

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL: CONTENCIONISMO OU ATIVISMO JUDICIAL

Antônio Gomes de Vasconcelos*

SUMÁRIO

- I - INTRODUÇÃO
- II - A RECONSTRUÇÃO DO DIREITO PELO JUIZ CONSTITUCIONAL (ATIVISMO OU CONSTRUTIVISMO JUDICIAL) E O RESPEITO ÀS MAIORIAS DEMOCRÁTICAS)
- III- CONSTITUCIONALISMO E A JUSTIÇA CONSTITUCIONAL
 - 3.1 - Constitucionalismo moderno
 - 3.2 - O controle de constitucionalidade das leis
 - 3.3 - A ampliação do papel da Justiça Constitucional
 - 3.4 - A racionalidade da jurisprudência: a segurança jurídica e a justiça das decisões
- IV - O CONSTRUTIVISMO E O ATIVISMO JUDICIAL
 - 4.1 - A superação da hermenêutica pela teoria construtivista na legitimação da jurisdição constitucional
 - 4.2 - O construtivismo: o ideal de justiça e a segurança jurídica
 - 4.3 - O ativismo da *Supreme Court*
 - 4.4 - O Tribunal Constitucional Federal alemão e a jurisprudência de valores
- V - A PERSPECTIVA OSCILANTE DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL
 - 5.1 - Visão histórica
 - 5.2 - A inspiração na *Supreme Court*
 - 5.3 - Passivismo, ativismo ou construtivismo?
- VI - CONCLUSÃO
- VII - BIBLIOGRAFIA

I - INTRODUÇÃO

A presente investigação busca situar o posicionamento do Supremo Tribunal no contexto da evolução da jurisdição constitucional, tendo por referências as tendências verificadas no direito constitucional comparado, especificamente no tocante à Suprema Corte americana e ao Tribunal Constitucional Federal alemão.

Nesse diapasão procura-se identificar os elementos definidores de características contencionais (passivismo) e/ou construtivistas (ativistas) na doutrina e na evolução jurisprudencial das cortes referenciadas para, em seguida, buscar

* Juiz da Vara do Trabalho de Araguari, Professor de Direito e Processo do Trabalho e de Métodos Extrajudiciais de Resolução dos Conflitos do Centro Universitário do Triângulo, Mestre e doutorando em Direito Constitucional - Faculdade de Direito da UFMG, Bacharel em Filosofia, Especialista em Direito Público, Coord. do Programa Universitário de Apoio às Relações de Trabalho e da Cidadania, Presidente Emérito da Fundação Centro Nacional de Estudos e Aperfeiçoamento das Relações de Trabalho e da Cidadania.

situar as tendências da mais alta corte nacional, levando em consideração as oscilações históricas e as atuais características das primeiras e desta última.

A questão fundamental que se apresenta é a de se constatar ou não a possibilidade de se identificar o perfil que possa servir como parâmetro definidor de uma tendência do Supremo Tribunal Federal, de modo a se poder ou não vislumbrar a presença ou sucessão de períodos de prevalências à contenção ou ativismos judiciários. A presente análise parte da constatação de uma dificuldade inicial diante da falta de parâmetros conferidores de uma identidade própria e definida do Supremo Tribunal Federal de modo a permitir-lhe um posicionamento claro e inequívoco diante das tendências abordadas.

A crise legiferante de que padecem os países do *civil law* e o descompasso entre a demora no desenvolvimento do processo legislativo têm posto em xeque o rígido sistema de repartição dos poderes. O dinamismo cada vez mais intenso das relações interpessoais, comerciais, internas e internacionais, tem exigido dos setores não estatais uma agilidade cada vez maior no processo de tomada de decisões. A agilização incomensurável de tais processos decisórios vem exigir dos poderes públicos mudanças importantes nos seus processos decisórios e na deliberação dos conflitos interinstitucionais e, de modo particular, dos conflitos entre os órgãos responsáveis pela formulação (legislativo) e execução (executivo) das políticas públicas e a Constituição.

Por esta razão é que os tribunais constitucionais de todo o mundo democrático vêm sendo chamados a participar cada vez mais intensamente dos processos deliberativos norteados pelos princípios democráticos e constitucionalmente estabelecidos. Participação esta que se verifica pelos processos de controle de constitucionalidade dos atos normativos emanados dos órgãos competentes; através da interpretação das leis e do controle do cumprimento das regras definidoras da estrutura de organização democrática do poder e do seu exercício; através da solução de conflitos de competência entre os diversos órgãos encarregados pelo cumprimento da política e objetivos constitucionalmente assegurados; através da busca da plena eficácia dos direitos fundamentais, etc.

II - A RECONSTRUÇÃO DO DIREITO PELO JUIZ CONSTITUCIONAL (ATIVISMO OU CONSTRUTIVISMO JUDICIAL) E O RESPEITO ÀS MAIORIAS DEMOCRÁTICAS

O constitucionalismo contemporâneo inaugura uma visão da jurisdição constitucional como realizadora de valores e princípios constitucionais, com superação do rigorismo positivista de Kelsen.

Desde que a teoria do constitucionalismo moderno iniciou sua elaboração sob inspiração no Estado liberal-burguês, a concepção acerca da legitimidade, critérios, limites e extensão da atuação dos mecanismos de controle de constitucionalidade vem sendo submetida a um dos mais acirrados debates insitos ao Direito Constitucional. A começar pela eleição do órgão responsável pela realização desse controle, seguindo-se a questão de sua colocação no âmbito dos entes políticos responsáveis pelo exercício repartido do poder político no sistema republicano da tripartição dos poderes, entre Legislativo, Executivo e Judiciário. Além disso, não são de importância reduzida as questões pertinentes à interpretação e aplicação das

normas constitucionais e ao papel passivo (passivismo, contenção judicial) ou mais ou menos “ativo” (ativismo, construtivismo) dos órgãos de controle constitucionais no exercício de suas atribuições. Sobretudo, a questão da admissibilidade da interferência ou anulação de decisões das majorias democráticas por órgãos sem representação popular e, portanto, sem legitimidade democrática para desconstituir deliberações legislativas formalmente legítimas.

Como anota Oscar Vilhena Ribeiro¹, se no constitucionalismo originário o papel dos tribunais constitucionais restringia-se a assegurar que a organização e a separação dos poderes observassem as regras da Constituição e a não violação dos direitos fundamentais, civis e políticos dos cidadãos protegidos pela Lei Maior, agora, desde a concepção e o aparecimento, no cenário político, das constituições diretas e programáticas, as chamadas “constituições dirigentes”, os tribunais e cortes constitucionais foram chamados a pronunciar sobre o conteúdo substantivo das decisões majoritárias com vistas a assegurar, positivamente, a eficácia da Constituição.

Os tribunais e cortes constitucionais deixaram de ser meros controladores passivos da adequação das decisões parlamentares ao texto constitucional, com poderes para retirar do mundo jurídico os atos contrários à Constituição, por inobservância das regras de distribuição de competências ou dos procedimentos formais assecuratórios de sua validade.

Não é por outro motivo que pontifica o Prof. José Alfredo de Oliveira Baracho em assertiva cuja eloquência merece transcrição literal:

“A constituição não nos diz como é o Estado, mas como pode ser, é uma fonte e um limite. A função da judicatura consiste em realizar os direitos, valores e princípios constitucionais, mediante a interpretação e aplicação da vontade parlamentar expressa nas leis².”

Creemos que o paradigma mais avançado desta nova concepção sobre o papel dos tribunais e cortes constitucionais no âmbito do constitucionalismo contemporâneo é, sem dúvida, o sistema americano. O estudo de julgados históricos e demonstrativos do grande significado da presença atuante da Suprema Corte na definição de políticas governamentais, presente em quaisquer trabalhos científicos atinentes à matéria, revela o quão denso e profundo é o significado daquele sistema na conformação da nova perspectiva de atuação das cortes e tribunais constitucionais no mundo contemporâneo. Outras cortes constitucionais cuja atuação exerce influência internacional em decorrência da sua importância na conformação e consolidação de estados democráticos de direito destacam-se, como bem é o caso do Tribunal Constitucional Federal alemão.

Restringe-se a referência àquelas duas cortes aqui designadas como “paradigmáticas” em razão de sua maior influência, tanto na estruturação como na forma de atuação do Supremo Tribunal Federal brasileiro, a despeito de não ser

¹ VILHENA, Oscar Ribeiro. *Supremo Tribunal Federal: jurisprudência política*, 1994, *passim*.

² BARACHO, José A. de Oliveira. O valor constitucional dos “direitos de defesa”: jurisdição e constituição. *Jornal da Pós-Graduação em Direito da FD-UFMG*. Belo Horizonte, maio/2000, Ano 2, N. 12.

injusta a observação de que este ainda não logrou estabelecer uma linha de atuação permissiva de uma análise científica coerente com um perfil teórico-doutrinário característico de sua atuação. Se não se perscrutar por um posicionamento estável e/ou estático suficiente para se caracterizar a linha de conduta do Supremo Tribunal Federal por nítida contradição com as tendências contemporâneas de atuação ativa e marcante das cortes constitucionais, também parece não se poder vislumbrar uma linha evolutiva coerente permissiva de uma identificação de seus elementos conformadores a ponto de se poder traçar um perfil histórico marcado por etapas de autodefinição seqüencial de amadurecimento de suas posições, pela suprema corte nacional.

É certo que esse perfil está intimamente relacionado com o sistema político adotado em cada país; depende da forma como determinado regime harmoniza e estabelece uma relação efetiva entre constitucionalismo e democracia. Quanto mais se amplia o poder decisório das instâncias democráticas de decisão, menores serão as atribuições das cortes constitucionais; enquanto que, num regime que subtraí um conjunto maior de decisões à regra da maioria, o papel da corte constitucional será mais amplo que no primeiro caso.

As categorias classificatórias tradicionais das constituições em rígidas, flexíveis, semi-rígidas e super-rígidas traduzem o grau de reserva de matérias pertinentes ao seu conteúdo à decisão exclusiva das majorias, ou aos órgãos representantes do povo; e, por outro lado, o grau de deferência de tais decisões a um tribunal composto por pessoas vitalícias e não eleitas pelo povo, portanto, carentes de representatividade democrática para deliberar em nome daquele.

As objeções que se colocam, neste caso, decorrem da pontuação do fato de que o corpo dos integrantes de um tribunal, ao exercer o controle de constitucionalidade das deliberações dos representantes legitimamente eleitos pelo povo, incorre em violação do princípio majoritário, democrático. Esta questão se coloca como um primeiro dilema a ser enfrentado pela doutrina construtivista ou do ativismo judicial.

Além do mais, antes da admissibilidade do controle das deliberações dos representantes da maioria por um tribunal constitucional composto por integrantes não eleitos, não representantes da maioria popular, pressupõe uma concepção do que seja o Direito, ou mesmo, uma concepção, por parte da própria corte constitucional do que vem ser o Direito. A questão se torna relevante, à medida que ela permite a distinção e a definição da extensão e limites da interpretação constitucional; bem como o discernimento da atividade interpretativa da atividade criadora do direito propriamente dito. Exatamente nos termos das preocupações levantadas por Dworkin³ acerca da “descoberta” ou “invenção” do direito, pelo juiz constitucional.

Por outro lado, a admissão da jurisdição constitucional no seu sentido criativo e ativo impõe a exigência de uma teoria da interpretação constitucional coerente com o relevo da responsabilidade transferida para os juizes constitucionais. Neste passo, reafirma o Prof. José Alfredo de Oliveira Baracho que, no tocante ao constitucionalismo americano, a questão comporta inúmeras controvérsias e “uma introdução filosófica à interpretação constitucional tem motivado, no direito americano,

³ DWORKIN, Ronald. *O Império do Direito*, 1999, *passim*.

diversas controvérsias acerca das decisões judiciais, onde são colocadas algumas indagações básicas: 1) o significado das palavras na Constituição; 2) as intenções dos autores da Constituição; 3) os precedentes lançados, anteriormente, pelos juízes; 4) o valor dos julgamentos⁴.

Neste contexto, em linhas gerais, é que se insere o debate sobre o construtivismo/ativismo judicial no contexto das teorias hermenêuticas que disputam a hegemonia da doutrina no campo da interpretação constitucional.

Frente a esta mesma questão coloca-se a problemática da segurança jurídica que implica “a calculabilidade e a previsibilidade das decisões judiciais⁵”, com vistas à certeza e segurança jurídicas dos destinatários da prestação jurisdicional.

É forçoso estabelecer uma relação entre os métodos tradicionais de interpretação (hermenêutica tradicional) que aprisionam a criatividade jurisprudencial e os regimes liberais, onde a segurança jurídica se assenta nos postulados da liberdade e igualdade, que lhes são tão caros; do mesmo modo a mesma relação de interdependência pode ser estabelecida entre os métodos mais abertos de interpretação e os sistemas jurídicos comprometidos com os fins sociais e com os ideais de uma democracia real. Nos regimes liberais, os juízes estão atados o mais possível à literalidade da lei e é carregada de significado a expressão que atribui aos juízes o qualificativo de serem a “boca da lei”; enquanto nas democracias sociais, as Constituições encerram em seus textos direitos sociais exigentes de uma interpretação mais ativa dos tribunais no sentido da busca da efetividade das normas constitucionais.

Um último registro, nestas linhas introdutórias, se impõe, para se observar que com a profusão normativa exigida por sociedades cada vez mais complexas, a incapacidade dos legislativos de elaborar leis suficientes e coerentes o suficiente para assegurar a harmonia entre as diversas disposições normativas se mostra mais evidente. E, uma vez mais, os tribunais são chamados a tornarem-se coadjuvantes da ação legislativa, de tal modo que a doutrina chegou a preconizar que, hodiernamente, o legislador inicia a elaboração das leis e o judiciário termina⁶.

III - CONSTITUCIONALISMO E A JUSTIÇA CONSTITUCIONAL

3.1 - Constitucionalismo moderno⁷

A idéia de constituição não é recente, não pode ser atribuída à modernidade. Já na filosofia antiga a constituição ou *politeia* (cidade ou *polis*) era encarregada de harmonizar os fins da política e os meios empregados para a sua consecução. A idéia de constituição representava a finalidade política da *polis* - o justo que se alcança através das leis. Estas eram, portanto, os meios pelos quais se buscava o estabelecimento da justiça. Naquela era já se concebia a Constituição como norteadora da organização do Poder. E na visão aristotélica a Constituição comportava

⁴ *Jornal da Pós-Graduação em Direito da FD-UFMG*, Belo Horizonte, Julho/2000, Ano 2, N. 14.

