



UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO DE JANEIRO

Centro de Ciências Jurídicas e Econômicas

Faculdade Nacional de Direito

Judicialização da Política e Ativismo Judicial

Análise de decisões do STF em casos difíceis à luz da
teoria dos desenhos institucionais

Flávia Bozzi Costa

Rio de Janeiro

2008

Flávia Bozzi Costa

DRE 104018438

Judicialização da Política e Ativismo Judicial

Análise de decisões do STF em casos difíceis à luz da
teoria dos desenhos institucionais

Monografia apresentada à Faculdade de
Direito da Universidade Federal do Rio de
Janeiro, como requisito para obtenção do
título de Bacharel em Direito.

Orientadores: Margarida Maria Lacombe Camargo e Alexandre Garrido da Silva

Rio de Janeiro

2008

CATALOGAÇÃO NA FONTE

Costa, Flávia Bozzi.

Judicialização da política e ativismo judicial: análise de decisões do STF em casos difíceis à luz da teoria dos desenhos institucionais / Flávia Bozzi Costa. Rio de Janeiro: UFRJ, 2008.

78 f.

Orientadores: Margarida Maria Lacombe Camargo e Alexandre Garrido da Silva.

Trabalho de Conclusão de Curso (graduação em Direito) – Universidade Federal do Rio de Janeiro, Centro de Ciências Jurídicas e Econômicas, Faculdade de Direito.

Bibliografia: f. 74-78.

1. Poder judiciário e questões políticas - Brasil. 2. Poder judiciário - aspectos sociais - Brasil. 3. Direito e política. I. Camargo, Margarida Maria Lacombe. II. Silva, Alexandre Garrido da. III. Universidade Federal do Rio de Janeiro. Faculdade de Direito. III. Título.

CDD 347.81012

Flávia Bozzi Costa

Judicialização da política e ativismo judicial: análise de decisões do STF em casos difíceis à luz da teoria dos desenhos institucionais

Monografia apresentada à Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro, como requisito para obtenção do título de Bacharel em Direito.

Aprovada em _____

Banca Examinadora:

Prof. Dra. Margarida Maria Lacombe Camargo
UFRJ e FCRB

Prof. Ms. Alexandre Garrido da Silva
UFU

Prof. Dr. José Ribas Vieira
UFRJ

**Rio de Janeiro
2008**

Dedico este trabalho
à minha família e ao meu amado noivo.

Agradecimentos

À Deus, meu refúgio e minha fortaleza, por todas as graças que me concede.

Aos meus amados pais, Maria Lucia Bozzi Costa e Carlos Pedrini Costa, que mesmo distantes sempre me apóiam e incentivam. À minha querida irmã, Suelen Bozzi Costa, pela paciência e amizade.

Ao meu noivo, Felipe Americano Marcondes Ferreira, pelo carinho, compreensão, e, principalmente, pelos debates, críticas e reflexões, que me aperfeiçoam em cada momento de minha vida.

Aos meus orientadores, Margarida Maria Lacombe Camargo e Alexandre Garrido da Silva, pela disponibilidade, incentivo e orientação, bem como pelas valiosas sugestões e revisões.

Aos meus amigos da FND, pelos momentos de alegria que passamos juntos e pela torcida na minha batalha pelo mestrado.

Às pessoas que direta ou indiretamente me ajudaram a desenvolver esta pesquisa.

RESUMO: Em um contexto de intensificação do processo de judicialização da política, o Supremo Tribunal Federal assume, por meio do ativismo judicial, o importante papel de um ator institucional estratégico no sistema político brasileiro. Nos últimos anos, o protagonismo do STF no cenário político nacional, por meio da análise de questões profundamente controversas, tem determinado alterações nos desenhos institucionais dos poderes da República e nos cálculos elaborados pelos diferentes atores políticos para a definição de seus objetivos e implementação de políticas públicas. Neste sentido, inicialmente com apoio no estudo jurídico-filosófico do positivismo, pós-positivismo, pragmatismo e nova hermenêutica, o trabalho analisará o desenvolvimento da judicialização da política e do ativismo judicial no Brasil. Em seguida, esses fenômenos serão estudados à luz da teoria dos desenhos institucionais. Por último, serão analisados quatro casos jurídicos recentes com grande impacto na sociedade e na relação entre os Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário: os *hard cases* sobre o direito de greve no serviço público, a constitucionalidade da Lei de Biossegurança, a restrição ao uso de algemas e a vedação ao nepotismo na Administração Pública. Em suas análises, será destacado o processo de tomada de decisões sob a perspectiva das teorias jurídicas contemporâneas e dos desenhos institucionais.

PALAVRAS-CHAVE: JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA; ATIVISMO JUDICIAL; PODER JUDICIÁRIO E QUESTÕES POLÍTICAS; DESENHO INSTITUCIONAL.

ABSTRACT: In a context of intensifying the process of judicial politics, the Federal Supreme Court (STF) assumes, through judicial activism, the important role of institutional strategic actor in a Brazilian political system. Over recent years the role of the STF in the national political scene, through the analysis of issues deeply controversial, has given changes in institutional designs of the powers of the Republic and in the calculations made by the various political actors to define their goals and implementing public policies. In this sense, initially to support the study of the legal-philosophical positivism, post-positivism, pragmatism and new hermeneutics, the study will examine the development of judicial politics and judicial activism in Brazil. Then, these phenomena will be studied in light of the theory of institutional designs. Finally, four cases will be examined with great recent legal impact on society and the relationship between the Legislative Powers, executive and judiciary: the hard cases on the right to strike in public service, the constitutionality of the Biosecurity Act, restricting the use of handcuffs and sealing the nepotism in government. In their analysis, will be highlighted the decision-making from the perspective of contemporary legal theories and institutional designs.

KEYWORDS: JUDICIALIZATION OF POLITICS; JUDICIAL ACTIVISM; JUDICIAL POWER AND POLITICAL ISSUES; INSTITUTIONAL DESIGN.

Sumário

Introdução.....	08
Capítulo 1. A judicialização da política e o ativismo judicial	13
1.1. Uma breve análise do ambiente filosófico no desenvolvimento da judicialização da política.....	13
1.1.1 Pós-positivismo.....	16
1.1.2 Pragmatismo	18
1.1.3 Nova hermenêutica	20
1.2. Uma noção sobre a textura aberta das normas e os casos difíceis no Direito	22
1.3. O neoconstitucionalismo, a judicialização da política e o ativismo judicial	23
1.4. O Judiciário como representante argumentativo da sociedade.....	30
Capítulo 2. O ativismo judicial à luz da teoria dos desenhos institucionais	33
2.1. Uma síntese das três vertentes do neo-institucionalismo	34
2.1.1 Institucionalismo histórico.....	35
2.1.2 Institucionalismo da escolha racional.....	38
2.1.3 Institucionalismo sociológico	41
2.2. As vertentes do neo-institucionalismo comparadas	43
2.3. Teoria dos desenhos institucionais: as instituições e os atores.....	45
2.4. Supremo Tribunal Federal: ativismo e um novo desenho institucional	50
Capítulo 3. Estudo de casos: o ativismo judicial no Brasil.....	53
3.1. O caso do direito de greve no serviço público (MI n ^{os} 670, 708 e 712).....	53
3.2. O caso da Lei de Biossegurança (ADI n ^o 3.510).....	57
3.3. O caso do uso de algemas (Súmula Vinculante n ^o 11).....	62
3.4. O caso do nepotismo na Administração Pública (Súmula Vinculante n ^o 13).....	65
Conclusão	70
Referências	74

Introdução

A idéia de Constituição como lei fundamental e suprema de um Estado tem origem nas Constituições escritas e rígidas dos Estados Unidos da América, em 1787, após a independência das 13 Colônias, e da França, em 1791, a partir da Revolução Francesa.¹ A Constituição tem por objeto a estruturação política do Estado, a organização de suas instituições e órgãos, o modo de aquisição e limitação do poder, bem como o estabelecimento de direitos e garantias fundamentais dos cidadãos, isso tudo visando exercer duas funções: *garantia do existente e linha de direção para o futuro*.²

No dia 05 de outubro de 2008, a atual Constituição da República Federativa do Brasil completou 20 anos. Elaborada depois de 21 anos sob uma ditadura militar, ela foi escrita sob a sombra do autoritarismo. Por isso, seu texto se preocupa em garantir, para o futuro, aquilo que faltara no passado. A Carta, chamada de “Cidadã”, é um divisor de águas. No plano social, representou a superação da ditadura militar, inaugurou a moderna democracia brasileira, criou mecanismos de proteção aos direitos civis, políticos e sociais e de tutela aos direitos dos indígenas, do consumidor e das crianças. No plano político, marcou a descentralização do poder e a ampliação do sistema, antes concentrado no governo federal e na Presidência da República, para outros atores institucionais, como o Ministério Público, o Supremo Tribunal Federal, os governos estaduais, o Congresso Nacional e organizações mais amplas da sociedade civil. No plano normativo, fixou novas obrigações sociais, determinou políticas públicas e estabeleceu comandos a serem cumpridos pelos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário.

Nossa atual Constituição derivou do trabalho de uma Assembléia Nacional Constituinte composta de representantes do povo eleitos com a finalidade de sua elaboração, sendo, portanto, denominada *democrática* ou *popular*. Entretanto, ela foi organizada sem um ante-projeto, e num contexto em que era parte do processo de transição do autoritarismo à democracia política, e não uma conclusão dele.³ Como consequência, nossa Carta Magna não prevê apenas princípios e normas gerais de regência do Estado (função típica das *constituições sintéticas*), mas fixa planos a serem cumpridos pelos órgãos legiferantes, assenta

¹ MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 17 ed. São Paulo: Atlas, 2005.

² CANOTILHO *apud* MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 17 ed. São Paulo: Atlas, 2005. Cf. CANOTILHO, J.J. Constituição dirigente e vinculação do legislador. Coimbra: Coimbra Editora, 1994, p. 151.

³ WERNECK VIANNA, Luiz; et. al. *A judicialização da política e das relações sociais no Brasil*. Rio de Janeiro: Revan, 1999, p. 38.

preceitos a serem observados pelo Poder Público e regulamenta todos os assuntos que entende serem relevantes à formação, destinação e funcionamento do Estado (sendo denominada *constituição analítica* ou *dirigente*).

A Constituição Federal de 1988 caracteriza-se por ser um *sistema aberto*, pois, não obstante apresentar um conjunto de valores compartilhados pela comunidade, deixa a cargo dos futuros legisladores e intérpretes a função de dar efetividade ao sistema de direitos assegurados em seu texto. Então, a concretização da vontade geral declarada na Constituição seria uma obra aberta confiada às gerações subseqüentes.⁴

A atual Carta Magna reflete a superação do constitucionalismo liberal – marcado pela defesa do individualismo, garantia limitada dos direitos civis e políticos e clara separação dos poderes – pelo constitucionalismo democrático, em que há:⁵

1. priorização dos valores da dignidade humana e da solidariedade social;
2. ampliação do âmbito de proteção de direitos;
3. difusão da concepção dos direitos fundamentais como princípios que definem programas de ação e o dever de agir do estado – e não mais como normas programáticas que dependem da vontade do legislador;
4. redefinição das relações entre os três Poderes.

Impulsionado pelas mudanças interpretativas das escolas jurídicas (crise do positivismo jurídico), pela omissão dos Poderes Executivo e Legislativo, pelo aperfeiçoamento das instituições judiciárias, pela crescente pressão da sociedade civil e, sobretudo, pela constitucionalização dos direitos fundamentais, o Judiciário passa a atuar nos vazios institucionais deixados pelos poderes representativos. Não mais se admite que a inércia desses poderes no suprimento das carências constitucionais e na regulamentação das normas implique falta de concretização da Carta Magna e negação de sua força normativa.

Nos países de democracia avançada, como Alemanha, Itália, Espanha, França, Inglaterra e EUA, começa a se redefinido, a partir do final do século XX, o papel institucional do Judiciário. Se antes era inerte, limitado à função de intérprete que pronuncia as palavras da lei, agora ele assume uma postura pró-ativa, envolvido com questões sociais e políticas públicas. Como conseqüência, nota-se a ampliação de seus poderes frente ao Legislativo e Executivo. A esse fenômeno dá-se o nome de *judicialização da política*, termo que é usado

⁴ WERNECK VIANNA, Luiz; et. al. *Op.cit.*, p. 39.

⁵ MACIEL, Débora Alvez; KOERNER, Andrei. Sentidos da judicialização da política: duas análises. In: *Lua Nova*, nº 57, 2002, p. 123-124.

pela primeira vez por C. N. Tate e T. Vallinder no livro *The Global Expansion of Judicial Power* (New York, University Press, 1995).

No Brasil, é na sociedade pós-Constituição de 1988 que verificamos a expansão dos poderes do Judiciário: a comunidade jurídica assume a responsabilidade de dar efetividade aos valores comuns institucionalizados abstratamente na Carta Magna na forma de princípios e direitos fundamentais. Ao decidir questões de ampla repercussão social – como as que envolvem concepções morais, políticas, econômicas e ambientais – o Judiciário acaba conquistando um papel central como ator estratégico no sistema político.

O Supremo Tribunal Federal (STF), na qualidade de Tribunal Constitucional e de última instância decisória judicante, vem contracenando de forma ativa no campo político, afastando-se da imagem de Corte hermética e dissociada do contexto social, o que revela o surgimento de um outro fenômeno, o *ativismo judicial*. Enquanto a judicialização decorre de uma série de macro-fatores políticos, econômicos e sociais (democracia, separação dos poderes, direitos fundamentais constitucionalizados, entre outros), o ativismo resulta de uma mudança no perfil comportamental dos ministros, que passam a querer fazer políticas públicas por meio de suas decisões. Para tanto, valem-se de correntes filosóficas contemporâneas (como o pós-positivismo e o pragmatismo) e de técnicas apresentadas pela nova hermenêutica. Nesse contexto, a Corte autoproclama-se representante argumentativo da sociedade.

A análise da judicialização da política e do ativismo sob uma perspectiva institucional faz-se necessária. É preciso identificar até que ponto a intervenção deliberada e intencional dos ministros do STF no campo político visa a traçar novos contornos institucionais e de que modo isso afeta os indivíduos, modela suas condutas e direciona suas preferências. À luz da teoria dos desenhos institucionais, veremos que a intencionalidade de atores estratégicos cumpre um papel central para as estruturas sociais e coletivas, e, conseqüentemente, na determinação das ações dos indivíduos e grupos.

O direcionamento deste trabalho foi impulsionado pela criação do Programa de Pós-Graduação da Faculdade Nacional de Direito da UFRJ (PPGD-FND) em *Teorias Jurídicas Contemporâneas*, no qual uma das linhas de pesquisa é *teorias da decisão e desenhos institucionais*. O desenvolvimento desta pesquisa, ainda que em final de graduação, visa nos fornecer embasamento teórico para aprofundamento acadêmico no mestrado.

Nesse sentido, o objetivo geral deste trabalho é compreender como o desenvolvimento da judicialização e do ativismo no Brasil afeta a estrutura institucional do Poder Judiciário, no

qual, segundo a teoria do direito clássica, o exercício da autoridade se dá nos estritos limites da lei. Quanto aos objetivos específicos, buscaremos analisar – por meio de votos, acórdãos e súmulas vinculantes em casos tidos como difíceis (*hard cases*) – a ingerência do Supremo Tribunal Federal na seara política e os reflexos dessa atuação na sociedade e na (des)harmonia entre os Três Poderes.

Sendo a judicialização da política e o ativismo judicial fenômenos incipientes nas ciências jurídicas e consistindo os desenhos institucionais em tema recente nas ciências políticas e sociais, este trabalho será desenvolvido por meio de extensa pesquisa bibliográfica, tanto instrumental-dogmático quanto epistemológico (jurídico-filosófico), e posterior aplicação da análise teórica no estudo de casos.

No capítulo primeiro, partimos de um estudo jurídico-filosófico – por meio de autores como Noel Struchiner e Herbert Hart (positivismo); Albert Calsamiglia, Manuel Atienza e Robert Alexy (pós-positivismo); Thamy Pogrebinski e José Eisenberg (pragmatismo); e Chaïm Perelman, Hans-Georg Gadamer e Margarida Maria Lacombe Camargo (nova hermenêutica) – para só então adentrarmos na abordagem da judicialização da política e do ativismo judicial – na qual recorreremos aos estudos de Luiz Werneck Vianna, Ernani Carvalho, Gisele Cittadino, Ingeborg Maus, Alexandre Garrido da Silva, Inocência Mártires Coelho e Mauro Cappelletti.

No capítulo segundo, por considerarmos ser de grande relevância a análise da tomada de decisões à luz da teoria dos desenhos institucionais – haja vista a influência das estruturas sociais no conjunto de comportamentos da coletividade –, propusemo-nos a sistematizar o estudo do institucionalismo, distinguindo o clássico do atual e apresentando as três vertentes deste, quais sejam: institucionalismo histórico, da escolha racional e sociológico. Para tanto, valemo-nos da bibliografia estrangeira, mormente de autores como Walter W. Powell, Paul J. Dimaggio, Peter A. Hall, Rosemary C. R. Taylor, Robert E. Goodin, Gisela Bensusan, Bruno Thére e Cristina W. Andrews.

No capítulo terceiro, buscamos relacionar a discussão conceitual dos capítulos antecedentes ao estudo de casos. Optamos por analisar decisões da Corte em quatro *hard cases* de grande repercussão na sociedade e reflexo na relação do Judiciário com os Poderes Executivo e Legislativo, a saber: o direito de greve no serviço público (Mandados de Injunção nºs 670, 708 e 712), a constitucionalidade da Lei de Biossegurança (ADI nº 3.510), a restrição ao uso de algemas (Súmula Vinculante nº 11) e a vedação ao nepotismo na Administração Pública (Súmula Vinculante nº 13).

Partindo da premissa de que “não existe norma jurídica senão norma jurídica interpretada”,⁶ é preciso lançar um olhar mais apurado sobre os aplicadores do Direito, tidos por nós como atores estratégicos. Verificamos hoje que o significado dos dispositivos constitucionais resulta, em boa parte, do que o Supremo Tribunal Federal entende que eles sejam. Mas até que ponto a interpretação de uma norma não resulta na criação doutra? Em que medida o Judiciário, ao exorbitar de suas competências, redesenha a instituição e coloca em xeque o equilíbrio entre os Poderes? Pode a decisão judicial ir contra a soberania da lei e, conseqüentemente, ameaçar a segurança jurídica, corolário do Estado de Direito?

Objetivamos dar continuidade à análise da tomada de decisões sob o prisma dos desenhos institucionais em sede de pós-graduação. A nosso ver, cabe às teorias jurídicas contemporâneas buscar respostas aos questionamentos apresentados acima, visando, principalmente, entender em quais termos a teoria do direito clássica precisa ser reformulada e repensada para fazer frente às demandas de uma sociedade altamente complexa como a nossa.

⁶ HABÈRLE *apud* MENDES, Gilmar Ferreira. Prefácio in: *Hermenêutica Constitucional. A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação “procedimental” da Constituição*. Tradução Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1997, p. 9-10.

Capítulo 1

A judicialização da política e o ativismo judicial

No Brasil, é na sociedade pós-Constituição de 1988 que verificamos a expansão dos poderes do Judiciário na seara política, o que denominamos *judicialização da política*, e a mudança no perfil comportamental dos magistrados, que passam a querer fazer políticas públicas por meio de suas decisões, fato identificado como *ativismo judicial*. Neste capítulo, primeiro abordaremos o ambiente filosófico no desenvolvimento da judicialização (positivismo, pós-positivismo e pragmatismo) e as técnicas apresentadas pela nova hermenêutica para, em seguida, adentrarmos na análise específica desses fenômenos.

1.1. Uma breve análise do ambiente filosófico no desenvolvimento da judicialização da política

Durante grande parte da história da humanidade, governante e lei foram sinônimos – a lei era simplesmente a vontade do soberano.⁷ Na tentativa de controlar tal poder é que surge o Estado de Direito, que significa o império da lei, isto é, nenhum indivíduo ou cidadão está acima das normas jurídicas. O exercício da autoridade deriva da lei e está submetido às suas imposições. Busca-se então, por meio da legalidade, fornecer segurança, do ponto de vista jurídico, à sociedade. Paralelamente, ocorre a tripartição dos poderes do Estado,⁸ dividindo-os em funções e dando competências a órgãos diferentes: ao Legislativo cabe legislar, ao Executivo, administrar, e ao Judiciário, julgar.

⁷ A título de exemplificação, temos o Absolutismo, teoria política que dominou a Europa nos séculos XVII e XVIII, sintetizado na célebre frase atribuída ao rei da França Luís XIV (1661-1715): “L’État c’est moi” (O Estado sou eu).

⁸ Ainda hoje uma das pedras angulares do exercício do poder democrático, a Teoria da Separação dos Poderes (ou da Tripartição dos Poderes do Estado) é a teoria de ciência política desenvolvida por Montesquieu, no livro *O Espírito das Leis* (1748), que visou moderar o Poder do Estado dividindo-o em funções e dando competências a órgãos diferentes do Estado. Busca-se distribuir a autoridade por meios legais, de modo a evitar o arbítrio e a violência. “Só o poder freia o poder”, daí a necessidade de cada poder manter-se autônomo e constituído por pessoas e grupos diferentes.

O trabalho do intérprete era simplesmente o de buscar, na intenção do legislador, a finalidade da norma e de desconsiderar qualquer outra forma de produção do direito. O juiz era apenas a *boca que pronunciava as palavras da lei*,⁹ pois defendia-se a tese da plenitude hermética do sistema jurídico,¹⁰ pela qual não existiriam lacunas no ordenamento e, por isso, todos os casos concretos sob análise do Judiciário deveriam subsumir-se à lei – premissa maior e geral – sob pena de se instalar o caos, a insegurança e de se pôr em xeque o Estado de Direito.

Com apoio na *Teoria Pura do Direito*,¹¹ de Hans Kelsen, os juristas posicionavam-se como simples aplicadores da lei positiva, descompromissados com as implicações sociais e a justiça de suas decisões, já que os valores morais e éticos seriam fruto do poder do legislador, não fazendo parte do universo do intérprete.

Contudo, após as barbaridades ocorridas na primeira metade do século XX – com duas guerras mundiais, os regimes fascista e nazista, o holocausto, os governos ditatoriais na Europa e na América Latina (estes na segunda metade do século XX) – o positivismo jurídico foi acusado de ter sido sustentáculo ideológico dos regimes totalitários no campo do Direito.

Segundo Noel Struchiner, o positivismo jurídico abrange as seguintes teses: *ceticismo ético* (rejeita a existência de princípios morais e de justiça universalmente válidos ou, caso existam, nega a capacidade humana de reconhecê-los); *positivismo ideológico* (identifica o que é direito com base no critério de fonte, e não no de mérito, sendo que a obrigação moral de obedecer ao direito decorre de sua validade, e não de seu conteúdo moral); *formalismo jurídico* (afirma ser possível aplicar o direito em qualquer circunstância, pois é ele fechado, completo, consistente e preciso); e *positivismo conceitual* ou *proposição LP* (identifica o direito por meio de critérios de fonte, fáticos, empíricos, mas isso não implica o dever de obedecê-lo; tal exigência dependerá de um escrutínio moral). Portanto, é impossível agrupar os diversos pensadores positivistas e a pluralidade de teses heterogêneas sob um mesmo rótulo classificatório.

Entretanto, jusnaturalistas, juristas e operadores do direito lançaram mão de uma estratégia argumentativa conhecida como “falácia do espantalho”,¹² em que deixaram de lado

⁹ MONTESQUIEU *apud* COELHO, Inocêncio Mártires. O novo constitucionalismo e a interpretação constitucional. In: *Direito Público*, Porto Alegre, v. 12, 2006, p. 48-73.

