

## O ATIVISMO JUDICIAL: DIFERENTES DIAGNÓSTICOS

**Denis de Castro Halis<sup>1</sup>; Prof. Dr. Roberto Fragale Filho<sup>2</sup>**

<sup>1</sup>Mestrando do Programa de Pós-Graduação em Sociologia e Direito – UFF e pós-graduando em Filosofia Contemporânea - UERJ. Bacharel em Ciências Sociais pela UERJ e bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais pela FND/UFRJ. Rua Ferreira Viana 36 apto 501 Flamengo, 22210-040, Rio de Janeiro. E-mail: halis@gbl.com.br

<sup>2</sup>FD-UFF: Rua Presidente Pedreira, 62 - Ingá, 24210-470 - Niterói/RJ.

**Palavras-chave:** Ativismo, STF, juízes, política.

**Área do Conhecimento:** VII- Ciências Humanas

### RESUMO

As instituições que compõem os diversos sistemas judiciais têm sido apresentadas pela literatura especializada como cada vez mais ativas no controle das políticas públicas. Este trabalho busca diferenciar as atuações possíveis - aceitáveis – das atuações impossíveis – não aceitáveis – por parte dos magistrados, conjugando certas relações entre magistratura e política. Entende-se por “aceitável” a atuação que pode ser vista como coerente, razoável ou correta por, pelo menos, uma parcela dos chamados “operadores jurídicos”. Ao invés de discorrer sobre numerosas escolas jurisprudenciais, cada uma defensora de um método de atuação e de seu referencial de “aceitabilidade”, valoriza-se a discussão acerca de como o ativismo dos juizes ocorre na prática. A partir de diagnósticos plurais selecionados, sobre o grau e a qualidade da intervenção judicial na sociedade, busca-se melhor entender a função própria dos juizes. Uma vez compreendida, torna-se mais fácil perceber as fronteiras de atuação do Poder Judiciário. A abordagem prioriza a análise de julgados do Supremo Tribunal Federal.

### INTRODUÇÃO

Numa rápida sumarização se declara que este trabalho busca diferenciar as atuações possíveis - aceitáveis – das atuações impossíveis – não aceitáveis – por parte dos magistrados, conjugando certas relações entre magistratura e política. Entende-se por “aceitável” a atuação que pode ser vista como coerente, razoável ou correta por, pelo menos, uma parcela dos chamados “operadores jurídicos”.

Porém, isso é feito de um modo peculiar. Ao invés de discorrer sobre numerosas escolas jurisprudenciais, cada uma defensora de um método de atuação e de seu referencial de “aceitabilidade”, valoriza-se aqui a discussão acerca de como o ativismo dos juizes ocorre na prática. Isto é, procura-se sublinhar os efeitos que ele vem produzindo para se tentar entender em que grau isso pode ser defensável ou não.

As instituições que compõem os diversos sistemas judiciais têm sido apresentadas pela literatura especializada como cada vez mais ativas no controle das políticas públicas. Teóricos de diversos matizes argumentam que isso acarreta uma delegação de poder que privilegia atores, formalmente neutros, em detrimento dos representantes políticos profissionais. Na verdade, pode-se também argumentar que a doutrina liberal apresenta, de certa forma, esses últimos como neutros, na medida em que se declara que sua atuação objetiva a persecução do bem comum, etc. É difícil encontrar qualquer autor que afirme ser esse debate facilmente

resolúvel. Estudiosos de todas as tendências, defensores das mais diferentes bandeiras, têm se debruçado, e divergido, sobre esse assunto. Isso se reflete na produção acadêmica, tanto no campo da ciência política, como no campo do direito.<sup>1</sup> Essas divergências engendram um território analítico ainda germinal a ser demarcado.

Frente a esse quadro, opta-se, aqui, por apresentar um recorte dessa discussão, priorizando o funcionamento concreto dos tribunais e, através disso, tentar compreender melhor o espaço opaco da atuação dos juizes. O atributo “opaco” se justifica na medida em que, apesar de variados esforços teóricos, não existem limites nitidamente delineados para a prática jurisdicional.