⁵ MAGALHÃES, Maria da Conceição Ferreira. *A Hermenêutica Jurídica*, 1989, p. 21.

⁶ VIEIRA, Oscar Vilhena. *Op. cit.*, *passim*.

⁷ Cr. GOYARD-FABRE, Simone. *Princípios Filosóficos do Direito Político Moderno*, 1999, pp. 95-114.

uma tríplice dimensão: deliberativa (interesses comuns); parte orgânica do poder público e a parte destinada à aplicação da justiça. A política se situava então no contexto de uma constituição “direita”, justa. Também na Idade Média (séc. XVI) o termo “Constituição” era empregado para designar a organização do corpo político e posteriormente passou a corresponder à noção de “lei fundamental”, tal como assim a designa a república alemã de hoje. Era vista, portanto, como um corpo de normas superior a todas as regras, ao qual estas regras deveriam se conformar. A esta noção corresponde o modo de organização do Estado conformada segundo os princípios da Magna Carta de João-Sem-Terra, na Inglaterra; e segundo “as leis fundamentais” da monarquia francesa. Nesse sentido a palavra constituição já estava associada a um valor programático. Em síntese, a constituição tornou-se a fonte de organização e potência do Estado e o sujeita ao sistema da hierarquia das normas. A constituição é, portanto, o estatuto orgânico do Estado, na expressão de Simone Goyard-Fabre. Foi, enfim, em Montesquieu (Espírito das Leis) que consolidou teoricamente a idéia de que “cada Estado” organiza-se segundo uma Constituição que lhe confere estabilidade política. Assim é que a idéia do constitucionalismo se imporá ao pensamento político do século XIX, cuja construção teórica reporta-se necessariamente à obra de Benjamin Constant. Definitivamente firmou-se a idéia de que todo governo age segundo as diretrizes de uma constituição. O constitucionalismo não somente tornou-se o princípio fundador do Estado, mas, também, o princípio regulador do seu funcionamento. Com o constitucionalismo aparece também a idéia da “hierarquia das normas”, assim tratada por Kelsen.

A questão central do constitucionalismo, se assim se pode considerar, encaminha-se no segundo passo para a questão relativa ao conteúdo da lei fundamental do Estado. No Estado Moderno a solução da questão tem como resposta marcante e estruturadora do constitucionalismo moderno os ditames do racionalismo kantiano, ou seja, a validade da constituição condiciona-se ao atendimento do imperativo da razão pura prática. Em síntese, aceita-se a idéia da existência de um conteúdo, *a priori*, informativo do conteúdo da constituição, extraído das regras transcendentais descobertas pela razão humana (racionalismo). Assim vão caracterizar a base filosófica de todo o constitucionalismo moderno: o humanismo, o individualismo, o igualitarismo, o racionalismo, sendo que a “constitucionalidade” da ordem jurídica tornou-se um dos princípios basilares do direito político moderno, ao lado do princípio da ordem pública e da autoridade centralizadora do Poder.

Com tais idéias foi que o constitucionalismo moderno deu azo ao chamado Estado de Direito ou ao nascimento do Estado Moderno até assumir ares de complexa sofisticação, com o princípio da tripartição dos poderes, onde as atribuições legislativas, executiva e judiciária foram carreadas a órgãos políticos distintos, mas, componentes de uma unidade asseguradora da integridade e viabilidade do Estado⁸.

3.2 - O controle de constitucionalidade das leis

Pode-se dizer que apesar de a idéia da constituição como lei fundamental destinada à criação e à organização do Estado moderno ter suas raízes nos albores

⁸ Cf. MONTESQUIEU. *Espírito das Leis*.

da história política, a prática e a teorização das técnicas de controle de constitucionalidade das leis só foram sendo edificadas a partir do século XVIII com o surgimento do modelo difuso de controle de constitucionalidade americano, erigido pela jurisprudência da suprema corte no histórico julgamento do caso “Marbury v. Madison”; e já no século XIX, com a difusão das idéias americanas, a criação do modelo concentrado de controle de constitucionalidade, concebido por Kelsen, cuja prática inaugural deve-se à criação do Tribunal Constitucional responsável pela jurisdição constitucional, exclusivamente. Este sistema era mais adequado às cortes europeias habituadas ao exercício jurisdicional por demais subserviente à lei positiva, diferentemente das cortes americanas que, por força da tradição do *common law* não detinham maiores dificuldades no exercício mais criativo do controle difuso da constitucionalidade das leis. Foi Kelsen, o expoente do positivismo jurídico, o responsável pela introdução do sistema concentrado de controle de constitucionalidade das leis no mundo jurídico. Assim é que “diversamente do modelo americano, onde a declaração de inconstitucionalidade percorre um longo caminho, dos tribunais inferiores até a Suprema Corte, no sistema austríaco, a ação de inconstitucionalidade deve e pode ser remetida diretamente ao Tribunal Constitucional” (VIEIRA, Oscar Vilhena. *Supremo Tribunal Federal*, p. 48).

De toda sorte, considerando-se qualquer dos dois sistemas, a questão decorrente e fundamental que se insere na doutrina do constitucionalismo é a pertinente à revogação de atos do parlamento por uma justiça constitucional, quer seja ela uma corte constitucional nos moldes americano ou um tribunal constitucional conforme o modelo austríaco. No controle judicial de constitucionalidade entrega-se aos juizes, obrigados a julgar conforme a lei, o poder de apreciar e julgar a própria lei, no que muitos viram a entrega do poder político às mãos dos juizes. Este modelo teve em Carl Schmith contundente oposição⁹.

As críticas ao controle judicial de constitucionalidade das leis baseadas na afronta da vontade geral - uma vez que falta aos membros do judiciário a legitimidade legislativa conferida ao legislador através do sufrágio democrático - perderam profundamente sua pertinência frente ao desastre político e aos princípios da democracia infligido à ordem política mundial pelo regime nazi-facista, que desenvolveram suas ações “legitimadas” no endosso e aprovação da vontade geral.

Não é demais dizer que o sucesso do III Reich contou com o endosso e o apoio da magistratura alemã, uma vez que não houve reação das cortes alemãs à ordem jurídica por ele editada, com a pretensão de legitimar os atos do Fhürer. “Assim como os policiais, os engenheiros, os militares ou os médicos, os juristas não se furtaram a emprestar sua perícia à instauração e à consolidação do regime¹⁰.”

François Rigaux tece severa crítica ao judiciário alemão quando frente à leis raciais e discriminatórias do Reich silenciou-se diante dos assombros ditatoriais do regime nazista e assevera mesmo que “um controle mesmo sumário da constitucionalidade e da legalidade das fontes de direito na época do III Reich poderia ter levado a soluções diferentes das que foram escolhidas e mais em harmonia com o rigor geralmente atribuído ao positivismo”. Para o citado autor “a jurisprudência

⁹ Cf. VILHENA, Oscar Vieira. *Op. cit.*, pp. 47-49.

¹⁰ Cf. RIGAU, François. *Op. cit.*, p. 107.

pecou mais por falta do que por excesso de positivismo se se deduz dessa doutrina o dever do juiz de se conformar à lei¹¹.”

Isto vem demonstrar que não é o enclausuramento da jurisprudência nos limites propostos pela teoria positivista que evitará os excessos ou as omissões da jurisdição. E mais adiante se verá que a jurisprudência constitucional expendida por cortes orientadas por princípios democráticos e dispostas a assegurar o equilíbrio da atividade jurisdicional com base em princípios previamente definidos na constituição tem feito mais pela democracia que o contrário.

Não nos deteremos a analisar as atribuições comuns aos tribunais constitucionais ou mesmos as especificidades de cada qual, o que refoge aos propósitos do tema aqui tratado, que se restringe à questão da interpretação constitucional e, mais precisamente, no respeitante ao papel dessas cortes na elaboração do direito, numa perspectiva futura. Vale dizer, numa perspectiva em que os juízes constitucionais contribuem de forma concorrente, ainda que excepcionalmente, com os órgãos representativos democráticos responsáveis pela elaboração legislativa; portanto, anulando ou alterando - para adequá-lo à constituição - o direito criado pelo poder legislativo, ou mesmo instituindo, excepcionalmente, verdadeiras regras inovadoras da ordem jurídica. Em sede deste estudo se enfocará aspectos relevantes da hermenêutica constitucional, com ênfase para denominado construtivismo e ativismo judicial ao lado da problemática da segurança jurídica que se coloca imediatamente à reflexão do jurista que admite uma hermenêutica criativa e transformadora da ordem jurídica.

François Rigaux anota que, neste controle de constitucionalidade, verifica-se uma efetiva invasão do legislativo pelo judiciário. Com admirável sutileza desfaz o argumento de que nesta espécie de conflito entre a lei e a constituição reside apenas uma questão de hierarquia das leis. Assim, a incompatibilidade do controle judicial estaria eliminada na medida em que a Constituição é resultado de um poder constituinte democrático e anterior à jurisdição constitucional. Ocorre que, em última instância, compete ao poder judiciário deliberar definitivamente sobre a existência ou não do conflito entre uma lei e a constituição. Neste caso, indaga se a soberania “não é subtraída do legislador para ser transferida ao juiz, árbitro do conflito entre a Constituição e a lei, graças ao seu poder de interpretar a primeira^{12m}”?

Esta questão, inelutavelmente, para merecer solução coerente há de ser remetida para o campo da interpretação e para o campo da teoria do direito. Somente aí se pode reconciliar o princípio democrático com o princípio do controle da constitucionalidade, conforme se verá no exame histórico deste instituto a partir da jurisprudência da Suprema Corte Americana. De toda forma, faz-se bastante atraente, desde já, a idéia de que o direito é o que os juízes dizem que ele é (?).

3.3 - A ampliação do papel da Justiça Constitucional

Hodiernamente, a doutrina faz referência a uma justiça constitucional como um complexo de atividades jurisdicionais destinado a preservar, a assegurar a observância e o cumprimento das normas e princípios constitucionais. Esta visão da

¹¹ *Op. cit.*, p. 123.

¹² RIGAUX, François. *A Lei dos Juízes*, 2000, p. 29.

justiça (órgãos judiciais aos quais se entrega a tarefa de guardiões da constituição) guarda ressonância com a idéia de constituição consagrada de direitos substantivos sociais, ao lado das finalidades tradicionalmente atribuídas ao constitucionalismo como a organização do Estado e a definição de direitos fundamentais. Passou-se a considerar que o estado democrático tem uma inegável dimensão social e econômica ao lado da dimensão política, abandonando-se a idéia da neutralidade do estado de direito e da sua constituição¹³. Esta passou a ser vista como um local privilegiado para se inserir programas sociais gerais norteadores das políticas do Estado. Assim, o papel da justiça constitucional foi significativamente ampliado para: controlar os atos dos órgãos políticos e legislativos e sua conformidade material e formal com as normas constitucionais diretivas da sociedade; controlar a constitucionalidade das leis (*judicial review*); solucionar os conflitos entre os poderes do Estado; julgar os atentados contra a constituição (crimes de responsabilidade), etc.¹⁴.

Como assinala François Rigaux, “exercendo sua função em uma jurisdição internacional, uma corte constitucional ou um tribunal ordinário, o juiz tornou-se o árbitro de todos os conflitos de leis que os legisladores não puderam ou quiseram resolver¹⁵.” Esta profusão normativa, inclusive no âmbito das normas constitucionais, à medida em que as constituições dirigentes encampam, de forma crescente, normas e princípios informadores de políticas públicas, cada vez mais o judiciário é chamado a dirimir conflitos em que o político predomina sobre o jurídico, e principalmente, conflitos entre normas.

Entre o juiz e o legislador passa a haver uma relação cada vez mais intercambiante e de intercomplementaridade, de tal modo que incumbe ao juiz a lapidação final da norma tendo por instrumento a interpretação. Interpretação orientada por princípios conforme preconizado por Dworkin a qual parece atender melhor à dupla necessidade de segurança e justiça nas decisões.

A par da quase infinita complexização e proliferação das normas jurídicas a serem observadas e aplicadas, que requerem a reconstrução permanente da sua harmonia pela interpretação construtiva, o constitucionalismo exige a presença de um órgão dotado de isenção política (não partícipe da relação conflitiva de interesses) a que entregamos a incumbência de tribunal constitucional. Dentre as atribuições de assegurar o funcionamento do “estado do direito”¹⁶, incumbe-lhe preservar o funcionamento do “estado de direito”¹⁷, assegurando através deste os direitos fundamentais das minorias, as quais devem estar também protegidas da opressão das maiorias.

E a harmonização da Constituição com a realidade constitucional há de ser perseguida pelas cortes constitucionais numa nova perspectiva de autocompreensão como instância reconstrutiva do direito aplicável a cada momento da realidade mutante não aprisionável na literalidade da linguagem originária, pura e simples da Constituição.

¹³ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 1998, p. 324.

¹⁴ *Idem*, pp. 828-830.

¹⁵ RIGAUX, François. *A Lei dos Juizes*, 2000, *passim*.

¹⁶ GOYARD-FABRE, Simone. *Princípios Filosóficos do Direito Político Moderno*, 1999, p. 207.

¹⁷ *Idem*, p. 307.

E não é noutra sentido que François Rigaux reconhece no juiz uma “missão legislativa”¹⁸. A ele cabe suprir o silêncio do legislador à luz de princípios objetivamente eleitos por uma comunidade de direito orientada pelo princípio fundamental de democracia que em Dworkin resolve no princípio fundante do igual respeito e consideração deferido a todos os cidadãos de uma comunidade política.

3.4 - A racionalidade da jurisprudência: a segurança jurídica e a justiça das decisões

a) A tensão faticidade x Validade do direito em primeiro lugar

Desde que o direito natural cedeu lugar ao direito positivo racional como faticidade imposta pelo Estado, o problema da validade do direito tem sofrido revezes conforme seja a teoria do direito que se adote.

Na ordem jurídica positivista a validade do direito confunde com o procedimento utilizado na elaboração do direito, o seguimento do processo legislativo previsto na constituição para a formação das leis é que lhe dá legitimidade ou validade, dentro da perspectiva kelseniana. Nesta perspectiva há pouco espaço para a contribuição criativa da jurisdição.