¹⁰ O positivismo (tido nas concepções de positivismo ideológico e de formalismo jurídico) nega a existência de lacunas no sistema jurídico, eis que o mesmo seria uno, pleno, harmônico e consistente, pelo que toda controvérsia teria necessariamente uma solução prevista na lei.

¹¹ KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Tradução de João Baptista Machado. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

¹² A “falácia do espantalho” consiste em deturpar uma tese e depois atacar esta versão distorcida, facilitando sobremaneira a argumentação. Cf. STRUCHINER, Noel. Algumas “proposições fulcrais” acerca do direito: o

as distintas teses abrangidas pelo positivismo jurídico e caricaturaram-no sob a forma do positivismo ideológico – no qual o direito válido é automaticamente justo, servindo, portanto, para legitimar qualquer regime de força (por exemplo, o nazismo). Isso ocorre pois a única tese efetivamente compartilhada por todos os autores positivistas¹³ é apenas descritiva ou constitutiva do direito, ou seja, tão-só identifica o que é direito com base num critério de fonte, não tendo nenhuma pretensão de endossar ou criticar a prática jurídica; por constituir uma tese normativamente inerte e não servir de guia para ação, ela tende a ser repudiada pelos aplicadores do direito.

Diante das críticas ao método lógico-silogístico e de submissão do intérprete à vontade da lei e do legislador, começaram a surgir teorias apontando as limitações e deficiências do positivismo, em especial no que diz respeito à resolução de casos difíceis e à rígida separação entre direito, política e moral.

Ainda hoje muitos filósofos e doutrinadores entendem que ao juiz cabe somente buscar, por meio de interpretações semânticas e uso da analogia, a melhor norma a ser aplicada dentre aquelas válidas, pois sempre haverá uma norma, bastando que ele a descubra e aplique por meio da *subsunção*.¹⁴ Contudo, ganham destaque na Ciência Jurídica contemporânea movimentos que atribuem aos intérpretes e aplicadores do direito uma atitude menos passiva, como o pós-positivismo, o pragmatismo e a nova hermenêutica.¹⁵ Segundo Margarida Camargo:

o pós-positivismo busca na teoria da argumentação uma nova base metodológica para um direito vinculado necessariamente à moral dada a pretensão de correção que lhe é inerente; (...) o pragmatismo busca apoio e fonte de legitimidade para a ação interpretativa, nos efeitos da decisão, adotando uma visão mais política e instrumental do Direito; por fim, a nova hermenêutica busca uma maior elucidação do fenômeno interpretativo nas bases filosóficas da compreensão, que impregna as ciências humanas e sociais.¹⁶

debate jusnaturalismo vs. juspositivismo. *Direito, Estado e Sociedade*, Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, nº 17, ago/dez 2000, p. 399-505.

¹³ No *positivismo conceitual* ou *proposição LP*, o direito é válido por um critério de fonte, mas ele só pode ser exigido e obedecido após passar por um escrutínio moral. Ao separar conceitualmente direito e moral, esta tese permite independência conceitual entre ambos. Contudo, tendo em vista não fornecer à prática jurídica as diretrizes necessárias para a melhor realização do direito, ela é deturpada pelos aplicadores do direito. Cf. STRUCHINER, Noel. A primazia do positivismo conceitual. In: DIMOULIS, Dimitri; DUARTE, Écio Oto Ramos (org.). *Teoria do direito neoconstitucional: superação ou reconstrução do positivismo jurídico?*. São Paulo: Método, 2008, p. 317-337.

¹⁴ Pelo método lógico-dedutivo/silogístico, o juiz deve solucionar os casos sob sua análise sem extravasar o ordenamento jurídico, haja vista os princípios da coerência e completude do próprio sistema.

¹⁵ O movimento integra autores como Gadamer, Heidegger, Muller, Dworkin, Alexy, Habermas, Perelman e Dewey.

¹⁶ CAMARGO, Margarida Maria Lacombe. *Nova hermenêutica* (no prelo).

Nos casos em que se visualiza mais claramente o ativismo judicial, o magistrado, sob o argumento da insuficiência metodológica do formalismo jurídico, ora irá se valer do pós-positivismo, trazendo uma concepção de direito vinculado a valores e à moral, ora decidirá com fulcro no pragmatismo, optando por uma decisão que apresente melhores conseqüências em um dado contexto, e ora fundamentará seu comportamento com base na nova hermenêutica, reconhecendo as falhas da aplicação do método lógico silogístico como fator de legitimação do Direito.

1.1.1 Pós-positivismo

Enquanto o positivismo preocupa-se em estabelecer limites ao direito e distinguir elementos jurídicos dos extrajurídicos, focando-se apenas nos casos usuais e no direito determinado, o pós-positivismo busca identificar instrumentos de decisão em contextos que exijam uma justificação superior à dos casos de simples resolução, nos quais se lança mão da mera contemplação da norma. O pós-positivismo reconhece que há uma relação intrínseca entre o direito e a moral, fato constatado pela simples inclusão de princípios morais nos ordenamentos jurídicos. Em Constituições abertas, ou seja, nas quais se introduzem conceitos abstratos, a atribuição de significados decorrerá da decisão do intérprete no caso concreto, e certamente ao fazê-lo ele lançará mão de uma justificação moral. Para justificar as concepções são necessários critérios morais e políticos aplicáveis no caso concreto, por exemplo, o conceito de igualdade, dignidade, vida, liberdade de expressão, privacidade etc.¹⁷

Na fase pós-positivista, é atribuída eficácia normativa plena aos princípios, que saem do segundo plano e passam a ser protagonistas principais num cenário de moralização do direito. Segundo Robert Alexy, enquanto a regra é um mandado fechado, o princípio é um dado aberto, que deve ser concretizado na medida de suas possibilidades fáticas e jurídicas, dados os custos e benefícios envolvidos. A aplicação das regras ocorre pela subsunção; a dos princípios, pela ponderação, buscando conferir certo grau de racionalidade às decisões. Isto ocorre porque o silogismo ou dedução (justificação de primeiro nível) é suficiente apenas na

¹⁷ CALSAMIGLIA, Albert. Postpositivismo. In: *Doxa Publicaciones Periódicas*, v. 1, nº 21, 1998, p. 209-220.

Disponível em:

<http://www.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/doxa/23582844322570740087891/cuaderno21/volI/Doxa21_12.pdf>. Acessado em 18 set. 2008.

resolução de casos fáceis. Naqueles denominados difíceis, o jurista deverá recorrer, paralelamente, a um outro tipo de justificação, a externa (ou de segundo nível), que está na base da teoria da argumentação. É neste ponto que os princípios e valores morais ganham destaque.

Na teoria jurídica contemporânea, a principiologia extravasa o campo de definição dos princípios e busca colaborar para uma melhor compreensão da estrutura lógico-argumentativa das normas. Para Calsamiglia, as principais premissas do positivismo – identificação do direito como um conjunto de normas ditadas por autoridades e separação entre direito, moral e política – são afastadas no pós-positivismo sob dois fundamentos: primeiro, a aplicação da regra de reconhecimento para identificar o Direito e estabelecer seus limites não é suficiente na resolução de casos difíceis; segundo, apesar de o Direito não perder sua juridicidade por ser injusto, a avaliação moral se faz necessária para a criação de uma teoria que forneça instrumentos para pensar e imaginar soluções a problemas sem resolução imediata.¹⁸

Dessa forma, uma sociedade democrática estará bem desenhada se responder à virtude da integridade, ou seja, se atuar conforme princípios. Dworkin¹⁹ sugere tratar a comunidade como se fosse uma pessoa moral e exigir dela integridade moral. Ao considerarmos as comunidades políticas estatais como comunidades de princípios teríamos elementos suficientes para observar até que ponto as decisões do passado determinam o presente e até que momento estão justificadas as decisões dos poderes públicos. Para separar-se das decisões anteriores é preciso que existam razões públicas, estruturadas por um conjunto coerente de princípios, para decidir em um sentido determinado.

No pós-positivismo, o conteúdo principiológico e valorativo do Direito vem para fundamentar a persecução de um resultado efetivamente justo em casos complexos e principalmente para legitimar a atribuição de um determinado significado a enunciados normativos contestados, mantendo deste modo a pretensão de retidão e correção do Direito. A crescente utilização dos princípios no Direito significa também uma tendência em romper as fronteiras entre Direito, moral e política. Contudo, o jurista não pode, indiscriminadamente, utilizar argumentos morais e políticos; ele deve saber traduzi-los em termos jurídicos. Portanto, na corrente de pensamento pós-positivista, o princípio regulador do jurista

¹⁸ CALSAMIGLIA, Albert. Postpositivismo. In: *Doxa Publicaciones Periódicas*, cit., p. 218.

¹⁹ DWORKIN *apud* CALSAMIGLIA, Albert. ¿Por qué es importante Dworkin?. In: *Doxa Publicaciones Periódicas*, nº 2, 1984, p. 159-165. Disponível em:

<http://www.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/public/01474174522381695209079/cuaderno2/numero2_11.pdf>. Acessado em 18 set. 2008.

contemporâneo é o de perseguir os objetivos políticos e sociais valiosos na sociedade, respeitando as exigências da moral e sem abandonar o discurso jurídico.²⁰

1.1.2 Pragmatismo

A lei não contém uma valoração definitiva de todos os aspectos e circunstâncias que compõem cada hipótese de aplicação. Há ainda situações em que a aplicação da lei pode gerar resultados negativos (ao que denominamos *casos subótimos*).²¹ Nessas hipóteses, deve o juiz considerar os argumentos que vão contra a lei e deixar de aplicá-la?

Segundo Noel Struchiner, a escolha por um modelo formalista busca a preservação da previsibilidade, da certeza e da segurança jurídica, pois “os responsáveis pela tomada de decisões têm mais chances de errar quando têm o poder jurisdicional de escolher se vão aplicar a regra ou afastar o resultado gerado por ela”.²² Entretanto, se considerarmos que o juiz é moralmente responsável pelos efeitos de sua decisão, ele terá a obrigação de, ao solucionar um caso, valorar todas as alternativas e respectivas conseqüências.

Para o *Pragmatismo Jurídico*, teoria social e política com origem nos EUA na década de 1870,²³ a solução justa não corresponde necessariamente àquela conforme à lei. A idéia de correção e justiça está vinculada a dois fatores: *utilidade e beneficência dos efeitos da decisão e ênfase nas idéias de experiência e de prática*.

O primeiro fator, denominado *conseqüencialismo* ou *instrumentalismo*, indica que o significado de uma decisão, bem como a sua verdade, apenas podem ser conhecidos se foram verificados a partir do teste de suas conseqüências. “É para o futuro que o pragmatista olha e é para lá que ele se direciona. (...) É, portanto, antecipando decisões futuras que se produz conhecimento”.²⁴

²⁰ CALSAMIGLIA, Albert. El concepto de integridade en Dworkin. In: *Doxa Publicaciones Periódicas*, nº 12, 1992, p. 155-176. Disponível em: <http://www.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/public/02417288433804617422202/cuaderno12/doxa12_05.pdf>. Acessado em 18 set. 2008.

²¹ Simpósio Internacional Teorias Contemporâneas do Direito e desenhos institucionais: 20 anos da Constituição de 88. Palestra ministrada por Jeffrey Brand-Ballard (George Washington University) na UFRJ/FND no dia 13 de junho de 2008. A noção de casos subótimos nos remete às hipóteses em que a aplicação da lei traz resultados ruins, negativos, imorais ou que não correspondam às expectativas gerais da sociedade.

²² STRUCHINER, Noel. *O direito como um campo de escolhas*. Rio de Janeiro: Renovar (no prelo), 2008.

²³ POGREBINSCHI, Thamy. *Pragmatismo: teoria social e política*. Rio de Janeiro: Relume Dumará, 2005, p. 11.

²⁴ *Id.*, *ibid.*, p. 38-39.

O segundo fator, denominado *contextualismo*, reivindica, quando da tomada de decisões, consideração às práticas sociais, à cultura da sociedade (crenças políticas, religiosas, científicas) e às relações que ela mantém com as instituições. Para o pragmatista, o pensamento está sempre enraizado em um contexto de prática social. Daí a necessidade de a solução ser conforme às necessidades humanas e sociais num determinado espaço e tempo. Deste modo, o direito não é um “sistema fechado, cego e surdo ao contexto que o cerca”.²⁵ Logo, a melhor decisão será alcançada pelo uso das normas jurídicas e/ou de outros recursos disponíveis, ainda que extrajurídicos (*método comparativo-consequencialista*). Verificamos no pragmatismo que a adequação jurídica da decisão não está vinculada a entidades metafísicas – o absoluto, a unidade, o livre-arbítrio etc. –, mas à sua conformidade com os fatos num dado contexto.

Enquanto o positivista dá enfoque ao passado para fundamentar sua decisão, respeitando os precedentes e idolatrando a lei (tida como ato de autoridade), o pragmatista coloca o Direito como ferramenta social, consistindo sua decisão em verdadeira opção política. O pragmatismo pode ser compreendido como um “método com atitude”, pois constitui um meio de resolver disputas metafísicas, de colocar um fim em questões tidas como intermináveis, analisando as consequências práticas da decisão. Deste modo, contrapõe-se também ao pós-positivismo, pois enquanto este pressupõe o conteúdo valorativo do direito, aquele prescinde de qualquer argumentação moral, justificando a tomada de decisões com base na própria prática.²⁶

No pragmatismo, há primazia do contextualismo sobre o convencionalismo, do futuro sobre o passado, do problema sobre o sistema, devendo o juiz antever as consequências de sua decisão na sociedade (impacto social) e agir para o futuro (e não com base em postulados do passado). Não há necessidade de consenso universal quanto às premissas utilizadas²⁷, pois a verdade científica não determina necessariamente a “verdade” jurídica. Temos então os poderes da argumentação no discurso jurídico, pela qual o magistrado irá apresentar um nível aceitável de motivação e justificativa pela tomada de decisão.

Uma crítica feita por Dworkin ao pragmatismo, e especificamente ao utilitarismo, é que este, ao sustentar uma teoria política baseada em objetivos, coloca em xeque os direitos

²⁵ EISENBERG, José; POGREBINSCHI, Thamy. Pragmatismo, direito e política. *Novos Estudos*. CEBRAP, São Paulo, v. 62, 2002, p. 107-121.

²⁶ CAMARGO, Margarida Maria Lacombe. Fundamentos filosóficos do pragmatismo jurídico. In: *Revista do Direito e do Estado*, v. 6, 2007, p. 185-212.

²⁷ O pragmatismo é em sua essência antifundacionalista, pois rejeita qualquer tipo de abstração, categorização e generalização.

individuais. Segundo o filósofo norte-americano, apesar de o pragmatismo constituir uma doutrina que tem promovido o bem-estar social, ele representa um sério obstáculo para o progresso moral, pois subordina todos os valores a um único critério supremo, o do bem-estar social.²⁸

1.1.3 Nova hermenêutica

A nova hermenêutica, cuja origem remonta ao pensamento filosófico alemão da primeira metade do século XX, surge para suprir as deficiências da lógica formal como instrumento de legitimação do Direito. Seu maior expoente, Hans-Georg Gadamer, faz uma crítica ao predomínio do método científico como única forma de conhecimento possível, reconhecendo que a neutralidade, pureza e imparcialidade exigidas do sujeito cognoscente nas ciências naturais não são apropriadas às “ciências do espírito” (humanas e sociais).²⁹

Enquanto o método lógico-dedutivo ou subsuntivo (positivismo) impõe um distanciamento necessário entre sujeito cognoscente e objeto cognoscível para se chegar a um resultado válido, a nova hermenêutica reconhece que a situação histórica dá ao ser uma determinada perspectiva, e isso não deve ser ignorado, mas sim somado à carga valorativa e interpretativa. Temos então a pré-compreensão como condição do conhecimento, permitindo uma aproximação entre sujeito e objeto históricos (*fenômeno de pertencimento*).³⁰

A participação do intérprete na história, pela tradição, implica a sua inserção no contexto a ser elucidado e no problema a ser resolvido, pois sendo indivíduo com vivências culturalmente compartilhadas na sociedade, não pode ele abstrair-se de si mesmo na compreensão de algo. Deste modo, quando o intérprete e aplicador do Direito decide priorizar o direito à não-discriminação em detrimento da liberdade de imprensa,³¹ ou então prefere o

²⁸ DWORKIN *apud* CALSAMIGLIA, Albert. ¿Por qué es importante Dworkin?, *cit.*, p. 159-165.

²⁹ CAMARGO, Margarida Maria Lacombe. *Hermenêutica e argumentação: uma contribuição ao estudo do direito*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

³⁰ Para Gadamer, “a hermenêutica deve partir do fato de que compreender é estar em relação, a um só tempo, com a coisa mesma que se manifesta através da tradição e com uma tradição de onde a ‘coisa’ possa me falar. (...) O intérprete encontra-se suspenso entre o seu pertencimento a uma tradição e a sua distância com relação aos objetos que constituem o tema de suas pesquisas”. Cf. GADAMER, Hans-Georg. *O problema da consciência histórica*. Rio de Janeiro: FGV, 1998, p. 67-68.

³¹ No HC nº 82.424/RS, o STF entendeu que o alcance do termo “racismo” empregado na Constituição Federal, art. 5º, inciso XLII, abrangia a discriminação à comunidade judaica atribuída a Siegfried Ellwanger, sendo, portanto, imprescritível a conduta do paciente. Neste julgamento, tido como memorável, tinha-se, de um lado, a liberdade de expressão e, de outro, a dignidade e igualdade humana, o regime democrático e os valores inerentes a uma sociedade pluralista. A decisão fixou que a garantia de liberdade de expressão termina quando esta é usada

prosseguimento de pesquisas com células-tronco embrionárias a engessar o desenvolvimento científico com fundamento num conceito generalizante de vida, ele o faz lançando mão de sua perspectiva como sujeito histórico, sociológico e cultural.³²

Ao reconhecer sua relação de pertencimento com o objeto estudado, o hermenauta visualiza a si mesmo como ser histórico, integrante do contexto que o circunda (passado, presente e futuro). Isso ocorre porque nas Ciências Humanas sempre há uma aproximação com a moral, o que demanda raciocínio valorativo e, conseqüentemente, com um nível aceitável de justificativa e motivação. Portanto, o discurso jurídico se fundamenta pelas justificativas que apresenta, e estas pressupõem um destinatário, a quem se pretende convencer (*lógica intersubjetiva*). Segundo Perelman:

“O raciocínio jurídico deixa de ser, nessa perspectiva, uma simples dedução silogística cuja conclusão se impõe, (...), mas não é tampouco simples busca de solução eqüitativa (*ars aequi*), que poderá ou não ser inserida na ordem jurídica em vigor. (...) A tarefa que o juiz se impõe é portanto a busca de uma síntese que leve em conta, ao mesmo tempo, o valor da solução e sua conformidade ao direito”.³³

Nesse contexto, a *lógica formal* – processo silogístico, em que a conclusão advém de procedimento dedutivo da premissa maior – cede lugar à *lógica da ponderação* ou do *razoável*, pela qual a razão é aceita não do ponto de vista da contemplação, mas em virtude da justificação das nossas convicções e opiniões.³⁴ Deste modo, quando o tribunal se afasta de uma compreensão anterior, ele não rompe arbitrariamente com o passado, colocando em risco os jurisdicionais. Ao contrário, ele busca superar as insuficiências com base em sua prática social.

para pôr em prática a discriminação, pois tal conduta coloca em xeque um dos pilares da democracia, a idéia de igualdade.

³² ADI nº 3.510, objeto de análise no capítulo 3 deste estudo.

³³ PERELMAN, Chaïm. *Lógica jurídica: nova retórica*. São Paulo: Martins Fontes, 1999, p. 114.

³⁴ Segundo Margarida Camargo, “o autor rompe com a postura positivista-kelseniana e vê o ordenamento jurídico firmado sobre uma pauta valorativa. E como os valores são por natureza arbitrários, nenhum sistema, por mais adiantado que seja, pode ser inteiramente lógico e eliminar toda a sua arbitrariedade. Logo, os princípios gerais de um sistema, em vez de afirmarem o que é, determinam o que vale, mas de forma arbitrária e não fundamentalmente lógica, como quer Kelsen quando apresenta a sua norma fundamental”. Cf. CAMARGO, Margarida Maria Lacombe. *Op. cit.*, p. 190.

1.2. Uma noção sobre a textura aberta das normas e os casos difíceis no Direito

A linguagem humana é dotada de *textura aberta*, isto é, termos classificatórios gerais. Segundo Hart, “os cânones de interpretação não podem eliminar estas incertezas, embora possam diminuí-las; porque estes cânones são eles próprios regras sobre uso da linguagem e utilizam termos gerais que, eles próprios, exigem interpretação”. Em alguns casos, denominados simples ou claros, basta subsumir fatos particulares em “epígrafes classificatórias gerais e retirar uma conclusão silogística simples”;³⁵ em outros, contudo, “o poder discricionário que assim lhe é deixado pela linguagem pode ser muito amplo; de tal forma que, se ela aplicar a regra, a conclusão constitui na verdade uma escolha, ainda que possa não ser arbitrária ou irracional”.³⁶

Para Noel Struchiner, a noção de *casos difíceis, insólitos* ou *de penumbra*³⁷ tem sido utilizada para indicar situações fáticas em que não é possível encontrar uma solução trivial ou uma única solução correta, pois: o sistema é defeituoso por não conter uma regra geral (lacunas normativas); não se sabe se um caso particular deve ser inserido dentro de uma norma geral por falta de conhecimento a respeito dos fatos relevantes do caso (lacunas de conhecimento); há incerteza sobre a inclusão ou não do caso dentro da regra, em virtude da indeterminação semântica dos termos gerais empregados na norma (lacunas de reconhecimento).³⁸

O julgamento de casos difíceis é a arena onde se dá mais visivelmente o embate entre o formalismo jurídico e as novas teorias hermenêuticas quanto ao problema da aplicação do direito. É, portanto, na análise de recentes decisões do Supremo Tribunal Federal em casos assim classificados que verificamos o advento de uma tendência revolucionária, a chamada judicialização da política. Segundo Luís Roberto Barroso:

O novo direito constitucional ou neoconstitucionalismo desenvolveu-se na Europa, ao longo da segunda metade do século XX, e, no Brasil, após a Constituição de 1988. O ambiente filosófico em que floresceu foi o do pós-positivismo, tendo como principais mudanças de paradigma, no plano teórico, o reconhecimento de força normativa à Constituição, a expansão da jurisdição

³⁵ HART, Herbert. *O conceito de direito*. Tradução de A. Ribeiro Mendes. 5. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2007, p. 139.

³⁶ *Idem*.

³⁷ STRUCHINER, Noel. Uma análise da noção de casos difíceis do direito em um contexto positivista. *Direito, estado e sociedade*, Rio de Janeiro, v. 9, n. 17, ago/dez 2000, p. 83-93.

³⁸ STRUCHINER, Noel. Aplicação e conseqüências da noção de textura aberta da linguagem para a filosofia do direito. In: *AnaLógos – Anais da I SAF-PUC*. Rio de Janeiro: Booklink, 2001, p. 92-100.

constitucional e a elaboração das diferentes categorias da nova interpretação constitucional. (...)