### Sentido e Forma do Esforço

A partir de diagnósticos plurais selecionados, sobre o grau e a qualidade da intervenção judicial na sociedade, busca-se melhor entender a função própria dos juizes. Uma vez compreendida, é possível argumentar que fica mais fácil perceber as fronteiras da atuação do Poder Judiciário.

<sup>1</sup> Talvez o círculo de pesquisadores brasileiros pioneiros no estudo deste tema seja o grupo liderado por Luis Werneck Vianna, que já produziu três obras: “Corpo e alma da magistratura brasileira”, “A Judicialização da política e das relações sociais no Brasil” e “A democracia e os três poderes”. No campo do direito, destaca-se a professora Gisele Cittadino, da PUC-RJ, com alguns trabalhos publicados.

Os diagnósticos selecionados foram elaborados por autores brasileiros. O critério de seleção foi definido em função de terem eles trabalhado sob diferenciadas perspectivas, daí as conclusões antagônicas. Nenhum deles se limita a traçar um panorama do problema. Todos acabam por abraçar uma posição valorativa sobre a postura dos juízes e dos tribunais.

A abordagem nos dois textos prioriza a análise de julgados do Supremo Tribunal Federal.

A primeira obra - elaborada por pesquisadores do IUPERJ<sup>2</sup> liderados por Luiz Werneck Vianna - além de fazer uma revisão dos principais autores estrangeiros envolvidos nessa temática, concede uma visão positiva ao intervencionismo judicial no Brasil.

Como contraponto ao texto de Werneck Vianna, é apresentado o artigo de Carlos Alberto Colombo, também sobre o cenário brasileiro. Colombo critica o recorte dos dados trabalhados pelo grupo de Werneck Vianna, e enfatiza, em especial, uma atuação elitista por parte do STF.

## DIAGNÓSTICOS: WERNECK VIANNA vs. COLOMBO

Preliminarmente, registra-se a impressão de que o pano de fundo das discussões sobre o ativismo envolve uma visão de que os juízes são intérpretes mecânicos das normas legais. Conseqüentemente, seu papel estará sendo desempenhado caso atue objetivamente. Essa visão sobre os juízes não é rara, tanto entre leigos, quanto entre profissionais do direito e personagens políticos. Isso pode ser exemplificado, de modo paradigmático, com uma declaração do prefeito do Rio de Janeiro, César Maia, no ano de 2002. Numa entrevista<sup>3</sup>, diante de um comentário da repórter - "Essas brigas judiciais acabam não resultando numa punição efetiva..."-, quando falava sobre liminares que revogaram atos de cassação de alvarás por parte da prefeitura, Maia declarou: "Parte dos juízes imagina que está na função para fazer justiça. Quem faz justiça é o político, que elabora as leis. O Judiciário é um poder técnico, que deve aplicar as leis [sem grifo no original]".

Dito isso, o eixo transversal aos dois textos pode ser entendido como as relações, mais ou menos convergentes, entre as esferas do Poder Judiciário e do Poder Executivo. A ênfase recai na maior ou menor capacidade do Judiciário de controlar as ações na arena política e social vem recebendo diversas e, por vezes, antagônicas leituras.

Os autores dos trabalhos selecionados sustentam haver um incremento contínuo da intervenção dos juízes que, de personagens secundários, vêm adquirindo a

posição de protagonistas na esfera pública. Uma das razões principais disso envolve o fato de as declarações de direitos engendrarem duas espécies de expectativas. A primeira em que as inovações constitucionais seriam capazes de garantir mudanças. A segunda, em que se limitariam a cumprir funções simbólicas, não se convertendo em práticas sociais ou esvaziando-se, por um entendimento jurisprudencial restrito, preso a suposições irreais, mitos jurídicos e concepções ortodoxas da teoria da separação dos três poderes. O texto de Werneck Vianna *et al* aproxima-se mais da primeira vertente, enquanto o texto de Colombo defende a segunda hipótese.