Mas, na perspectiva colocada por Habermas a validade do direito reside na sua pretensão de ser racional, cuja validade está relacionada a um processo garantidor da liberdade e que funda a legitimidade. Assim, conforme o filosofema kantiano, “as normas do direito são, ao mesmo tempo e sob aspectos diferentes, leis da coerção e leis da liberdade”¹⁹. Mas, a legitimidade do direito está relacionada à sua validade social que é dependente do grau em que ele consegue se impor aos membros da comunidade destinatária da ordem jurídica. Ou melhor dizendo, a legitimidade é afetada no seu grau de intensidade pelo grau de aceitação por ela experienciada frente ao “círculo dos membros do direito”. “A positividade do direito vem acompanhada da expectativa de que o processo democrático da legislação fundamente a suposição da aceitabilidade racional das normas estatuídas”²⁰. Esta pressuposta racionalidade é que autoriza o uso da força para assegurar a eficácia da norma jurídica que, por isto mesmo, passa a ser exigível judicialmente.

b) A tensão entre faticidade e validade na jurisdição

Segurança jurídica

Também aqui a tensão entre a faticidade e validade do direito é remetida para jurisdição, quando se põe lado a lado o princípio da segurança jurídica dos atos jurisdicionais e da pretensão de tomar decisões corretas. O que Habermas entende por decisões corretas pode muito bem ser entendido por decisão justa conforme o paradigma adotado na conformação do Estado em foco, considerado aqui numa perspectiva empírica.

¹⁸ *Op. cit.*, p. 322.

¹⁹ HABERMAS, J. *Direito e Democracia*, v. I, 49.

²⁰ HABERMAS, *op. cit.*

A segurança aqui focalizada não tem em vista aquela relativa aos atos normativos quanto à sua gênese, ou seja, na regularidade formal da sua elaboração, conforme previsto no processo legislativo constitucional. Também não se trata da segurança jurídica relativa aos atos jurisdicionais vista como estabilidade ou eficácia *ex post* das decisões dos poderes públicos, no sentido de não mais se sujeitarem a modificações arbitrárias, uma vez que sua elaboração corresponde à forma e ao procedimento legalmente previsto. Trata-se da segurança pertinente à “previsibilidade ou eficácia *ex ante* do princípio da segurança jurídica que, fundamentalmente, se reconduz à exigência de certeza e calculabilidade, por parte dos cidadãos, em relação aos efeitos jurídicos dos atos normativos²¹.”

Aqui quer se distinguir, na esteira do enfoque preconizado por Joaquim Canotilho, a segurança jurídica na atividade jurisdicional vista como uniformidade ou estabilidade da jurisprudência. Trata da dimensão fundamental do estado de direito em que os juízes devem decidir em conformidade com a lei, “segundo a sua convicção e responsabilidade”, porque, afinal, uma das dimensões do direito é autorizar expectativas de comportamento sancionadas pelo Estado.

É nesse sentido que se insere o problema da racionalidade da jurisdição posto por Habermas. Os princípios do estado de direito e os direitos fundamentais somente podem ser encontrados em cada Estado de Direito considerados concretamente e, portanto, erigidos sob o manto de constituições históricas definidoras de um sistema político concreto. Os mesmos direitos e princípios adaptam-se às ordens jurídicas concretas que se encarregam de dar-lhes concretidade forjando um paradigma jurídico adequado a cada circunstância considerada.

Mas, as decisões judiciais devem satisfazer simultaneamente as condições de aceitabilidade social e da decisão consistente. Isto equivale à necessidade de a decisão judicial basear-se na ordem jurídica estabelecida, ao mesmo tempo em que requerem fundamentação racional, como condição de sua aceitabilidade.

Assim, faz-se necessário que a jurisprudência rompa a perspectiva histórica e alcance outras perspectivas metodológicas que admitam a inserção de elementos externos ao direito, na fundamentação das decisões²².

Convém assegurar que a proclamação da segurança jurídica como valor veio a atender aos interesses burgueses, ao lado da concepção do Estado Liberal do Direito. Nele a segurança jurídica tem valor primordial já que esta forma de estado se contrapõe ao *ancient régime*, dos privilégios e da arbitrariedade da nobreza dominante. Nesse sentido, bem traduz esta concepção Maria da Conceição Ferreira Magalhães ao firmar, invocando o escólio de Paulo Bonavides, que “aqui a segurança jurídica assenta-se os postulados de liberdade e igualdade, na necessidade da classe dominante de preservar o *status quo*, afiançar o respeito aos direitos de propriedade, fazer cumprir os contratos estabelecidos entre partes livres, e estabelecer a certeza da igualdade de todos perante a lei, uma vez que esta representava, teoricamente, por sua nova característica de generalidade, a ausência de privilégios. A calculabilidade e previsibilidade das decisões judiciais davam ao indivíduo a certeza e segurança de seus direitos, características essenciais do regime liberal²³.”

²¹ CANOTILHO, *op. cit.*, p. 259.

²² HABERMAS, *op. cit.*, p. 246.

²³ BONAVIDES, Paulo. *Reflexões: política e direito*. Fortaleza, Imprensa Universitária UFC, 1973, p. 213, *apud* Maria da Conceição Ferreira Magalhães, *op. cit.*, p. 21.

Aqui a atividade interpretativa no máximo cedia espaço à criatividade jurisprudencial até à integração do direito através do processo analógico, em caso de obscuridade da lei. E a interpretação, conforme Savigny, “é a reconstrução do conteúdo da lei, sua elucidação, de modo a operar-se uma restituição do sentido do texto viciado ou obscuro²⁴.” Assim, a atividade interpretativa foi vista como “reconstrução do pensamento ínsito na lei²⁵.”

A idéia de “reconstrução” será mais tarde retomada por Dworkin, mas numa perspectiva de reconstrução da ordem jurídica, pelo juiz, na sua aplicação ao caso concreto, inspirados nos princípios informadores desta mesma ordem jurídica.

À medida que o estado liberal cedeu espaço ao estado social, que culminou no estado social democrático de direito, ampliou-se paulatina e contundentemente o espaço e a influência da jurisdição como atividade assecuratória da eficácia e da implementação dos princípios e valores constitucionalmente assegurados. A doutrina contempla análises sob enfoque de idéias como o “governo dos juizes” ou “a lei dos juizes” como expressões de elevado conteúdo simbólico em que se traduz esta correlação de uma jurisprudência mais liberta da ortodoxia tradicional e a sua soltura em direção a ajudar a configurar, do ponto de vista substancial e material, o estado democrático de direito, tanto no tocante à garantia de funcionamento adequado das instituições democráticas como no tocante à viabilização de direitos fundamentais imersos nas constituições modernas. Do mesmo modo torna-se relevante a jurisdição no que se refere à implementação de políticas sociais inseridas em normas constitucionais incompletas ou programáticas, às quais as cortes constitucionais têm feito conformar a legislação infraconstitucional ou mesmo dar eficácia através de instrumentos procedimentais apropriados conforme os sistemas constitucionais de cada país. Este avanço depende ainda de elementos históricos relevantes de cada país determinantes do perfil de suas respectivas cortes constitucionais. Os países de sólida formação democrática, cuja história experimenta um *continuum* desenvolvimento de suas instituições apresentam paradigmas avançados e modelares. Estes, por seu turno, têm inspirado a formação das cortes mais recentes. Países onde os revezes históricos foram marcados por retrocessos no curso da formação do Estado de Direito, deixaram de conferir um papel mais incisivo às cortes constitucionais, marcadas por uma indefinição de uma identidade própria que se possa vislumbrar a partir de suas atuações no respectivo cenário político-institucional. Neste último enfoque talvez se possa inserir o caso do Supremo Tribunal Federal pátrio, cujas oscilações são impeditivas do seu enquadramento de um perfil claramente definido a partir de uma autocompreensão de seu papel histórico no contexto do amadurecimento das instituições políticas brasileiras.

Importa estabelecer uma nítida correlação entre a hermenêutica e as transformações do direito e do estado. As diversas teorias hermenêuticas construídas ao longo da história da teoria do direito acompanharam os diversos modelos de Estado que se seguiram à crise do Estado Liberal. Deixada para trás a hermenêutica tradicional por conta da crise dos valores liberais e do surgimento do estado

²⁴ SAVIGNY, F. C. von. *Sistema del Derecho Romano Actual*. Trad. Jacinto Mesia e Manule Poley, Madrid, 2ª ed., Centro Editorial de Gongora, T. 60., p. 128, *apud* Maria da Conceição Ferreira Magalhães, *op. cit.*, p. 36.

²⁵ MAGALHÃES, Maria da Conceição Ferreira. *Op. cit.*, p. 37.

intervencionista até os estados de economia planificada, determinantes de uma concepção dinâmica do direito, foram surgindo diversas escolas de hermenêutica, que passaram a conceber o direito na perspectiva de sua função social. É que o estado liberal se transformou em um novo estamento de privilégios destinados à burguesia que substituíra a antiga aristocracia feudal. Até que “tornou-se imperioso fazer flexível o restrito dogma da separação dos poderes, até alcançar o sistema de *cheks and controls* adotado pela Constituição dos Estados Unidos, e que já vinha, em alguns aspectos, sendo incorporado ao Direito Constitucional norte-americano, através da interpretação da Suprema Corte”. De certo modo, isto significou a crise do sistema rígido da separação dos poderes concebido por Montesquieu que já percebera sua vulnerabilidade. O poder judiciário tornou-se assim um dos principais “instrumentos de garantia da liberdade política e da estabilidade jurídica dos indivíduos e das instituições”, por conta do agigantamento do Executivo frente às novas exigências sociais desafiadoras da função estatal, exigindo controle mais rigoroso por parte dos demais poderes. Por outro lado, não se fala mais na supremacia do legislativo, dos albores da teoria da tripartição dos poderes. O ponto culminante da trajetória judiciária foi atingido quando este passou a ser visto como guardião da constituição, seguindo-se o pleno reconhecimento da teoria do controle da constitucionalidade dos atos da administração pública e dos atos legislativos²⁶. Este o papel proeminente que os juízes da Suprema Corte americana, sob a liderança do eminente juiz Marshall, conferiram àquela Corte por força de suas históricas decisões, anteriores à construção doutrinária do controle da constitucionalidade dos atos dos demais poderes.

Acentua Maria da Conceição Ferreira Magalhães que “a hermenêutica jurídica, ancila do direito, caminha paralela ao evoluir das ideologias jurídicas”, passando pelas escolas da Livre Investigação Científica, do Direito Livre, da Jurisprudência de Interesses, da Jurisprudência Sociológica, do Realismo Jurídico Norte-Americano, do Realismo Jurídico Escandinavo, da Lógica do Razoável e a Tópica²⁷. Quanto à Tópica é de se expender maior espaço de descrição dada a sua proximidade das tendências contemporâneas da interpretação jurídica: por esta (Tópica) entende-se a visão do direito em que as normas jurídicas deixam de ser tidas por dogmas definitivos sujeitos ao método da lógica da inferência; substitui-se esta postura por um pensamento argumentativo e problemático, com fito de buscar pontos de vista de aceitação geral (tópicos). Os “tópicos” sevem para contemplar o problema nas suas diversas perspectivas para, enfim, ponderar o alcance e valor de cada uma das diversas soluções possíveis²⁸. A jurisprudência passa a ser vista então, como uma permanente discussão de problemas e a determinar-se a partir do problema, com a busca de novos pontos de vista para sua solução²⁹.

Esta perspectiva da reabertura da tópica aristotélica irá não só iluminar a moderna teoria da argumentação de Perelman, mas, abrir nova perspectiva para o direito e para a jurisprudência ensejando intensa substituição de uma visão estática

²⁶ MAGALHÃES, Maria da Conceição Ferreira. *Op. cit.*, pp. 62-64.

²⁷ *Idem*, p. 104.

²⁸ SICHES, Luis Recaséns. *Nueva Filosofía de la interpretación del Derecho*. 2ª Ed. México, ed. Porrúa S/A, 1973, pp. 157/163, *apud Ibidem*.

²⁹ *Ibidem*, p. 108.

por visão dinâmica, em que a segurança jurídica há de ser encontrada para além da lógica tradicional que vislumbra uma interpretação dedutiva norma posta. Abrir-se-á o caminho para teoria discursiva do direito desenvolvida por Habermas e a teoria da integridade do direito a ser reconstruído pelo juiz a cada caso concreto que se lhe põe à frente para exame e resolução.

Validade e justiça nas decisões

A segurança jurídica sobrepondo-se aos demais valores, enquanto direcionada para a manutenção do *status quo* contrapõe ao ideal de justiça e a uma visão prospectiva do direito enquanto visto como uma função diretiva da sociedade. A decadência e descrédito do positivismo como instrumento ordenador da sociedade faz resgatar o ideal de justiça enquanto valor superior ao da segurança jurídica, embora desta não se possa abdicar o direito como uma de suas tarefas essenciais.

A certeza e a segurança jurídica não podem ser absolutas, porém, parciais e relativas³⁰, devendo ser abandonada a tradicional interpretação estática em favor de uma interpretação dinâmica³¹.

Para se alcançar contingentemente o ideal do direito certo e ao mesmo tempo justo, o caminho a ser seguido haverá de ser o da teoria da interpretação, através da qual o juiz frente à situação concreta equilibrará os valores da segurança e justiça na decisão. O judiciário então é chamado a suprir as deficiências da legislação, sobretudo no tocante a exercício da jurisdição constitucional, cujo lugar na teoria do direito tem se tornado cada vez mais relevante, uma vez que conforme acentua Habermas, “a teoria do direito continua sendo, em primeira linha, teoria da jurisdição e do discurso jurídico³².”

IV - O CONSTRUTIVISMO E O ATIVISMO JUDICIAL

4.1 - A superação da hermenêutica pela teoria construtivista na legitimação da jurisdição constitucional

Os méritos da hermenêutica insubstituíveis na superação da interpretação convencional da lei que transforma a jurisdição em mera decodificadora da lei, nela introduzindo uma pré-compreensão valorativa na relação entre a norma e a realidade (estado de coisas), de tal modo que esta relação não se verifique de uma única maneira, mas, a partir da peculiaridade da relação norma x fato em cada realidade posta a exame. Mas ela é insuficiente à medida que a quebra da circularidade fato-norma e norma-fato de modo que cada um destes elementos se influencia reciprocamente se dá pela invocação de princípios comprovados historicamente (*topoi*). Do mesmo modo as teorias jurídicas realistas e o positivismo jurídico não oferecem resposta satisfatória ao problema. A escola do direito livre e da jurisprudência

³⁰ SICHES, Recaséns. *Nueva Filosofía*, p. 293, *apud* Maria da C. F. Magalhães, *op. cit.*, p. 123.

