

# Os Dilemas da Representação Política: O Estado Constitucional entre a Democracia e o Presidencialismo de Coalizão

Lenio Luiz Streck\*

## 1. Introdução

A República brasileira, desde seu nascedouro, fez a aposta no presidencialismo. Interessante notar que o passar dos anos – talvez com toda a tradição das mazelas da República Velha – esse presidencialismo foi se transformando naquilo que vem se denominando de “presidencialismo de coalizão”.

Paralelamente, os desvios institucionais praticados pelo Poder Judiciário – entendidos aqui como a prática de ativismo judicial – têm relação direta com o tipo de presidencialismo existente no Brasil. As constantes dificuldades encontradas pelo governo, para constituir uma maioria parlamentar no Congresso Nacional, reforçam a instabilidade política no país e fazem com que o mau funcionamento dos Poderes Executivo e Legislativo acabe desaguando no Judiciário. As mesmas coalizões, que atuam no âmbito do governo, também procuram concretizar suas reivindicações por meio do Judiciário, não se preocupando muito com o fundamento jurídico das decisões. Não importa que o argumento seja de política, o fundamental é sempre ter uma decisão favorável.

---

\* Procurador de Justiça-RS; Doutor em Direito (UFSC); Pós-Doutor em Direito (FDUL). Membro catedrático da Academia Brasileira de Direito Constitucional. Professor Titular da Unisinos e Unesa. Professor Visitante da Universidade Javeriana de Bogotá, Coimbra e Lisboa (PT). E-mail: lenio@unisinos.br

Com isso, o problema da legitimidade da atuação do Poder Judiciário sempre fica para outro momento. Nesse sentido, a formação de uma juristocracia não pode ser analisada como uma consequência exclusiva da vontade de poder manifestada pelos juízes, mas, ao mesmo tempo, deve-se levar em consideração a intrincada relação interinstitucional entre os três Poderes. Em síntese, todas essas questões apontam para um acentuado protagonismo do Poder Judiciário no contexto político atual.

Nos termos propostos Ran Hirschl<sup>1</sup>, esses exemplos são demonstrativos de que nosso grau de judicialização atingiu a mega política (ou, a política pura, como o autor gosta de mencionar). Por certo que este fenômeno não é uma exclusividade brasileira. Há certa expansão do Poder Judiciário a acontecer, em maior ou menor grau, em um cenário mundial. O próprio Hirschl apresenta situações nas quais as decisões, tradicionalmente tomadas pelos meios políticos, acabaram judicializadas, como no caso da eleição norte-americana envolvendo George W. Bush e Al Gore; a decisão do Tribunal Constitucional Alemão sobre o papel da Alemanha na Comunidade Europeia, e o caráter federativo do Canadá.

Na verdade, a intensidade da judicialização da política (ou de outras dimensões das relações sociais) é a contradição secundária do problema. A grande questão não é o “quanto de judicialização”, mas “como as questões judicializadas” devem ser decididas. Este é o tipo de controle que deve ser exercido. A Constituição é o alfa e o ômega da ordem jurídica. Ela oferece os marcos que devem pautar as decisões da comunidade política. Uma ofensa à Constituição por parte do Poder Judiciário sempre é mais grave do que qualquer outra desferida por qualquer dos outros Poderes, porque é ao Judiciário que cabe sua guarda.

Desse modo, se o Poder Judiciário passa a ocupar um papel institucional de maior destaque frente aos demais Poderes, conseqüentemente a necessidade de limites à decisão judicial passa a tomar um maior espaço nas discussões públicas. Certamente esse tema é uma questão muito cara ao regime democrático, pois a ausência de controle do poder pode levar ao autoritarismo. Por esse motivo, refletir sobre a necessidade de uma teoria da decisão é, antes de tudo, uma preocupação com o próprio Estado Democrático de Direito.

---

1 Cf. HIRSCHL, 2007.

## 2. A juristocracia e o presidencialismo de coalizão

O primeiro sistema de controle de constitucionalidade que o Brasil incorporou foi o dos Estados Unidos, após a proclamação da República. Não é preciso destacar os problemas decorrentes da introdução de um sistema atravessado pela carga genética da tradição do *common law* (em que há o *stare decisis*) por um sistema de tradição romano-canônico que recém havia saído de um regime de mais de 70 anos (Império) sem controle jurisdicional, já que na Constituição de 1824 o Brasil se aproximou principalmente do constitucionalismo forjado nas lutas políticas da Europa continental, que, nos séculos XVIII e XIX, buscava a limitação do poder dos monarcas por meio da *volonté générale* formada no Parlamento. No entanto, diferentemente dos europeus, o constitucionalismo no Brasil começou apenas *pro forma*, com um imperador governando de maneira extremamente arbitrária, um Poder Judiciário subserviente e um Parlamento enfraquecido frente às investidas autoritárias do Poder Central. Desse modo, durante o Império, as deficiências do Parlamento e a ausência de um controle jurisdicional de constitucionalidade acabaram favorecendo a consolidação de um regime político despótico, controlado pelo estamento burocrático e comandado – ao invés de ser governado constitucionalmente – pelo imperador.

Com a proclamação da República, poucas coisas foram modificadas. O Imperador saiu de cena e em seu lugar surgiu o regime presidencialista, numa imitação mal feita do sistema construído pelos Estados Unidos no século XVIII. Ao mesmo tempo, dando continuidade a maneira incoerente de incorporar as inovações do constitucionalismo estadunidense, o Brasil criou o Supremo Tribunal Federal – STF – e o controle difuso de constitucionalidade, colocando os velhos ministros do *ancien régime*, membros do antigo Supremo Tribunal de Justiça do Império, para operar as inovações constitucionais que desconheciam completamente. E foi assim que o estamento deu início a jurisdição constitucional no Brasil, deixando-a sempre enfraquecida frente às pressões exercidas pelos donos do poder (Faoro).