A constitucionalização, o aumento da demanda por justiça por parte da sociedade brasileira e a ascensão institucional do Poder Judiciário provocaram, no Brasil, uma intensa judicialização das relações políticas e sociais.³⁹

3. O neoconstitucionalismo, a judicialização da política e o ativismo judicial

Na visão tradicional, os direitos fundamentais são mera proteção contra a Administração Pública e há rígida separação dos Poderes. Na visão moderna, os direitos fundamentais revestem-se de mandados normativos direcionados ao Estado, adquirindo uma feição objetiva, e não apenas subjetiva. Eles não são considerados apenas como proibições de intervenção, mas também como postulados de proteção, expressando a proibição do excesso, proibições de proteção insuficiente ou imperativos de tutela.⁴⁰ Por isso, diante da inoperância dos órgãos legiferantes, o Judiciário recorre a princípios gerais e atua no lugar dos poderes políticos.

O neoconstitucionalismo concebe a Constituição como uma ordem concreta de valores, marcada pela “eficácia irradiante dos direitos fundamentais, pela argumentação jurídica e pela metodologia da ponderação”.⁴¹ Esta teoria propõe uma leitura moralizante da Constituição, conferindo-lhe significados que promovam a sua aplicação da melhor forma possível.

O movimento de judicialização da política ganha destaque 20 anos após a promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil em virtude, principalmente, da crise de credibilidade que padecem o Legislativo e o Executivo e da emergência do Judiciário como um *Terceiro Gigante*.⁴² A comunidade jurídica busca, por meio de um longo

³⁹ BARROSO, Luís Roberto. *Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito: o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil*. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7547&p=2>>. Acessado em 06 abr. 2008.

⁴⁰ MENDES, Gilmar Ferreira. Voto na ADI nº 3.510 (Lei de Biossegurança).

⁴¹ SILVA, Alexandre Garrido da. O Supremo Tribunal Federal e a leitura política da Constituição: entre o perfeccionismo e o minimalismo. In: XVII Encontro Preparatório do CONPEDI: cidadania e a efetividade dos direitos, 2008, Salvador. *Anais do XVII Encontro Preparatório do CONPEDI*. Florianópolis: Fundação Boiteaux, 2008.

⁴² O termo é usado por Mauro Cappelletti, que diz que o surgimento de um dinâmico Terceiro Gigante, como guardião e controlador dos poderes políticos do novo estado Leviatã, constitui por si mesmo um acontecimento não imune aos riscos de perversão e abuso. Cf. CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes legisladores?*. Tradução de Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Ed. Sergio Antonio Fabris, 1993, p. 49.

processo hermenêutico, dar efetividade aos valores comuns institucionalizados abstratamente na Carta Magna na forma de princípios e direitos fundamentais.⁴³

Dos 250 artigos na parte permanente da Carta Magna de 1988, 126 ficaram pendentes de lei complementar para entrar em vigor, mas apenas 60 deles foram regulamentados pelo Congresso Nacional, deixando suspensas questões trabalhistas (art. 7º, I e XI, que dispõem, respectivamente, sobre a indenização compensatória na hipótese de despedida arbitrária e sobre a participação dos empregados nos lucros ou resultados da empresa), regras sobre a criação de municípios,⁴⁴ normas sobre a estrutura do serviço público e a política nacional. Diante desse quadro, recentemente o STF resolveu suprir a omissão dos parlamentares quanto a alguns dispositivos constitucionais. Um dos casos de maior repercussão foi a aplicação, em 25 de outubro de 2007, da lei de greve vigente no setor privado (Lei nº 7.783/89) aos servidores públicos civis, assegurando a efetividade do artigo 37, inciso VII, da Constituição Federal.⁴⁵ Ao resumir o tema, o ministro Celso de Mello salientou que:

Não mais se pode tolerar, sob pena de fraudar-se a vontade da Constituição, esse estado de continuada, inaceitável, irrazoável e abusiva inércia do Congresso Nacional, cuja omissão, além de lesiva ao direito dos servidores públicos civis – a quem se vem negando, arbitrariamente, o exercício do direito de greve, já assegurado pelo texto constitucional –, traduz um incompreensível sentimento de despreço pela autoridade, pelo valor e pelo alto significado de que se reveste a Constituição da República.⁴⁶

Segundo José Eisemberg, a judicialização corresponde ao processo de “infusão de processos decisórios e de procedimentos típicos de tribunais nas arenas políticas onde estes processos e procedimentos não se faziam presentes”.⁴⁷ O fenômeno abrange dois contextos:

⁴³ CITTADINO, Gisele. Judicialização da política, constitucionalismo democrático e separação de poderes. In: WERNECK VIANNA, Luiz (org.). *A democracia e os três poderes no Brasil*. Belo Horizonte: UFMG/IUPERJ/FAPERJ, 2002, p. 17-42.

⁴⁴ Em 9 de maio de 2007 o STF, por unanimidade, julgou procedente a ADI nº 3.682, Rel. Gilmar Mendes, ajuizada pela Assembléia Legislativa do Estado de Mato Grosso contra o Congresso Nacional, em razão da mora na elaboração da lei complementar federal a que se refere o art. 18, § 4º, da CF, na redação da EC 15/96 (“*A criação, a incorporação, a fusão e o desmembramento de Municípios far-se-ão por lei estadual, dentro do período determinado por lei complementar federal, ...*”).

⁴⁵ A decisão, que é objeto de estudo no capítulo 3 deste trabalho, foi tomada no julgamento dos Mandados de Injunção (MIs) nºs 670, 708 e 712, ajuizados, respectivamente, pelo Sindicato dos Servidores Policiais Civis do Estado do Espírito Santo (Sindpol), pelo Sindicato dos Trabalhadores em Educação do Município de João Pessoa (Sintem) e pelo Sindicato dos Trabalhadores do Poder Judiciário do Estado do Pará (Sinjep). Os sindicatos buscavam assegurar o direito de greve para seus filiados e reclamavam da omissão legislativa do Congresso Nacional em regulamentar a matéria, conforme determina o artigo 37, inciso VII, da Constituição Federal.

⁴⁶ Voto do Ministro Celso de Mello no Mandado de Injunção nº 712-8/Pará, p. 24. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br/imprensa/pdf/MI670cm.pdf>>. Acessado em 12 out. 2008.

⁴⁷ EISENBERG, José. *Pragmatismo, direito reflexivo e judicialização da política*. In: WERNECK VIANNA, Luiz (org.). *A democracia e os três poderes no Brasil*. Belo Horizonte: UFMG/IUPERJ/FAPERJ, 2002, p. 43-62.

1. a “*politização do Judiciário*”, que consiste na reação do Poder Judiciário à provocação de um terceiro, com a finalidade de revisar uma decisão de poder político, tomando-se por base a constitucionalização de direitos e o mecanismo de *checks and balances*. Ao fazer revisão, o Judiciário estaria ampliando suas áreas de atuação e expandindo seus poderes de legislar e executar leis no sistema judiciário. Temos como exemplos os remédios constitucionais (*habeas corpus*, mandado de segurança, mandado de injunção, entre outros) e o controle de constitucionalidade de leis e atos normativos exercido pelo Judiciário;
2. a “*tribunalização da política*”, que é a incorporação de procedimentos judiciais pelas instituições administrativas, como, por exemplo, os tribunais e juízes administrativos no Executivo e as Comissões Parlamentares de Inquérito no Legislativo.

Em ambas as situações, utilizam-se métodos típicos da decisão judicial para a resolução de disputas de natureza política. A primeira tem sede no Judiciário; a segunda, nos Poderes Executivo e Legislativo.

C. N. Tate e T. Vallinder buscam descrever sob quais condições políticas surge o fenômeno da judicialização:⁴⁸

1. *Democracia*: condição necessária, mas não suficiente.
2. *Separação de Poderes*: não é condição necessária nem suficiente, mas constitui um facilitador para o fenômeno da judicialização.
3. *Política de direitos*: independentemente da existência de direitos políticos formalmente reconhecidos por uma Constituição, a aceitação de que as minorias têm direitos constitui ponto importante contra a supremacia da maioria, principalmente quando está em jogo a interpretação dos juízes.
4. *O uso dos tribunais pelos grupos de interesse*: os grupos de interesse passam a perceber o potencial de utilização dos tribunais na realização de seus objetivos, passando a manipular o significado de “direitos” para viabilizar seus interesses políticos.

⁴⁸ Mantemos a ordem e a argumentação apresentada por TATE *apud* CARVALHO, Ermani; OLIVEIRA, Vanessa Elias. Judicialização da política: um tema em aberto. *Política Hoje*, Recife, v. 15, 2006, p. 01-15.

5. *O uso dos tribunais pela oposição*: os partidos de oposição utilizam-se com frequência dos tribunais para frear, obstaculizar e até mesmo impedir ações postas em prática pela maioria.
6. *Inefetividade das instituições majoritárias*: debilidade dos órgãos representativos, gerando uma crise de governabilidade.
7. *Percepções das instituições políticas*: surge quando não existe acordo que propicie a governabilidade na cúpula e uma insatisfação generalizada na base. A tendência é que prevaleça a legitimidade e o maior respeito que todos têm pelo Judiciário, de que certamente os políticos não estariam gozando.
8. *Instituições majoritárias delegam*: quando questões envolvem decisões políticas cujo custo é muito alto, por exemplo, os casos de aborto, eutanásia, adoção por casais homossexuais, as instituições majoritárias delegam aos tribunais a tarefa de decidir caso a caso. Isso acontece porque não há interesse da maioria dos políticos em pôr fim a tais questões.

As causas de emergência da judicialização irão variar em cada país de acordo com as suas particularidades (democracia, separação dos poderes, direitos políticos etc.). Já o aumento da litigância na arena política, ao qual denominamos *ativismo judicial*, pode ser ocasionado por mecanismos institucionais ou por uma alteração no modo de interpretar dos juízes. Pretendemos, no capítulo 3 deste trabalho, por meio do estudo de alguns julgados do Supremo Tribunal Federal, analisar o caso brasileiro.

Desde já é importante distinguir o fenômeno *judicialização da política* (gênero) do fenômeno *ativismo judicial* (espécie). O primeiro consiste no emprego de procedimentos judiciais em áreas de deliberação política. Já o segundo compreende a mudança de perfil do magistrado em querer fazer políticas públicas. Lá, o julgamento de ações que envolvam políticas governamentais constitui, por si só, um processo de judicialização da política.⁴⁹ Aqui, o magistrado, antes inerte, assume a responsabilidade de, com sua decisão, influir no meio político. Portanto, enquanto a judicialização é resultado de um conjunto de macro-fatores globais (políticos, econômicos e sociais), o ativismo decorre de uma mudança de postura comportamental dos próprios magistrados no âmbito da instituição Judiciária.

⁴⁹ TATE, C. N. e VALLINDER, T. *apud* CARVALHO, Ernani; OLIVEIRA, Vanessa Elias. Judicialização da política: um tema em aberto, *cit.*, p. 07.

Werneck Vianna⁵⁰ sistematiza os entendimentos acerca dos efeitos da invasão do direito na política em dois eixos analíticos, a saber: *eixo procedimentalista* (representado por Jünger Habermas e Antoine Garapon) e *eixo substancialista* (representado por Mauro Cappelletti e Ronald Dworkin).

Para o *eixo procedimentalista*, quando os procedimentos políticos de mediação cedem lugar aos judiciais, expondo o Poder Judiciário a uma interpelação direta de indivíduos e grupos sociais, reduz-se os cidadãos à condição de indivíduos-clientes de um Estado que tudo provê, o que leva à perda da liberdade, ao gozo passivo de direitos, à privatização da cidadania, ao paternalismo estatal, e ao estabelecimento de uma justiça de salvação. Portanto, a invasão do direito na política provoca efeitos disfuncionais na cidadania, pois acarreta um desestímulo a um agir orientado para fins cívico-reivindicatórios.

Nesse sentido, o gigantismo do Poder Judiciário seria um indicador de que o juiz e a lei teriam se tornado “as derradeiras referências de esperança para indivíduos isolados, socialmente perdidos” e a justiça seria então “um último refúgio de um ideal democrático desencantado”.⁵¹ Isso ocorre porque, após a decadência do Estado Social, as esperanças nele depositadas se transferem para a justiça, que se encaminha para a realização da ação política.

Para Habermas,⁵² na democracia, a Corte Constitucional deve se limitar a uma compreensão procedimental da Constituição e “entender a si mesma como protetora de um procedimento legislativo democrático, isto é, como protetora de um processo de criação democrática do direito, e não como guardiã de uma suposta ordem suprapositiva de valores substanciais”. Segundo ele, a interferência do Poder Judiciário na edição de normas interfere sobre a racionalidade no processo de criação democrática da lei, para a qual são centrais os direitos comunicativos e de participação de uma livre e ativa cidadania.

Para o *eixo substancialista*, o juiz atua como intérprete do justo na prática social e declara como direito princípios já admitidos socialmente – e não princípios arbitrários. Por isso, as novas relações entre direito e política seriam favoráveis ao enriquecimento da agenda igualitária, sem prejuízo da liberdade.

Dworkin, ao analisar a Suprema Corte norte-americana, recusa uma posição passiva do Judiciário. Para ele, a interpretação do juiz deve ser “constrangida pelo princípio da coerência normativa face à história do seu direito e da sua cultura jurídica”.⁵³

⁵⁰ WERNECK VIANNA, Luiz; et. al. *Op. cit.*

⁵¹ GARAPON *apud* WERNECK VIANNA, Luiz; et. al. *Op. cit.*, p. 24-25.

⁵² HABERMAS *apud* WERNECK VIANNA, Luiz; et. al. *Op. cit.*, p. 29.

⁵³ WERNECK VIANNA, Luiz; et. al. *Op. cit.*, p. 37.

Para Cappelletti, não se pode compreender a criação da lei como resultado de um procedimento substancialmente democrático, pois os grupos marginais, destituídos de acessar os poderes políticos, não têm seus direitos fundamentais respeitados pela vontade da maioria.⁵⁴ Após a deslegitimação do Estado como instituição de tutela social, os setores mais pobres e desprotegidos vêm procurar no Judiciário um lugar substitutivo para suas expectativas de direitos e de aquisição de cidadania. Convocado ao exercício de papéis constitucionais que o identificam como guardião de valores fundamentais, o Judiciário profere decisões que, muitas vezes, implicam limites à vontade da maioria. Verifica-se então que o “simbolismo da democracia passa do Estado – mundo político – para a Justiça – mundo burocrático”.⁵⁵

Como já observamos, a constitucionalização resultou numa atuação ampla por parte do Judiciário – e particularmente de sua Corte Suprema, o STF – em questões políticas, econômicas e sociais, posicionando os tribunais como instância decisória final em quaisquer litígios que envolvam direitos e garantias positivados.

A atuação pró-ativa dos tribunais, além de estar condicionada aos parâmetros institucionais do Judiciário, é fortemente marcada pelas características comportamentais de seus integrantes. Os traços individuais refletem “se o grupo é mais ou menos homogêneo, do ponto de vista ideológico e doutrinário, se prevalecem comportamentos mais ou menos reservados, atitudes mais ou menos agressivas, mais ou menos sensíveis aos problemas sociais”.⁵⁶

Muitas vezes, os tribunais são chamados a decidir casos de tamanha complexidade que seus julgamentos são tidos como memoráveis, pois, devido às controvérsias do tema, as teses das partes (autor e réu, defesa e acusação) são igualmente sustentáveis num e noutro sentido, causando um *desacordo moral razoável*.⁵⁷ Será que tais temas estão abarcados pela

⁵⁴ Mauro Cappelletti usa a expressão “tirania da maioria” para se referir aos Poderes Legislativo e Executivo, representantes democráticos do povo que levam a cabo projetos ou reformas apenas para satisfazer interesses de minorias e, via de regra, sem consulta à vontade da coletividade. Cf. CAPPELLETTI, Mauro. *Op. cit.*, p. 41-49

⁵⁵ CARVALHO, Ernani; OLIVEIRA, Vanessa Elias. Judicialização da política: um tema em aberto, *cit.*, p. 04.

⁵⁶ SADEK, Maria Tereza Aina. Ativismo judiciário a pleno vapor. In: *O Estado de S. Paulo Digital*. Caderno ALIÁS, 31 ago. 2008, p. 04. Disponível em: <<http://www.estadao.com.br/suplementos/alias.htm>>. Acessado em 24 set. 2008

⁵⁷ Simpósio Internacional Teorias Contemporâneas do Direito e desenhos institucionais: 20 anos da Constituição de 88. Palestra ministrada por Cláudio Souza Neto (UFF) na UFRJ/FND no dia 12 de junho de 2008. Aspectos interdisciplinares das decisões moral e jurídica. Segundo Cláudio Souza Neto, quando há um desacordo moral razoável, ou seja, as teorias são igualmente sustentáveis num e noutro sentido, o Direito deve reconhecer que não tem competência para analisar toda a complexidade que envolve o tema e deve se auto-restringir (por exemplo o caso da Reserva Indígena Terra Raposa do Sol). Quando há desacordo moral razoável e complexidade imensa do caso, o Judiciário deve se restringir e privilegiar a decisão majoritária. É preciso racionalizar a atividade judiciária para que continue a exercer sua competência com legitimidade.

competência institucional do Judiciário? Pode, nessas situações, o Judiciário impor seu entendimento? Pode ele decidir em sentido contrário ao determinado pelo Legislativo ou Executivo, como, por exemplo, na *política de cotas* criada pelo Programa Universidade para Todos (Prouni),⁵⁸ do Governo Federal?

Alguns juízes, na análise de questões polêmicas (*adoção de crianças por casais homoafetivos*, por exemplo) ou de casos difíceis (*aborto de feto anencefálico*⁵⁹), restringem seus pronunciamentos ao estritamente necessário para a solução da demanda, evitando intervir em áreas políticas e morais profundas. Essa estratégia de deixar as questões controversas em branco permite que os atores políticos eleitos democraticamente se mobilizem e promovam o debate do tema junto à sociedade.⁶⁰

Contudo, há juízes que, diante destes mesmos casos, pretendem esgotar todos os significados presentes na demanda e pacificar as divergências que circundam o tema. Ao apresentarem seus pronunciamentos, lançam mão de princípios e valores da Ciência Jurídica, Ciência Política, teoria do Estado e filosofia. Tais votos apresentam um discurso amplo, abstrato e geral, esmiúçam conceitos que são dispensáveis à solução do caso. Tal comportamento visa formar linhas de orientação para o futuro e demonstrar à comunidade qual a postura adotada pelo tribunal, exercendo deste modo forte influência sobre os demais Poderes.⁶¹

Segundo Ernani Carvalho, quando da tomada de decisões em casos difíceis, os juízes levam em consideração, além das suas inclinações pessoais no plano ideológico, uma série de outros fatores. Um deles é a opinião pública, “uma vez que a falta de legitimidade eleitoral direta dos tribunais tornam-nos mais vulneráveis enquanto órgãos de soberania, especialmente

⁵⁸ O acesso a universidades e a legalidade do sistema de cotas criado pelo Prouni (Lei nº 11.906/05) é tema em análise pelo Supremo nas ADI nºs 3330 e 3314. Em abril de 2008, o ministro Ayres Britto votou pela constitucionalidade do programa, que é contestado pela Confederação Nacional dos Estabelecimentos de Ensino (Confenem) e pelo Democratas (DEM).

⁵⁹ A discussão sobre a possibilidade de interrupção da gravidez de feto anencefalo está na pauta do STF na ADPF nº 54.

⁶⁰ As estratégias *minimalistas* e *formalistas* de justificação das decisões judiciais são apresentadas em SUNSTEIN, Cass. *One case at a time: judicial minimalism in the Supreme Court*. Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 1999, p. 07. *apud* SILVA, Alexandre Garrido da. O Supremo Tribunal Federal e a leitura política da Constituição: entre o perfeccionismo e o minimalismo. In: XVII Encontro Preparatório do CONPEDI: cidadania e a efetividade dos direitos, 2008, Salvador. *Anais do XVII Encontro Preparatório do CONPEDI*. Florianópolis: Fundação Boiteaux, 2008.

⁶¹ A crítica ao *perfeccionismo* refere-se ao fato de, além de os magistrados não serem legitimados democraticamente, é grande a probabilidade de suas decisões em casos difíceis serem falíveis. Cf. SUNSTEIN, Cass. *Radicals in robes: why extreme right-wing Courts are wrong for America*. New York: Basic Books, 2005, p. xii. *apud* SILVA, Alexandre Garrido da. O Supremo Tribunal Federal e a leitura política da Constituição: entre o perfeccionismo e o minimalismo. In: XVII Encontro Preparatório do CONPEDI: cidadania e a efetividade dos direitos, 2008, Salvador. *Anais do XVII Encontro Preparatório do CONPEDI*. Florianópolis: Fundação Boiteaux, 2008.

quando enfrentam a vontade de maiorias parlamentares ao declararem a inconstitucionalidade de atos legislativos”.⁶² Ademais, constatou-se que, em casos que utilizaram fontes documentais e métodos de observação, os juízes comportam-se de modo estratégico, antecipando as possíveis reações da opinião pública e dos atores políticos às suas decisões.

1.4. O Judiciário como representante argumentativo da sociedade

Verificamos no neoconstitucionalismo uma mudança de paradigma. Antes, entendia-se que a lei – expressão renovada da vontade geral – era congenitamente legítima e soberana, e os seus autores, como representantes dos anseios do povo, não deveriam submeter-se a controle ou censura estranhos ao Congresso. Agora, a lei passa à condição de ato infraconstitucional sujeito a controle de legitimidade, formal e material, em face da Constituição, a qual assume a função de norma suprema e de fundamento de validade de todo o ordenamento jurídico, compondo um conjunto de regras e de princípios dotados de força normativa própria e aplicabilidade imediata.

O controle da lei é agora confiado a todos os agentes oficiais incumbidos de sua interpretação e aplicação, inclusos desde os órgãos da jurisdição ordinária até as cortes constitucionais, que estão acima dos demais Poderes e desfrutam, por isso, de mais prerrogativas que as concedidas ao legislador.⁶³ Nesse contexto, a chamada judicialização da política caracteriza-se, segundo Inocêncio Coelho,⁶⁴ por mais Constituição do que leis, mais juízes do que legisladores, mais princípios do que regras, mais ponderação do que subsunção e mais concretização do que interpretação. O Judiciário hermético dá lugar a uma instituição pró-ativa, que decide traçando orientações para o futuro.

Entretanto, em nenhuma hipótese é permitido ao juiz julgar conforme seu arbítrio; cabe a ele fundamentar seus pronunciamentos nas leis e princípios jurídicos. Por isso, lança-se mão das técnicas interpretativas e argumentativas para dar legitimidade e credibilidade às decisões. Daí a necessidade de compreender os modos de utilização da Hermenêutica

⁶² CARVALHO, Ernani. Em busca da judicialização da política no Brasil: apontamentos para uma nova abordagem. *Revista de Sociologia e Política*, Curitiba, v. 23, 2004, p. 115-126.

⁶³ WERNECK VIANNA, Luiz; et. al. *Op. cit.*

⁶⁴ COELHO, Inocêncio Mártires. *O novo constitucionalismo e a interpretação constitucional*. In: *Direito Público*, Porto Alegre, v. 12, 2006, p. 48-73.

Jurídica, tida como ciência interpretativa que justifica a atribuição de significados ao enunciado normativo quando da tomada de decisões pelo Judiciário.

Para Gisele Cittadino, no constitucionalismo democrático, o Judiciário se abre para a interpretação dos valores compartilhados pela comunidade com vistas a sua efetivação. A afirmação da dignidade da pessoa humana e da solidariedade e a ampliação do âmbito de proteção dos direitos – não mais considerados normas programáticas que dependem da vontade do legislador, mas princípios que constituem programas de ação, objetivos que implicam o dever de ação do Estado – promovem a redefinição das relações entre os três Poderes.