³¹ PERELMAN, Chaim. *L'interprétation Juridique*, in *Archives de Philosophie du Droit*, Paris, Ed. Sirey, 1972, XVII, p. 31, *apud idem*, p. 124.

³² HABERMAS, *op. cit.*, p. 245.

dos interesses não permite uma distinção clara entre direito e política. Nelas a decisão do juiz sobrepõe-se à decisão política oriunda do processo legislativo. O positivismo jurídico à sua vez fecha-se a elementos não jurídicos comprometendo assim a racionalidade e a validade do sistema jurídico à medida que a segurança jurídica obscurece a garantia de correção da decisão³³.

Ativismo e passivismo (contenção) judicial

A questão da segurança e justiça ou racionalidade da decisão judicial faz apresentar desde logo, a questão da contenção ou criatividade dos juízes no exercício da jurisdição. Indaga-se se os juízes criam, inventam ou descobrem o direito.

No passivismo, seus adeptos vêem nos juízes constitucionais a atitude recuada de deferir aos outros poderes do Estado absoluta proeminência em suas decisões e não se vêem autorizados a declarar sua inconstitucionalidade, enquanto consideram os chamados ativistas entregues à tirania no declarar a inconstitucionalidade de tais sob o argumento de inconstitucionais. Os passivistas denunciam a criação judicial de normas de nível constitucional baseado na afirmação de que ao povo compete a criação do direito fundamental. Os direitos conferidos aos cidadãos são somente aqueles que decorrem da linguagem do texto constitucional. Esta é a conclusão que se extrai da acusação passivista de que os ativistas são usurpadores da função legislativa em contraposição ao princípio democrático. Assim, a constituição não permite nem proíbe nada além daquilo que decorre da “mais rigorosa interpretação” da linguagem constitucional³⁴.

Se a interpretação passivista busca fidelidade à linguagem textual da constituição, a hierarquização de cláusulas constitucionais distintas assecuratórias do processo justo ou da igual proteção dos cidadãos, a partir da comparação entre elas, passa a usurpar o princípio democrático das decisões. Segue-se que a mera escolha de uma delas como proeminente em relação à outra tem os efeitos de uma escolha política desvinculada da manifestação dos órgãos legitimamente encarregados de criar o direito. Tal procedimento haverá de ser investigado nas práticas da Suprema Corte americana e do Tribunal Constitucional Federal alemão, bem como no Supremo Tribunal Federal, na última parte deste trabalho, como forma ilustrativa da posição destas cortes frente ao problema da jurisdição constitucional, sob o prisma da segurança jurídica e da racionalidade e correção das decisões.

A atitude passivista parte do pressuposto de que a Constituição será mais justa quanto menos restritiva para a vontade das maiorias. Qualquer restrição a essa vontade imposta pela Constituição não deverá ir além daquelas necessárias à proteção do caráter democrático do processo legislativo. Compete também aos legislativos o desenvolvimento de uma teoria dos direitos dos indivíduos (ou das minorias) frente à maioria e não aos tribunais tentarem extrair das disposições constitucionais por demais abstratas e, às vezes obscuras, mediante interpretação, quais direitos devam ser reconhecidos em nome da justiça³⁵.

³³ HABERMAS, *op. cit.*, p. 247.

³⁴ DWORKIN, Ronald. *O Império do Direito*, 1999, p. 441 e ss.

³⁵ DWORKIN, Ronald, *idem*, p. 448.

O ativismo judicial pode ser visto sob o enfoque da atuação das cortes constitucionais no sentido de sua influência na formulação de políticas públicas ou na promoção de mudanças significativas nestas políticas estabelecidas por outras instituições. Vale dizer, esta forma de atuação judicial implica a emissão de decisões neutralizadoras de políticas legislativas ou executivas. Tal forma de atuação ativista teve lugar em momentos significativos da história americana em que decisões da Suprema Corte tornaram-se fatores decisivos na formulação das políticas públicas americanas. Os defensores do ativismo vêem numa corte ativista a proteção de valores fundamentais quando postos de lado pelos demais setores do governo. O sucesso da Suprema Corte na elaboração de importantes políticas públicas americanas põe em relevo a discussão em torno do papel das cortes constitucionais. Mas, o ativismo das cortes constitucionais (em especial da Suprema Corte) pode ser visto sob o enfoque das relações entre os tribunais constitucionais e os demais poderes do Governo, em especial no tocante à revisão judicial (*judicial review*), ou seja, em relação ao poder de anular atos dos outros poderes do Governo, sob argumento de violação constitucional. Este também não é o único viés das políticas ativistas. As cortes constitucionais podem se contrapor às políticas dos demais órgãos do Governo por via de suas interpretações às leis. Embora a intervenção mais nítida e evidente seja através do *judicial review*³⁶.

No caso específico da Suprema Corte a revisão judicial é mais utilizada em relação às leis federais, sob fundamentos constitucionais, o que também se estende às leis estaduais e municipais, matéria que se resguarda para mais aprofundamento quando do estudo específico desta corte constitucional.

Numa outra ordem de idéias, merece digressão o enfoque do ativismo judicial no sentido em que está ao comportamento do juiz no processo, onde se busca “um direito judicial, menos submisso às leis ou à doutrina estabelecida e às convenções conceituais”. Nesse sentido, o ativismo significa adaptação do processo às transformações sociais, políticas e culturais de cada época, além de permitir a harmonização dos diversos ramos processuais (administrativo, fiscal, penal, disciplinar, social e comercial). Ativista é o juiz que tem visão progressista, transformadora e que busca interpretar sua época e busca conferir a suas decisões “um sentido construtivo e modernizante, orientando-se para a consagração dos valores essenciais em vigor³⁷.”

Ainda nesse sentido que focaliza o ativismo judicial em todas as instâncias judiciais e para além dos auditórios das cortes constitucionais, a transcrição de Evandro Gueiros Leite, que vem a seguir, revela o sentido amplo do ativismo e que abre espaço para uma atuação renovada de todos os juízes, independentemente de sua instância de atuação: “Sturmer e Sdables pregam que cada julgamento do juiz ativista passa ser considerado um marco na evolução do direito, seja no microcosmo das partes, seja no macrocosmo do processo que interessa à sociedade como um todo”. E mais adiante, a propósito do passivismo do reacionarismo do judiciário brasileiro deslançou: “Pontes de Miranda, citando o juiz Hough, falou da resistência

³⁶ BAUM, Lawrence. *A Suprema Corte Americana*, 1997, p. 260.

³⁷ LEITE, Evandro Gueiros. *Ativismo judicial*. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (Coord.). *O Judiciário e a Constituição*, 1994, pp. 145-167.

dos julgadores à legislação nova. E, mais do que isso, do propósito judiciário e administrativo de certos povos de não aplicar o direito novo, levando-o à falência. No Brasil, ainda segundo comentário seu, o reacionarismo é mais grave, porque se dirige, muitas vezes, contra a própria Constituição, ameaçada de falir e por fim falida, por culpa do propósito judiciário de não aplicar³⁸.” O mesmo autor externa com veemente eloquência sua preocupação com a figura do “juiz arraigado ao espírito de casta, isolado intencionalmente, digno por omissão, burocrata da verdade formal ou mero estafeta da justiça³⁹”, ao propugnar por uma magistratura nacional mais ativa ao mesmo tempo em que chama a atenção para uma reflexão mais acurada da cultura judiciária do nosso país.

Os defensores do ativismo consideram que decisões ativistas históricas foram em número mais vantajoso que aquelas indefensáveis e o paradigma sempre lembrado tem sido o exemplo da justiça norte-americana; enquanto os defensores da contenção judicial (*self restraint*) salientam os riscos da quebra de equilíbrio dos poderes como justificção do passivismo judiciário.

4.2 - O construtivismo: o ideal de justiça e a segurança jurídica

O construtivismo é denominação da teoria do direito do jurista americano Ronald Dworkin, desenvolvida mais abrangentemente na sua conhecida obra *O Império do Direito*. Será com base na sua doutrina que se desenvolverão, de forma sintética e despreziosa, os seus principais aspectos.

Conforme ressalta Habermas, o citado autor busca superar as falhas das teorias jurídicas realistas, positivistas e hermenêuticas frente ao problema da racionalidade da jurisprudência, vale dizer, da segurança e justiça nas decisões judiciais. As teorias realistas relativizam ao extremo o processo de aplicação do direito na medida que preconizam a inexistência de múltiplas decisões corretas dependentes do contexto em que são elaboradas. A lei, como decisão passada, perde seu domínio sobre as decisões atuais dos juizes, na medida em que na sua aplicação não se vislumbra uma distinção entre fundamentos políticos ou jurídicos da decisão. As teorias positivistas sobrepõem o “valor” segurança jurídica sobre “valor” justiça na decisão judicial, na medida em que inadmite sua fundamentação em elementos externos ao próprio direito. Há uma circularidade entre o direito positivo e a interpretação jurídica que o trata como um sistema fechado de regras também fechado a princípios não jurídicos. O direito aqui se legitima pelo procedimento - produção de normas segundo um processo legislativo constitucionalmente legitimado. Os casos difíceis e os conflitos entre regras acabam tendo que ser decididos através de decisões seletivas inevitáveis, relegadas ao arbítrio do juiz (decionismo). A

³⁸ LEITE, Evandro Gueiros. *Op. cit.*, p. 160. Não há palavras mais apropriadas e atuais que as mencionadas pelo ilustrado autor, inspirado em Pontes de Miranda. A reverência, o temor e a resignação nociva ao interesse público, às vezes, cambaleiam o judiciário nacional em momentos decisivos; para não citar os inúmeros institutos inovadores encampados pela ordem jurídica que acabam por se tornarem inócuos ante à deliberada reação de setores do judiciário, conforme se verá no estudo de casos concretos ainda neste trabalho.

³⁹ *Idem*, p. 163.

hermenêutica jurídica radica-se no contexto histórico da formação do direito a ser interpretado, sustentando-se em princípios “legitimados a partir da história efetiva da forma de vida e do direito, na qual o próprio juiz se radica de modo contingencial⁴⁰.”

Em face da densidade da síntese apresentada por Habermas sobre o intuito de Dworkin no elaborar sua teoria, segue na sua literalidade a dicção do citado autor:

“Contra o realismo, Dworkin sustenta a possibilidade e a necessidade de decisões consistentes ligadas a regras, as quais garantem uma medida suficiente de garantia do direito. Contra o positivismo, ele afirma a possibilidade e a necessidade de decisões ‘corretas’, cujo conteúdo é legitimado à luz de princípios (e não apenas formalmente, através de procedimentos). No entanto, a referência hermenêutica a uma pré-compreensão determinada por princípios não deve entregar o juiz a história de tradições autoritárias com conteúdo normativo; ao contrário, esse recurso obriga-o a uma apropriação crítica de uma história institucional do direito, na qual a razão prática deixou seus vestígios. Tribunais decidem sobre que direitos ‘políticos’ pertencem a quem; Dworkin tem em mente os direitos que gozam de validade positiva e merecem reconhecimento sob pontos de vista da justiça⁴¹.”

Na teoria construtivista, embora Dworkin admita uma interpretação jurídica baseada em princípios e fins políticos, esta deverá ser embasada no direito positivo. E o intérprete deverá perquirir na ordem jurídica, a partir de uma teoria do direito por ele eleita, os princípios embaixadores de sua interpretação através da qual irá reconstruir a ordem jurídica no contexto de uma realidade contemporânea, desprendendo-se de uma interpretação calcada em *standards* ou *topoi* historicamente estabelecidos. Nesse sentido:

“Com o auxílio de tal procedimento da interpretação construtiva, cada juiz deve, em princípio, poder chegar, em cada caso, a uma decisão idealmente válida, na medida em que ele compensa a suposta ‘indeterminação do direito’, apoiando sua fundamentação numa ‘teoria’. Essa teoria deve reconstruir racionalmente a ordem jurídica respectivamente dada de tal modo que o direito vigente possa ser justificado a partir de uma série ordenada de princípios e ser tomado, deste modo, como uma encarnação exemplar do direito em geral⁴².”

a) A teoria do direito como integridade

Dworkin vê o direito como integridade, mas não antes de registrar que além da importância do modo como os juízes decidem as causas, importa também saber o que os juízes pensam que o direito é. Para introduzir a questão o nosso autor apresenta uma indagação concreta sobre a divergência dos juízes e advogados quanto

⁴⁰ HABERMAS, *op. cit.*, *passim*.

⁴¹ HABERMAS, *op. cit.*, p. 252.

⁴² HABERMAS, *op. cit.*, p. 261.

ao que seja o direito, para localizar que em verdade as divergências localizam-se não em relação ao que o direito é, mas, quanto ao que o direito deveria ser. A divergência instaura-se quanto a questões de moralidade e “fidelidade”, não de direito. Trata-se, portanto, de uma questão teórica. Os que vêem o direito como simples questão de fato entendem que “o direito nada mais é que aquilo que as instituições jurídicas, como as legislaturas, as câmaras municipais e os tribunais, decidiram no passado⁴³.” Importa a Dworkin perquirir acerca do modo como os juízes decidem e da influência que recebem de sua consciência de classe ou pelas circunstâncias em que vivem. Entende que “o direito é, sem dúvida, um fenômeno social. Mas sua complexidade, função e conseqüências dependem de uma característica especial de sua estrutura. Ao contrário de muitos outros fenômenos sociais, a prática do direito é argumentativa⁴⁴.” Ou seja, a prática jurídica consiste em “mobilizar e discutir proposições⁴⁵.” E os argumentos podem ser considerados do ponto de vista externo ou do ponto de vista interno do direito. O externo leva em conta o ponto de vista do sociólogo e do historiador que se preocupa com os motivos por que certos argumentos são utilizados em determinada época; o interno leva em conta o argumento dos que reivindicam direitos dos participantes. A perspectiva de Dworkin é esta última e para tanto concentra-se no argumento jurídico ínsito nos processos judiciais, por sua função paradigmática em relação aos demais círculos operadores do direito.

As divergências existentes na elaboração de programas políticos decorrem do fato do confronto da vontade das maiorias com as restrições constitucionais limitativas dessa vontade. A integridade é posta como um terceiro ideal que ora sacrifica uma (eqüidade) ou outra posição (justiça).