Mas, o que tem a ver o sistema de controle de constitucionalidade com o sistema de governo presidencialista? Tudo, porque o original americano foi forjado a partir da ideia de a *Supreme Court* ser um Tribunal da federação, circunstância que levou Rui Barbosa a pensar em uma democracia jurídicista no Brasil.

Ou seja, ao menos nos EUA, o *judicial review* tem essa relação com o sistema de governo. Aliás, não estou sozinho nisso. O sofisticado constitucionalista norte-americano Bruce Ackerman<sup>2</sup> em seu livro “*The failure of the founding fathers: Jefferson, Marshall and the rise of presidential democracy*”, defende a tese de que o surgimento do Judicial Review, nos EUA, está intimamente ligado ao Presidencialismo plebiscitário, à bagunça do bipartidarismo e do processo eleitoral estadunidense.

Nesse sentido, o sistema de governo presidencialista é responsável pelo tipo de partidos e estilo de “acordos” para a governabilidade que reina no Brasil desde a República Velha. É difícil dizer até que ponto o STF desempenhou bem ou pode desempenhar bem a tarefa de tribunal da federação. Basta pensar nos julgador sobre o Estado de Sítio (entretanto, os julgamentos mais importantes são exatamente antes do acordo Campos Sales e da Política dos Governadores).

Interessante e intrigante, pois não? Não se pode olvidar que os juízes (Conselheiros) remanescentes do Império somente deixaram de “pegar no pé” dos Presidentes em face da Política dos Governadores e, fundamentalmente, na ausência de um efetivo controle de constitucionalidade sobre as intervenções federais.

A recente redemocratização e a ampliação do número de partidos políticos colocaram, talvez, um pouco mais de complexidade nessa situação. Com efeito, ainda em 1988, o cientista político Sérgio Abranches,<sup>3</sup> no momento em que o debate constituinte tinha como pauta o problema do pluralismo partidário, cunhou o termo que hoje faz moda nas discussões envolvendo a relação interinstitucional entre o Legislativo e o Executivo: o presidencialismo de coalizão. Sim, o presidencialismo brasileiro é de coalizão. E nesse aspecto não importa a ideologia, pois a maioria dos partidos fazem política de maneira pragmática, instrumentalizando a Constituição e desrespeitando a República.

Desse modo, é necessário perceber a relação do presidencialismo e do parlamentarismo com o “problema da jurisdição constitucional”. Nos regimes parlamentares houve a magnífica invenção dos Tribunais Constitucionais. Como regra geral, o governo é formado por maioria parlamentar, não há tensão entre a “vontade do Presidente” e a “vontade do parlamento”.

---

2 Cf. ACKERMAN, 2005.

3 Cf. ABRANCHES, 1988, pp. 5-33

Ao contrário do presidencialismo brasileiro, não há “duas vontades gerais em conflito” no parlamentarismo. Consequência: no parlamentarismo, as tensões sobre direito, especialmente à questão central – a constitucionalidade das leis – são resolvidas por um Tribunal que está fora do âmbito dos três poderes tradicionais. O Tribunal Constitucional é um tribunal *ad hoc*. Ele é composto e engendrado pelo parlamento. O Poder Judiciário não assume protagonismo, porque o Tribunal Constitucional não é do Poder Judiciário.

No Brasil o Presidente é eleito com 50% mais um; o Parlamento tem “vontade geral” que, para apoiar o governo, negocia para formar a maioria. E, mesmo assim, há tensões. Constantes. Legislativo versus Executivo. Para onde vai esse tensionamento? Para o Poder Judiciário, mais especificamente, o Supremo Tribunal Federal. Assim, mais tensões, mais demandas ao STF; mais forte este fica. Inércia do Executivo? Demandas que vão ao Judiciário *lato sensu*, que, assim, fica mais forte. Inércia do Legislativo? Idem. E o Judiciário se fortalece dia a dia.

### 3. Os efeitos do presidencialismo de coalizão sobre o STF

Do mesmo modo como o Presidencialismo brasileiro é de coalizão, enredado em atendimentos de pleitos políticos *ad hoc*, circunstância que causa enormes problemas para a assim denominada “governabilidade”, também o Supremo Tribunal Federal acaba ingressando perigosamente nesse terreno de (atendimento a) demandas de grupos. E também – e isso precisa ser dito – demandas provenientes da falta de resolução dos problemas das liberdades públicas no plano dos demais tribunais do país. Eles falham e tudo acaba no STF. Ele cresce. Mas sofre. E sangra na legitimidade.