Na defesa dos direitos, objetivo assumido pelo Supremo Tribunal Federal como justificativa para o ativismo judicial, exige-se dos magistrados reforço da argumentação como instrumento para legitimar suas decisões, pois, muitas vezes, o mero enquadramento da situação fática na norma não é suficiente, fazendo-se necessário lançar mão de princípios, os quais, em regra, admitem distintas interpretações e orientações.

A insuficiência da lógica dedutiva está na base do surgimento, na década de 1950, da teoria da argumentação jurídica, por obra de autores como Viehweg (1964), Perelman (1989) e Toulmin (1958).⁶⁵ Robert Alexy, filósofo e constitucionalista alemão, nos ensina que se há nos Estados modernos uma luta pelos direitos fundamentais, o árbitro dessa luta não é o povo, mas o Tribunal Constitucional, de modo que “o parlamento representa o cidadão politicamente, o tribunal constitucional argumentativamente”:

O princípio fundamental: ‘Todo poder estatal origina-se do povo’ exige compreender não só o parlamento, mas também o tribunal constitucional como representação do povo. A representação ocorre, decerto, de modo diferente. O parlamento representa o cidadão politicamente, o tribunal argumentativamente. Com isso, deve ser dito que a representação do povo pelo tribunal constitucional tem um caráter mais idealístico do que aquela pelo parlamento. A vida cotidiana do funcionamento parlamentar oculta o perigo de que maiorias se imponham desconsideradamente, emoções determinem o acontecimento, dinheiro e relações de poder dominem e simplesmente sejam cometidas faltas graves. Um tribunal constitucional que se dirige contra tal não se dirige contra o povo senão, em nome do povo, contra seus representantes políticos. Ele não só faz valer negativamente que o processo político, segundo critérios jurídico-humanos e jurídico-fundamentais, fracassou, mas também exige positivamente que os cidadãos aprovelem os argumentos do tribunal se eles aceitarem um discurso jurídico-constitucional racional. A representação argumentativa dá certo quando o tribunal constitucional é aceito como instância de reflexão do processo político. Isso é

⁶⁵ ATIENZA, Manuel. *Cuestiones judiciales*. México: Fontamara, 2004, p. 9-23.

o caso, quando os argumentos do tribunal encontram eco na coletividade e nas instituições políticas, conduzem reflexões e discussões que resultam em convencimentos examinados. Se um processo de reflexão entre coletividade, legislador e tribunal constitucional se estabiliza duradouramente, pode ser falado de uma institucionalização que deu certo dos direitos do homem no estado constitucional democrático. Direitos fundamentais e democracia estão reconciliados.⁶⁶

Por ser a judicialização da política e o ativismo judicial fenômenos recentes em nossa sociedade, há ainda muitos questionamentos em branco: pode o Judiciário decidir casos não abarcados por sua competência institucional? Até que ponto os juízes modificam as leis ou atos dos demais Poderes? Até que ponto essas decisões interferem na aplicação de políticas públicas? Quais as forças políticas envolvidas ou em disputa? Em que condições as decisões são tomadas (conjuntura política)? Ocorre influência e/ou pressão externa? Os juízes atuam ideologicamente?⁶⁷ Qual a extensão e os limites do ativismo judicial?

No próximo capítulo, analisaremos a judicialização da política e o ativismo judicial à luz da teoria dos desenhos institucionais, ou seja, a mudança de postura comportamental, mormente dos ministros do Supremo Tribunal Federal, como mecanismo racional e intencional utilizado pelos magistrados para influir no ambiente sócio-político-cultural. Sob uma perspectiva institucional, buscaremos descrever o Poder Judiciário como ator corporativo, dotado de interesses e propósitos.

⁶⁶ ALEXY, Robert. Direitos fundamentais no Estado constitucional democrático. Para a relação entre direitos do homem, direitos fundamentais, democracia e jurisdição constitucional. Tradução de Luís Afonso Heck. In: *Revista Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, nº 217, jul./set. 1999, p. 55-66.

⁶⁷ CARVALHO, Ernani. Em busca da judicialização da política no Brasil: apontamentos para uma nova abordagem, *cit.*, p. 115-126.

Capítulo 2

O ativismo judicial à luz da teoria dos desenhos institucionais

A importância da análise institucional tem crescido exponencialmente desde a década de 1980 nas ciências sociais contemporâneas e nas diversas áreas do conhecimento interessadas na maneira como as instituições afetam a vida social, restringem a tomada de decisões e influenciam o conjunto de comportamentos da coletividade. Seriam as instituições suscetíveis de modelagem intencional ou, pelo contrário, seriam produtos da evolução social? Promoveriam os interesses de toda a sociedade ou apenas de grupos estratégicos?

As investigações institucionalistas adotam uma orientação positivista, uma vez que procuram descrever e explicar a gênese de políticas públicas sem, no entanto, sugerir procedimentos visando a superar os efeitos negativos decorrentes do arranjo institucional estudado.⁶⁸ Estas investigações podem ser divididas em duas fases: institucionalismo clássico e novo institucionalismo. O primeiro limita-se a observar as estruturas da instituição e supor que estas contribuem para a estabilidade social, aprovando as diversas maneiras pelas quais a consciência coletiva alcança o controle dos indivíduos. O segundo, ao notar que a ação individual está enraizada no contexto das organizações coletivas, prioriza o estudo sobre a forma como a conduta individual é modelada devido ao pertencimento a grupos mais amplos.

Com a transição do velho para o novo institucionalismo, passamos de um enfoque normativo da ação a um cognoscitivo; do compromisso à rotina; dos valores às premissas; da motivação à lógica de seguimento de regras.⁶⁹ As velhas formas institucionalistas estudavam

⁶⁸ Para ELLEN M. IMMERGUT, uma das mais conhecidas institucionalistas históricas, “o problema do novo institucionalismo seria justamente o de não permitir uma orientação normativa. A autora afirma que cabe aos institucionalistas sugerir maneiras para que as instituições forneçam resultados justos”. Cf. ANDREWS, Cristina W. Implicações teóricas do novo institucionalismo: uma abordagem habermasiana. In: *DADOS – Revista de Ciências Sociais*, Rio de Janeiro, Vol. 48, nº 2, 2005, p. 271-298. Paralelamente, temos no campo do direito o *positivismo conceitual*, que se propõe apenas a identificar o direito válido por um critério de fonte, sem pretensão de normatividade ou de servir como um guia para a prática jurídica. Cf. STRUCHINER, Noel. A primazia do positivismo conceitual. *Op. cit.*, p. 317-337.

⁶⁹ POWELL, Walter W.; DIMAGGIO, Paul J. (compiladores). *El nuevo institucionalismo em el análisis organizacional*: estudio introductorio de Jorge Javier Romero. Traducción de Roberto Ramón Reyes Mazzoni. México: Fondo de Cultura Económica, 1999.

apenas os detalhes característicos das estruturas administrativas, legais e políticas de uma determinada sociedade, descrevendo, comparando e contrastando as configurações institucionais em diversos países; sua análise de conflito de grupo e da estratégia organizacional era diretamente política.

Já o novo institucionalismo dá menos importância aos conflitos de interesse dentro e entre as organizações e observa a forma como as organizações respondem a esses conflitos desenvolvendo estruturas administrativas elaboradas; ele destaca o papel que as instituições podem desempenhar e focaliza os desejos observáveis e comportamentos concretos de grupos e indivíduos, buscando compreender por que os atores demandam coisas distintas em países diversos e por que os interesses de classes se manifestam de maneira desigual nas nações. O novo institucionalismo busca compreender de que modo os contextos institucionais em que o indivíduo se encontra moldam suas ações, afetam suas preferências, restringem suas possibilidades e desviam os efeitos de sua conduta.

Embora o novo institucionalismo busque elucidar o papel desempenhado pelas instituições na determinação dos resultados sociais e políticos, ele não constitui uma corrente de pensamento unificada, pois abrange ao menos três teorias independentes. Antes de analisarmos a relação entre as instituições e os atores sociais, faremos uma breve síntese dessas vertentes.

2.1. Uma síntese das três vertentes do neo-institucionalismo

A abordagem do novo institucionalismo surgiu como uma crítica ao behaviorismo, que aceita a idéia de que a soma das preferências individuais explica o comportamento coletivo, e ao estruturalismo, que atribui a uma determinada estrutura social a força causal de todos os arranjos comunitários. Contra essa aceção, os institucionalistas afirmam que a ação social é determinada por instituições, e não meramente pelo somatório de preferências.

Entende-se por instituição o conjunto de normas estabelecidas para a satisfação de interesses coletivos, as “regras do jogo em uma sociedade ou, mais formalmente, as limitações

idealizadas pelo homem que dão forma à interação humana. Por conseguinte, estruturam incentivos no intercâmbio humano, seja político, econômico e social”.⁷⁰

O institucionalismo distingue-se de outros paradigmas intelectuais, especialmente do individualismo metodológico, “ao apontar para a necessidade de se levar em conta, a fim de se compreender a ação dos indivíduos e suas manifestações coletivas, as mediações entre as estruturas sociais e os comportamentos individuais”.⁷¹ Essas mediações são precisamente as instituições. O pressuposto da linha teórica do novo institucionalismo é a idéia de que as instituições afetam o comportamento dos atores sociais. Desde o trabalho clássico de Hall e Taylor,⁷² considera-se que essa corrente de pensamento possui ao menos três métodos de análise: *institucionalismo histórico*, *institucionalismo da escolha racional* (típico da Ciência Política) e *institucionalismo sociológico* (típico da Sociologia, sendo representado pela teoria das organizações). Tais vertentes se diferenciam a partir de dois pontos:⁷³

1. O peso que atribuem aos conflitos de interesse e de poder ou à coordenação entre indivíduos na gênese das instituições;
2. O papel que imaginam que desempenham a racionalidade instrumental calculadora ou as representações e a cultura na relação entre as instituições e no comportamento dos atores.

2.1.1 Institucionalismo histórico

O institucionalismo histórico surge como reação aos métodos de análise da vida política que dominavam a década de 1960 e 1970, a saber: a *teoria dos conflitos entre grupos* e o *estruturo-funcionalismo*. O primeiro entende que o conflito entre grupos rivais pela apropriação de recursos escassos é central à vida política; o segundo considera que as situações políticas são respostas às exigências funcionais do sistema, sendo as características sociais, psicológicas ou

⁷⁰ NORTH *apud* BENSUSÁN, Graciela. *Diseño legal y desempeño real: instituciones laborales en América Latina*. México: Universidad Autónoma Metropolitana, 2006.

⁷¹ THÉRE, Bruno. As instituições entre as estruturas e as ações. In: *Lua Nova*, n° 58, 2003, p. 226-254.

⁷² HALL, Peter A.; TAYLOR, Rosemary C. R. As três versões do neo-institucionalismo. In: *Lua Nova*, n° 58, 2003, p. 193-224.

⁷³ THÉRE, Bruno. As instituições entre as estruturas e as ações. In: *Lua Nova*, n° 58, 2003, p. 226-254.

culturais dos indivíduos os parâmetros responsáveis pelo bom funcionamento da organização. O institucionalismo histórico explica o conflito em função da promoção de determinados interesses em detrimento de outros, bem como da distribuição desigual do poder e dos recursos. Por outro lado, eles aceitam a idéia de comunidade política como um sistema global composto de partes que interagem (*funcionalismo*), mas defendem a organização institucional como principal fator a estruturar o comportamento coletivo e seus resultados distintos (*estruturalismo*).

Na década de 1970, os estudiosos dessa vertente passaram a focar o Estado e demais instituições sociais e políticas não como árbitros neutros decidindo interesses concorrentes, mas como conjuntos complexos de instituições capazes de estruturar as interações sociais e os resultados dos conflitos entre grupos visando a dar origem a situações políticas e econômicas próprias do país.

Os teóricos do institucionalismo histórico definem instituição como “procedimentos, protocolos, normas e convenções oficiais e oficiosas inerentes à estrutura organizacional da comunidade política ou da economia política”,⁷⁴ ou seja, eles a associam a regras ou convenções editadas por organizações formais (organização constitucional, sindicatos, bancos ou empresas, por exemplo).

Para tentar explicar como as instituições afetam o comportamento dos indivíduos, os institucionalistas históricos oferecem dois tipos de respostas: uma sob a *perspectiva calculadora*, outra sob a *perspectiva cultural*.

Quanto ao *modo como os atores se comportam*, sob a perspectiva calculadora, os indivíduos buscam maximizar seus rendimentos e, para tanto, examinam todas as escolhas possíveis, selecionando de forma estratégica a melhor. Em geral, seus objetivos e preferências são definidos de maneira exógena com relação à análise institucional. Sob a perspectiva cultural, embora o comportamento seja racional e orientado para fins, ele jamais é inteiramente estratégico, pois está limitado pela visão de mundo própria do indivíduo. Isso porque os indivíduos recorrem com freqüência a protocolos estabelecidos ou a modelos de comportamento já conhecidos para atingir seus objetivos. Às vezes, a escolha de uma linha de ação depende mais da interpretação de uma situação do que de um cálculo puramente utilitário.

⁷⁴ HALL, Peter A.; TAYLOR, Rosemary C. R. As três versões do neo-institucionalismo. In: *Revista Lua Nova*, nº 58, 2003, p. 193-224.

Quanto ao *quê fazem as instituições*, pela perspectiva calculadora, elas afetam os comportamentos ao incidirem sobre as expectativas de um ator no tocante às ações que os outros são suscetíveis de realizar, ou seja, ao oferecerem aos atores um certo grau de certeza quanto ao comportamento dos demais. Sob a perspectiva cultural, as instituições fornecem modelos morais e cognitivos que permitem a interpretação e a ação. Além de fornecerem informações úteis de um ponto de vista estratégico, elas também afetam a identidade, a imagem de si e as preferências que guiam a ação.

Quanto ao *motivo de as instituições se manterem*, sob a perspectiva calculadora, as instituições se mantêm porque os indivíduos ganham mais aderindo a elas do que as evitando. Já a perspectiva cultural explica a persistência das instituições ao enfatizar que muitas das convenções ligadas às instituições sociais não podem ser objeto explícito de decisões individuais, haja vista serem tão convencionais que escapam a qualquer questionamento direto; enquanto construções coletivas, não podem ser transformadas de um dia para o outro pela simples ação individual.

Os teóricos do institucionalismo histórico analisam o modo como as instituições conferem a certos grupos um acesso desproporcional ao processo de decisão, repartindo o poder de maneira desigual entre os grupos sociais e legitimando relações assimétricas.

Quanto ao *desenvolvimento das instituições*, os teóricos da corrente histórica defendem que a causalidade social é dependente da trajetória percorrida, ou seja, as forças são modificadas pelas propriedades de cada contexto local, propriedades essas herdadas do passado. As mais importantes dessas propriedades são consideradas de natureza institucional. Eles rejeitam o postulado pelo qual as mesmas forças ativas produzem em todo lugar os mesmos resultados. As políticas herdadas existentes estruturam decisões subseqüentes; as políticas adotadas no passado condicionam políticas ulteriores, ao encorajarem as forças sociais a se organizarem segundo certas orientações de preferências a outras, a adotar identidades particulares.

2.1.2 Institucionalismo da escolha racional

James Coleman foi o principal introdutor nos EUA, durante a década de 1980, do institucionalismo da escolha racional em Sociologia.⁷⁵ Este enfoque é muito útil para explicar o comportamento de indivíduos tanto na política como em outros âmbitos das relações sociais sempre que a identidade dos atores estiver estabelecida e as regras de interação forem precisas e conhecidas pelos agentes interativos.⁷⁶ Ele surgiu no contexto do estudo de comportamentos no interior do Congresso dos Estados Unidos quando teóricos buscaram explicar como as decisões legislativas permaneciam estáveis apesar de haver revezamento periódico dos membros. Eles identificaram que as regras da Casa, ao fixarem pautas e procedimentos, limitavam o comportamento dos legisladores, logo, as instituições diminuía os custos de transação, propiciando aos parlamentares os benefícios da troca, o que viabilizava a adoção de leis estáveis.

Os teóricos institucionalistas que se vinculam à abordagem da escolha racional postulam que os atores compartilham um conjunto determinado de preferências ou de gostos e se comportam de modo utilitário para maximizar a satisfação de suas preferências, com frequência num alto grau de estratégia. Eles também tendem a considerar a vida política como uma série de dilemas de ação coletiva, definidos como situações em que os indivíduos que agem de modo a maximizar a satisfação de suas próprias preferências o fazem com o risco de produzir um resultado subótimo para a coletividade. Tais dilemas se produzem porque a ausência de arranjos institucionais impede cada ator de adotar uma linha de ação que seria preferível no plano coletivo.

Os teóricos crêem que as instituições são capazes de alterar as expectativas de atores que agem estrategicamente, o que pode assegurar efeitos sociais desejáveis. Ademais, enfatizam o papel da interação estratégica na determinação das situações políticas. Primeiro, porque o comportamento de um ator é determinado não por forças históricas impessoais, mas por um cálculo estratégico; segundo, porque esse cálculo é influenciado pelas expectativas do ator relativas ao comportamento provável dos outros atores. As instituições estruturam essa interação ao influenciarem a possibilidade de alternativas e ao oferecerem informações ou mecanismos de

⁷⁵ THÉRE, Bruno. As instituições entre as estruturas e as ações. In: *Lua Nova*, n° 58, 2003, p. 238.

⁷⁶ POWELL, Walter W.; DIMAGGIO, Paul J. (compiladores). *Op. cit.*

adoção que reduzem a incerteza quanto ao comportamento dos outros, incentivando os atores a se dirigirem a certos cálculos ou ações. Trata-se de um enfoque calculador para explicar a influência da instituição sobre a ação individual. Uma limitação dessa teoria é sua tendência em deixar de lado as distorções que as visões valorativas do mundo introduzem nas decisões racionais.

Quanto à origem das instituições, este segmento defende que o processo está centrado na noção de acordo voluntário e num ganho obtido pela cooperação – a instituição minimiza os custos de transação, de produção e de influência.⁷⁷ Já a manutenção dela se justifica em virtude do valor assumido pelas suas funções aos olhos dos atores. Logo, as instituições são tidas como mecanismos desenvolvidos para reduzir os custos de transação inerentes a todo intercâmbio, constituindo soluções eficientes aos problemas de comportamento coletivo, ou seja, são elas produto de desenho humano consciente, resultado de ações úteis realizadas por indivíduos orientados instrumentalmente.⁷⁸

Deste modo, temos que a ação individual se supõe como uma adequação ótima a um ambiente institucional e “a interação entre indivíduos se supõe como uma resposta ótima entre uns e outros. Portanto, as instituições prevalecentes (as regras do jogo) determinam o comportamento dos atores, o qual, em seu momento, tem conseqüências políticas ou sociais”.⁷⁹

Na crítica ao institucionalismo de escolha racional, Immergut afirma que este enfoque negligencia as implicações normativas dos problemas observados no processo de tomada de decisões, ou seja, a assimetria de poder, pois não é possível ordenar as preferências de indivíduos de forma a atender o interesse de todos os cidadãos. Para a autora, a ausência de um padrão de

⁷⁷ “Commons define instituição de forma ampla como o resultado de toda transação entre pessoas envolvendo regras operativas que estabilizam a tensão entre as outras duas dimensões das transações, que são o conflito e a cooperação. Para ele, o fato de duas pessoas estranhas estabelecerem transações entre si significa que elas se encontram num estado de interdependência de fato, e, portanto, possuem a obrigação de buscar a coordenação, ao mesmo tempo que há entre elas oposição, *a priori*, em relação aos resultados da transação; assim, de um lado, elas dependem umas das outras, sendo esse inclusive o motivo da realização da transação, o que não impede, por outro lado, que entrem em conflito sobre a distribuição dos recursos que pensam em conseguir. (...) A instituição é, dessa perspectiva, o que permite manter, estabelecendo limites, a tensão dinâmica entre os princípios do conflito e da cooperação, que são constitutivos das transações: as regras comuns aceitas pelos agentes nas transações introduzem princípios de ordem que permitem que elas sejam operadas e reproduzidas no tempo.” Cf. THÉRE, Bruno. As instituições entre as estruturas e as ações. In: *Lua Nova*, nº 58, 2003, p. 249. “Os regulamentos do Congresso norte-americano são explicados em termos dos ganhos obtidos nas trocas entre seus membros. As disposições constitucionais adotadas na Inglaterra em 1688 são explicadas com referência às vantagens que oferecem aos proprietários”. Cf. HALL, Peter A.; TAYLOR, Rosemary C. R. As três versões do neo-institucionalismo. In: *Revista Lua Nova*, nº 58, 2003, p. 206.

⁷⁸ POWELL, Walter W.; DIMAGGIO, Paul J. (compiladores). *Op. cit.*

⁷⁹ TSEBELIS, George *apud* POWELL, Walter W.; DIMAGGIO, Paul J. (compiladores). *Op. cit.*, p. 14.

justiça, fato que obstaculiza o aperfeiçoamento das instituições, pode ser superado a partir de argumentos habermasianos.

Para Habermas, é impossível desconsiderar as posições estratégicas, as percepções e a relação de comunicação dos atores, pois “ninguém pode se colocar em uma situação transcendental em relação ao mundo-da-vida, de forma a aferir objetivamente qual seria a distribuição justa de poder”.⁸⁰ Para o autor, a legitimidade *de facto* das instituições apenas pode ser estabelecida pela prática, ou seja, “pela deliberação intersubjetiva de atores sociais cujos projetos de vida são afetados pelas instituições”.⁸¹ Por isso, segundo a sua *teoria da democracia*, qualquer instituição pode ser objeto de crítica e reforma, desde que mediante consenso da comunidade política sobre mudanças que devem ser introduzidas ou ainda sobre a criação de novas instituições. Em outras palavras:

O padrão de justiça não é “externo” aos atores sociais, mas é construído por esses mesmos atores por meio de discursos práticos. Assim, não é necessário recorrer a um padrão absoluto, sendo preciso que os atores sociais busquem o entendimento mútuo sobre as reformas institucionais.⁸²

Desta forma, segundo Habermas, não é necessário encontrar um padrão de justiça substantiva para criticar as limitações das instituições, pois é possível revisá-las e reformá-las por meio de consensos políticos da comunidade. Verificamos que o autor considera necessárias às democracias modernas as instituições, pois é por meio da intervenção delas no meio social que se obtêm a legitimidade das normas e da imposição de sanções. Segundo ele, a aplicação de sanções tem por objetivo alterar o comportamento de atores que agem estrategicamente de modo a preservar a vontade coletiva expressa nas leis. Contudo, Habermas, diferentemente dos institucionalistas de escolha racional, não considera que a ação estratégica seja o único tipo de ação social possível. Para ele, é preciso considerar também a ação comunicativa, uma vez que, nas sociedades democráticas, a ação só pode ser aceita como legítima enquanto não violar as normas que incorporam a razão comunicativa.⁸³

⁸⁰ ANDREWS, Cristina W. Implicações teóricas do novo institucionalismo: uma abordagem habermasiana. In: *DADOS – Revista de Ciências Sociais*, Rio de Janeiro, Vol. 48, n° 2, 2005, p. 277.