Para uma compreensão genuína do que seja o princípio da integridade convém recorrer à fonte nos seguintes termos:

“O terceiro modelo de comunidade é o modelo do princípio. Concorde com o modelo das regras que a comunidade política exige uma compreensão compartilhada, mas assume um ponto de vista mais generoso e abrangente de natureza de tal compreensão. Insiste em que as pessoas são membros de uma comunidade política genuína apenas quando aceitam que seus destinos estão fortemente ligados da seguinte maneira: aceitam que são governadas por princípios comuns, e não apenas por regras criadas por um acordo político... Os membros de uma sociedade de princípio admitem que seus direitos e deveres políticos não se esgotam nas decisões particulares tomadas por suas instituições políticas, mas dependem, em termos mais gerais, do sistema de princípios que essas decisões pressupõem e endossam... Em resumo, cada um aceita a integridade política como um ideal, mesmo entre pessoas que de outra forma estariam em desacordo sobre a moral política, como um dos componentes da comunidade política⁴⁶.”

⁴³ DWORKIN, Ronald. *O Império do Direito*, 1999, p. 10.

⁴⁴ *Idem*, p. 17.

⁴⁵ *Idem*.

⁴⁶ DWORKIN, *op. cit.*, pp. 254-255.

Dworkin admite um princípio fundamental aplicável a todos que tem força de norma fundamental, a qual exige a mesma consideração e o igual respeito por cada um e que goza do *status* de um “direito natural”⁴⁷.

A aceitação da integridade política leva à “integridade do direito”. E o direito somente é válido se derivado dos princípios de justiça eleita por uma comunidade também orientada por princípios, sendo que estes são a fonte de inspiração “externa” na interpretação jurisprudencial. Nesse sentido:

“O direito como integridade pede que os juízes admitam, na medida do possível, que o direito é estruturado por um conjunto coerente de princípios sobre a justiça, a equidade e o devido processo legal adjetivo, e pede-lhes que os apliquem nos novos casos que se lhes apresentem, de tal modo que a situação de cada pessoa seja justa e equitativa segundo as mesmas normas⁴⁸.”

Está aberto o caminho para a reconstrução do direito pela via jurisprudencial, através da interpretação construtiva do direito.

O modelo de Dworkin preconiza um “direito positivo, composto de regras e princípios, que assegura, através de uma jurisprudência discursiva, a integridade de condições de reconhecimento que garantem a cada parceiro do direito igual respeito e consideração.” E tais princípios devem estar inseridos no direito positivo ou serem extraídos de um paradigma⁴⁹. Cremos poder se afirmar que este paradigma refere-se aos princípios constitucionalmente estabelecidos e que servem de parâmetros para atuação do juiz, uma vez que os princípios de que se servirá não são decorrentes da sua livre escolha. Trata-se de princípios que lhe são conferidos pelo corpo político, através dos quais irá reconstruir a ordem jurídica em cada caso concreto, equilibrando-se entre a justiça e a equidade.

Na perspectiva do construtivismo o conflito de regras resolve-se pela aplicação dos princípios norteadores da ordem jurídica; e o conflito entre princípios resolve-se pela hierarquização dos princípios segundo o contexto e as circunstâncias de cada caso em particular.

A tarefa de uma jurisdição orientada por princípios (construtivismo) “não consiste na construção filosófica de uma ordem social fundada em princípios da justiça, mas na procura de princípios e determinações de objetivos válidos, a partir dos quais seja possível justificar uma ordem jurídica concreta em seus elementos essenciais, de tal modo que nela se encaixem todas as decisões tomadas em casos singulares, como se fossem componentes coerentes⁵⁰.”

Esta tarefa exige amplas e sobre-humanas capacidades intelectuais do juiz simbolizado na figura do “juiz Hércules” idealizada por Dworkin, cuja capacidade se reconhece na aptidão para, em cada novo julgamento, promover a reconstrução de

⁴⁷ HABERMAS, *op. cit.*, p. 252.

⁴⁸ *Idem*, p. 291.

⁴⁹ *Idem*, p. 260.

⁵⁰ HABERMAS, *op. cit.*, p. 263.

toda a ordem jurídica a partir do caso em concreto; pressupondo-o como conhecedor de todos os princípios e objetivos válidos, e todos os “elementos do direito vigente... ligados através de fios argumentativos”. Reitere-se que se tratam de princípios e objetivos válidos ligados ao direito vigente, o que confere à jurisdição a segurança e legitimidade almejadas. A teoria reconstrutiva do direito harmoniza as decisões legislativas do passado com a justiça, no presente, conferindo à decisão aceitabilidade racional.

b) Legitimação da jurisdição constitucional pela teoria construtivista: além do passivismo e do ativismo

A superação da visão liberal da política implicou conseqüências também no âmbito da jurisdição constitucional. E esta superação residiu no fato de que a sua substituição por uma visão republicana da democracia incluí entre os direitos dos cidadãos “em primeira linha os direitos políticos de participação e de comunicação”. Trata-se, portanto, de liberdades positivas. A política sai de um papel meramente mediador para assumir contornos constitutivos de um processo de socialização, na visão republicana. A solidariedade e o bem comum, ao lado do poder administrativo e do interesse individual, entre o poder do Estado e o “mercado”, constituem-se numa terceira fonte de integração social. “O conceito republicano da ‘política’ não se refere aos direitos dos cidadãos privados à vida, à liberdade e à propriedade, garantidos pelo Estado, porém, em primeira linha, a prática de autodeterminação de cidadãos orientados pelo bem comum, que se compreendem como membros livres e iguais de uma comunidade cooperadora que a si mesma se administra”. O Estado deixa de ser mero protetor de direitos subjetivos individuais. Por outro lado, é de reconhecer a insuficiência do paradigma do estado social, que não mais convence. Numa visão de “política deliberativa” o Estado passa a promover a garantia de um “processo inclusivo (grifo posterior) de formação da opinião e da vontade”, no qual os cidadãos, livres e iguais, se entendem sobre quais normas e fins interessam a todos⁵¹.

A questão fundamental que se coloca está na discussão em torno da distribuição de competência entre o legislador democrático e a justiça.

Num sentido de uma “política deliberativa” admite-se uma jurisprudência constitucional ofensiva “nos casos nos quais se trata da imposição do procedimento democrático e da forma deliberativa da formação política da opinião e da vontade”, segundo Habermas. Dworkin está a um passo aquém da legitimação democrática pelo procedimento, uma vez que numa sociedade organizada politicamente sob princípios, serão tais princípios a sustentação de “fundo” das deliberações políticas e jurisdicionais. Enquanto para Habermas, em sua perspectiva, o tribunal constitucional tem a incumbência de assegurar que o processo de normatização jurídica “se realize sob condições da política deliberativa”. E aí se encontra, para ele, a legitimidade da jurisdição constitucional⁵².

⁵¹ HABERMAS, *op. cit.*, *passim*.

⁵² *Idem*.

Porém na visão construtivista (Dworkin) parte-se do pressuposto de que a ordem jurídica se justifica a partir de princípios e toda decisão baseada em princípios (“normas de fundo⁵³”) requer justificação externa, para além do direito positivo.

Na visão construtivista, aspectos polêmicos da Constituição requerem uma interpretação e não uma emenda constitucional. Nesse caso a atitude passivista rejeita uma jurisprudência baseada em princípios e permanece atada à vontade histórica do legislador procurando resgatar, no presente, a vontade do legislador formada e manifesta num passado cujo contexto é inequivocamente diverso do da época da aplicação da norma. Tudo isto em nome da estabilidade ou segurança jurídica. O passivismo baseia-se num convencionalismo histórico ou num ceticismo jurídico, por considerar que as teorias da justiça são subjetivas. O passivismo não se ajusta à prática e não protege os direitos individuais das minorias, contra as maiorias. O ativismo, na visão de Dworkin “é uma forma virulenta de pragmatismo jurídico”, onde o juiz ignoraria o texto da Constituição e a história de sua promulgação para impor sua vontade, seu próprio ponto de vista sobre o que seja a justiça, sobre os demais poderes do Estado⁵⁴.

Assim, o construtivismo, como alternativa ao passivismo, propõe “um julgamento muito mais apurado e discriminatório, caso por caso, que dá lugar a muitas virtudes políticas mas, ao contrário tanto do ativismo quanto do passivismo, não cede espaço algum à tirania”.

“Há uma terceira classe de problemas constitucionais cujo equilíbrio é diferente. Em qualquer interpretação aceitável, algumas cláusulas reconhecem os direitos individuais contra o Estado e a nação: liberdade de expressão, processo legal devido em ações criminais, tratamento igualitário na disposição dos recursos públicos, aí incluída a educação. A estabilidade na interpretação de cada um desses direitos, considerados um por um, tem alguma importância prática. Mas por se tratar de questões de princípio, a substância é mais importante do que esse tipo de estabilidade. Em qualquer caso, a estabilidade crucial é a da integridade: na medida do possível, o sistema de direito deve ser interpretado com a expressão de uma concepção coerente de justiça. Isso não poderia ser obtido através da forma frágil do historicismo, que liga os juízes às opiniões concretas dos governantes históricos que criaram cada direito, até onde tais opiniões concretas possam ser descobertas, mas pede-lhes para utilizar algum outro método de interpretação quando os fundadores da Constituição não tinham nenhuma opinião, ou quando esta se perdeu para a história⁵⁵.”

Enfim, o construtivismo não se confunde com a liberdade do intérprete no sentido de inovar no direito. Exige dele a compreensão e identificação dos princípios informadores da ordem jurídica, ainda que tenha que recorrer a uma ordem externa de fundamentação, segundo o paradigma adotado nas políticas deliberativas.

⁵³ SUSTEIN, C. R. *After the Rights Revolution*, Cambridge, Mass. 1990, 170s., *apud* HABERMAS, *op. cit.*, p. 313.

⁵⁴ DWORKIN, *op. cit.*, pp. 415-452.

⁵⁵ DWORKIN, *op. cit.*, p. 441.

4.3 - O ativismo da *Supreme Court*

Lawrence Baum, após considerar que a Suprema Corte toma decisões, acima de tudo, dentro do quadro da lei, identifica aspectos ínsitos ao comportamento da corte, os quais entende suficientes para caracterizar o que denomina de ativismo da suprema corte. Basicamente, esta qualificação do comportamento da Suprema Corte focaliza a sua disposição para modificar políticas estabelecidas por outras instituições governamentais. Mas, a Corte é vista também como ativista, enquanto protetora de valores fundamentais (liberdade, igualdade) quando não observados pelas demais instâncias de poder. E esse ativismo é visto sob os diversos enfoques em que ele se manifesta: a) *judicial review*; b) revogação de políticas presidenciais; c) revogação de políticas congressionais; d) elaboração de políticas públicas através de interpretação de disposição de leis; e) garantia de liberdades civis⁵⁶.

Interessante denotar que ao longo da história da Suprema Corte não se pode dizer que ela teve uma autocompreensão retilínea do seu papel frente às demais instituições de governo. Muito menos pode-se dizer que *interna corporis* a diversidade de seu comportamento contou com o apoio significativo majoritário de seus membros. Mesmo alguns juízes pela respeitabilidade e influência angariados junto a seus pares tiveram influência decisiva nos destinos de sua jurisprudência e nas preferências políticas determinantes do seu conteúdo. Alguns presidentes da corte fizeram os contornos de sua história de forma mais decisiva, como os *Justices* Marshal e Warren.

Destacam-se alguns posicionamentos históricos da Suprema Corte como ilustrativos de sua autocompreensão como participante da formulação de políticas públicas.

O ponto culminante da história da Corte é exatamente o momento em que ela se sobrepõe aos demais poderes como intérprete última da constituição americana. Em 1803, sob a presidência e exposição do Juiz Marshal construiu-se a teoria do controle de constitucionalidade das leis, sob o argumento de que a própria constituição americana, ao declarar-se norma jurídica suprema, conferiu à Suprema Corte a função de interpretá-la. Ou seja, nas palavras de Dworkin, “Marshal decidiu que os tribunais em geral, e a Suprema Corte em última instância, têm o poder de decidir pelo governo como um todo, o que a Constituição pretende dizer, e de declarar inválidos os atos de outros órgãos públicos sempre que excederem os poderes que lhes são outorgados pela Constituição, corretamente entendida⁵⁷.”

Esta decisão histórica correspondente aos fundamentos de decisão do multicitado caso *Marbury vs. Madison*, no qual a Suprema Corte declarou, pela primeira vez, a inconstitucionalidade de uma lei do Congresso.

Em *Brown vs. Board of education*⁵⁸ a Suprema Corte contribuiu para o fim da discriminação racial nas escolas ao decidir que brancos e negros poderiam freqüentar uma mesma escola, com corolário do princípio da igualdade; embora, no passado houvesse tolerado a prática discriminatória ao construir, em decisão anterior a teoria dos separados mas iguais.

⁵⁶ BAUM, Lawrence, *op. cit.*, *passim*.

⁵⁷ DWORKIN, *op. cit.*, p. 427.

⁵⁸ *Idem*, p. 466.

No período de 1933 a 1936, período em que a Corte enfrentou importante conflito com o Congresso americano por divergir das políticas relativas ao programa *New Deal*, foram revogadas cerca de 12 decisões legislativas por inconstitucionalidade. Esse conjunto de decisões expressou nítidas preferências pelas políticas econômicas liberais, por parte da Suprema Corte⁵⁹.

Nesta trajetória que se sucedeu ao reconhecimento do *judicial review* como função genuína da Suprema Corte, suas atenções se voltaram para temáticas consideradas por ela relevantes ao longo da sua história. Depois de concentrar suas preferências por casos atinentes às políticas governamentais intervencionistas, das quais discordava, volveu, em seguida, suas atenções para a temática das liberdades civis onde influenciou na formulação de políticas relativas às questões da discriminação racial, dos direitos dos criminosos, questões relativas ao aborto e à liberdade de expressão, etc. Não se deixa de vislumbrar no recuo da Corte em relação à preferência por políticas, com uma estratégia de preservação do papel e do prestígio da Corte na sociedade americana.

Presentemente, a análise da jurisprudência resulta em questões de profunda complexidade, no tocante às suas relações com os demais poderes.

Neste contexto de evolução histórica da atual Suprema Corte americana é que Dworkin elaborou a sua teoria construtivista, cujo reflexo na jurisprudência constitucional foi simbolicamente materializada na figura do Juiz Hércules, que para ele:

“É guiado ... por um senso de integridade constitucional; acredita que a Constituição norte-americana consiste na melhor interpretação possível da prática e do texto constitucionais norte-americanos como um todo, e seu julgamento sobre qual é a melhor interpretação é sensível à grande complexidade das virtudes políticas subjacentes a essa questão.

