PF. **Valor Econômico**, 17 de Julho de 2008.

PRZEWORSKI, Adam. **Democracia e mercado**: reformas políticas e econômicas no Leste Europeu e na América Latina. Tradução de Vera Pereira. São Paulo: Relume Dumará. 1994.

PRZEWORSKI, Adam. **Democracy and the limits of self-government**. New York: Cambridge, 2010.

PRZEWORSKI, Adam; MARAVALL, José Maria (Orgs.). **Democracy and the Rule of Law**. Cambridge: Cambridge University Press, 2003.

PRZEWORSKI, Adam. Self-Enforcing Democracy. In: WEINGAST, Barry; WITTMAN, Donald (Orgs.). **The Oxford Handbook of Political Economy**, New York: Oxford University, p. 312-328, 2006.

PRZEWORSKI, Adam; MANIN, Bernard; STOKES, Susan. Eleições e Representação. **Lua Nova**, São Paulo, nº 67, p. 105-138, 2006.

SHAW, Sin-Ming. 2010. **Tailândia à beira do precipício**: um 'clube fechado' governa Bancoc há pelo menos meio século. *Valor Econômico*, 28, 29 e 30 de maio de 2010, caderno A, p. 14.

SUNSTEIN, Cass. **One case at time**: judicial minimalism on the supreme court. Cambridge: Oxford University Press, 1999.

VERBICARO, Loiane Prado. Um estudo sobre as condições facilitadoras da judicialização da política no Brasil. **Revista Direito GV**, v.4 n.2 São Paulo, p. 389-406, 2008.

VOIGT, Stefan. How to measure the rule of law, **Kyklos**, v. 65, n. 2, p. 262 -284, 2012.

WALDRON, Jeremy. **A dignidade da legislação**. Tradução de Luis Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

WALDRON, Jeremy. **Law and disabreement**. New York: Oxford University Press, 1999.

WALDRON, Jeremy. Legislatures judging in their own cause. **Legisprudence**, v. III, n. 1, 2009.

WALDRON, Jeremy. A essência da oposição ao judicial review. In: BIGONHA, Antônio Carlos Alpino; MOREIRA, Luiz (Orgs.). **Legitimidade da jurisdição constitucional**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 93-158.

Recebido em: 23-6-2015

Aprovado em: 23-11-2015

Claudio Ladeira de Oliveira

Doutor e mestre em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC), tendo realizado estágio de doutoramento na Universidade de Lisboa; graduado em Direito pela Universidade Federal de Mato Grosso (UFMG); professor adjunto da Faculdade de Direito da Universidade de Brasília (UnB).
E-mail: claudioladeira@hotmail.com

Universidade de Brasília, Faculdade de Direito.
Campus Universitário Darcy Ribeiro, Brasília, Asa Norte
CEP 70910-900, Brasília, DF, Brasil.