⁸¹ *Idem.*

⁸² *Idem.*

⁸³ Para Habermas, na prática social prevalece a razão comunicativa, que visa à busca de entendimento ou consenso mútuo entre agentes e interlocutores. Este processo de comunicação está na base de toda interação, pois somente uma

2.1.3 Institucionalismo sociológico

O institucionalismo sociológico surge no final da década de 1970 numa crítica à visão do mundo social abstraído de qualquer influência de práticas associadas à cultura e identificado como reflexo exclusivo da racionalidade. Os teóricos tomam como ponto de partida a constatação da imensa homogeneidade de práticas e acordos que se encontram no mercado de trabalho, escolas, Estados e corporações e, a partir daí, buscam demonstrar que os sistemas burocráticos, sempre vistos como produto de esforço racional de elaboração de estruturas eficazes visando a cumprir as tarefas da organização, também deveriam ser considerados como práticas culturais.

Esta perspectiva destaca as formas em que se estrutura a ação e se faz possível a ordem mediante sistemas compartilhados de regras, uma vez que limitam a tendência e a capacidade dos atores para otimizar, e privilegiam alguns grupos cujos interesses são assegurados pelas sanções e recompensas prevaletentes. Os institucionalistas sociológicos têm uma concepção mais ampla de instituição, definindo-a como as regras, procedimentos ou normas formais, bem como “os sistemas de símbolos, os esquemas cognitivos e os modelos morais que fornecem ‘padrões de significação’ que guiam a ação humana”.⁸⁴ Eles propõem a interpenetração entre “instituição” e “cultura” e a consideração de cultura não só como valores e atitudes afetivas, mas também como uma rede de hábitos, símbolos e cenários que fornecem modelos de comportamento.

Enquanto os teóricos da escolha racional oferecem explicações funcionais das formas em que as instituições representam soluções eficientes aos problemas e conflitos, os sociólogos se concentram no modo como as instituições estabelecem as vias pelas quais se buscam soluções. Para os primeiros, as instituições influenciam apenas os cálculos estratégicos dos indivíduos; para os segundos, refletem também as suas preferências, a sua maneira de interpretar o mundo, de atribuir significados na vida social e de considerar o comportamento dos outros atores.

argumentação em forma de discurso – no qual os atores participam livremente e em situação de simetria – permite o acordo de indivíduos quanto à validade das proposições ou à legitimidade das normas. Cf. GONÇALVES, Maria Augusta Salin Gonçalves. Teoria da ação comunicativa de Habermas: possibilidades de uma ação educativa de cunho interdisciplinar na escola. In: *Educação & Sociedade*, nº 66, ano XX, abril/99, p. 125-140.

⁸⁴ HALL, Peter A.; TAYLOR, Rosemary C. R. As três versões do neo-institucionalismo. In: *Revista Lua Nova*, nº 58, 2003, p. 209.

Quanto ao impacto das instituições na ação individual, o institucionalismo sociológico apresenta dois enfoques: um *normativo* e outro *cognitivo*. Naquele, as instituições prescrevem normas que são internalizadas pelos indivíduos quando da sua socialização, especificando o que se deve fazer em um certo contexto. Neste, as instituições fornecem esquemas, categorias e modelos cognitivos que são indispensáveis à ação, influenciando, portanto, o comportamento. Então, quando o indivíduo age conforme uma convenção social, ele se constitui simultaneamente como ator social, empregando ações dotadas de significado social e reforçando a convenção a que obedece.

Quanto ao surgimento e à modificação das práticas institucionais, os teóricos do institucionalismo sociológico defendem que elas surgem e se modificam não para conferir mais eficácia às suas finalidades, mas sim para reforçar a sua legitimidade social e ratificar o papel social de seus adeptos bem como suas visões de mundo. O que confere legitimidade aos arranjos institucionais são as fontes de autoridade cultural. Temos, por exemplo, o Estado, cujo papel regulador impõe, pela via da autoridade, numerosas práticas às organizações; profissionais dotados de autoridade cultural que, devido a crescente especialização da atividade, impõem a seus membros certas normas ou práticas; estudiosos, pesquisadores e cientistas que, após um processo de discussão mais interpretativo em foros e colóquios internacionais, concretizam a intuição de práticas institucionais apropriadas.⁸⁵

O institucionalismo sociológico traz à tona a questão da legitimidade, pois a própria emergência de instituições é considerada um processo de legitimação, como apontam Hall e Taylor:

As instituições não afetam apenas o cálculo estratégico de indivíduos, como os institucionalistas de escolha racional afirmam, mas também influenciam suas preferências mais básicas e mesmo a própria identidade. As auto-imagens e identidades de atores sociais seriam constituídas de formas institucionais, imagens e sinais fornecidos ela vida social.⁸⁶

Neste enfoque, a ação estratégica é orientada para o entendimento mútuo, logo, a relação dos atores sociais com a sociedade é também interpretativa, e não apenas instrumental. De

⁸⁵HALL, Peter A.; TAYLOR, Rosemary C. R. As três versões do neo-institucionalismo. In: *Revista Lua Nova*, nº 58, 2003, p. 212.

⁸⁶ HALL, Peter. A.; TAYLOR, Rosemary C. Political Science and the Three New Institutionalisms. In: *Political Studies*, nº XLIV, 1996, p. 936-957 *apud* ANDREWS, Cristina W. Implicações teóricas do novo institucionalismo: uma abordagem habermasiana. In: *DADOS – Revista de Ciências Sociais*, Rio de Janeiro, Vol. 48, nº 2, 2005, p. 270.

maneira semelhante, Habermas sustenta que apenas a orientação para o entendimento mútuo pode fornecer a legitimidade demandada pelas instituições formais que impõem sanções.⁸⁷

Verificamos que, apesar de o institucionalismo histórico, o da escolha racional e o sociológico serem englobados sob o mesmo rótulo de *neo-institucionalismo*, eles divergem bastante entre si. Tanto o conceito de instituição quanto os critérios metodológicos empregados na identificação da relação entre instituições e comportamentos irão variar se o fizermos com fulcro num enfoque ou noutro. Por esse motivo, passemos agora à análise comparativa dessas vertentes.

2.2. As vertentes do neo-institucionalismo comparadas

O conceito de instituição irá variar em cada uma das três vertentes do neo-institucionalismo. Para o histórico, as instituições modelam as estratégias, definem os objetivos e encaminham as situações de cooperação e conflito, estruturando a política e deixando marcas em seus resultados. Para o da escolha racional, elas definem ou restringem o comportamento que os atores políticos adotam na luta por alcançar seus objetivos, sendo importantes como elementos do contexto estratégico. Para o sociológico, elas consistem em padrões sociais que mostram um determinado processo de reprodução, não se resumindo necessariamente a um produto de desenho deliberado, embora sejam certamente resultado da atividade humana.

As três vertentes do neo-institucionalismo são diferenciadas com base em dois critérios metodológicos: no modo como encaram a relação entre instituições e comportamentos individuais (*cálculo/cultura*) e na maneira como vêem o processo de formação e transformação das instituições (*conflito/coordenação*).

Quanto ao primeiro critério discriminador, entendemos a relação entre instituições e comportamento de acordo com um “*enfoque de cálculo*” ou um “*enfoque cultural*”. O “*enfoque de cálculo*”, presente apenas no institucionalismo da escolha racional, enfatiza o caráter instrumental e estratégico do comportamento. Nesta perspectiva, as instituições têm sobre o

⁸⁷ ANDREWS, Cristina W. Implicações teóricas do novo institucionalismo: uma abordagem habermasiana. In: *DADOS – Revista de Ciências Sociais*, Rio de Janeiro, Vol. 48, n° 2, 2005, p. 270.

comportamento do indivíduo o efeito de reduzir a incerteza em relação à ação dos demais indivíduos. Na concepção puramente estratégica, “as instituições são vistas como resultado intencional, quase contratual, e funcional de estratégias de otimização de ganho por parte dos agentes. Elas podem, conseqüentemente, mudar de natureza depois que tenham desempenhado seu papel”.⁸⁸ Já o “*enfoque cultural*”, privilegiado pelo institucionalismo sociológico, enfatiza a dimensão rotineira do comportamento e o papel desempenhado pela visão de mundo do ator na interpretação de situações. Nesse caso, as instituições corresponderiam “aos planos morais e cognitivos de referência sobre os quais são baseadas a interpretação da ação”,⁸⁹ sendo elas tão convencionais que quase escapariam à análise.

O institucionalismo histórico por sua vez não segue essa rígida dicotomia metodológica, misturando os dois enfoques: os atores calculariam com base em seus interesses, mas ao mesmo tempo possuiriam diferentes visões de mundo, correspondentes às suas posições e contextos sociais. Assim, seus interesses e preferências seriam construídos politicamente, e não dados, como propõe o institucionalismo da escolha racional. Cálculo e cultura se combinariam para formar atores coletivos, que agiriam no plano de macro-instituições herdadas e com base em relações de poder assimétricas. Apesar de ser admissível a influência dos interesses e dos cálculos dos atores, as instituições não seriam entendidas como resultado intencional da ação de indivíduos, na verdade, elas teriam um duplo papel: “constranger e desviar o comportamento humano, mas também fornecer os meios para a libertação das cadeias sociais”.⁹⁰

Quanto ao segundo critério discriminador, explicamos o processo de origem e mudança das instituições como forma de regular conflitos ou como soluções para problemas de coordenação da ação humana. O institucionalismo histórico afirma que a instituição surge e se mantém para regular conflitos inerentes à assimetria de poder e ao desenvolvimento da diferenciação de interesses, o que contrasta com a postura do sociológico e o da escolha racional, que a vêem como uma solução para problemas de coordenação. O institucionalismo sociológico considera a coordenação por meio de dispositivos cognitivos central às organizações, ao passo que os conflitos de interesse e a luta política seriam periféricos; já a teoria da escolha racional afirma que indivíduos iguais têm preferências dadas, cujos problemas referem-se simplesmente à coordenação da ação.

⁸⁸ THÉRE, Bruno. As instituições entre as estruturas e as ações. In: *Lua Nova*, n° 58, 2003, p. 226-254.

⁸⁹ *Idem.*

⁹⁰ *Idem.*

O institucionalismo histórico e o sociológico não aceitam o exclusivismo da racionalidade instrumental como justificativa para os comportamentos e descartam as idéias de intencionalidade pura e atitude funcionalista, defendidas pelos teóricos da escolha racional, na definição da origem das instituições. Contudo, para o primeiro, a instituição tem raízes normativas, pois determina a conduta dos indivíduos; para o segundo, ela constitui um processo cognitivo, compreendendo não apenas normas e valores, mas também – e principalmente – cenários, regras e classificações. Os teóricos da escolha racional, por outro lado, vêem as instituições como soluções adaptadas eficazes “para os problemas da oportunidade, da informação imperfeita ou assimétrica, e dos custos de controle”.⁹¹

Em suma, quanto à relação entre instituições e comportamento, o institucionalismo histórico e o da escolha racional aproximam-se ao prestarem atenção ao cálculo estratégico dos atores na instituição, atribuindo a ela uma dimensão de libertação da ação individual, e não apenas de constrangimento; quanto à maneira de entender a gênese da instituição, o institucionalismo sociológico e o da escolha racional a vêem como solução ao problema de coordenação, já o institucionalismo histórico a visualiza como meio de regulação de conflitos de interesses.

2.3. Teoria dos desenhos institucionais: as instituições e os atores

A teoria do desenho institucional visa demonstrar a importância das estruturas coletivas e das instituições sociais na determinação das ações de indivíduos e grupos em uma determinada sociedade. O institucionalismo clássico se concentrava nas maneiras pelas quais as entidades coletivas – família, profissões, Igreja, escola, Estado – criam e constroem instituições, as quais, por sua vez, modelam os indivíduos. O novo institucionalismo prioriza a análise sobre de que maneira o pertencimento a grupos mais amplos modela a conduta individual, e também busca identificar como o fato de o indivíduo encontrar-se inserido em entes coletivos afeta suas preferências e possibilidades.

No desenho de instituições sociais, são focadas as maneiras pelas quais o passado deixa impressões no presente e restringe as ações e possibilidades particulares dos indivíduos. Contudo, só podemos falar de desenho em situações nas quais a intencionalidade cumpra um

⁹¹ THÉRE, Bruno. As instituições entre as estruturas e as ações. In: *Lua Nova*, n° 58, 2003, p. 226-254.

papel central para as instituições, entendidas aqui tanto como instituições formais (procedimentos legais, por exemplo) quanto como quaisquer intervenções em acordos que coordenam a conduta dos indivíduos dentro da sociedade (convenções conscientes, normas fixadas inconscientemente na sociedade). Portanto, a atividade do desenhista institucional não é puramente racional e livre de pré-compreensão, daí a necessidade de ele, muito mais do que as demais pessoas, compreender as formas como as heranças do passado limitam invariavelmente as suas próprias percepções de desenho.

O termo desenho/redesenho ganha o sentido de “criação de uma forma de promover resultados valiosos em um contexto particular que sirva de base para a ação”.⁹² Este processo deriva de “uma intervenção deliberada por parte de agentes dotados de intenção em busca de um objetivo, ainda que possa resultar também de transformações acidentais, inclusive do erro e da evolução na qual se resolvem algumas das tensões e contradições que as afetam”.⁹³ O uso de tais expressões só é possível em atividades essencialmente intencionais, ou nas quais a intencionalidade cumpra um papel central, ainda que indiretamente.

Segundo Goodin:

O conceito fundamental de desenho se refere à justa correspondência do objeto desenhado com seu ambiente. Um objeto bem desenhado é aquele que corresponde ajustadamente a seu ambiente. Uma instituição bem desenhada, em particular, seria aquela que resulte tanto coerente em seu interior como, externamente, em harmonia com o resto da ordem social em que se encontra inserida.⁹⁴

Temos dois tipos de desenhos: o *de sistemas* e o *sociocientífico*.⁹⁵ Pelo primeiro, que emerge no período pós-Segunda Guerra Mundial, vamos refletir acerca de contextos mais amplos – considerar todas as distintas forças em jogo e as interações entre elas; questionar conscientemente nossos próprios valores; e avaliar cuidadosamente o impacto que todas as

⁹² “Creación de una forma de promover resultados valiosos em um contexto que sirva de base para la acción.” Cf. BOBROW Y DRYZEK (1987) *apud* GOODIN, Robert E. *Teoría del diseño institucional*. Barcelona: Gedisa, 2003, p. 49.

⁹³ BOBROW Y DRYZEK, 1987; Goodin, 2003; *apud* BENSUSÁN, Graciela. *Op. cit.*

⁹⁴ “El concepto fundamental del diseño (...) se refiere a la ‘justa correspondencia’ del objeto diseñado com su entorno. (...) Un objeto bien diseñado es aquél que se corresponde ajustadamente com su entorno. Una institución bien diseñada, em particular, sería que resulte tanto coerente em lo interno como, externamente, em armonía com el resto del orden social em el cual se inserta”. Cf. GOODIN, Robert E. *Op. cit.*, p. 56.

⁹⁵ GOODIN, Robert E. *Op. cit.*, p. 47-48.

interações podem ter sobre o que consideramos valioso ou não a respeito dos resultados sociais. Pelo segundo, vamos assumir a idéia de justa correspondência entre o objeto desenhado (políticas, mecanismos, sistemas) e o contexto em que se insere, ou seja, que todas as peças devem ajustar-se corretamente num todo harmônico, em perfeito equilíbrio.

As instituições são fontes poderosas de estabilidade e mudança. Ainda que a institucionalização sempre tenha assumido, numa visão clássica, o papel de constranger comportamentos, o institucionalismo sugere que os sistemas variam na medida em que os atores levam a cabo a ação. Isso resulta no poder de certos atores, assim como no de agentes coletivos de determinadas classes, para suscitar a mudança. Tais tentativas de influência de um ator delimitado, com interesses específicos, representam somente uma categoria das possíveis justificativas de alterações sociais. Apesar de haver uma multiplicidade de explicações, a contemplação do indivíduo como agente de transformação é suficiente para o considerarmos como elemento indispensável à estrutura social. Nesse sentido, o novo institucionalismo deixa sua contribuição ao explicar o processo de mudança, já que considera as instituições como suscetíveis de desenho, e não somente como constrangimentos dados.

Goodin afirma que as instituições surgem de maneira acidental, em resposta a determinado acidente histórico, ou por evolução natural, e não da intenção. Contudo, para ele, este fato não restringe o campo de aplicação das teorias de desenho institucional. Isso porque embora as instituições sejam conseqüência de fatores independentes do desenho humano direto, a tendência e freqüência dos acidentes podem ser modeladas de maneira significativa pelas intervenções intencionais dos atores sociais.

Para Goodin, as instituições são resultado de atividades intencionais que saem do trajeto – subprodutos imprevistos, derivados de ações intencionais que se superpõem entre si, de intenções mal dirigidas ou simplesmente de um erro. Para explicar como se chega a esses resultados, deve-se apreciar tais intenções. Deste modo, “a explicação continua sendo intencional na forma, ainda que o resultado não o seja. Uma instituição pode, assim, ser efeito de uma ação intencional sem ser literalmente o produto deliberado da ação de alguém”.⁹⁶

A teoria social crítica de Habermas apresenta dois modos possíveis de ação social:

⁹⁶ GOODIN, Robert E. *Op. cit.*, p. 45.

1. a *estratégica*: modelo descrito por Weber para a ação cuja racionalidade é voltada para fins, na qual o ator busca realizar seus objetivos e, para isso, leva em consideração a ação dos demais indivíduos. Habermas a define como a *ação orientada para o sucesso* na qual o ator social considera todos os elementos e demais sujeitos da sociedade como objetos a serem utilizados como meios para alcançar o fim almejado (trata-se de uma relação “sujeito-objeto”).
2. a *comunicativa*: os atores sociais buscam harmonizar suas ações por meio de discursos que consistem na apresentação, crítica e obtenção de consenso sobre reivindicações de validade. O ator considera os demais indivíduos com quem interage como sujeitos que também possuem a capacidade para o discurso e o entendimento, por isso orienta sua ação para o entendimento mútuo (trata-se de uma relação “sujeito-sujeito”).

Os agentes sociais têm motivos para moldar a instituição num ou noutro sentido. Quando eles estão convencidos da posição assumida pela instituição e se sentem movidos por suas razões, colocam em prática as prescrições. Portanto, é insustentável a idéia de que as teorias de desenho ótimo⁹⁷ são interiorizadas sem reflexão prévia ou postas em prática automaticamente. Obtendo êxito, as instituições moldadas pelas ações ganham importância nas teorias do desenho ótimo, as quais acabam influenciando os valores e preferências dos indivíduos e, através deles, suas ações.

Neste contexto, segundo Goodin, é imprescindível identificar que tipos de princípios devem guiar o desenho institucional praticado pelos indivíduos. Para o autor, são necessários “princípios com uma ressonância moral profunda, pois o bom desenho institucional não é simplesmente uma questão da pragmática. Não se trata simplesmente de uma questão de ‘justa correspondência’ estética ou funcional”.⁹⁸ Contudo, ele reconhece que “não é desejável que suspendamos nossa busca de melhores instituições sociais até que tenhamos alcançado um acordo acerca de todas as verdades mais profundas da ética e da metafísica”.⁹⁹

⁹⁷ Pela teoria do desenho ótimo, a instituição age impedindo que cada indivíduo atue no plano coletivo visando apenas à satisfação dos próprios interesses, em detrimento de outros sujeitos, ou seja, o arranjo institucional é estruturado para demonstrar que é possível encontrar um outro resultado que satisfaça melhor um dos interessados sem que qualquer outro seja lesado (a cooperação pode deixar todos em melhor situação). Cf. HALL, Peter A.; TAYLOR, Rosemary C. R. As três versões do neo-institucionalismo. In: *Lua Nova*, nº 58, 2003, p. 205.

⁹⁸ GOODIN, Robert E. *Op. cit.*, p. 59.

⁹⁹ *Idem.*

Tendo em vista que as instituições são necessárias para a vida social, Goodin propõe uma análise sobre a moralidade desenhada e seus limites, haja vista que uma das funções mais importantes das instituições é a de bloquear ações perversas e a de permitir que a sociedade alcance vários de seus valores morais. Para tanto, ele destaca as diferenças no grau de institucionalização e no grau de separação entre a moralidade pessoal normal e a moralidade institucionalmente funcional.

Quanto ao *grau de institucionalização*, a evolução parte da justificação baseada em uma moralidade idiossincrática, “à palmatória”,¹⁰⁰ até uma justificação baseada na adequação à missão institucional. Quanto à *separação entre a moralidade pessoal e a institucional*, alguns atores aplicam aos casos a ética “da palmatória”, como se tivessem acesso privilegiado ao conhecimento do que é correto e incorreto. Isso ocorre principalmente quando se trata a função institucional como um princípio superior, o que permite aos atores se refugiarem em uma ética idiossincrática. Portanto, a moralidade individual certamente influi em muitas decisões institucionais.

É por meio de instituições que atingimos muitos de nossos objetivos morais. Contudo, a moralidade interna da instituição não é a simples soma das moralidades dos indivíduos que a compõem; ela é construída artificialmente, é resultado do alcance do objeto/objetivo da instituição. Enquanto “as instituições representam os constrangimentos externos que os indivíduos criam para estruturar e ordenar o ambiente, os modelos mentais são representações internas que os sistemas cognitivos individuais criam para interpretar seu ambiente”.¹⁰¹

Goodin afirma ser necessário determinar a melhor forma a ser assumida pela organização para que cumpra suas funções, sendo, desse modo, possível demonstrar a relação causal entre as ações particulares de seus funcionários e o alcance dos objetivos da instituição. Neste contexto, fazer algo meramente com base na própria crença em que a ação resulta adequada ao objetivo fundamental da instituição pode resultar imoral dentro de um determinado cenário.

Pode acontecer de o cumprimento de uma norma gerar um resultado subótimo, enquanto sua violação gerar um resultado melhor. A mobilização da instituição em aderir a uma norma de

¹⁰⁰ Robert Goodin usa a expressão “moralidad de la palmeta” para se referir à tomada de decisões, em sede institucional, com base na ética estritamente pessoal e individual.

¹⁰¹ POWELL, Walter W.; DIMAGGIO, Paul J. (compiladores). *Op. cit.*, p. 18.

conduta particular pode fornecer um resultado ótimo, contudo há maior probabilidade de que a violação individual dos procedimentos institucionais seja genuinamente contrária aos objetivos da instituição. A posição dos ministros do STF, por exemplo, exige a prática de ações que permitam à instituição alcançar seus objetivos. Quando um ministro renuncia a uma conduta porque entende que a ação, segundo as regras da instituição, entorpece este objetivo em lugar de promovê-lo, ele está, dentro da instituição, atuando incorretamente. No entanto, quando a ação se submete a um escrutínio externo e se verifica que ela promove o objetivo institucional, tal postura pode parecer correta. Deste modo, concluímos há dois entendimentos extremos: um sob a perspectiva institucional; outro, sob a indivíduo-social.

2.4. Supremo Tribunal Federal: ativismo e um novo desenho institucional

Observamos que a reprodução institucional tem sido associada às demandas de atores centrais, como o Estado, as profissões, os agentes dominantes. Se antes a instituição era apenas representada como constrangimento a comportamentos sociais, verificamos hoje que ela é também produto da ação humana.¹⁰² Buscaremos agora aplicar esta perspectiva institucional no campo do direito, especificamente no que tange ao fenômeno do ativismo judicial.

A amplitude dos temas abordados em nossa Carta Constitucional e a relevância dos assuntos levados à análise do Poder Judiciário, mormente no Supremo Tribunal Federal, têm provocado impactos no âmbito público, na esfera de ação corporativa e na área privada, refletindo traçados de, talvez, um novo redesenho institucional. A Suprema Corte agiganta-se a cada novo (iminente) julgamento memorável – cláusula de barreira, lei de biossegurança, reserva indígena, anencefalia, nepotismo, algemas, cotas, união homoafetiva, transposição do Rio São Francisco. Num país com extenso rol de direitos como o nosso – um dos mais amplos do mundo –, o poder da mais alta corte do Poder Judiciário é inquestionável.¹⁰³ Contudo, tendo em vista as conseqüências, no relacionamento entre os Três Poderes e no meio social, do ativismo judicial, é preciso discutir qual a extensão e os limites dessa nova postura comportamental dos ministros da Corte.