.....

Ele não é um ‘passivista’, pois rejeita a idéia rígida de que os juízes devem subordinar-se às autoridades eleitas, independentemente da parte do sistema constitucional em questão.

.....

Ele também não é um ‘ativista’. Vai recusar-se a substituir seu julgamento por aquele do legislador quando acreditar que a questão em jogo é fundamentalmente política, e não de princípio, quando o argumento for sobre as melhores estratégias para satisfazer inteiramente o interesse coletivo por meio de metas, tais como a prosperidade, a erradicação da pobreza ou o correto equilíbrio entre economia e preservação⁶⁰”.

Hércules interpreta não só o texto da lei, mas também sua vida, o processo que se inicia antes que ela se transforme em lei e que se estende para muito além desse momento. Quer utilizar o melhor possível esse desenvolvimento contínuo, e por isso sua interpretação muda à medida que a história vai se transformando⁶¹.

⁵⁹ BAUM, Lawrence, *op. cit.*, *passim*.

⁶⁰ DWORKIN, *op. cit.*, pp. 474-475.

⁶¹ *Idem*, p. 416.

4.4 - O Tribunal Constitucional Federal alemão e a jurisprudência de valores

Em sua análise da posição do Tribunal Constitucional alemão Habermas⁶² entendeu como problemática uma Resolução de 1973, daquela Corte, pertinente à questão da jurisdição constitucional daquele tribunal frente à Lei Fundamental:

“O direito não se identifica com a totalidade das leis escritas. Em certas circunstâncias pode haver um ‘mais’ de direito em relação aos estatutos positivos do poder do Estado, que tem a sua fonte na ordem jurídica constitucional como uma totalidade de sentido e que pode servir de corretivo para a lei escrita; é tarefa da jurisdição encontrá-lo e realizá-lo em suas decisões.”

A corte constitucional seguiu sustentando que a interpretação correta deverá ser encontrada numa “argumentação racional”.

Parte da doutrina alemã tem dado amparo a esta posição da Corte, como se extrai do posicionamento de K. Hesse:

“Certamente as decisões da jurisdição constitucional contêm um momento de configuração criativa. Porém, toda interpretação revela um caráter criativo.”

Na visão de Habermas, o autor não distingue, portanto, a interpretação constitucional da interpretação da ordem infraconstitucional, a despeito das maiores dificuldades em relação à primeira, mas, considera-se que se trata de processos interpretativos análogos. Nesse enfoque a autocompreensão do Tribunal Constitucional Federal não ofende o princípio da divisão dos poderes.

a) A posição do Tribunal Constitucional Federal

A doutrina atenta (Denninger) a tal realidade examina a jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal (TCF) e vislumbra nela a “construção” de uma dogmática implícita dos direitos fundamentais. Está sustentada na constatação de que os direitos fundamentais não são mais resguardados com base no sistema tradicional de uma sociedade econômica livre, cuja reprodução se verifique em decisões particulares autônomas privadas. Nas sociedades complexas o sistema protetor dos direitos não se manifesta apenas em oposição ao poder administrativo, mas também ao poder social de organizações superiores, considerados os diversos sistemas parciais horizontes e interligados que nelas atuam com poderes paralelos equiparáveis aos do Estado. Além disto há uma reversão das garantias que deixam de ser meramente negativas para incluírem também garantias positivas. Pontos consideráveis na jurisprudência do TCF:

⁶² HABERMAS, *op. cit.*, *passim*.

- √ qualificação dos direitos fundamentais como princípios de uma ordem jurídica geral, cujo conteúdo normativo informa a ordem jurídica no seu todo;
- √ há preocupação com o “conteúdo essencial” dos direitos fundamentais e as simples leis;
- √ ocupa-se com o estabelecimento dos “limites imanentes aos direitos humanos”;
- √ preocupação com a definição dos deveres do estado inferidos do caráter jurídico objetivo dos direitos fundamentais, como princípios elementares de ordem;
- √ preocupação com a “proteção dinâmica do direito fundamental”.

Habermas acentua que a jurisprudência constitucional do TCF foi influenciada por uma mudança conceitual dos direitos fundamentais. Opera-se uma mudança nos princípios de uma ordem jurídica, os quais:

- √ Garantem a liberdade e a legalidade da intervenção.
- √ Sustentam direitos de defesa.
- √ Transportam o conteúdo de direitos subjetivos de liberdade para o conteúdo jurídico objetivo de normas de princípio, “enérgicas e formadoras de estruturas”.

Nesse sentido, a partir de uma visão mais comprometida com a doutrina do *self restraint*, compreende-se esta posição como o fenômeno da passagem do Estado parlamentar legislativo para o Estado de jurisdição constitucional. A eficácia jurídico-objetiva dos direitos fundamentais determina uma aproximação entre a formação parlamentar do direito e a que se dá através do tribunal constitucional. Há desprestígio da função legislativa e ascensão da função jurisdicional através da passagem interpretativa do direito para a concretização criadora do direito, passando a não haver mais distinção qualitativa entre legislação e jurisprudência. Neste caso, o “legislador dá o primeiro lance, porém o tribunal detém a primazia” (Bockenforde).

Aqui se apresenta, uma vez mais, a questão da legitimidade do tribunal constitucional para indagar sobre até que ponto há uma invasão legislativa pelo Tribunal Constitucional Federal.

A doutrina identifica e tranquiliza-se à medida em que o TCF, a par desta mudança conceitual, criou “um instrumentário adequado” com o desenvolvimento de “conceitos-chave” que permitem uma mediação entre os níveis micro (plano individual) e macro (plano dos sistemas) e que se posicionam num plano de equilíbrio evitando assim fixações tendenciais unilaterais, seja no Estado liberal (conserva direitos), seja no Estado social (que planeja). E assim se torna possível interligar categorias amplas (Estado social que realiza e distribui e Estado de direito que garante a propriedade). Citam-se entre tais conceitos-chave:

- √ Princípio da proporcionalidade.
- √ A reserva do direito possível.
- √ Limitação dos direitos fundamentais através de direitos fundamentais de terceiros.
- √ Proteção dos direitos fundamentais através de organizações.

b) A jurisprudência de valores do Tribunal Constitucional Federal

O tribunal alemão desenvolveu uma “doutrina da ordem de valores”, numa autocompreensão metodológica dos juízes, em relação à qual Habermas vê conseqüências problemáticas. Destaca que a crítica nasce da não distinção entre direitos e valores e, portanto, de uma incompreensão da interpretação construtiva.

Os princípios ou normas mais elevadas insertos na Constituição, que norteiam a interpretação de outras normas têm um sentido deontológico, enquanto os valores encerram um sentido meramente teleológico. Ou seja, este tem sentido mais frouxo. Os primeiros obrigam, os segundos podem ser entendidos como meras preferências. As normas permitem um juízo binário: válidas/inválidas, sim/não; os valores são preferenciais e têm sentido relativo.

Assim a jurisprudência se coloca ao lado de uma legislação concorrente. Os direitos fundamentais deixam de ser princípios deontológicos e passam a ser bens teleológicos do direito ligando a justiça e o legislador, a eticidade substancial de uma determinada forma de vida.

O tribunal constitucional passaria a ser visto por Habermas, como uma instância autoritária:

“Uma jurisprudência orientada por princípios precisa definir qual pretensão e qual ação deve ser exigida num determinado conflito - e não arbitrar sobre o equilíbrio de bens ou sobre o relacionamento entre valores⁶³.”

NORMAS	VALORES
Obrigatório	Teleológico
Codificação binária de validade	Codificação gradual de validade
Obrigatoriedade absoluta	Obrigatoriedade relativa
Critérios distintos de satisfação	Critérios distintos de satisfação
Decisão quanto ao que deve ser feito	Decisão quanto ao que é recomendável
Correto o comportamento fundado num sistema válido de normas - ação boa para todos - para uma determinada área/para um círculo de destinatários.	Correto o comportamento fundado numa constelação de valores típica de uma forma de vida ou cultura e em sua totalidade é bom para nós.

Os direitos fundamentais podem ser vistos como princípios deontológicos (Dworkin) ou como bens otimizáveis - valores (Alexy). Isto irá influenciar na interpretação constitucional, numa visão da constituição como uma ordem de valores (recomendáveis) ou de princípios (obrigatórios).

Normas e valores comportam lógica de argumentação diferente.

⁶³ *Op. cit.*, p. 323.

O problema da legitimidade do Tribunal Constitucional em Habermas

Habermas distingue-se entre discursos de aplicação de normas e discursos de fundamentação de normas como critério de distinção entre jurisdição e legislação.

A legitimação do tribunal constitucional, em Habermas, passa por uma compreensão procedimentalista da constituição, que implica uma virada teórico-democrática ao problema da legitimidade do controle jurisdicional da constituição⁶⁴. Esta base de legitimação para o Tribunal Constitucional Federal não será aqui desenvolvida por escapar aos objetivos mais acanhados deste trabalho.

V - A PERSPECTIVA OSCILANTE DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

5.1 - Visão histórica

Evandro Gueiros Leite acena que “não há no Brasil ativismo judicial com foros de cidade, que se revela apenas em julgamentos ocasionais⁶⁵.” Releva mencionar que o autor identifica na expressão ativismo um comportamento mais compatível com uma visão construtivista. O juiz ativista será aquele que pronuncia suas decisões a partir de uma visão progressista, evolutiva e reformadora, interpretando a realidade de sua época e conferindo às decisões um sentido construtivo e modernizante, orientando-se para a consagração dos valores essenciais em vigor⁶⁶.

O contexto histórico do surgimento do nosso STF, ao contrário da Suprema Corte, na qual se inspirou parcialmente, é um contexto em que aquele tribunal anseia por romper os limites de uma estrutura autocrática, buscando, portanto, em meio a altos e baixos, uma definição de seu espaço. Não se constituiu a partir de uma disposição de enfrentar os demais poderes do governo. O STF foi criado com estrutura que de certo modo retrata a fragilidade do antigo Supremo Tribunal de Justiça criado em 1828, com limitadas competências e submisso ao Poder Moderador central. Mas ainda assim, como registra Aliomar Baleeiro, pode se reconhecer no Supremo Tribunal Federal sua contribuição no fortalecimento da federação e na produção do direito, a partir da “construção das decisões dos seus juizes”. Sem dúvida que o maior tributo que se pode atribuir ao STF vem, quiçá, de seus posicionamentos frente à necessidade de proteção aos direitos individuais, em mandados de segurança e *habeas corpus* que se tornaram históricos, pela formação doutrinária recebida na mais alta corte, a partir da inegável influência de Ruy Barbosa⁶⁷.

O STF em sua origem, e por conta do “pensamento intervencionista de Benjamin Constant, dominante no império⁶⁸” esteve umbilicalmente preso aos interesses oligárquicos e historicamente vem buscando construir uma identidade própria de independência e, com certeza, não demorará muito terá uma autocompreensão do seu papel para destinar-lhe uma função social mais relevante em favor das maiorias, do sistema democrático e dos direitos fundamentais.

⁶⁴ *Op. cit.*, p. 326.

⁶⁵ *Op. cit.*, p. 154.

⁶⁶ *Idem.*

⁶⁷ Cf. BASTOS, Aurélio Wander (prefácio), *apud* ARAÚJO, Rosalina Corrêa de. *O Estado e o Poder Judiciário no Brasil*, 1999, p. XXII.

⁶⁸ BASTOS, Aurélio Wander (prefácio), *apud* ARAÚJO, Rosalina Corrêa de, *op. cit.*, p. XXIII.

Isto explica, de certo modo, a resistência dos demais poderes a uma jurisprudência tendente ao construtivismo, por parte do STF, em face da resistência e pressões, muitas vezes não suportadas pelos juizes da mais alta corte nacional, que muitas vezes substituiu um comportamento mais “ativo” por um comportamento tímido, acanhado e até mesmo alheio. Não se trata de posições estratégicas como se poderia inferir de uma atitude tendente ao “minimalismo”, como uma corrente de pensamento emergida do debate e de uma autoconsciência construída no próprio seio da corte. E bem recentemente assistimos às pressões do executivo sobre o Supremo Tribunal Federal, com ameaças e transferências de responsabilidades político-econômicas aos juizes como meio de pressão, no plano do discurso político proveniente do legislativo e do executivo, por ocasião do julgamento da atualização de saldos do FGTS depositado em conta dos trabalhadores, defasados por políticas adotadas por planos governamentais de estabilização econômica. Neste caso, especificamente, a corte fez por onde angariar os méritos da credibilidade e apoio da sociedade.

Nas palavras de Rosalina Corrêa de Araújo reflete-se uma característica histórica do poder judiciário no Brasil e que, com certeza, é definidora do seu comportamento e inclusive do nosso STF, no sentido da inexistência de uma autocompreensão marcante e norteadora de seu papel - como por exemplo, preferência por políticas sociais ou reação sistemática a desmandos e incoerência dos demais poderes frente aos princípios e às regras constitucionais seguidamente violadas pelos primeiros, a qual se possa vislumbrar como definidora de um perfil baseado na referida autocompreensão:

“...procuraremos demonstrar que as mudanças mais significativas no Poder Judiciário não refletem movimentos internos, mas sim externos, que, de certa forma, sempre estiveram voltados para a sua ampliação estrutural. Só recentemente, com o advento da Constituição de 1988, os movimentos de mudança no Poder Judiciário passaram a ser de iniciativa interna e voltaram-se para o controle dos atos tradicionalmente praticados e para a ampliação dos seus poderes”.

.....
“Esta constatação nos permitirá comprovar nossa principal hipótese, qual seja, a de que o Poder Judiciário foi, historicamente, um poder sem poderes, submetido aos fluxos e refluxos dos diversos períodos constitucionais; que as suas competências não se consolidaram em função das demandas dos seus membros, juizes e servidores, ou das suas próprias decisões, mas de movimentos políticos circunstanciais; e que a Constituição de 1988 procurou viabilizar o Poder Judiciário, transformando-o em um poder com poderes⁶⁹.”

O poder judiciário brasileiro, obviamente, desde sua origem não deixou de sofrer os contrapassos da distribuição e consolidação dos poderes no Estado Imperial, ao que se seguiu nítida fragilização e subordinação do Poder Judicial ao poder real (seguindo o modelo teórico de Benjamin Constant, no qual o Poder Moderador sobrepôs-se ao Poder Judiciário, que se relegou a funções subordinadas).