Vou tentar explicar isso melhor: assim como a Presidência da República tem de atender aos pleitos dos partidos, o STF, durante esses mais de vinte anos, acabou por engendrar uma espécie de “julgamentos políticos”. Assim,

- o “partido” das nações indígenas foi até o STF e teve suas demandas atendidas;
- o “partido” das cotas queria legitimar as cotas, e deu certo;
- o “partido” das uniões homoafetivas” queria que o STF dissesse que união estável era equiparável a casamento, e obteve êxito;
- o “partido” das causas feministas, entre outras coisas, buscou retirar

da mulher vitimada por maus tratos a titularidade da representação, e igualmente se saiu bem;

- o “partido” das questões ligadas aos embriões e células tronco, idem;
- o “partido” dos governadores (questões envolvendo guerra fiscal etc.) bateu às portas do STF uma infinidade de vezes;
- o “partido” das reivindicações de prestação de saúde via judicialização também alcançou seu desiderato;
- o “partido” da moralização das eleições foi pressionar para que o STF considerasse constitucional a Lei da Ficha Limpa;
- até mesmo o “partido” do parlamento saiu-se bem, pois, mesmo sem obedecer à Constituição, conseguiu validar quase 500 medidas provisórias graças a uma modulação de efeitos concedida pelo STF. Ai é que está o problema. Julgamentos não devem ser teleológicos. Explico, na sequência, o porquê disso.

Em boa parcela desses pleitos, julgados por intermédio de ADIns, ADPFs e HCs, a resposta do STF foi invasiva, por vezes ingressando nas competências dos demais poderes (não importa, aqui, se esses “demais poderes” “mereceram” essa invasão ou não, em face de suas inércias). Aliás, isso pode não ser de todo um mal. Talvez o grande problema esteja na distinção entre judicialização e ativismo. A primeira acontece porque decorre de (in)competências de poderes e instituições, abrindo caminho-espaco para demandas das mais variadas junto ao Judiciário; a segunda é, digamos assim, behaviorista, dependendo da visão individual de cada julgador. A judicialização pode ser inexorável; o ativismo não. O ativismo não faz bem à democracia.

Nesse sentido, é de se perguntar: qual o argumento de princípio que sustenta a decisão exarada pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento da ADI 4029/DF que julgava a constitucionalidade da lei 11.516/2007 resultante da conversão da medida provisória n. 366/2007 que criou o “Instituto Chico Mendes”? Na ocasião, o STF reconheceu que a medida não havia cumprido o que determina o § 9º do art. 62 da CF (submissão a uma comissão mista de deputados e senadores para avaliar o cumprimento dos requisitos da urgência e relevância).

Na mesma ocasião, verificou-se, ainda, que muitas outras medidas provisórias (estima-se que mais de 400) haviam sido convertidas em lei, sem que o § 9º do art. 62 tivesse sido observado no decorrer do processo legis-

lativo. Logo, haveria aqui uma enxurrada de leis que tiveram origem pelo procedimento de conversão de medidas provisórias, vigendo entre nós em regime de flagrante inconstitucionalidade formal.

A decisão do Supremo Tribunal, apesar de reconhecer a inconstitucionalidade da lei 11.516/2007, operou uma modulação de efeitos *pro futuro*, para que os efeitos da pronúncia de nulidade viessem a ocorrer depois de 24 (vinte e quatro) meses...! A decisão atingiu, ainda, outras tantas leis que tiveram o mesmo vício de procedimento que acometia a lei do instituto Chico Mendes.

Nos termos do voto do Min. Relator Luiz Fux: “No que atine à não emissão de parecer pela Comissão Mista parlamentar, seria temerário admitir que todas as Leis que derivaram de conversão de Medida Provisória e não observaram o disposto no art. 62, § 9º, da Carta Magna, desde a edição da Emenda nº 32 de 2001, devem ser expurgadas *ex tunc* do ordenamento jurídico. É inimaginável a quantidade de relações jurídicas que foram e ainda são reguladas por esses diplomas, e que seriam abaladas caso o Judiciário aplique, friamente, a regra da nulidade retroativa”.

Vê-se que, neste caso, o Judiciário decidiu segundo padrões estritamente políticos, a partir de argumentos utilitaristas/consequencialistas. No limite, é possível dizer que a discricionariedade judicial chegou a tal magnitude que, para todos os efeitos, foi suspensa a vigência do § 9º do art. 62 (estado de exceção?), na medida em que medidas provisórias convertidas em lei sem sua efetiva observância foram convalidadas pelo referido Acórdão, caso em que a Corte se transformou em uma espécie de poder constituinte derivado de fato, alterando formalmente o texto constitucional. Alguém dirá: e querias que o STF fizesse o quê? A resposta é simples: as decisões do STF valem também por seu aspecto simbólico, às vezes mais do que real... O que quero dizer é que os efeitos colaterais desse tipo de decisão podem ser perniciosos à democracia, coisa que, no mínimo, deveria ter sido frisada, com letras garrafais, nos votos dos Ministros.

Há casos em que a discussão envolve questões de princípios – reconhecimento de direitos –, só que os fundamentos lançados pelos Ministros em seus votos apontam para o fato de que a decisão foi pautada em argumentos de política e não de princípios. Veja-se o caso da ADI 4424/DF, que questionava dispositivos da chamada “Lei Maria da Penha”. No caso, o STF alterou – via interpretação conforme a Constituição (na verdade, o correto teria sido utilizar a *Teilnichtigerklärung ohne Normtextreduzierung*, ou seja,

uma inconstitucionalidade parcial sem redução de texto) – a ação penal do crime de lesão corporal tutelado pela lei, estabelecendo que, nos casos em que o crime for cometido no âmbito da violência doméstica, a ação penal seria pública incondicionada (e não condicionada à representação, como se previa anteriormente).

Nesse caso, não estou preocupado – para efeitos destas reflexões – com o mérito do julgamento (se existia ou não argumentos de princípio a sustentar essa sentença interpretativa da Corte). Preocupa-me, sobretudo, o fato de que, em inúmeros votos, os ministros mencionaram o fato de que as estatísticas sobre a violência doméstica são “alarmantes”, estando a necessitar de um meio mais rigoroso de persecução criminal. Pergunto: manejar estatísticas e planejar ações futuras não seria tarefa pertencente ao âmbito da política legislativa? Seria esse um argumento jurídico suficiente para adicionar um sentido à lei?