¹⁰² POWELL, Walter W.; DIMAGGIO, Paul J. (compiladores). *Op. cit.*, p. 57.

¹⁰³ MENDES, Gilmar Ferreira. A Constituição e a estabilidade democrática. In: *Folha de S. Paulo*. 19 de outubro de 2008. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/fsp/opiniao/fz1910200808.htm>>. Acessado em 20 out. 2008.

A proatividade da Corte tem seu contraponto nos riscos de extrapolação de funções, de violação dos preceitos democráticos e de contenda com os demais Poderes. Segundo Maria Tereza Aina Sadek, “está em jogo a força relativa das instituições e de seus integrantes, como também a distribuição de poder no interior das instituições, a manipulação de privilégios e a efetivação de projetos políticos”.¹⁰⁴ A Justiça passou a constar da agenda política e da pauta dos meios de comunicação como representante argumentativo da sociedade.

A partir da autonomia administrativa e financeira trazida pela Carta de 1988 e da solidez constitucional – adquirida com a superação de choques como o confisco radical da poupança, o impeachment do presidente eleito pelo povo, as crises agudas de hiperinflação e a corrupção –, a Corte tornou-se mais forte como representante da constitucionalidade e da ordem institucional. O Supremo passa a figurar como órgão-chave moderador nos embates democráticos.¹⁰⁵

A importância do Supremo Tribunal Federal na vida pública tem crescido nos últimos anos mediante a assunção de responsabilidade, pelos ministros, de aplicar e tornar concretos os inúmeros direitos e garantias fundamentais constitucionalizados, bem como em virtude de uma nova postura comportamental de seus integrantes, especialmente a do atual presidente da Corte, Ministro Gilmar Ferreira Mendes.

O Supremo Tribunal Federal assumiu a responsabilidade política de aplicar a Carta de modo a tornar concretos os inúmeros direitos e garantias fundamentais constitucionalizados em 1988. E a corte tem respondido – e o fará sempre – demonstrando profundo compromisso com o desenvolvimento desses direitos e corroborando, assim, a opção do constituinte pelo renovador princípio da esperança.¹⁰⁶

Devido à imensa complexidade de alguns casos sob análise do STF, o processo de tomada de decisões expõe e confronta princípios, convoca a debates e audiências públicas instituições, grupos e corporações, tudo visando a alcançar a decisão mais acertada para a questão. De um tribunal hermético e idólatra da lei e da segurança jurídica, a instituição assume o compromisso com a realidade, as conseqüências e os resultados de sua decisão.

¹⁰⁴ SADEK, Maria Tereza Aina. Ativismo judiciário a pleno vapor. In: *O Estado de S. Paulo Digital*. Caderno ALIÁS, 31 de agosto de 2008, p. 04. Disponível em: <<http://www.estadao.com.br/suplementos/alias.htm>>. Acessado em 24 set. 2008.

¹⁰⁵ MENDES, Gilmar Ferreira. A Constituição e a estabilidade democrática. In: *Folha de S. Paulo*. 19 de outubro de 2008. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/fsp/opiniao/fz1910200808.htm>>. Acessado em 20 out. 2008.

¹⁰⁶ *Idem*.

No próximo capítulo, iremos analisar alguns casos complexos levados a análise do Supremo Tribunal Federal e cujas decisões, ou foram tidas como memoráveis, ou causaram grande impacto na vida política e social. Veremos que, à medida que o formalismo positivista não mais atende às demandas do intérprete contemporâneo, ele vai em busca de outros métodos, optando pela decisão que melhor corresponda às necessidades humanas e sociais.

Capítulo 3

Estudo de casos: o ativismo judicial no Brasil

Os ministros do Supremo Tribunal Federal parecem ter assumido definitivamente o papel de atender às demandas da sociedade e de tornar aplicáveis os direitos fundamentais, atuando “na necessária evolução constitucional, por meio da interpretação do texto da Constituição”.¹⁰⁷ Nesse contexto, a Corte tem decidido casos históricos – como os relacionados ao racismo e ao anti-semitismo (HC nº 82.424/RS), à progressão de regime prisional (HC nº 82.959/SP), à cláusula de barreira (ADI nºs 1.351-3 e 1.354-8), à fidelidade partidária (Mandados de Segurança nºs 26.602, 26.603, 26.604) – e iniciado o julgamento de temas polêmicos, complexos e relevantes, como o aborto de feto anencéfalo, a demarcação de terras indígenas, o sistema de cotas em universidades, a união homoafetiva, entre outros.

Neste terceiro e último capítulo, optamos por analisar a decisão da Corte em quatro casos que tiveram grande impacto na sociedade e reflexo na relação do Judiciário com os Poderes Executivo e Legislativo, a saber: o direito de greve no serviço público, a constitucionalidade da Lei de Biossegurança, a restrição ao uso de algemas e a vedação ao nepotismo na Administração Pública.

3.1. O caso do direito de greve no serviço público (Mandados de Injunção nºs 670, 708 e 712)

No dia 25 de outubro de 2007, o Supremo Tribunal Federal determinou a aplicação da lei de greve vigente no setor privado (Lei nº 7.783/1989) aos servidores públicos. A decisão foi tomada no julgamento dos Mandados de Injunção nºs 670, 708 e 712, ajuizados, respectivamente, pelo Sindicato dos Servidores Policiais Cíveis do Estado do Espírito Santo (Sindpol), pelo

¹⁰⁷ MENDES, Gilmar. Os 20 anos da constituição brasileira. Palestra proferida em 24 de outubro de 2008 na Georgetown University. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=98200&caixaBusca=N>>. Acessado em 26 out. 2008.

Sindicato dos Trabalhadores em Educação do Município de João Pessoa (Sintem) e pelo Sindicato dos Trabalhadores do Poder Judiciário do Estado do Pará (Sinjep).

Os sindicatos buscavam assegurar o direito de greve para seus filiados e reclamavam da omissão legislativa do Congresso Nacional em regulamentar a matéria, conforme determina o artigo 37, inciso VII, da Constituição Federal. Da decisão divergiram parcialmente os ministros Ricardo Lewandowski, Joaquim Barbosa e Marco Aurélio, que estabeleciam condições para a utilização da lei de greve, considerando a especificidade do setor público, já que a norma foi feita visando ao setor privado, e limitavam a decisão às categorias representadas pelos sindicatos requerentes. Antes de adentrarmos no estudo da decisão e de seus reflexos institucionais, analisemos a evolução das formas de aplicação do mandado de injunção pela Corte.

O mandado de injunção é tido como um dos mais importantes instrumentos de defesa dos direitos fundamentais concebidos pelo constituinte originário. Previsto no art. 5º, LXXI c/c art. 102, I, *q*, da Constituição Federal, ele será concedido sempre que a falta de norma regulamentadora tornar inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania. Portanto, ele destina-se a garantir os direitos constitucionalmente assegurados, inclusive aqueles derivados da soberania popular, como o direito ao plebiscito, ao sufrágio, a iniciativa legislativa popular (art. 14, I, III, CF), bem como os chamados direitos sociais (art. 6º, CF), desde que o impetrante esteja impedido de exercê-los em virtude da omissão do órgão legiferante.¹⁰⁸

Identificamos três correntes de pensamento quanto aos efeitos da decisão em mandado de injunção:¹⁰⁹ na primeira, a decisão é meramente declaratória, ou seja, somente declara a inconstitucionalidade da omissão legislativa e dá ciência ao órgão competente, para as providências cabíveis; na segunda,¹¹⁰ a decisão tem natureza condenatória, pois admite-se que o Judiciário remova o referido obstáculo, viabilizando o exercício do direito no caso concreto; na terceira, a decisão tem natureza constitutiva, podendo ser adotada com validade oponível a

¹⁰⁸ MENDES, Gilmar Ferreira. Jurisdição Constitucional no Brasil: o problema da omissão legislativa inconstitucional. Discurso proferido no *14º Congresso da Conferência de Cortes Constitucionais Europeias*, realizado em Vilnius, capital da Lituânia, de 2 a 6 de junho de 2008, p. 1-20. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaArtigoDiscurso/anexo/Lituania.pdf>>. Acessado em 12 out. 2008.

¹⁰⁹ LEWANDOWSKI, Ricardo. Voto no Mandado de Injunção nº 708-0. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaAgendaMinistro/anexo/mi708.pdf>>. Acessado em 02 nov. 2008.

¹¹⁰ Dentre os autores que defendem essa concepção, pode-se mencionar Celso Agrícola Barbi, Flávia Piovesan e José Afonso da Silva.

todos (*erga omnes*) ou limitada à situação concreta (*inter partes*), cabendo ao Judiciário elaborar a norma faltante ou adotar outra já existente, compatível com a matéria pendente de regulamentação.¹¹¹

O tema do direito de greve do servidor público tem lugar de destaque na jurisprudência firmada pelo Supremo Tribunal Federal em sede de mandado de injunção. No MI nº 20, de relatoria do Ministro Celso de Mello, de 22 de novembro de 1996, firmou-se entendimento no sentido de que tal direito não poderia ser exercido antes da edição da lei complementar respectiva, sob o argumento de que o preceito constitucional que o reconhece constitui norma de eficácia limitada, não auto-aplicável. Em 07 de junho de 2006, a Corte propôs a revisão parcial desse entendimento, recomendando a adoção de um modelo de sentença de perfil aditivo.¹¹² Em 25 de outubro de 2007, reconhecendo o conflito entre, de um lado, as necessidades mínimas de legislação para o exercício do direito de greve dos servidores públicos (art. 9º, caput, c/c art. 37, VII, CF) e, de outro, o direito a serviços públicos adequados e prestados de forma contínua (art. 9º, § 1º, CF), bem como a impossibilidade de o legislador deixar de regulamentar (arbitrariamente) direito previamente definido na Constituição, o STF propôs a solução para a omissão legislativa com a aplicação, no que couber, da Lei nº 7.783/1989, que dispõe sobre o exercício do direito de greve na iniciativa privada.¹¹³

Verificamos que este julgamento representa uma nova configuração do mandado de injunção no Direito brasileiro e tem importantes reflexos na relação institucional entre os três Poderes. Afastando-se de uma visão ortodoxa dos princípios da separação dos poderes e da democracia – pelos quais o mandado de injunção teria natureza meramente declaratória e o Judiciário não poderia imiscuir-se na atividade do legislador – o Tribunal passou a fazer, por meio da sentença de perfil aditivo, a regulação provisória do exercício do direito obstaculizado pela inércia legislativa. Segundo o Ministro Celso de Mello:

¹¹¹ Esta terceira posição é defendida por José Ignácio Botelho de Mesquita.

¹¹² Modelo amplamente desenvolvido na Itália, “as sentenças aditivas ou modificativas são aceitas, em geral, quando integram ou completam um regime previamente adotado pelo legislador ou, ainda, quando a solução adotada pelo Tribunal incorpora solução constitucionalmente obrigatória”. Cf. MENDES, Gilmar Ferreira. *Jurisdição Constitucional no Brasil: o problema da omissão legislativa inconstitucional*. Discurso proferido no *14º Congresso da Conferência de Cortes Constitucionais Européias*, realizado em Vilnius, capital da Lituânia, de 2 a 6 de junho de 2008, p. 18. Disponível em:

<<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaArtigoDiscurso/anexo/Lituania.pdf>>. Acessado em 12 out. 2008.

¹¹³ *Idem*.

Esse entendimento restritivo não mais pode prevalecer, sob pena de se esterilizar a importantíssima função político-jurídica para a qual foi concebido, pelo constituinte, o mandado de injunção, que deve ser visto e qualificado como instrumento de concretização das cláusulas constitucionais frustradas, em sua eficácia, pela inaceitável omissão do Congresso Nacional, impedindo-se, desse modo, que se degrade a Constituição à inadmissível condição subalterna de um estatuto subordinado à vontade ordinária do legislador comum.¹¹⁴

O Supremo Tribunal Federal passou a entender que o retardamento abusivo na regulamentação legislativa do texto constitucional – no caso em tela, tal incumbência caberia ao Congresso Nacional e ao Presidente da República, conforme art. 37, VII c/c arts. 48 e 61, § 1º, II, “c”, da Constituição Federal – autoriza não só o ajuizamento da ação de mandado de injunção e conseqüente imputação de comportamento moroso ao Estado, mas também a reação jurisdicional visando a tornar concreta e efetiva a cláusula constitucional, impedindo o desprestígio da própria Carta Magna.

Desse modo, e para que possa atuar a norma pertinente ao instituto do mandado de injunção, revela-se essencial que se estabeleça, tal como sucede na espécie, a necessária correlação entre a imposição constitucional de legislar, de um lado, e o conseqüente reconhecimento do direito público subjetivo à legislação, de outro, de tal forma que, presente a obrigação jurídico-constitucional de emanar provimentos legislativos, tornar-se-á possível não só imputar comportamento moroso ao Estado (como já ocorreu, no caso, quando do julgamento do MI 20/DF, Rel. Min. Celso de Mello), mas, o que é muito mais importante ainda, pleitear, junto ao Poder Judiciário, que este dê expressão concreta, que confira efetividade e que faça atuar a cláusula constitucional tornada inoperante por um incompreensível estado de inércia governamental.¹¹⁵

Ficou assentado pelo Tribunal que a transgressão da ordem constitucional pelo Estado – consumada tanto mediante ação (violação positiva) quanto mediante a omissão (violação negativa) – deve ser combatida pelo Judiciário, sob pena de se perpetuar a violação à lei fundamental e de se subjuar a sua força e prestígio. No caso em análise, a decisão da Corte foi tomada decorridos quase 19 anos da promulgação da vigente Carta Política, e, até o presente momento, não se verificou nenhuma intervenção do Congresso Nacional a disciplinar o exercício do direito de greve no serviço público.

¹¹⁴ MELLO, Celso de. Voto no Mandado de Injunção nº 670, p. 9-10. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/imprensa/pdf/MI670cm.pdf>>. Acessado em 02 nov. 2008.

¹¹⁵ *Idem*, p. 11.

A utilização do mandado de injunção com eficácia concretizadora nas hipóteses de inércia do Estado representa, a nosso ver, uma das faces mais visíveis do ativismo judicial brasileiro. Isso ocorre porque o Judiciário passa a se valer de parâmetros próprios para identificar situações da seara política, como, por exemplo, o lapso temporal a ser transcorrido para que se verifique o estado de mora abusivo (inconstitucional) dos poderes representativos.

O princípio da separação dos Poderes assegura ao Legislativo, Executivo e Judiciário que, no exercício de suas funções, ser-lhes-ão asseguradas independência e autonomia procedimental recíprocas, respeitados os limites constitucionais. Se a Constituição nada diz a respeito, não cabe ao Judiciário, sob o manto de intérprete da norma, fazê-lo. A harmonia institucional entre os poderes depende do respeito às regras do jogo democrático. Em situações de crise, não cabe a qualquer deles mudar as normas, mas impende fazer valer as já existentes, sob pena de se pôr em xeque o Estado Democrático de Direito.

3.2. O caso da Lei de Biossegurança (ADI nº 3.510)

No dia 29 de maio de 2008, o plenário do STF julgou constitucional o artigo 5º da Lei nº 11.105, de 24 de março de 2005 (Lei de Biossegurança), que permite a realização de pesquisa e terapia com células-tronco embrionárias. Por seis votos a cinco, os ministros julgaram improcedente a ADI nº 3.510, ajuizada pela Procuradoria Geral da República sob o argumento de que o uso de embriões humanos para tais finalidades violaria o direito à vida (art. 5º, *caput*, CF) e a dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, CF). Votaram pela improcedência da ação os ministros Carlos Ayres Britto (relator), Ellen Gracie, Cármen Lúcia Antunes Rocha, Joaquim Barbosa, Marco Aurélio e Celso de Mello. Também favoráveis às pesquisas, porém com restrições, votaram os ministros Carlos Alberto Menezes Direito, Ricardo Lewandowski, Eros Grau, Cezar Peluso e Gilmar Mendes.

Esta ação levada ao STF pelo Ministério Público Federal mostra claramente que agentes estratégicos, grupos e categorias da sociedade têm utilizado o Poder Judiciário como instrumento de controle de políticas públicas. Após não terem seus direitos e interesses assegurados no Legislativo ou Executivo, eles buscam nos órgãos judicantes um meio de questionar governantes

e legisladores. Com isso, tem havido grande ingerência do Judiciário nas decisões políticas. No caso em tela, a Lei nº 11.105/2005 fora aprovada por 96% dos senadores e 85% dos deputados, além de ter a aceitação, em janeiro de 2007, de cerca de 95% da sociedade.¹¹⁶

Como mecanismo de democracia participativa, foram admitidos no processo, na qualidade de “amigos da Corte” (*amici curiae*), cinco entidades de notável representatividade social,¹¹⁷ contribuindo para a legitimidade do teor da decisão proferida. Além disso, foram realizadas audiências públicas, as quais, segundo Gilmar Mendes, fazem da Corte um espaço democrático, aberto à reflexão e argumentação jurídica e moral, com a nota distintiva da racionalidade argumentativa e procedimental própria de uma jurisdição constitucional.

Não obstante o brilhantismo de todos os 11 votos apresentados na ADI nº 3.510, cinco deles nos chamam a atenção por algumas particularidades: o do Ministro Marco Aurélio, que nos parece ser enquadrado na visão positivista; o do Ministro e relator da ADI Carlos Britto, que lançou um olhar pós-positivista e perfeccionista sobre a questão; o da Ministra Ellen Gracie, que se vale do pragmatismo, minimalismo e do princípio utilitarista para fundamentar seu posicionamento; o do Ministro Eros Grau, que assume explicitamente estar decidindo com fundamento na nova hermenêutica; e, por fim, o do Ministro Gilmar Mendes, que nos parece assumir mais veementemente o ativismo judicial, ao apresentar propostas ao Estado para atuar na proteção dos organismos pré-natais (células-tronco embrionárias).

Em suas primeiras considerações, o Ministro Marco Aurélio advertiu para o risco de o STF assumir o papel de legislador ao propor uma interpretação conforme a Constituição de texto que não se apresente ambíguo ou ao apresentar restrições a uma lei que foi aprovada por maioria absoluta dos parlamentares. Ele rechaça a hipótese de o STF opinar quanto ao início da vida, devendo a Corte se limitar ao exame técnico-jurídico da questão com fulcro nos princípios constitucionais. O ministro entende que o princípio da dignidade da pessoa humana é promovido pelo princípio da solidariedade, o qual se perfaz no avanço científico, buscando curar doenças, no uso de células-tronco embrionárias – cujo único destino seria o descarte.

O Ministro Carlos Britto, então relator da ADI, vale-se do pós-positivismo e do pragmatismo para fundamentar sua decisão. Os traços do perfeccionismo de seu voto apresentam-

¹¹⁶ Dados apresentados pelo Ministro Marco Aurélio em seu voto na presente ADI, p. 4-15.

¹¹⁷ Intervieram no processo na condição de amigos da Corte: Conectas Direitos Humanos; Centro de Direitos Humanos – CDE; Movimento em Prol da Vida – Movitae; Instituto de Bioética, Direitos Humanos e Gênero – ANIS; e Confederação Nacional dos Bispos do Brasil – CNBB.

se quando ele reconhece que o Direito tem a propriedade de construir suas próprias realidades e, então, propõe como momento inicial da vida a presença de terminações nervosas, por analogia à Lei nº 9.434/1997, que coloca a morte encefálica como marco da cessação da vida de qualquer pessoal natural. O ministro chegar a denominar a Corte de “*casa de fazer destino*”. Ademais, na sua argumentação, há traços do pragmatismo quando ele analisa o contexto da sociedade brasileira, em que há de 10 a 15 milhões de indivíduos portadores de diabetes e em torno de 5 milhões com alguma doença genética grave. Logo, reconhece que – dentre condenar os embriões à perpetuidade da pena em congelados tubos de ensaio; deixar que os estabelecimentos continuem a jogá-los no lixo; e manter a autorização do art. 5º da Lei – a opção mais útil, adequada e proporcional é a utilização científico-terapêutica das células-tronco embrionárias.

Carlos Britto fundamentou seu voto em dispositivos da Constituição Federal que garantem o direito à vida, à saúde, ao planejamento familiar e à pesquisa científica. Por fim, o ministro assume sua condição de sujeito histórico, integrante de uma sociedade fraterna e solidária, para abrir-se ao cotidiano existencial do país, nos moldes propostos pela nova hermenêutica: “como o juiz não deve se resignar em ser uma traça ou ácaro do processo, mas um ser do mundo, abro as minhas vistas para o cotidiano existencial do País (...)”.

A Ministra Ellen Gracie reconhece a impossibilidade de a Corte definir o marco inicial da vida humana, haja vista estar vinculada aos termos apresentados, explícita ou implicitamente, na Constituição, documento este que reflete exercício exclusivo de opção legislativa. Seu voto apresenta traços do minimalismo, pois lança mão apenas dos conceitos estritamente necessários para a tomada de decisão. Ela entende que há razoabilidade e cautela no tratamento normativo dado à matéria pela Lei nº 11.105/2005, pois essa, reconhecendo a dignidade do material genético usado e o elevado grau de reprovação social em sua incorreta manipulação, tipificou como crime a comercialização do embrião humano, nos moldes do art. 15 da Lei nº 9.434/1997 (Lei de Doação de Órgãos). Ademais, entre optar por descartar o material genético ou por permitir o uso deste em pesquisas científicas que visem a buscar o tratamento de doenças genéticas, doenças vitais e morbidades como as deficiências cardíacas, diabete melito, câncer e pneumopatias, a ministra decide pela segunda alternativa, aplicando ao caso o princípio utilitarista:¹¹⁸

¹¹⁸ Segundo Bentham, “por princípio da utilidade entende-se aquele princípio que aprova ou desaprova qualquer ação, segundo a tendência que tende a aumentar ou a diminuir a felicidade da pessoa cujo interesse está em jogo, ou, a

Destaco a plena aplicabilidade, no presente caso, do princípio utilitarista, segundo o qual deve ser buscado o resultado de maior alcance com o mínimo de sacrifício possível. O aproveitamento, nas pesquisas científicas com células-tronco, dos embriões gerados no procedimento de reprodução assistida é infinitamente mais útil e nobre do que o descarte vão dos mesmos.¹¹⁹

Contudo, segundo José Ribas, quando o magistrado vislumbra apenas o impacto da decisão na coletividade e a utilidade de seu pronunciamento, a judicialização da política perde as partes, o contraditório, a ampla defesa, o devido processo legal e o procedimento, acarretando o que podemos chamar de “*desjuridicização da judicialização da política*”,¹²⁰ ou seja, a vinculação à lei é substituída pelo decisionismo. Especificamente no caso do STF, que assume em nosso país o papel de Tribunal Constitucional e, portanto, o de última instância na definição dos enunciados estabelecidos na Constituição, tal situação pode nos levar à “*perda da racionalidade jurídica* ou até mesmo a *racionalizações autoritárias*, tanto mais danosas porque inconscientes”.¹²¹

Nos moldes da nova hermenêutica, o Ministro Eros Grau assume sua pré-compressão ao visualizar no tema as disputas do mercado pelo controle de patentes e do biopoder. Ele entende que o debate instalado ao redor da Lei nº 11.105/2005 não opõe ciência e religião, mas religião e religião, pois “alguns dos que assumem o lugar de quem fala e diz pela Ciência são portadores de mais certezas do que os líderes religiosos mais conspícuos. (...) A imaginar que se as impedíssemos [pesquisas], estaríamos a opor obstáculo à cura imediata de doenças”.¹²² Haja vista os interesses em jogo, o ministro busca superar a incompletude de regulamentação do art. 5º da referida Lei estabelecendo limites que impeçam a manipulação genética e a abertura de precedentes para o aborto. Logo, declara a constitucionalidade do dispositivo, mas fixa, em

mesma coisa em outros termos, segundo a tendência que promove a referida felicidade ou se opõe a esta”. Ou seja, sempre que tivermos de optar entre duas ou mais alternativas, devemos escolher aquela que possuir as melhores conseqüências para todos os envolvidos. Cf. BENTHAM, Jeremy; MILL, John Stuart. *Uma introdução aos princípios da moral e da legislação*. Tradução de Luiz João Baraúna. São Paulo: Abril Cultural, 1974, p. 9-22.