⁶⁹ ARAÚJO, Rosalina Corrêa de. *O Estado e o Poder Judiciário no Brasil*, 2000, p. 3.

Vê-se que, sob o enfoque das teorias democráticas, a organização dos poderes no Brasil contém um vício originário, de propensão à centralização do Poder no Executivo com a marginalização do Poder Judiciário.

A criação do Supremo Tribunal Federal, em 1891, não eliminou, com certeza, como que num ato mágico as tendências e “vícios anteriores”. Mas, constituiu-se em ato marcante do regime republicano já inspirado nos ideais democráticos que levou o STF a assumir “ares de supremacia”, com a reforma da Constituição de 1926. A esta se seguiu a ruptura da ordem institucional pela revolução de 30, com revezes diretos e imediatos sobre o Judiciário.

A Constituição de 1934 resgatou o que, no entender de Rosalina Corrêa de Araújo tornou-se o período “mais importante da evolução estrutural do Poder Judiciário brasileiro⁷⁰”. Mas, a sobrevivência de instrumentos democráticos aí implantados (mandado de segurança, ação popular e *habeas corpus*) tiveram vida curta com a “redução do Poder Judiciário a um organismo burocrático, destinado à resolução de conflitos privados e sujeito às interferências do Poder Executivo⁷¹.”

A supremacia do Poder Judiciário resgatou-se, não sem dificuldades, com a Constituição de 1946, para novamente sucumbir-se no período revolucionário instaurado em 1964, agravando-se em 1967, quando as emendas à constituição e atos institucionais passaram a ignorar o Poder Judiciário como instância de Poder no sentido democrático da tripartição dos poderes e os direitos fundamentais, marca fundante do constitucionalismo moderno, foram renegados a um plano inferior⁷².

A Constituição de 1988 responde pela consolidação da estrutura do Poder Judiciário brasileiro, onde o STF foi alçado ao *status* de Corte Constitucional, colocando-se em suas mãos importantes instrumentos de auto-afirmação desse poder, os quais, infelizmente, não inspiraram na Corte atos de virilidade democrática (a exemplo do juiz Marshall⁷³, responsável pela introdução do controle de constitucionalidade pela Suprema Corte americana) para a imposição de tais instrumentos, como o caso do Mandado de Injunção, cujo esvaziamento é patente.

Seja como for, a atual Constituição da República depositou nas mãos do STF brasileiro importantes instrumentos de auto-afirmação democrática e de aproximação entre a justiça e a sociedade brasileira, a medida em que paulatinamente se for assegurando a aproximação entre a constituição ideal e a constituição real.

5.2 - A inspiração na *Supreme Court*

A diversidade dos contextos históricos nacional e americano fez com que a matriz inspiradora do STF não o fizesse tão influente e participe da história brasileira nas dimensões da Suprema Corte americana. Isto significa que os modelos e sua mera inserção em determinada ordem jurídica não asseguram por si sós os resultados que os levaram a esse *status* na realidade onde emergiram. Para além dos modelos importam mais as condições e o ambiente em que serão introduzidos.

⁷⁰ *Idem, op. cit.*, p. 6.

⁷¹ ARAÚJO, Rosalina Corrêa de, *op. cit.*, p. 6.

⁷² *Idem*, p. 7.

⁷³ BAUM, Lawrence, *op. cit.*, p. 38.

De fato, já na época do império, buscou-se no modelo americano a fonte de inspiração da idéia da criação do STF que só veio a se materializar após a proclamação da República com a edição do Decreto n. 510, de 22.06.1890, ainda que com a mesma composição do antigo Tribunal de Justiça do Império⁷⁴.

Ao contrário da direção da Suprema Corte no sentido da proteção às liberdades civis e da cidadania, o recém-criado STF seguiu o meritoso caminho da construção da doutrina do *habeas corpus*, enquanto “a questão da cidadania quase não tenha se alterado para as classes populares⁷⁵.”

Enquanto a Suprema Corte se firmou num “ativismo” garantidor das bases democráticas do regime republicano e do federalismo, firmando-se na doutrina do *judicial review*, concebida para sustentar as próprias decisões daquela Corte; o STF sofreu duros revezes principalmente na primeira república, quando sofreu diversas intervenções e retaliações, estas decorrentes das pirraças do presidente Floriano Peixoto que, a fim de evitar o preenchimento do *quorum* necessário para o seu funcionamento deixou de nomear ministros substitutos dos que se foram aposentando; para não dizer sobre as recusas do presidente Hermes da Fonseca em acatar as decisões da mais alta Corte do país⁷⁶.

Em lugar da revogação de políticas contrárias às convicções da Corte (como as investidas da Corte Suprema contra as políticas do *new deal*), o STF se viu forçado a legitimar o golpe de estado infligido à nação brasileira por Getúlio Vargas, que acabou por excluir garantias da magistratura e subtrair da apreciação do Judiciário os atos do governo provisório, além da exclusão das questões políticas da esfera do Judiciário e a introdução da possibilidade de o congresso anular declaração de inconstitucionalidade proferida pelo STF(1937)⁷⁷.

Se por força da doutrina do *stare decisis* as declarações de inconstitucionalidade da Suprema Corte americana não têm alcance *erga omnes*, o sistema brasileiro evoluiu para o controle concentrado de constitucionalidade (Constituição de 1934) sem prejuízo do controle difuso já instituído em 1890, com a criação do STF. Evolução esta que com a Constituição de 1988 se introduziu dupla espécie de apreciação da constitucionalidade das leis: a ação direta de inconstitucionalidade e a ação declaratória de constitucionalidade.

Tal como pretendia Roosevelt na década de 30, sem êxito, aumentar o número de juízes da corte de 9 para 15, na busca de composição de maioria favorável às suas políticas econômicas⁷⁸, o Ato Institucional n. 2, do governo militar brasileiro, na década de 60, ampliou o número de ministros do STF de onze para 16 ministros, para a obtenção de maioria favorável ao governo naquela corte. A influência e a resistência da Suprema Corte ao casuismo político não se repetiu em relação ao STF, por razões já comentadas alhures.

⁷⁴ VIEIRA, Oscar Vilhena, *op. cit.*, pp. 74-75.

⁷⁵ *Idem*, p.74.

⁷⁶ VIEIRA, Oscar Vilhena, *op. cit.*, pp. 74-75.

⁷⁷ *Idem*, p. 75. O ministro Hermenegildo Rodrigues de Barros foi punido com a aposentadoria compulsória por ter considerado ilegal a revolução de 30.

⁷⁸ BAUM, Lawrence, *op. cit.*, pp. 41-42.

Os casos de aposentadoria compulsória de três ministros (Hermes Lima, Victor Nunes Leal e Evandro Lins e Silva) em decorrência de atos arbitrários da cúpula militar - AI 5 - seguiram-se após a Constituição de 1967-1969, enquanto a história da Suprema Corte jamais registrou caso semelhante ao longo de sua história. Nesta mesma época, o governo autoritário excluiu da competência do Judiciário quaisquer atos praticados com base no citado Ato Institucional n. 5.

As mordças impostas ao STF, com medidas como as que se mencionaram, reduziam aquela corte à inexpressividade política, enquanto corte suprema da nação, ressalvadas as posições de bravura e independência pessoal de alguns ministros que acabaram expurgados. Como acena Oscar Vilhena Corrêa, daí em diante “o Supremo Tribunal Federal não mais ofereceu resistência ao governo militar”.

Sem a contundência com que se reduziu o STF a um segundo plano em nosso país, por conta das investidas autoritárias contra ele assacadas, registram-se também episódios delicados na história da *Supreme Court*. Se nos anos 20 a Corte Suprema declarou inconstitucionais mais de 130 leis reguladoras da economia americana, em face da preferência de seus juizes por políticas liberais não intervencionistas, esta mesma corte emprestou apoio à legislação intervencionista de 1937 atinente ao programa *New Deal*, ainda que por maioria sofrível em razão da mudança de votos dos juizes Hughes e Owen Roberts, o primeiro presidente da Corte⁷⁹.

Não se pode deixar de mencionar que a Suprema Corte manteve ou procurou manter certa identidade e proximidade dos anseios da sociedade americana e esta, com certeza, é uma das razões determinantes da legitimidade e respeitabilidade conferidas às decisões da Corte. Por ocasião da jurisprudência contrária às políticas intervencionistas do *New Deal*, a anulação das leis regulamentadoras teve apoio decisivo da “comunidade dos negócios e por grande parte da profissão jurídica... a Corte recebeu muito louvor por suas decisões econômicas da parte de respeitados cidadãos e grupos”. A posição da corte na defesa das liberdades civis tem significativo apoio comunitário⁸⁰. Somente a forte legitimidade da Corte pôde conferir-lhe presença e força para contribuir decisivamente para a renúncia do Presidente dos E.U.A no escândalo *watergate*, quando a Suprema Corte proferiu decisão obrigando o presidente Nixon a entregar gravações auto-incriminatórias, cujo impacto no sentido de um processo *impeachment* o levou à renúncia antecipada da presidência da república.

O distanciamento e o isolamento social ao qual foi renegado o STF não lhe permitiu ainda firmar-se como instituição com força suficiente para influir decisivamente nos destinos da sociedade brasileira e com isto angariar identificação com a sociedade brasileira e o conseqüente apoio para confrontar, em nome dos princípios constitucionais sociais e democráticos, atos dos demais poderes, desobedientes a tais princípios, com a manifestação clara e transparente da opção por políticas de preferências socialmente almejadas.

⁷⁹ *Idem*, p. 42. Esta mudança de posição da Corte tornou conhecida como *the swiith in time that saved nine* (a mudança em tempo de salvar nove). Isto evitou a elevação do número de juizes da corte de 9 para 15 conforme pretendia Roosevelt, para angariar apoio de uma maioria favorável às políticas do *New Deal*.

⁸⁰ BAUM, Lawrence, *op. cit.*, p. 286.

Ao contrário, tem-se assistido a luta da mais alta Corte brasileira para equilibrar-se num “jogo de xadrez” que lhe permita no máximo um papel de absoluto recato, com poucos lances de ousadia em favor do avanço das instituições e da consciência democrática do país.

Estas reflexões contribuem para uma compreensão da indefinição do STF quanto à adoção de julgamentos fundados estritamente em princípios comprometidos genuinamente com as opções políticas consagradas na constituição. É certo que posicionamentos ocasionais de auto-afirmação vêm se verificando e dando maior visibilidade ao STF perante a sociedade brasileira. Na visão de Rosalina Corrêa de Araújo⁸¹ os períodos de força e fraqueza do STF associam-se aos períodos de autoritarismos e de plenitude democrática. Essa correlação entre a evolução do Poder Judiciário e a história política nacional, se reconhecida como critério fidedigno de avaliação de seu papel na sociedade brasileira, oferece elementos para compreensão dos motivos por que o judiciário brasileiro ainda não pode se firmar como importante agente colaborador na formação de políticas públicas e nem se pode reconhecer nele momentos de “ativismo” histórico ou mesmo um papel decisivo e notável perante a sociedade de tal forma que lhe confira maior proximidade e identificação com a sociedade brasileira. Esta identificação e proximidade é fundamental porque será ela o sustentáculo em que se apoiará a nossa corte suprema - um poder desarmado - contra as investidas autoritárias dos demais poderes.

5.3 - Passivismo, ativismo ou construtivismo?

Se, como anota Rosalina Corrêa de Araújo, somente em 1988 a reestruturação do STF lhe conferiu pleno *status* de Corte Constitucional autônoma, buscar-se-á interpretar exemplarmente algumas de suas decisões proferidas neste período posterior à promulgação da Constituição de 1988, sob a crença de que foi nesta fase que o STF se defrontou com oportunidades mais significativas e de importância política capazes de lhe alçar com maior força e visibilidade perante a sociedade brasileira, quiçá, oportunidades em que a referida Corte poderia ter dado maior colaboração na elaboração de políticas públicas.

Merece comentário, porém, a atuação do STF sob vigência da Constituição de 1946, quando a importação de mercadorias sofria restrições (não proibição) por parte do poder público. Comerciantes de veículos, entretanto, patrocinavam viagens de particulares ao exterior com o fito de adquirirem veículos estrangeiros para revenda no país. As liberações dos veículos adquiridos no exterior verificam-se por meio de mandados de segurança ou outras medidas judiciais exitosas propostas junto ao TFR. Em recurso extraordinário o STF desconstituiu tais decisões e, além disto, expedia ofício à autoridade policial incumbida da apreensão dos veículos “irregularmente” importados ainda que já estivessem de posse de terceiros adquirentes de boa-fé. A interpretação e deferimento de mandados de segurança contra tais apreensões, ensejaram a inclusão da figura da reclamação no Regimento Interno do STF destinada à suspensão ou avocação de tais processos, seguida de decisão revocatória da decisão “reclamada” por contrariar decisão superior. Esta conduta do

⁸¹ *Op. cit., passim.*

STF mereceu severa censura doutrinária de juristas do jaez de Pontes de Miranda, Francisco Campos, Eduardo Espínola, Vicente Ráo e outros. Mas, mereceu de Evandro Gueiros Leite a seguinte observação: “A luta conjunta da Procuradoria-Geral da República contra essas importações possibilitou, a médio prazo, a implantação da indústria automobilística nacional⁸².”

Ainda no sistema anterior, nos casos de representação para interpretação de lei ou ato normativo federal ou estadual perante o STF, a decisão da representação tornava a exegese da lei federal vinculativa e, portanto, conferiu ao STF uma função legiferante.

Em julgamento de ação direta de inconstitucionalidade proposta contra a Medida Provisória 173 editada pelo governo Collor (segundo a qual, “não será concedida medida liminar em mandado de segurança e em ações ordinárias ou cautelares decorrentes das Medidas Provisórias ...” que especifica) para salvaguardar o plano econômico conhecido como Plano Collor contra medidas liminares concessivas de desbloqueio dos cruzados retidos pelo plano em valor superior a NCz\$50 mil, o STF proferiu decisão esquiiva, quando não tomou posição firme quer seja pela constitucionalidade da MP ou por sua inconstitucionalidade: preponderou a posição encetada pelo Ministro Sepúlveda Pertence que se baseou no argumento de que o poder cautelar deverá ser apreciado individualmente, pelo juiz, em cada caso concreto, quando entender que a supressão desse poder de cautela frustrar a eficácia da decisão futura. Ora, o que fez o STF nada mais foi que entregar ao controle difuso do juiz de instâncias inferiores o que estava sendo discutido em instrumento de controle concentrado que era exatamente a ação de inconstitucionalidade em que estava sendo discutida a ação. Apesar da consistente e intrépida fundamentação doutrinária em favor da declaração da inconstitucionalidade da indigitada norma, os ministros Paulo Brossard e Celso Mello foram superados pela corrente majoritária que compunha o séquito que aderente à posição capitaneada pelo Ministro Pertence⁸³. Não poderia o STF mediante posição firme e altiva numa autocompreensão do papel de guardião da Constituição ter prontamente declarado a inconstitucionalidade do referido dispositivo indigitado? Quando não, declarar a sua constitucionalidade segundo os fundamentos que melhor lhe conviesse?