Também no emblemático julgamento da ADI 3510/DF – no interior do qual o atual presidente do Tribunal, Min. Carlos Ayres Britto, chegou a afirmar que o STF teria se tornado uma “casa de fazer destinos” – os mais diversos votos enveredaram para a discussão de questões que são alheias à atividade de concretização de direitos que a função contramajoritária da Corte Constitucional comporta. No caso, o próprio voto do Ministro relator já citado acima, questiona – numa perspectiva ontológica clássica até – o que é a vida, ou seja, uma espécie de reificação do conceito de vida. Anota-se que, nos termos da CF, os juristas e o Judiciário podem divergir sobre o direito a vida, seu exercício, sua plenitude etc.

Entretanto, parece exagerado deixar a uma Corte – composta por 11 ministros – a definição do que seja a vida. Esse tipo de discussão envolve vários atores sociais, de várias especialidades que não podem ser submetidas ao estrito espaço do Poder Judiciário. De se perguntar: se a decisão incorporasse no dispositivo uma definição de vida, esta faria coisa julgada? Estaria a comunidade científica vinculada à definição determinada pelo Judiciário? E poderia, aqui, ainda, apresentar um elenco considerável de questões de política decididas pelo STF.

O STF não tem culpa de essas questões a ele serem submetidas. Isso é óbvio. O problema é que não conseguimos, ainda, fazer um diagnóstico acerca das razões pelas quais isso vem sendo assim. De certo modo, o STF acaba tendo que atender às demandas de vários segmentos, como que a institucionalizar uma espécie de “coalizão político-judiciária”, repetindo,

no mínimo como metáfora, o modelo de presidencialismo de coalizão do Poder Executivo. Veja-se, como já referido, os diversos grupos que leva(ram) as suas reivindicações ao Tribunal Maior – demarcação de terras indígenas, a questão das cotas, a questão do aborto, as questões homoafetivas, embriões, demandas coletivas de saúde etc. Suas “reivindicações” foram atendidas pelo Judiciário (e não pelo Executivo ou o Legislativo).

Julgamentos por política, no fundo, representam aquilo que hoje vem sendo chamado de consequencialismo: nele o Judiciário não leva os direitos a sério no sentido de *seriously right* como fala Dworkin; ao contrário, por vezes nega direitos a pretexto de que a sua efetiva concretização traria maior prejuízo econômico, ou não contribuiria para o bem-estar geral etc. Num sentido mais prosaico, seriam também políticas as decisões tomadas com base em uma pseudo vontade da maioria, clamor popular ou até mesmo – e no limite – interesse partidário.

É evidente que em um sentido mais geral o direito possui uma justificação política. Em Dworkin isso aparece na construção do que ele nomeia de “responsabilidade política dos juízes”. Segundo o jusfilósofo estadunidense, a responsabilidade política dos juízes implica decisões assentadas em argumentos de princípios. Ou seja, a responsabilidade política dos juízes é decidir de modo a reconhecer direitos, e não a criá-los a partir de argumentos subjetivos ou políticos no sentido retratado acima (o tipo de decisão que articula, concomitantemente, argumentos de princípio e argumentos de política, são as decisões legislativas). E isso é um modo de controle: a Teoria da Decisão Judicial é um modo de controlar o exercício da jurisdição (ou, se quisermos, o poder dos juízes), afirmando que eles possuem um ônus democrático.

É verdade que o direito presta legitimidade à política, compreendida como poder administrativo, sendo que a política lhe garante coercitividade. Concebendo a política como comunidade (*Polity*), o direito faz parte dela. Compreendida como exercício da política (*politics*), há uma coimplicação entre eles na constituição do político. Como ponto de vista partidário, o direito tem o papel de limitar a política em prol dos direitos das minorias, definindo o limite das decisões contramajoritárias. O direito é essencialmente político se o considerarmos como um empreendimento público. Daí política ou político, no sentido daquilo que é da polis, é sinônimo de público, de res publica.

#### 4. Uma importante pesquisa, mas que não mostra o essencial

Recentemente foi publicado um importante livro tratando da temática do ativismo, da judicialização e da representação, da lavra de Thamy Pogrebinski.<sup>4</sup> A inteligente e zelosa autora levanta sete teses que contestam o imaginário jurídico-social de que o Supremo Tribunal Federal estaria judicializando a política. Seu objetivo é desmitificar o discurso de que haja crise de representação ou risco de crise institucional em face de um excessivo intervencionismo do Poder Judiciário em terras brasileiras. Em síntese, são essas teses da Professora Thamy:

- 1) O Supremo não tem uma atuação contramajoritarista, podendo ser considerado inexpressivo o número de decisões declarando a inconstitucionalidade, em todo ou em parte, de leis e atos normativos promulgados pelo Congresso Nacional.
- 2) O Supremo reforça a vontade majoritária representada no Congresso Nacional, confirmando a constitucionalidade das leis e atos normativos em 86,68% das ADIs e ADPFs.
- 3) O STF não atua de forma ativista, colmatando as supostas lacunas deixadas pelo Legislativo, uma vez que, para cada declaração de inconstitucionalidade, havia uma média de 11,75 projetos de lei tratando da mesma matéria específica em tramitação no Congresso, além de uma média de 2,6 leis tratando do mesmo tema discutido pelo pleno da corte.
- 4) Não há enfraquecimento do poder majoritário do Legislativo, uma vez que, em decorrência da declaração de inconstitucionalidade, o Congresso propõe uma média de 6,85 projetos de lei versando sobre a mesma matéria.
- 5) O Supremo, pelo contrário do pensado, fortalece a atuação do Legislativo, obrigando-o a legislar sobre determinadas matérias. O prazo médio de resposta do Legislativo foi de 16 meses, sendo que em 45,83% dos casos a resposta vem em menos de seis meses.
- 6) O comportamento do Supremo não se alia a nenhuma coalizão majoritária do Congresso, porque o a relação entre ADPFs e ADIs reconhecidas é proporcional.
- 7) O STF tem se utilizado de recursos jurídicos para preservar ao máximo a palavra do Legislativo, como a interpretação conforme, a nulidade parcial sem redução de texto e a modulação de efeitos.

---

4 Cf. POGREBINSCHI, 2012.

## 5. Contestando os dados

Em primeiro lugar, afora os elogios ao minucioso trabalho de pesquisa, é necessário deixar claro que, quando tratamos de determinados assuntos, antes é necessário colocar na mesa os conceitos operacionais com os quais estamos lidando. Assim, a autora dá por “batidas” algumas premissas, que talvez não sejam tão evidentes assim.

Para começar, Thamy Pogrebinski diz que “um dos principais alicerces sobre os quais se construiu a tese da judicialização da política no Brasil é o significativo e crescente volume de ações ajuizadas por meio de controle concentrado de constitucionalidade”. Assim, o número de ADIns seria um termômetro do coeficiente de judicialização.

Permito-me lembrar, desde logo, que essa é apenas uma das questões que dizem respeito à judicialização. No plano do controle difuso ou do uso de *writs* constitucionais, a judicialização (ou o ativismo) é muito mais significativo. A judicialização do direito à saúde, por exemplo, passa por uma ou duas ações no Supremo Tribunal (controle concentrado) e por dezenas de milhares de ações nos fóruns e Tribunais da República, inclusive no STF. Portanto, as ADIns são só a ponta do *iceberg*, que podem induzir ao erro.

Mais ainda, a judicialização não deve ficar restrita à atuação (ou crítica à atuação) do STF. Basta vermos que vários Estados da Federação gastam mais em pagamento de ações judiciais sobre o acesso à saúde e remédios do que nos próprios orçamentos. Em São Paulo, por exemplo, os gastos da Secretaria Estadual de Saúde com medicamentos por conta de condenações judiciais em 2011 chegaram a R\$515 milhões, quase R\$90 milhões gastos além do previsto no orçamento do ano destinado a medicamentos.

Em segundo lugar, ao dizer que vai desmitificar a falácia da crise institucional, a autora apenas alude a alguns comentários (por exemplo, de Luis Roberto Barroso), de que estaria havendo esse risco. Não consta que no conjunto das obras jurídicas que criticam o ativismo do judiciário (incluído o STF) possa ser encontrada essa afirmação de que o Brasil corre(ria) o risco de uma crise institucional. A crítica ao ativismo não vai a esse ponto, ao menos pela literatura mais conhecida no campo jurídico. Há, sim, um risco no que diz a autora, por uma razão simples: o fato de se dizer – e eu tenho feito isso amiúde – que o STF é ativista, não quer dizer que o legislativo é fraco. Na verdade, o agigantamento do Judiciário não quer dizer enfraquecimento do Legislativo, como quer

fazer parecer a autora. Aliás, o que dizer do agigantamento do Poder Executivo, frequentemente “sofrendo” nas mãos principalmente da Justiça Federal?

Talvez o problema esteja no conceito de ativismo que Thamy utiliza. Para ela, a cultura jurídica brasileira estaria equivocada porque usaria *outliers* (casos mentirosos) para demonstrar um “excesso de ativismo” ou de judicialização. Seriam poucos casos e que, no computo geral, dariam um percentual pífio. Conclusão da autora: não é verdade que o STF seja ativista; não é verdade que o STF pratique judicialização. Como referi, isso não é tão simples assim.

## 6. O que se entende por ativismo?

Outro ponto que fragiliza a pesquisa de Thamy Pogrebinschi é o fato de entender que, pelo fato de que a maioria das ações de inconstitucionalidade terem sido rejeitadas, isso seria forte demonstração de que o STF “não é ativista” e que “não está judicializando”. Pergunto: desde quando somente um ato positivo de inconstitucionalidade é que demonstra o ativismo de uma Suprema Corte? Quer dizer que, se o STF julga de acordo com o parlamento ou de acordo com o governo, ele deixa de ser epitetado de ativista? Ativismo é só quando julga “contra”? Afinal, *qual é o conceito de ativismo*<sup>5</sup>? Aqui, permito-me um breve corte epistemológico.

Como aponta Francisco José Borges Motta,<sup>6</sup> para que possamos concordar ou discordar a respeito de uma concepção complexa como *direito* ou *democracia*, por exemplo, é preciso fazer uma pausa e refletir sobre *o que são* conceitos políticos e sobre como se dão nossos entendimentos ou divergências a respeito de suas definição e aplicação. Não adianta discutirmos sobre as exigências da “democracia” se eu e você temos em mente noções diferentes desse conceito. Nesse caso, a discussão não seria sobre democracia, mas sobre o *uso correto da palavra democracia*.