¹¹⁹ Voto disponível em

<<http://www.stf.gov.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=84420&caixaBusca=N>>, p. 9. Acessado em 6 jun. 2008.

¹²⁰ Debate promovido na Casa de Rui Barbosa com Marcelo Cattoni (UFMG, PUC-MG), José Ribas Vieira (UFRJ) e Margarida Camargo (FCRB e UFRJ). *Qual ativismo judicial? O STF entre a política e o direito*. Rio de Janeiro, 7 de maio de 2008.

¹²¹ MAUS, Ingeborg. Judiciário como superego da sociedade: o papel da atividade jurisprudencial na “sociedade órfã”. Tradução do alemão por Martonio Lima e Paulo Albuquerque. In: *Novos Estudos CEBRAP*, nº 58, novembro 2000, p. 184.

¹²² Voto disponível em <http://www.stf.gov.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=89745&caixaBusca=N>, p. 2. Acessado em 6 jun. 2008.

termos aditivos, alguns requisitos: primeiro, que se crie um comitê central no Ministério da Saúde para controlar as pesquisas; segundo, que sejam fertilizados apenas quatro óvulos por ciclo; e, terceiro, que a obtenção de células-tronco embrionárias seja realizada a partir de óvulos fecundados inviáveis, ou sem danificar os viáveis.

Da mesma forma que Eros Grau, o Ministro Gilmar Mendes critica a normatização feita pela Lei nº 11.105/2005 e propõe políticas a serem adotadas pelo Poder Público. Para ele, afastada a pretensão do intérprete de se delimitar o marco inicial da vida, o Estado deve atuar na proteção do material genético humano por meio da criação de um Comitê Central de Ética e Pesquisa vinculado ao Ministério da Saúde, pois o Decreto nº 5.591/2005, que regulamenta a Lei de Biossegurança, não cria de forma expressa as atribuições de um legítimo comitê central de ética para controlar as pesquisas com células de embriões humanos. Ele defende que a regulamentação insuficiente pelo Poder Executivo viola o *princípio da proporcionalidade* no sentido de *proibição da proteção insuficiente* ou *imperativo de tutela*, portanto, faz uma interpretação da lei com eficácia aditiva, modificando os sentidos originais do texto.

O Ministro Gilmar Mendes representa, a nosso ver, a melhor imagem do ativismo judicial no Supremo Tribunal Federal. Seja em declarações públicas ou em seus votos, ele demonstra inequivocamente ser favorável à adoção, pelo magistrado, de uma nova postura comportamental frente aos demais agentes políticos. Valendo-se de sua influência como presidente da Corte e das técnicas argumentativas para legitimar suas decisões, o ministro parece delinear um novo traçado institucional, ampliando a competência do Poder Judiciário, não obstante ele afirme com veemência que “dentro de sua competência de dar a última palavra sobre quais direitos a Constituição protege, as Cortes Constitucionais (...) têm exercido suas funções com exemplar desenvoltura, sem que isso tenha causado qualquer ruptura do ponto de vista institucional e democrático”.¹²³

A nosso ver, o deslocamento do centro de decisões políticas dos Poderes Legislativo e Executivo para o Judiciário, na medida em que este se constitui como nova via a ser utilizada na busca pela realização dos direitos inscritos na Constituição, pode não causar a ruptura imediata das relações institucionais, mas o faz gradativamente. O transbordamento das competências do Judiciário acarreta a ingerência deste em searas de responsabilidade dos demais Poderes, importando o progressivo esgarçamento da harmonia entre os Três Poderes.

¹²³ Voto disponível em <http://www.stf.gov.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=90158&caixaBusca=N>. Acessado em 6 jun. 2008.

3.3. O caso do uso de algemas (Súmula Vinculante nº 11)

Em primeiro lugar, cumpre destacar que o instituto da súmula vinculante foi criado pela Emenda Constitucional nº 45 (conhecida por “Reforma do Judiciário”), de 8 de dezembro de 2004, visando a pacificar a discussão de questões examinadas nas instâncias inferiores do Judiciário. Prevista no art. 103-A da Constituição Federal e regulamentada pela Lei nº 11.417/2006, a súmula vinculante deve ser aprovada por no mínimo oito ministros do STF (dois terços dos membros) após reiteradas decisões sobre matéria constitucional. Com sua publicação no Diário de Justiça Eletrônico (DJe), o entendimento passa a ser de cumprimento obrigatório em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta (União, Estados, Distrito Federal e Municípios) e indireta (autarquias, empresas públicas, sociedades de economia mista e fundações públicas), nas esferas federal, estadual e municipal. Dispõe o art. 103-A da Constituição Federal, *in verbis*:

O Supremo Tribunal Federal poderá, de ofício ou por provocação, mediante decisão de dois terços dos seus membros, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, aprovar súmula que, a partir de sua publicação na imprensa oficial, terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, bem como proceder à sua revisão ou cancelamento, na forma estabelecida em lei.

§ 1º A súmula terá por objetivo a validade, a interpretação e a eficácia de normas determinadas, acerca das quais haja controvérsia atual entre órgãos judiciários ou entre esses e a administração pública que acarrete grave insegurança jurídica e relevante multiplicação de processos sobre questão idêntica.

§ 2º Sem prejuízo do que vier a ser estabelecido em lei, a aprovação, revisão ou cancelamento de súmula poderá ser provocada por aqueles que podem propor a ação direta de inconstitucionalidade.

§ 3º Do ato administrativo ou decisão judicial que contrariar a súmula aplicável ou que indevidamente a aplicar, caberá reclamação ao Supremo Tribunal Federal que, julgando-a procedente, anulará o ato administrativo ou cassará a decisão judicial reclamada, e determinará que outra seja proferida com ou sem a aplicação da súmula, conforme o caso.

A aplicação desse instituto tem por objetivos ajudar a diminuir o número de recursos que chegam às instâncias superiores e ao STF, permitindo que as lides sejam resolvidas de maneira definitiva já nos juízos de primeiro grau, e dar mais celeridade aos processos judiciais, possibilitando que o cidadão conheça o seu direito de forma mais breve.

No dia 13 de agosto de 2008, o STF editou a 11ª súmula vinculante, restringindo o uso de algemas a casos excepcionais e prevendo a aplicação de penalidades pelo abuso nesta forma de constrangimento físico e moral do preso. Eis a íntegra do texto aprovado:

Só é lícito o uso de algemas em casos de resistência e de fundado receio de fuga ou de perigo à integridade física própria ou alheia, por parte do preso ou de terceiros, justificada a excepcionalidade por escrito, sob pena de responsabilidade disciplinar, civil e penal do agente ou da autoridade e de nulidade da prisão ou do ato processual a que se refere, sem prejuízo da responsabilidade civil do Estado.¹²⁴

As reações da comunidade jurídica, da sociedade e dos demais Poderes foram imediatas à edição da súmula devido, principalmente, a três motivos: primeiro, não houve deliberações reiteradas da Corte acerca da matéria, conforme exigido pelo art. 103-A da Constituição Federal; segundo, a súmula foi editada semanas depois da prisão do banqueiro Daniel Dantas, pela Polícia Federal; e, terceiro, a súmula interferiu diretamente nas atribuições dos policiais, causando insegurança para a corporação.

Segundo divulgado no portal do STF,¹²⁵ a decisão de editar a súmula foi tomada pela Corte no dia 7 de agosto de 2008, durante o julgamento do *Habeas Corpus* nº 91.952, no qual foi anulada a condenação do réu pelo Tribunal do Júri de Laranjal Paulista (SP), pelo fato de ele ter sido mantido algemado durante todo o seu julgamento sem apresentação de justificativa convincente para tanto, o que afronta o artigo 474 do Código de Processo Penal, com redação dada pela Lei nº 11.689, de 9 de junho de 2008, que veda, em seu parágrafo 3º, o uso de algemas no acusado durante a sua permanência no plenário do Júri, salvo se absolutamente necessário à ordem dos trabalhos, à segurança das testemunhas ou à garantia da integridade física dos presentes.

A Corte considerou abusivo o uso generalizado de algemas nos últimos tempos, em que pessoas detidas são algemadas sob os flashes da mídia, o que viola os princípios fundamentais da dignidade humana (art. 1º, III, CF) e da presunção da inocência (art. 5º, LVII, CF), bem como os artigos 284 e 292 do Código de Processo Penal, que restringem o uso da força na prisão somente

¹²⁴ Publicada no Diário da Justiça Eletrônico nº 157/2008, p. 1, em 22 de agosto de 2008. Precedentes: RHC nº 56465, HC nºs 71.195, 89.429 e 91.952.

¹²⁵ Cf. <www.stf.gov.br>. Acessado em 25 out. 2008.

aos casos de resistência ou de tentativa de fuga do preso. Isso se agrava em virtude da inexistência de lei que discipline o uso de algemas.

Pelo artigo 103-A da Constituição, a Corte só pode recorrer à edição de súmula vinculante após reiteradas decisões sobre a matéria, o que não ocorreu no caso em tela. A crítica da comunidade jurídica se refere ao fato de que, ao recorrer a esse instituto sem a existência de deliberações prévias, o STF estaria legislando e interferindo numa prerrogativa exclusiva do Legislativo. Vale ainda ressaltar que o controle externo da autoridade policial é atribuição do Ministério Público, conforme determina o artigo 129, VII, da Constituição Federal. Ao exorbitar de suas competências, o Judiciário coloca em xeque a tripartição de Poderes, e, ao se valer de recursos extrajurídicos para a tomada de decisões, ameaça a soberania da lei e a segurança jurídica, corolários do Estado de Direito.

O impacto da súmula vinculante na sociedade se deve ao fato de ela ter sido editada após recentes operações da Polícia Federal na apreensão de autoridades políticas, membros do Judiciário e indivíduos de influência notória,¹²⁶ cujas detenções foram amplamente divulgadas na mídia. À comunidade, ficou a imagem de que ela veio justamente para assegurar às pessoas do alto escalão sócio-econômico-político de que, no caso de serem eventualmente detidas, estarão sujeitas a um procedimento especial, ou seja, em função de sua baixa periculosidade, não poderão ser submetidas ao uso de algemas. Houve uma inversão de valores: culpavam-se as algemas, instrumento de trabalho do policial, pela publicidade na detenção destas pessoas, quando, na verdade, o destaque na mídia se deu em virtude da relevância da figura dos detidos bem como dos delitos a eles imputados. Nesta situação, volta-se a questionar a influência externa na tomada de decisões judiciais e até que ponto os magistrados atuam ideologicamente, sob o crivo de forças políticas.

Na prática, a edição da súmula vinculante serviu como elemento desestabilizador do trabalho da polícia, pois, via de regra, para conter a criminalidade o agente tem de fazer uso da força. Com a restrição imposta na súmula, vários problemas têm ocorrido na corporação em todo o Brasil, como a fuga de criminosos e a dificuldade na atuação dos policiais, em virtude de receio

¹²⁶ Na Operação Hurricane, deflagrada no dia 13 de abril de 2007 pela Polícia Federal, foram presas 25 pessoas, incluindo três magistrados, um procurador regional da República, um advogado, três delegados federais e três contraventores da cúpula do jogo do bicho do Rio de Janeiro. Já na Operação Satiagraha, de 08 de julho de 2008, foram detidos o banqueiro Daniel Dantas, o ex-prefeito de São Paulo Celso Pitta e o empresário Naji Nahas, acusados de desvio de verbas públicas e crimes financeiros.

quanto ao uso ou não das algemas. Verificamos então que a súmula afeta as expectativas dos agentes públicos e dos jurisdicionados quanto às possibilidades de sucesso na adoção de uma conduta ou outra. Numa perspectiva institucional, essa nova determinação conduz a corporação polícia a abandonar estratégias que correm o risco de serem derrubadas pela revisão judicial. Assim como no caso do uso de algemas, o novo entendimento do Judiciário quanto ao emprego de grampos telefônicos também tem influenciado nos comportamentos individuais, moldando as ações dos policiais e restringindo suas possibilidades de atuação.

O impacto da Súmula Vinculante nº 11 nos demais Poderes foi tão grande que, no dia 4 de setembro de 2008, um grupo de parlamentares levou ao STF um projeto de lei disciplinando o uso das algemas. O principal ponto do projeto é que ele deixa a critério do policial a decisão sobre o uso ou não desse instrumento, mas proíbe a divulgação da prisão de modo a causar a exposição pública.¹²⁷

3.4. O caso do nepotismo na Administração Pública (Súmula Vinculante nº 13)

A palavra nepotismo é termo pejorativo que significa o favorecimento de parentes por parte de alguém que exerce o poder na esfera pública ou privada. No dia 20 de agosto de 2008, o STF julgou por unanimidade, na Ação Declaratória de Constitucionalidade (ADC) nº 12 MC-DF, ajuizada pela Associação dos Magistrados Brasileiros (AMB), a constitucionalidade da Resolução nº 7/2005 do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), que proíbe a contratação de parentes de magistrados, até o terceiro grau, para cargos de chefia, direção e assessoramento no Poder Judiciário. Em 16 de fevereiro de 2006, o STF já havia concedido liminar para que, com efeito vinculante e *erga omnes* (para todos), ficassem suspensos todos os processos nos quais era questionada a constitucionalidade dessa Resolução. Com o julgamento do mérito da referida ADC, os ministros reconheceram a competência do CNJ para disciplinar o tema, no âmbito do Judiciário, bem como a harmonia da norma com a Constituição Federal.

¹²⁷ Segundo o deputado Laerte Bessa (PMDB-DF), autor do referido projeto de lei, “culparam as algemas pela exibição de pessoas algemadas em público. (...) O principal problema hoje, em nosso país, é a execração pública. E, no nosso projeto, nós estamos acabando com isso. (...) Nós entendemos que a lei vai prevalecer sobre isso (a súmula)”. Disponível em: <www.stf.gov.br>. Acessado em 25 out. 2008.

Neste mesmo dia, os ministros analisaram, no Recurso Extraordinário nº 579.951-4/RN, de relatoria do Ministro Ricardo Lewandowski, a possibilidade de se estender a proibição da Resolução nº 7 do CNJ aos Poderes Executivo e Legislativo. O acórdão recorrido do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Norte reputara constitucional e legal a nomeação de parentes de vereador e vice-prefeito do município de Água Nova – RN, para o exercício dos cargos, respectivamente, de Secretário Municipal de Saúde e de motorista. Contudo, o Ministério Público local contestou tal decisão. No caso em tela, decidiu-se que, embora a Resolução do CNJ esteja restrita ao âmbito do Judiciário, a prática do nepotismo nos demais Poderes é ilícita por incidência direta dos princípios contidos no art. 37, *caput*, da Constituição Federal. Ademais, a vedação do nepotismo não exige a edição de lei formal para coibir tal prática.

No voto do Ministro Ricardo Lewandowski no RE nº 579.951-4/RN, ele entende que cabe ao Judiciário declarar inválidas normas (em sentido amplo) e atos que contravenham ao disposto no princípio constitucional, pois a responsabilidade de preencher o conteúdo de tais postulados não é tarefa exclusiva do Legislativo ou Executivo, sob pena de se “mitigar os efeitos dos postulados da supremacia, unidade e harmonização da Constituição, subvertendo-se a hierarquia entre a Lei Maior e ordem jurídica em geral”¹²⁸.

Os ministros da Corte entendem que a prática do nepotismo viola os princípios da moralidade e da impessoalidade, os quais exigem do agente público uma conduta pautada em padrões éticos visando à consecução do bem comum, seja qual for a esfera de poder ou o nível político-administrativo da Federação em que atue. No julgamento da ADC nº 12-MC/DF, afirma o Ministro Gilmar Mendes:

Essa moralidade não é elemento do ato administrativo, como ressalta GORDILLO, mas compõe-se dos valores éticos compartilhados culturalmente pela comunidade e que fazem parte, por isso, da ordem jurídica vigente. A indeterminação semântica dos princípios da moralidade e da impessoalidade não podem ser um obstáculo à determinação da regra da proibição ao nepotismo. Como bem anota GARCÍA DE ENTERRIA, na estrutura de todo conceito indeterminado é identificável um ‘núcleo fixo’ (Begriffkern) ou ‘zona de certeza’, que é configurada por dados prévios e seguros, dos quais pode ser extraída uma

¹²⁸ Voto disponível em <<http://www.stf.gov.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/RE579951.pdf>>. Acessado em 1º out. 2008.

regra aplicável ao caso. A vedação ao nepotismo é regra constitucional que está na zona de certeza dos princípios da moralidade e da impessoalidade.¹²⁹

Ademais, face à descrença da sociedade nas instituições públicas, reflexo principalmente de notícias de envolvimento de agentes em corrupção, desvio de verbas públicas, tráfico de influências, utilização dos cargos públicos para favorecimento pessoal, entre outros, o Judiciário se imiscui na tarefa de intervir e reparar os valores da comunidade. Cabe aqui o alerta feito por Ingeborg Maus quanto à ascensão da Justiça à qualidade de administradora da moral pública. Segundo a jurista alemã, quando o magistrado atua “simplesmente para trazer uma percepção ‘saudável’ a um povo ‘doente’ – nisso consistindo sua função de superego”,¹³⁰ o povo torna-se “objeto de representação e produto da atividade decisória final”.¹³¹ A centralização da consciência social na Justiça direciona à “eliminação de discussões e procedimentos no processo de construção política do consenso, no qual podem ser encontradas normas e concepções de valores sociais”.¹³² Nesse sentido, a “jurisprudência de valores”¹³³ não só confere maior grau de legitimação às decisões, como também tende a imunizá-las de críticas e libertá-las de qualquer vinculação legal que possa garantir sua sintonização com a vontade popular. Nesse sentido, destacamos significativo trecho do voto do Ministro Joaquim Barbosa na ADC nº 12-MC/DF:

O Direito não pode dissociar-se da Moral, isto é, de uma moral coletiva, pois ele reflete um conjunto de crenças e valores profundamente arraigados, que emanam da autoridade soberana, ou seja, do povo. Quando, em determinada sociedade, há sinais de dissociação entre esses valores comunitários e certos padrões de conduta de alguns segmentos do aparelho estatal, tem-se grave sintoma de anomalia, a requerer a intervenção da justiça constitucional como força intermediadora e corretiva.¹³⁴

¹²⁹ MENDES, Gilmar *apud* LEWANDOWSKI, Ricardo. Voto disponível em <<http://www.stf.gov.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/RE579951.pdf>>. Acessado em 1º out. 2008.

¹³⁰ MAUS, Ingeborg. Judiciário como superego da sociedade: o papel da atividade jurisprudencial na “sociedade órfã”. Tradução do alemão por Martonio Lima e Paulo Albuquerque. In: *Novos Estudos CEBRAP*, nº 58, novembro 2000, p. 197.

¹³¹ *Idem*.

¹³² *Idem*, p. 186.

¹³³ Segundo Ingeborg Maus, “a transformação da Constituição em uma ‘ordem de valores’ confere às determinações constitucionais individuais (por meio da ‘abertura’ de suas formulações) uma imprecisão tal que é capaz de suprir e ampliar voluntaristicamente os princípios constitucionais positivados”. MAUS, Ingeborg. *Op.cit.*, p. 200.

¹³⁴ BARBOSA, Joaquim *apud* LEWANDOWSKI, Ricardo. Voto disponível em <<http://www.stf.gov.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/RE579951.pdf>>. Acessado em 1º out. 2008.

Portanto, além de entender abusiva a nomeação de parentes no Poder Judiciário, a Corte, por meio da Súmula Vinculante nº 13, estendeu a proibição aos demais Poderes do Estado. Editada no dia 21 de agosto pelo STF, em decisão unânime, tal enunciado passou a vigorar cinco dias depois, quando foi publicado no Diário da Justiça eletrônico, *in verbis*:

A nomeação de cônjuge, companheiro ou parente em linha reta, colateral ou por afinidade, até o terceiro grau, inclusive, da autoridade nomeante ou de servidor da mesma pessoa jurídica investido em cargo de direção, chefia ou assessoramento, para o exercício de cargo em comissão ou de confiança ou, ainda, de função gratificada na administração pública direta e indireta em qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, compreendido o ajuste mediante designações recíprocas, viola a Constituição Federal.¹³⁵

Com a decisão, ficam proibidos o nepotismo cruzado¹³⁶ e a contratação, por autoridades, de seus parentes para exercício em cargo de confiança, comissão ou função gratificada no serviço público de quaisquer órgãos. Contudo, segundo o Ministro Carlos Britto, relator da ADC nº 12-MC/DF, os cargos políticos – como ministros, secretários de estado e secretários municipais – estão fora do alcance da Súmula Vinculante nº 13. Nas demais situações, será possível contestar, no próprio STF, por meio de reclamação, a contratação de parentes nos Três Poderes, em todos os níveis da federação.

Esta nova forma de atuação judicial vem provocando uma reconfiguração do Poder Judiciário. Antes vinculada à lei, ela passa agora a agir em harmonia com a consciência social; de instituição negativa e punitiva, ela se transforma em positiva e criativa; de instituída, ela se converteria em instituinte. As esperanças depositadas no Estado se transferem para a Justiça, que se encaminha para a realização da ação política.¹³⁷ Segundo Werneck Vianna, as causas do redimensionamento do papel do Judiciário são:¹³⁸

1. ruína do edifício mental e institucional da modernidade;

¹³⁵ Publicado no Diário da Justiça eletrônico nº 162/2008, p. 1, em 29/8/2008. Precedentes: ADI 1.521 MC, MS 23.780, ADC 12 MC, ADC 12, RE 57.9951.

¹³⁶ Há nepotismo cruzado quando um agente público contrata parentes de outro, e este, em retribuição, contrata familiares daquele.

¹³⁷ WERNECK VIANNA, Luiz; et. al. *Op. cit.*

¹³⁸ *Idem*, p. 26-27.

2. crise do paradigma político da democracia política e da sua expressão dogmática – soberania popular –, construído a partir da Revolução Francesa (1789);
3. individualismo absoluto;
4. dessacralização da natureza simbólica das leis e da idéia de justiça;
5. deslegitimação da comunidade política como palco da vontade geral;
6. depreciação da autonomia cidadã e sua substituição pela emergência do cidadão-cliente e do cidadão-vítima, com seus clamores por proteção e tutela.

As conseqüências de tal expansão do direito, para o autor, são: ameaça à democracia representativa; transferência da criação das leis do soberano para casta sacerdotal; e usurpação, pela Justiça, do papel e das funções que antes couberam às burocracias. Acrescentamos a estes três efeitos um outro, apresentado por Ingeborg Maus: a administração judicial da moral conduz não a uma socialização da justiça, mas a uma funcionalização das relações sociais, ou seja, os procedimentos políticos de mediação cedem lugar aos judiciais, provocando maior protagonismo dos cidadãos para influenciar, pela via judicial, a formulação da agenda pública.