Mas, a “decisão” (ou ausência de decisão) veio a favorecer as políticas econômicas do governo, revelando assim uma preferência tácita por políticas governamentais flagrantemente contestadas pela sociedade, como o caso dos bloqueios de recursos privados depositados na rede bancária.

Porém, em outra medida provisória (MP 375) de teor “mais brando” que a de número 173, porque apenas limitava - não proibia - a concessão de medidas provisórias contra o plano econômico do governo do Presidente Itamar Franco, o mesmo STF, em 1993, suspendeu liminarmente vários artigos da MP 375, em ação de inconstitucionalidade ajuizada pela Ordem dos Advogados do Brasil, por incompatibilidade com a Constituição⁸⁴.

A estas nuances soma-se a estratégia da omissão no julgamento, o que de resto, implica em omissão expressiva de opção pela aceitação passiva de políticas

⁸² LEITE, Evandro Gueiros. *O Judiciário e a Constituição*, 1994, p. 148.

⁸³ VIEIRA, Oscar Vilhena, *op. cit.*, pp. 99-137.

⁸⁴ VIEIRA, Oscar Vilhena, *op. cit.*, pp. 102-104.

governamentais questionadas por setores da sociedade que reclamam por um pronunciamento da mais alta corte sobre matérias de relevância política, à luz das diretrizes traçadas na constituição, como é o caso de inúmeras ADIn's pendentes de apreciação, muitas delas sem qualquer pronunciamento liminar ou se se chegou a tanto, aguardam há anos por uma decisão final de mérito. Este posicionamento pode muito bem ser interpretado como opção passiva e submissa por políticas situacionais ou pela manutenção do *status quo*, ainda que longe dos princípios adotados na Constituição Federal, da qual o STF é o guardião.

Tal posicionamento pode significar uma autoconcessão de poderes pelo STF que a Constituição Federal não lhe concedeu, a modo do que ocorre com a Suprema Corte americana, à qual foi dado o poder da escolha dos casos que decidirá⁸⁵. Mas, neste caso, este poder é expresso e reconhecido pela sociedade americana; o que não é o caso do STF que, pela Constituição brasileira tem o dever de decidir todos os casos que lhe são encaminhados. Quando tais ações de inconstitucionalidade recebem tratamento deliberadamente postergatório está diante de deliberada negativa da prestação jurisdicional tão reclamada da justiça brasileira⁸⁶. Foi com este expediente que o STF furtou a pronunciar-se sobre o citado plano econômico quanto ao mérito.

Se se pretender fazer um paralelo à atitude da Suprema Corte nos casos em que adotou posicionamento expressivo da corrente "minimalista", ver-se-á logo desconcertante contradição: enquanto no "minimalismo" se procura fortalecer o federalismo e o pluralismo democrático, à medida em se deixa aos próprios atores políticos o máximo possível de matérias à sua própria composição, na atitude omissiva retromencionada o que se viu foi a excessiva centralização do poder decisório no Poder Executivo em detrimento dos demais canais de manifestação democrática da sociedade.

Esta clara preferência por políticas econômicas governamentais infringentes dos direitos dos cidadãos à livre disposição de seus recursos materiais (depósitos bancários) está manifestada na fundamentação denegatória de pedido liminar em ação de inconstitucionalidade, pelo Ministro Sydney Sanches: "resultaria em enorme transtorno para a economia, com a injeção de trilhões, o que pode trazer o retorno de uma ameaçadora hiperinflação⁸⁷."

Quando, porém, o governo Collor avançou sobre as estruturas do sistema constitucional editando a medida provisória 185 que permitia ao TST suspender por 180 dias decisões dos tribunais inferiores concessivas de reajustes salariais em dissídios coletivos, o país assistiu o STF dar conta do cumprimento de seu dever de proteção à integridade da constituição, mediante a declaração de inconstitucionalidade da referida MP (ADIn 239-7/600)⁸⁸.

A histórica decisão interventiva no processo de *impeachment* do presidente Fernando Collor para assegurar-lhe ampla defesa e a publicidade da votação parlamentar, com certeza, evidenciou definitivamente a importância da atuação do STF para a garantia do regime democrático e a regularidade das instituições. Sem dúvida é um dos fatos engrandecedores do seu papel e que lhe conferiu ampla

⁸⁵ BAUM, Lawrence, *op. cit.*, p. 139.

⁸⁶ Art. 102 da CF/88.

⁸⁷ VIEIRA, Oscar Vilhena, *op. cit.*, p. 105.

⁸⁸ *Idem*, p. 106.

visibilidade perante a sociedade brasileira. Em seguida, porém, conforme anota o multicitado Oscar Vilhena Vieira, o mesmo STF tomou “decisão de não decidir”, quando entregou a decisão pela cassação dos direitos políticos do Presidente Collor a três ministros do STJ convocados a integrar o STF com o fim de desfazer o empate que inviabilizara uma decisão circunscrita aos membros da corte suprema⁸⁹.

A posição oscilante do STF segue na sua jurisprudência relativa ao mandado de injunção, cuja atual inoperância deve-se ao fato de seu esvaziamento pelo recato da jurisprudência da mais alta corte sobre a matéria. O STF não construiu jurisprudência positivamente definidora do instituto como o fez outrora com o instituto do *habeas corpus* e mandado de segurança. Quiçá, em razão dos reflexos eminentemente políticos das decisões definidoras de preferências políticas do STF a propósito de decisões dos mandados de injunção e em face do tradicional passivismo do STF nas suas relações com os demais poderes do governo quando se trata de julgamento de políticas governamentais à luz das diretrizes constitucionais, o destino pré-determinado do mandado de injunção seria o esvaziamento em que o instituto recaiu.

A função do mandado de injunção foi assim compreendida pelo STF: “assegurar o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania⁹⁰.” O avanço da “construção” doutrinária do instituto por via da jurisprudência do STF verificou-se quando decidiu-se que a norma instituidora do mandado de injunção era dotada de aplicabilidade imediata e dispensava regulamentação. Enfraqueceu-se na divisão em diversas tendências: a) o mandado de injunção comportaria provimento declaratório de omissão do legislador, apenas; b) comportaria provimento constitutivo do direito subjetivo cujo exercício se inviabilizara por omissão do legislador; c) o alcance da decisão seria limitado às partes do processo; d) a decisão teria alcance *erga omnes*. A *vexata quaestio* assim se conformou na prática: o STF apenas informaria ao órgão competente o reconhecimento de sua omissão; o STF expediria determinação para que o referido órgão cumprisse seu dever constitucional; o STF, *sponte sua*, substituindo a vontade do órgão competente, estabeleceria as condições para o exercício do direito dependente de regulamentação. Assim, no MI n. 107 o STF decidiu por não suprir a omissão do legislador para dar concretude ao direito pendente de regulamentação, preferindo a mera “informação ao órgão omissor”; no MI 232, conferiu prazo de 6 meses ao órgão competente, sob pena de o interessado passar a usufruir o direito constitucionalmente previsto (no caso, isenção previdenciária); no MI 283 conferiu-se prazo para edição da lei pelo Congresso Nacional, sob pena do exercício da faculdade de ajuizamento de ação reparatória nas instâncias judiciais próprias; no MI 219-3 o Congresso Nacional foi comunicado da situação de mora constitucional, conferindo-se-lhe prazo útil para suprimento da mora, quanto à determinação da edição de nova lei modificadora da proporcionalidade da representação política por estado perante a Câmara Federal, ante ao estado de “sub-representação” dos eleitores do Estado de São Paulo⁹¹.

⁸⁹ *Ibidem*.

⁹⁰ *Ibidem*, p. 121.

⁹¹ VIEIRA, Oscar Vilhena, *op. cit.*, p. 133.

O STF exerceu a plenitude de seus poderes correspondentes ao de uma Corte Constitucional no reconhecimento da inconstitucionalidade da emenda constitucional n. 3 que instituiu o IPMF sem observância do princípio constitucional da anterioridade (§ 1º do art. 150 da CF/88).

A atitude claudicante do STF, que vem decidindo por critérios incompatíveis com uma visão delineadora de uma autocompreensão quanto ao seu papel enquanto Corte Suprema do país, também não permite a conclusão de que o mesmo tenha perpassado por uma evolução historicamente demarcada e identificável a partir de posicionamentos e preferências políticas inequívocas. A constatação que se coloca é a de que desde os seus primórdios até 1988, denota-se uma tendência nitidamente passivista e conformista, salvo nalguns momentos em que a defesa das liberdades contra sucessivos regimes autoritários tenha se sobreposto. Embora, registrem arroubos “ativistas” como os que foram exemplificados alhures, em nenhum momento, pode se dizer que o STF foi intenso colaborador na definição de políticas públicas que tenha sido levado em conta. Por outro lado, não se parece poder vislumbrar em quaisquer momentos a autoconsciência de uma jurisprudência “construtivista” no sentido preconizado por Dworkin.

É entretanto importante frisar que o STF tem sido visto cada vez mais pela sociedade brasileira e os demais órgãos de poder como uma instância de solução de conflitos constitucionais. Além disto, as recentes mudanças na geração de ministros com formação ocorrida no regime democrático por certo assegurará maior presença do STF na solução dos problemas da sociedade brasileira.

VI - CONCLUSÃO

A ampliação geográfica cada vez maior da democracia moderna que se estendeu aceleradamente a um grande número de países no mundo inteiro, nos últimos tempos, com certeza, veio por em relevo o papel das instituições democráticas correspondentes a esse regime.

Os protagonistas da tradição democrática - modelo do qual a democracia norte-americana é, sem dúvida, exemplar - puderam contar com elementos históricos engendrados pelo movimento endógeno e intrínseco das respectivas sociedades e que, por isto mesmo, dotaram-nas de elementos socioculturais correspondentes à consolidação de um “espírito” democrático, tanto dos cidadãos destinatários da atuação das instituições, como dos próprios agentes públicos encarregados de movimentar e dar vida a tais instituições. Assim é que a edificação da federação republicana norte-americana resultou do concerto dos interesses das diversas forças sociais disputantes da hegemonia política no momento da consolidação daquela democracia. Nesse passo, é possível vislumbrar e conceber o relevante papel da *Supreme Court*, no passado e no presente.

A despeito da importância da disseminação dos regimes democráticos, a análise dos contextos históricos e socioculturais de cada povo revela decisiva para detecção do grau de participação das instituições na consolidação de tais regimes.

A história brasileira, mesmo e principalmente a colonial, não apresenta sinais significativos da autoconsciência de um povo no sentido da construção de uma nação verdadeiramente democrática. Após a firmação do país como nação independente poucos foram os momentos em que se pode conceder exceção ao reconhecimento de regime verdadeiramente democrático.

Esta é uma das razões por que a mais alta corte judicial nacional, embora profundamente inspirada nos princípios regentes da democracia americana, na sua experiência quase centenária, não pode ostentar ares de autodeterminação e coerência expressiva de uma autoconsciência acerca do seu papel na conformação democrática do país. Nem mesmo para assegurar ampla eficácia a certos princípios e normas constitucionais, acerca dos quais o legislador constituinte tornou clarividentes no texto constitucional. A mais alta corte não se vê com forças suficientes para se afincar exclusivamente na carta constitucional para mudar os rumos da história do país em momentos de superior importância angariar assim, passo a passo, seu definitivo reconhecimento com apta a colaborar na definição de políticas públicas em favor da democracia e da cidadania, e em favor das majorias (ou das minorias discriminadas), em nome das quais haure sua razão de ser.

Oxalá o Supremo Tribunal Federal possa converter em regra decisões e posicionamentos definidores de rumos para os demais poderes e para a sociedade brasileira segundo os princípios democráticos inscritos na Constituição Federal, com um pouco mais de ousadia, ainda que cautelosa e serena, e possa assim galgar, definitivamente, na prática, o lugar relevante que ocupa na teoria democrática.

Urge que o STF se torne uma corte mais ativista e coerente em seus posicionamentos pelo menos até os limites em que possa cumprir seu relevante papel na consolidação democrática do país.

VII - BIBLIOGRAFIA

- VIEIRA, Oscar Vilhena. *Supremo Tribunal Federal: jurisprudência política*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1994, 151p.
- MAGALHÃES, Maria da Conceição Ferreira. *A Hermenêutica Jurídica*. Rio de Janeiro: Forense, 1989, 148p.
- DWORKIN, Ronald. *O Império do Direito*. Trad. Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999, 513p.
- ARAÚJO, Rosalina Corrêa de. *O Estado e o Poder Judiciário no Brasil*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2000, 572p.
- BAUM, Lawrence. *A Suprema Corte Americana*. Trad. Élcio Cerqueira. Rio de Janeiro: Editora Forense-Universitária Ltda., 381p.
- TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (coord.). *O Judiciário e a Constituição*. São Paulo: Saraiva: 1994, 326p.

- HABERMAS, J. *Direito e Democracia*; entre facticidade e validade. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, v. I, 354p.
- RIGAUX, François. *A Lei dos Juízes*. Trad. Edmir Missio. São Paulo: Martins Fontes, 2000, 386p.
- GOYARD-FABRE, Simone. *Os Princípios Filosóficos do Direito Político Moderno*. Trad. Irene A. Paternot. São Paulo: Martins Fontes, 1999, 526p.
- BARACHO, José A. de Oliveira. A natureza e as teorias da interpretação constitucional. *Jornal da Pós-Graduação em Direito da FD-UFMG*. Belo Horizonte: Imprensa Universitária, n. 14: 04.05.2000.
- MONTESQUIEU, Charles de Secondat. *Do Espírito das Leis*. Trad. Fernando Henrique e Leôncio Martins Rodrigues. São Paulo: Abril Cultural, 1973. (Os Pensadores, v. 21).
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 3ª ed., Coimbra: Almedina, 1999, 1414p.