---

5 Lembro aqui do agulhão semântico de Dworkin. Suas vítimas são aquelas que pensam que somente podemos discutir sensatamente se todos aceitarmos os mesmos critérios para decidir quando nossas posições são bem fundadas – mesmo que não possamos afirmar, com a exatidão esperada de um filósofo, que critérios são esses. Quer dizer: nós só poderíamos discutir, sensatamente, sobre quantos livros tenho em minha estante se estivéssemos de acordo, em linhas gerais ao menos, quanto ao que é um livro. Esse é um resumo do pensamento dos filósofos jurídicos que discutem e produzem as teorias semânticas do direito (DWORKIN, 2003, pp. 55-56).

6 Cf. MOTTA, 2010.

Então, precisamos *compartilhar* um conceito, de modo que nossas divergências sobre seu conteúdo sejam autênticas. E isso acontece, segundo Dworkin, quando concordamos – em geral, ao menos – a respeito dos *critérios de identificação* desses conceitos. Por exemplo, nós concordaremos a respeito de quantos livros há sobre uma mesa, ainda que se tenha alguma dúvida a respeito da inclusão de um *panfleto* – que também está em cima da mesa – nessa conta. Se a nossa discussão for sobre se o *panfleto é ou não um livro*, nossa divergência será apenas ilusória (continuaremos concordando com o *número de coisas que há em cima da mesa*). Será apenas quanto aos critérios de identificação<sup>7</sup>.

Agora, a coisa muda de figura quando discutimos a respeito de conceitos políticos. Nós divergiremos, por exemplo, com relação à justiça da tributação progressiva, de forma genuína, mesmo que concordemos muito pouco com relação aos critérios que definem a justiça de uma instituição. Sendo assim, e ainda de acordo com a leitura que Francisco Motta faz do jusfilósofo norte-americano, cabe uma distinção: alguns conceitos – como os conceitos políticos e morais – devem ser concebidos como *conceitos interpretativos*. Nós os compartilhamos porque dividimos práticas sociais e experiências nas quais eles aparecem. Esses conceitos descrevem *valores*; contudo, nós discordamos a respeito desses valores e da maneira como eles se expressam. Nós discordamos porque interpretamos as práticas que compartilhamos de uma maneira diferente: temos teorias diferentes a respeito de quais valores melhor justificam aquilo que aceitamos como características centrais ou paradigmáticas daquela prática. Essa estrutura faz com que nossos dissensos conceituais sobre liberdade ou igualdade sejam autênticos. E também fazem com que nossas divergências sejam mais *valorativas* do que sobre fatos ou sobre uso correto das palavras<sup>8</sup>.

---

7 Dworkin dá outro exemplo: se divergimos a respeito de se um amigo nosso, que está perdendo cabelo, é ou não *careca*, apesar de concordarmos a respeito de *quanto cabelo ele ainda tem*, nossa divergência é falsa ou meramente verbal. Para o autor, os conceitos de *livro* ou de *careca* são conceitos *criteriais*: as pessoas em geral convergem a respeito dos critérios corretos para a sua aplicação e divergem, apenas, sobre algumas aplicações que consideram marginais. (DWORKIN, 2011, pp. 158-159).

8 O que não é o mesmo que dizer que conceitos intepretativos não podem ser definidos. A filosofia moral e política é, em grande medida, um esforço de definição destes conceitos. A questão é: já que qualquer definição de um conceito moral é uma peça de interpretação moral, qualquer definição será, invariavelmente, controversa. Ibidem, p. 170.

## 7. Judicialização não é o mesmo que ativismo

Assim, insisto, não é o fato – primeira tese de Thamy Pogrebinski – de o número de decisões em controle de constitucionalidade que declaram a inconstitucionalidade ser baixo em relação às denegatórias que invalida a tese de o STF judicializar a política ou praticar ativismos. Judicializar a política pode não ser exatamente o mesmo que praticar ativismos. Aliás, não é o mesmo. Se verificarmos bem, veremos que a judicialização é contingencial. Ela não é um mal em si. O Problema é o ativismo. Como venho referindo, há uma diferença entre judicialização e ativismo, problemática que já foi explicada à saciedade por mim tantas vezes. Parece que na pesquisa de Pogrebinski ambos são tratados de forma idêntica. Mais ainda, o fato de existirem mais demandas indeferidas que as que foram deferidas se deve também ao enorme contingente de legitimados. Grande parcela de ações que tratam de questões constitucionais são fadadas ao fracasso *ab ovo*, por falta de requisitos formais.

Dizer – como diz a autora – que o STF reforça a vontade majoritária do Poder Legislativo pode ser um enunciado que sofre de anemia significativa. Será que 14% de ações consideradas procedentes de uma produção legislativa de 21 anos é efetivamente pouco? Qual é o critério para o “pouco” ou “muito”? Não quero jogar com esses dados. Mas não afirmaria, *tabula rasa*, ou seja, com essa convicção de Pogrebinski, que tais números representa(ri)am um reforço do legislativo.

Além disso – e permito-me insistir –, há casos que não entram na pesquisa da Professora. Por exemplo, os mandados de segurança que o próprio parlamento busca junto ao STF.. Embora a pesquisa não poderia tratar disso, porque o caso é recentíssimo, como entraria na base de dados a ação judicial da oposição para trancar a pauta da apreciação dos vetos, com liminar deferida pelo Min. Luiz Fux? Mas há outras ações anteriores a essa que não foram levadas em conta.