O modelo brasileiro de Constituição Federal é o democrático-comunitário, no qual o Poder Judiciário tem o papel de formular, segundo determinados procedimentos de que participa a comunidade de intérpretes, os valores compartilhados, bem como o de servir de canal de expressão para grupos que demandem a promoção dos objetivos comuns expressos pelos direitos fundamentais. Contudo, em virtude da desvalorização das instituições políticas (Executivo e Legislativo), o Poder Judiciário tem assumido a figura de salvaguarda confiável das expectativas sociais ou talvez de “último refúgio de ideal democrático desencantado”.¹³⁹

¹³⁹ De acordo com Garapon, a judicialização da política e do social seria um indicador de que a justiça teria se tornado um “último refúgio de um ideal democrático desencantado”. Assim, a explosão do número de processos é um fenômeno social, e não jurídico, e o juiz assume o papel de “terapeuta social”. Cf. GARAPON, Antoine *apud* CARVALHO, Ernani; OLIVEIRA, Vanessa Elias. Judicialização da política: um tema em aberto. *Política Hoje*, Recife-PE, v. 15, 2006, p. 9.

Conclusão

Uma das notas distintivas de nossa Constituição Federal de 1988 é sua contribuição para o fortalecimento e a estabilidade da democracia brasileira. Promulgada por uma Assembléia composta por 559 congressistas, ela teve um papel histórico na transição do regime autoritário para o democrático. Ao fixar linhas de direção para o futuro, transformou-se numa obra aberta a ser implementada pelas gerações subseqüentes.

Na última década, verificamos que, não obstante os processos formais de modificação constitucional, instaurados no seu foro legítimo, que é o Congresso Nacional, a Carta Magna vem sendo objeto de constante atualização no âmbito do Poder Judiciário, principalmente no Supremo Tribunal Federal. Ao exercer o monopólio da última palavra em matéria constitucional, interpretando os dispositivos e resguardando a supremacia da Carta Magna, o STF vem exercendo grande ingerência em matérias de competência dos Poderes Legislativo e Executivo.

Instrumentos como a ação direta de inconstitucionalidade, ação declaratória de constitucionalidade, arguição de descumprimento de preceito fundamental, mandado de injunção, sentença com perfil aditivo e súmula vinculante, entre outros, têm permitido a ascensão do Poder Judiciário ao que Mauro Cappelletti denomina Terceiro Gigante, colocando-se em perigo, a nosso ver, a harmonia institucional entre os poderes da República. Se antes apenas o Legislativo e o Executivo eram os delegatários legítimos do povo, agora também o Judiciário emerge como representante argumentativo da sociedade. Com essa retórica, os magistrados buscam demonstrar a legitimidade democrática de suas decisões, ainda que estejam elas distanciadas da lei e apoiadas em recursos extrajurídicos.

Em nossa análise da judicialização da política e do ativismo sob uma perspectiva institucional, observamos que a proatividade dos ministros do STF, além de colocá-los como atores estratégicos no redimensionamento das competências da Corte, tem amplos reflexos na sociedade civil. Os cidadãos deixam de participar dos debates políticos e passam a recorrer a tribunais quando sentem seus direitos ou interesses violados. Ao invés de pressionarem coletivamente os órgãos públicos, optam por acioná-los individualmente em sede judiciária. É o fenômeno apontado por Habermas e Garapon como desestímulo a um agir cívico. Nesse sentido,

temos a explosão do número de processos não só como fator social, mas também como resultado deste rearranjo institucional.

Na análise da decisão da Corte nos Mandados de Injunção nºs 670, 708 e 712, referentes ao direito de greve no serviço público, percebemos mais claramente o ativismo judicial, tendo em vista a utilização desse instituto jurídico nas hipóteses de inércia dos poderes representativos na regulamentação do texto constitucional. A reação do Judiciário é no sentido de ignorar os motivos pelos quais o Estado não editou a norma e conferir efetividade à cláusula constitucional pendente de concretização, classificando como abusiva a mora estatal. Observamos que, se antes o Judiciário tinha uma posição detida quanto à intervenção em matéria política, hoje ele invade as competências dos poderes Executivo e Legislativo sob o argumento de atender às demandas da sociedade e de tornar aplicáveis os direitos fundamentais.

No julgamento da ADI nº 3.510, vimos que, embora a Lei nº 11.105/2005 (Lei de Biossegurança) tenha sido aprovada por 96% dos senadores e 85% dos deputados e obtido a aceitação, em janeiro de 2007, de cerca de 95% da sociedade, os grupos e partidos de oposição freqüentemente manipulam o significado do termo “direitos” (vida, dignidade, integridade física) para realizarem seus objetivos e viabilizarem seus interesses, questionando, nos órgãos judicantes, governantes e legisladores. Devido à grande ingerência do Judiciário nas decisões políticas, os cidadãos passaram a perceber o potencial de utilização dos tribunais na consecução de suas pretensões. Nesta nova arena, das decisões judiciais podem resultar limites à vontade da maioria. Isso, a nosso ver, acentua a crise de governabilidade por que passam os órgãos representativos (*instituições majoritárias*).

No estudo da Súmula Vinculante nº 11, verificamos os efeitos de o STF recorrer a esse instituto sem a existência de deliberações prévias acerca do assunto, conforme exigido pelo artigo 103-A da Constituição Federal. Neste caso, devido ao contexto em que a súmula foi editada, voltou-se a questionar a imparcialidade dos juízes e a influência externa na tomada de decisões, buscando-se determinar até que ponto os magistrados deixam de ser neutros e passar a agir ideologicamente, sob o crivo de forças políticas. Também observamos, numa perspectiva institucional, como essa nova determinação conduziu a corporação polícia a abandonar certas estratégias em virtude do risco de elas serem derrubadas pela revisão judicial. Nesse sentido, fica evidente a influência do Judiciário nos comportamentos individuais, moldando as ações dos policiais e restringindo suas possibilidades de atuação.

Na edição da Súmula Vinculante nº 13, referente à vedação do nepotismo na Administração Pública, assistimos à ascensão da Justiça à qualidade de administradora da moral pública, conforme proposto por Ingeborg Maus, em detrimento da imagem da comunidade política como palco da vontade geral, segundo apresentado por Werneck Vianna. Isso acarreta a centralização da consciência social na Justiça e a eliminação de discussões no processo de construção do consenso. Em consequência, os cidadãos deixam de atuar na seara política e passam a influenciar, pela via judicial, a formulação da agenda pública, fato identificado por Maus como “*funcionalização das relações sociais*”.

Entendemos que, em virtude da crise de credibilidade de quem padecem os Poderes Legislativo e Executivo, o Judiciário brasileiro tem se direcionado a posturas invasivas, rompendo o equilíbrio que deve existir entre os três. Segundo Roberto Romano, especialista em ética, a determinação das competências recíprocas é a essência de cada Poder. “O Estado é o representante da soberania do povo, mas os Poderes só são soberanos em conjunto. Não existe soberania de cada Poder separado. Sem harmonia, cada Poder usurpa a soberania dos outros dois e, portanto, do povo”.¹⁴⁰ Quando isso ocorre, os atores estratégicos deixam de agir guiados pelo desenho institucional e passam a orientar suas condutas com base nas próprias concepções do que seja certo ou errado.

Não sustentamos a redução do direito à simples função de controle social nem defendemos a hipertrofia e engessamento de suas instituições a meros aplicadores da norma jurídica posta pelos poderes representativos. Contudo, entendemos que, quando o Estado traduz suas políticas públicas em normas, ele vincula as expectativas e comportamentos dos indivíduos e grupos sociais, não sendo legítimo aos magistrados selecionarem o que constará ou não da agenda política. Certamente cabe ao Judiciário, na qualidade de única instância especializada em interpretar normas, arbitrar sobre sua legalidade e aplicação, mas isso somente endossa a prática judiciária que não exceda os contornos do desenho institucional.

Por meio do estudo de casos brasileiros, observamos que os ministros do STF têm contemplado os objetivos do Judiciário como um princípio superior, o que, segundo a teoria dos desenhos institucionais, pode levar os responsáveis pela tomada de decisões a fazê-lo com base numa ética idiossincrática ou “de palmatória”, conforme exposto por Robert E. Goodin: os

¹⁴⁰ SANT’ANNA, Lourival. Caso exhibe confusão entre Poderes: conflito entre governo, Judiciário e PF mostram inconsistências das instituições brasileiras, dizem analistas. In: *O Estado de S. Paulo*. Disponível em: <<http://www.estadao.com.br/editorias/2008/07/20/pol-1.93.11.20080720.11.1.xml>>. Acessado em 03 ago. 2008.

ministros atuam como se tivessem acesso privilegiado ao conhecimento verdadeiro do que é correto ou incorreto, justo ou injusto. Nessas situações, não é a finalidade da instituição que guia as condutas, mas os egos, temperamentos e concepções particulares de seus agentes. Contudo, não se pode confundir a parte com o todo. Da mesma forma, embora o Supremo Tribunal Federal tenha a última palavra sobre o que é a Constituição, não pode criar uma identidade entre o significado dela e as opiniões dos seus ministros.

Pelas pesquisas desenvolvidas, não pudemos concluir o grau de ameaça ou de contribuição da judicialização da política e do ativismo judicial à nossa democracia. Contudo, identificamos, no cerne desses fenômenos, o processo de tomada de decisão e os desenhos institucionais. Constatamos que a ingerência do Judiciário na seara política geralmente implica o transbordamento de competências, o redesenho institucional e a justificação da decisão por um processo hermenêutico complexo, pois a decisão é tomada não com a mera adequação dos fatos à norma, mas por meio de correntes filosóficas contemporâneas e recursos extrajurídicos.

O magistrado, para influenciar na agenda política, vislumbra os efeitos e a utilidade do pronunciamento na coletividade, acarretando o que José Ribas denomina *desjuridicização da judicialização da política*, ou seja, perdem-se as partes, o contraditório, a ampla defesa, o devido processo legal e o procedimento, e a vinculação à lei é substituída pelo decisionismo. Nesse ponto, embora ainda não possamos classificar os impactos no sistema político e judicial, identificamos o alto grau de periculosidade para o equilíbrio entre os Poderes, a segurança jurídica e o Estado de Direito, o que, por si só, justifica a análise apurada, pelas teorias jurídicas contemporâneas, desses novos fenômenos.

Referências

ALEXY, Robert. Colisão e ponderação como problema fundamental da dogmática dos direitos fundamentais (mimeografado). In: *Fundação Casa Rui Barbosa*. Palestra proferida em 10 de dezembro de 1998. Rio de Janeiro, 1998.

_____. Direitos fundamentais no Estado constitucional democrático. Para a relação entre direitos do homem, direitos fundamentais, democracia e jurisdição constitucional. Tradução de Luís Afonso Heck. In: *Revista Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, nº 217, jul.-set. 1999, p. 55-66.

ANDREWS, Cristina W. Implicações teóricas do novo institucionalismo: uma abordagem habermasiana. In: *DADOS – Revista de Ciências Sociais*, Rio de Janeiro, v. 48, nº 2, 2005, p. 271-299.

ATIENZA, Manuel. *Cuestiones judiciales*. México: Fontamara, 2004, p. 9-23.

BARROSO, Luís Roberto. *Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito: o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil*. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7547&p=2>>. Acessado em 06 abr. 2008.

BENSUSÁN, Graciela. *Diseño legal y desempeño real: instituciones laborales en América Latina*. México: Universidad Autónoma Metropolitana, 2006.

BENTHAM, Jeremy; MILL, John Stuart. *Uma introdução aos princípios da moral e da legislação*. Tradução de Luiz João Baraúna. São Paulo: Abril Cultural, 1974, p. 9-22.

BRAND-BALLARD, Jeffrey. Formalismo e particularismo na ética e no direito. In: *Simpósio Internacional Teorias Contemporâneas do Direito e desenhos institucionais: 20 anos da Constituição de 88*. Palestra ministrada na UFRJ/FND no dia 13 de junho de 2008. Rio de Janeiro, 2008.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI nº 3.510. Arguição de inconstitucionalidade do art. 5º da Lei nº 11.105, de 24 de março de 2005 (Lei de Biossegurança). Requerente: Procurador-Geral da República. Requerido: Presidente da República/Congresso Nacional. Relator: Min. Carlos Britto.

_____. Mandado de Injunção nº 670. Impetrante: Sindicato dos Servidores Policiais Civis do Estado do Espírito Santo (Sindpol). Disponível em: <<http://www.stf.gov.br/imprensa/pdf/MI670cm.pdf>>. Relator: Min. Maurício Corrêa. Acessado em 02 nov. 2008.

_____. Mandado de Injunção nº 708. Impetrante: Sindicato dos Trabalhadores em Educação do Município de João Pessoa (Sintem). Disponível em:

<<http://www.stf.gov.br/arquivo/cms/noticiaAgendaMinistro/anexo/mi708.pdf>> e em:
<<http://www.stf.gov.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/mi708CM.pdf>>. Relator: Min. Gilmar Mendes. Acessado em 02 nov. 2008.

_____. Mandado de Injunção nº 712. Impetrante: Sindicato dos Trabalhadores do Poder Judiciário do Estado do Pará (Sinjep). Disponível em:
<<http://www.stf.gov.br/imprensa/pdf/MI670cm.pdf>>. Relator: Min. Eros Grau. Acessado em 02 nov. 2008.

_____. Súmula Vinculante nº 11. Só é lícito o uso de algemas em casos de resistência e de fundado receio de fuga ou de perigo à integridade física própria ou alheia (...). DJe nº 157/2008, p. 1, em 22 ago. 2008. In: SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *Súmulas*. Disponível em:
<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/jurisprudenciaSumulaVinculante/anexo/DJE_11.11.2008.pdf>. Acessado em 25 out. 2008.

_____. Súmula Vinculante nº 13. A nomeação de cônjuge, companheiro ou parente em linha reta, (...), viola a Constituição Federal. DJe nº 162/2008, p. 1, em 29 ago. 2008. In: SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *Súmulas*. Disponível em:
<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/jurisprudenciaSumulaVinculante/anexo/DJE_11.11.2008.pdf>. Acessado em 25 out. 2008.

CALSAMIGLIA, Albert. ¿Por qué es importante Dworkin?. In: *Doxa Publicaciones Periódicas*, nº 2, 1984, p. 159-165. Disponível em:
<http://www.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/public/01474174522381695209079/cuadernno2/numero2_11.pdf>. Acessado em 18 set. 2008.

_____. El concepto de integridade en Dworkin. In: *Doxa Publicaciones Periódicas*, nº 12, 1992, p. 155-176. Disponível em:
<http://www.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/public/02417288433804617422202/cuadernno12/doxa12_05.pdf>. Acessado em 18 set. 2008.

_____. Postpositivismo. In: *Doxa Publicaciones Periódicas*, v. 1, nº 21, 1998, p. 209-220. Disponível em:
<http://www.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/doxa/23582844322570740087891/cuadernno21/volI/Doxa21_12.pdf>. Acessado em: 18 de setembro 2008.

CAMARGO, Margarida Maria Lacombe. Fundamentos filosóficos do pragmatismo jurídico. In: *Revista do Direito e do Estado*, v. 6, 2007, p. 185-212.

_____. *Hermenêutica e argumentação: uma contribuição ao estudo do direito*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

_____. *Nova hermenêutica* (no prelo).

CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes legisladores?*. Tradução de Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Ed. Sergio Antonio Fabris, 1993.

CARVALHO, Ernani. Em busca da judicialização da política no Brasil: apontamentos para uma nova abordagem. In: *Revista de Sociologia e Política*, Curitiba, v. 23, 2004, p. 115-126.

_____.; OLIVEIRA, Vanessa Elias. Judicialização da política: um tema em aberto. In: *Política Hoje*, Recife, v. 15, 2006, p. 01-15.

CATONNI, Marcelo; VIEIRA, José Ribas; CAMARGO, Margarida Maria Lacombe. In: *Qual ativismo judicial? O STF entre a política e o direito*. Debate promovido na Fundação Casa de Rui Barbosa em 7 de maio de 2008. Rio de Janeiro: Casa de Rui Barbosa, 2008.

CITTADINO, Gisele. Judicialização da política, constitucionalismo democrático e separação de poderes. In: WERNECK VIANNA, Luiz (org.). *A democracia e os três poderes no Brasil*. Belo Horizonte: UFMG/IUPERJ/FAPERJ, 2002, p. 17-42.

COELHO, Inocêncio Mártires. O novo constitucionalismo e a interpretação constitucional. In: *Direito Público*, Porto Alegre, v. 12, 2006, p. 48-73.

DWORKIN, Ronald. De que maneira o Direito se assemelha à literatura. In: *Uma questão de princípio*. Tradução de Luis Carlos Borges. São Paulo: Editora Martins Fontes, 2005, p. 217-249.

EISENBERG, José. Pragmatismo, direito reflexivo e judicialização da política. In: WERNECK VIANNA, Luiz (org.). *A democracia e os três poderes no Brasil*. Belo Horizonte: UFMG/IUPERJ/FAPERJ, 2002, p. 43-62.

EISENBERG, José; POGREBINSCHI, Thamy. Pragmatismo, direito e política. In: *Novos Estudos CEBRAP*, São Paulo, v. 62, 2002, p. 107-121.

GADAMER, Hans-Georg. *O problema da consciência histórica*. Rio de Janeiro: FGV, 1998. p. 67-68.

GONÇALVES, Maria Augusta Salin Gonçalves. Teoria da ação comunicativa de Habermas: possibilidades de uma ação educativa de cunho interdisciplinar na escola. In: *Educação & Sociedade*, nº 66, ano XX, abril/99, p. 125-140.

GOODIN, Robert E. *Teoría del diseño institucional*. Barcelona: Gedisa, 2003.

GUASTINI, Ricardo. *Das fontes às normas*. Tradução de Edson Bini. São Paulo: Quartier Latin, 2005.

_____. Teoria e ideologia da interpretação constitucional. In: *Interesse Público*, Porto Alegre, v. 8, nº 40, nov-dez., 2006, p. 217-256.

HALL, Peter A.; TAYLOR, Rosemary C. R. As três versões do neo-institucionalismo. In: *Revista Lua Nova*, nº 58, 2003, p. 193-224.

HART, Herbert L. A. *O conceito de direito*. Tradução de A. Ribeiro Mendes. 5. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2007.

KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Tradução de João Baptista Machado. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

LOYOLA, Leandro. Os 20 anos da Carta “cidadã”. In: *Revista Época*. 539 ed. 15 set. 2008, p. 72-88.

MAUS, Ingeborg. Judiciário como superego da sociedade: o papel da atividade jurisprudencial na “sociedade órfã”. Tradução do alemão por Martonio Lima e Paulo Albuquerque. In: *Novos Estudos CEBRAP*, nº 58, novembro 2000, p. 183-202.

MENDES, Gilmar Ferreira. A Constituição e a estabilidade democrática. In: *Folha de S. Paulo*. 19 de outubro de 2008. Disponível em:
<<http://www1.folha.uol.com.br/fsp/opiniaofz1910200808.htm>>. Acessado em 20 out. 2008.

_____. Jurisdição Constitucional no Brasil: o problema da omissão legislativa inconstitucional. Discurso proferido no 14º Congresso da Conferência de Cortes Constitucionais Europeias, realizado em Vilnius, capital da Lituânia, de 2 a 6 de junho de 2008, p. 1-20.
Disponível em:
<<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaArtigoDiscurso/anexo/Lituania.pdf>>. Acessado em 12 out. 2008.

_____. Os 20 anos da constituição brasileira. Palestra proferida em 24 de outubro de 2008 na Georgetown University. Disponível em:
<<http://www.stf.gov.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=98200&caixaBusca=N>>. Acessado em 26 out. 2008.

_____. Prefácio in: *Hermenêutica Constitucional. A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação “procedimental” da Constituição*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1997, p. 9-10.

NETO, Cláudio Souza. Aspectos interdisciplinares das decisões moral e jurídica. In: *Simpósio Internacional Teorias Contemporâneas do Direito e desenhos institucionais: 20 anos da Constituição de 88*. Palestra ministrada na UFRJ/FND no dia 12 de junho de 2008. Rio de Janeiro, 2008.

PERELMAN, Chaïm. *Lógica jurídica: nova retórica*. São Paulo: Martins Fontes, 1999, p. 114.

POGREBINSCHI, Thamy. *Pragmatismo: teoria social e política*. Rio de Janeiro: Relume Dumará, 2005, p. 11.

POWELL, Walter W.; DIMAGGIO, Paul J. (compiladores). *El nuevo institucionalismo em el análisis organizacional: estudio introductorio de Jorge Javier Romero*. Traducción de Roberto Ramón Reyes Mazzoni. México: Fondo de Cultura Económica, 1999.

SADEK, Maria Tereza Aina. Ativismo judiciário a pleno vapor. In: *O Estado de S. Paulo Digital*. Caderno ALIÁS, 31 ago. 2008, p. 04. Disponível em:
<<http://www.estadao.com.br/suplementos/alias.htm>>. Acessado em 24 set. 2008

SANT'ANNA, Lourival. Caso exhibe confusão entre Poderes: conflito entre governo, Judiciário e PF mostram inconsistências das instituições brasileiras, dizem analistas. In: *O Estado de S. Paulo*. Disponível em: <<http://www.estadao.com.br/editorias/2008/07/20/pol-1.93.11.20080720.11.1.xml>>. Acessado em 03 ago. 2008.

SANTOS, Boaventura de Souza. *Judicialização da política*. Disponível em: <<http://www.ces.uc.pt/opiniao/bss/078.php>>. Acessado em 03 ago. 2008

SILVA, Alexandre Garrido da. O Supremo Tribunal Federal e a leitura política da Constituição: entre o perfeccionismo e o minimalismo. In: XVII Encontro Preparatório do CONPEDI: cidadania e a efetividade dos direitos, 2008, Salvador. *Anais do XVII Encontro Preparatório do CONPEDI*. Florianópolis: Fundação Boiteaux, 2008.

STRUCHINER, Noel. A primazia do positivismo conceitual. In: DIMOULIS, Dimitri; DUARTE, Écio Oto Ramos (org.). *Teoria do direito neoconstitucional: superação ou reconstrução do positivismo jurídico?*. São Paulo: Método, 2008, p. 317-337.

_____. Algumas “proposições fulcrais” acerca do direito: o debate jusnaturalismo vs. juspositivismo. In: *Direito, Estado e Sociedade*, Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, n° 17, ago/dez 2000, p. 399-505.

_____. Aplicação e conseqüências da noção de textura aberta da linguagem para a filosofia do direito. In: *AnaLógos – Anais da I SAF-PUC*. Rio de Janeiro: Booklink, 2001, p. 92-100.

_____. *O direito como um campo de escolhas*. Rio de Janeiro: Renovar (no prelo), 2008.

_____. Uma análise da noção de casos difíceis do direito em um contexto positivista. In: *Direito, Estado e Sociedade*, Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, n° 17, ago/dez 2000, p. 83-93.

THÉRE, Bruno. As instituições entre as estruturas e as ações. In: *Lua Nova*, n° 58, 2003, p. 226-254.

WERNECK VIANNA, Luiz; CARVALHO, Maria Alice Rezende; MELO, Manuel Palácios Cunha; BURGOS, Marcelo Baumman. *A judicialização da política e das relações sociais no Brasil*. Rio de Janeiro: Revan, 1999.

_____. *A democracia e os três poderes no Brasil*. Belo Horizonte: UFMG/IUPERJ/FAPERJ, 2002.