Também não impressiona a circunstância – referida pela Professora – de o STF se valer de sentenças interpretativas (interpretação conforme etc.) e que isso reforçaria o papel da lei e do legislativo. Por isso a minha indagação: e se o STF, via interpretação conforme, fizer exatamente o contrário do que propunha o legislativo? Por exemplo, o parlamento nunca quis falar da regulamentação das uniões homoafetivas. Trata-se de um assunto que o parlamento, ao decidir não regulamentar, na prática o STF “regulamentou”

de forma negativa. E o que fez o Judiciário, na ADPF 132? Fez interpretação conforme para excluir qualquer significado do artigo 1.723 do Código Civil que impeça o reconhecimento da união entre pessoas do mesmo sexo como entidade familiar, dando procedência da ação, atribuindo, inclusive, efeito vinculante. Ou seja, nem tudo o que parece, é.

A partir da diferença entre ativismo e judicialização e da relevante circunstância de que o STF não representa o estado da arte dessa fenomenologia deste país de proporções continentais, há uma série de pontos que não foram abordados e que deveriam fazer parte do debate. Como já referi, os Tribunais e o STF fazem política quando dizem que não fazem; eles fazem ativismo quando dizem que não fazem; e judicializam quando sustentam não fazer. Por exemplo, quando o STF decide que, no art. 366 do CPP, a prova considerada urgente fica ao arbítrio do juiz decidir, está não somente fazendo ativismo, com a institucionalização da discricionariedade judicial – ponto importante para aferir o grau de ativismo e da judicialização – como também está “legislando”. Não parece que o legislador, ao estabelecer, nos marcos da democracia, que a prova considerada urgente possa ser colhida de forma antecipada, tenha “querido” deixar isso ao bel prazer do juiz... Bom, mas foi isto que o STF disse que o dispositivo “quer dizer”.<sup>9</sup>

Na mesma linha, quando o legislador institucionaliza o princípio (sistema) acusatório no Código de Processo penal, mediante a aprovação de uma alteração significativa do art. 212, o Superior Tribunal de Justiça e o Supremo Tribunal Federal negam validade ao dispositivo, sem qualquer arguição da inconstitucionalidade do novel dispositivo. Simplesmente se negam a cumprir o dispositivo. Isso seria o que, na visão da autora? Ativismo, judicialização, decisionismo? O produto do legislador não está conspurcado pelo Poder Judiciário? E veja-se o alcance desse tipo de decisão (por todos, o HC 103.525 – STF). Diariamente, milhares de acusados têm seus direitos violados por falta do cumprimento de um dispositivo que trata de direitos fundamentais. E assim por diante.

Poderia trazer centenas de decisões que, por vezes, aplicam o formalismo jurídico como se estivéssemos no século XIX (ou no direito de antes de 1988), quando leis antigas são aplicadas à revelia da atual Constituição; e, ao mesmo tempo, não poucas decisões que são prolatadas de acordo com o livre convencimento do juiz. Aliás, a livre apreciação da prova ou

---

9 Cf. STRECK, 2013.

o livre convencimento do juiz – e as inúmeras decisões que tratam disso (por exemplo, o recente processo do Mensalão que muito se utilizou do “livre convencimento”) – seriam enquadradas em que conceito? Quando o STF diz que, com base no princípio da verdade real, aplica a livre apreciação da prova, ele está praticando o que? A democracia? Ou ele está usurpando competência do legislativo e do próprio Estado Democrático de Direito?

Por fim, concordo com Thamy quando diz que os problemas decorrentes do presidencialismo de coalização se estendem ao Poder Judiciário. Com efeito, parece não haver dúvidas de que o STF vem julgando por argumentos de políticas e não por princípios. Na verdade, ele atende aos vários segmentos, numa espécie de *presidencialismo de coalizão judicial*. Vejamos: os segmentos a favor das cotas raciais não manifestaram sua vontade política; pelo contrário, foram ao Supremo Tribunal reivindicar sua legitimidade. Do mesmo modo agiu o segmento que pediu a equiparação das uniões estáveis homoafetivas ao casamento, que seguiu na cauda dos que clamavam pela constitucionalidade das atividades de pesquisa com células-tronco embrionárias, dos governadores, no caso das guerras fiscais, dos que pediam a descriminalização do parto antecipado de fetos anencefálicos, e até mesmo os moralistas, que fragilizaram a democracia pela defesa da Lei da Ficha Limpa e os parlamentares, que, pedindo ao Supremo, validaram quase 500 medidas provisórias inconstitucionais por consequência de uma modulação de efeitos. Mas essa concordância não isenta a Professora das críticas feitas anteriormente.

Como dito, o trabalho de Thamy Pogrebinschi é absolutamente relevante. Mas demonstra apenas pequena parcela do problema. Na verdade, ela não desmitifica os discursos sobre o ativismo e a judicialização. Apenas demonstra, por números, que, olhando os resultados dos julgamentos do STF, ele mais julga a favor do parlamento e do executivo do que contra. Entretanto, esses números escondem os demais julgamentos do STF.

Mais do que isso, os números coletados colocam uma cortina de fumaça sobre o imenso contingente de julgamentos ativistas dos Tribunais da República, que vão desde o simples descumprimento de direitos fundamentais (ativismo às avessas, pois não?) até decisões descontroladas fornecendo xampu para calvos e decisões proibindo a caça com base no princípio da dignidade da pessoa humana. Ou seja, o que é isto – o ativismo? O que é isto – a judicialização? O que é isto – a crise da representação?

## 8. Considerações finais

Nestes tempos pós-positivistas (com todos os problemas que esse termo acarreta), cada vez mais se torna necessário discutir as condições de possibilidade da validade do direito em um contexto em que os discursos predatórios dessa validade, advindos do campo da política, da economia e da moral, buscam fragilizá-la. Trata-se, enfim, de discutir o papel do direito na democracia, seus limites e sua força normativa.

Em outras palavras, nesta quadra da história, não pode ser considerado válido um direito que não seja legitimado pelo selo indelével da democracia. Nesse sentido, penso que o direito deve ser preservado naquilo que é a sua principal conquista a partir do segundo pós-guerra: o seu grau de autonomia.

O novo papel do direito está bem representado naquilo que Jorge Miranda chamou de “Revolução Copernicana do Direito Público”, ou seja, o novo lugar ocupado pelas Constituições do segundo Pós-guerra e o igualmente novo papel exercido pelos Tribunais Constitucionais, mormente no campo da Europa Continental.

Nesse sentido, é importante lembrar que é nesse contexto de afirmação das Constituições e do papel da jurisdição constitucional que teóricos dos mais variados campos das ciências sociais – principalmente dos setores ligados à sociologia, à ciência política e ao direito – começaram a tratar de fenômenos como a *judicialização da política e o ativismo judicial*. Ambos os temas passam pelo enfrentamento do problema da interpretação do direito e do tipo de argumento que pode, legitimamente, compor uma decisão judicial.

Em outras palavras: quais são as condições de possibilidade do argumento jurídico-decisório? Sob quais circunstâncias é possível afirmar que o tribunal, no momento de interpretação da constituição, não está se substituindo ao legislador e proferindo argumentos de política ou de moral? Neste ponto é importante mencionar estudos como *The global expansion of Judicial Power: the judicialization of politics*<sup>10</sup>, *On law, politics & judicialization*<sup>11</sup>, *Towards juristocracy: the origins and consequences of the new*

---

10 Cf. TATE; VALLINDER, 1995.

11 Cf. SHAPIRO, 2002.

*constitutionalism*<sup>12</sup>. Em outra perspectiva, mas apontando também para a incisividade do Poder Judiciário na condução da vida política, tem-se o artigo *Tomada de Decisões em uma democracia: a Suprema Corte como uma entidade formuladora de políticas nacionais*<sup>13</sup>.

Esse é o grande dilema contemporâneo. Superadas as formas de positivismo exegético-racionalista (formas exegéticas), os juristas ainda não conseguiram construir as condições para o controle das posturas voluntaristas (que, se registre, por apostarem na discricionariedade dos juízes, não deixam de ser também positivistas). Se antes o intérprete estava assujeitado a uma estrutura pré-estabelecida, já a partir do século XX, o dilema passou a ser: como estabelecer controles à interpretação do direito e evitar que os juízes se assenhem da legislação democraticamente construída?

Um dos sintomas desse problema reside no crescimento – mormente em países como o Brasil – do fenômeno do “ativismo judicial”, fator de fragilização do grau de autonomia alcançado pelo direito neste novo paradigma.

O ativismo tem sido utilizado em grande medida pelo Poder Judiciário brasileiro, em especial, pelo Supremo Tribunal Federal. E o papel da doutrina, em vez de construir as condições para uma crítica eficaz a esse indevido protagonismo, cumpre papel de colocar “gasolina do incêndio”.

## Referências Bibliográficas

- ABRANCHES, Sérgio H. "O presidencialismo de coalizão: o dilema institucional brasileiro". *Dados*, Rio de Janeiro, n. 31(1), pp. 5-3, 1988.
- ACKERMAN, Bruce. *The failure of the founding fathers: Jefferson, Marshall and the rise of presidential democracy*. Harvard: Harvard University Press, 2005.
- DAHL, Robert A. *Tomada de Decisões em uma democracia: a Suprema Corte como uma entidade formuladora de políticas nacionais*. *Revista de Direito Administrativo*, n. 252, setembro/dezembro de 2009.
- DWORKIN, Ronald. *Justice for Hedgehogs*. Cambridge, Massachusetts, London: The Belknap Press of Harvard University Press, 2011.

---

12 Cf. HIRSCHL, 2007; \_\_\_\_, 2009, pp. 139-175.

13 Cf. DAHL, pp. 25-43.

- \_\_\_\_\_. DWORKIN, Ronald. *O Império do Direito*. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2003.
- HIRSCHL, Ran. *Towards juristocracy: the origins and consequences of the new constitutionalism*. Cambridge: Harvard University Press, 2007.
- \_\_\_\_\_. O novo constitucionalismo e a judicialização da política pura no mundo. *Revista de Direito Administrativo*, n. 251, pp. 139-175, maio/agosto de 2009.
- MOTTA, Francisco. J. B. Levando o Direito a Sério: uma crítica hermenêutica ao protagonismo judicial. Florianópolis: Conceito Editorial, 2010.
- POGREBINSCHI, Thamy. *Judicialização ou Representação?* Política, direito e democracia no Brasil. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011.
- SHAPIRO, Martin; SWEET, Alec Stone. *On law, politics & judicialization*. New York: Oxford University Press, 2002.
- STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica Jurídica (e)m Crise*. 11º ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014.
- STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição Constitucional e Decisão Jurídica*. 3º ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.
- TATE, Neal C.; VALLINDER, Torbjörn. In: \_\_\_\_\_ (Orgs.). *The global expansion of Judicial Power*. New York: New York University Press, 1995.

Recebido em abril de 2014

Aprovado em agosto de 2014