Nos panoramas analíticos apresentados pelos dois textos, alguns teóricos sublinham a acentuação de uma certa crise política, enquanto outros inserem a intervenção como algo natural no formato atual das democracias contemporâneas. E é defronte desses dois principais cenários construídos que se discute o papel dos juízes.

### Luis Werneck Vianna *et al*<sup>4</sup>

O livro de Werneck Vianna *et al* é, talvez, o mais completo em termos de revisão da literatura mais atual, dentre os selecionados. Apresenta um excelente panorama sobre os principais estudiosos nacionais e estrangeiros sobre esses temas.

A obra possui duas dimensões principais. A primeira diz respeito à lógica e aos parâmetros de atuação do Poder Judiciário no cenário político - a "judicialização da política". A segunda refere-se à institucionalização do direito na vida social, colaborando para a construção da sociabilidade (formando identidades e núcleos de organização social) e invadindo espaços antes não acessíveis - a "judicialização das relações sociais".

Os autores tentam compreender as múltiplas idéias desse campo analítico que relaciona o judiciário com os outros poderes classificando-as em dois eixos: o *procedimentalista*<sup>5</sup> e o *substancialista*<sup>6</sup>. O primeiro teria como representantes principais Jürgen Habermas e Antoine Garapon, enquanto o outro seria representado por Mauro Cappeletti e Ronald Dworkin. Apesar das diferenças explicativas, que justificavam sua classificação, ressaltam os autores que todos têm

(...) em comum o reconhecimento do Poder Judiciário como instituição estratégica nas democracias contemporâneas, não limitada às funções meramente declarativas do direito,

<sup>2</sup> Instituto Universitário de Pesquisas do Rio de Janeiro.

<sup>3</sup> SCHMIDT, Selma. *O Processo Civilizatário Demora Anos*. César Maia: Entrevista. *Jornal O Globo*, Rio de Janeiro, 24 de nov. 2002. Caderno Rio, p. 27.

<sup>4</sup> *A judicialização da política e das relações sociais no Brasil*. Rio de Janeiro: Revan, 1999.

<sup>5</sup> Aqui se privilegia o aperfeiçoamento dos procedimentos democráticos, a serem protegidos e garantidos pelo direito. Desta forma, todos teriam ampla oportunidade de intervir no processo de formação da vontade majoritária.

<sup>6</sup> Em que se reconhece a inevitabilidade da criação jurisprudencial do direito que é percebida como propiciadora da agenda igualitária, sem prejuízo para a liberdade.

impondo-se, entre os demais poderes, como uma agência indutora de um efetivo checks and balances e da garantia da autônima individual e cidadã. (Werneck Vianna, 1999, p. 25)

Estar-se-ia diante, portanto, de uma nova arena pública, substitutiva parcial da representação por partidos e passível de interpelação direta por parte dos indivíduos, grupos e até partidos:

Dessas múltiplas mutações, a um tempo institucionais e sociais, têm derivado não apenas um novo padrão de relacionamento entre os Poderes, como também a conformação de um cenário para a ação social substitutiva a dos partidos e a das instituições políticas propriamente ditas, no qual o Poder Judiciário surge como uma alternativa para a resolução de conflitos coletivos, para a agregação do tecido social e mesmo para a adjudicação de cidadania, tema dominante na pauta da facilitação do acesso à justiça. (Werneck Vianna et al, 1999, p. 22)

Por conseqüência, o ativismo judicial, na esteira desse redimensionamento do Poder Judiciário, pode ser valorizado ou não, dependendo do eixo adotado.

Werneck Vianna et al, ao apresentar as idéias de Antoine Garapon, relacionam essa valorização do Poder Judiciário com uma desqualificação da política e ao “derruimento do homem democrático” num ambiente de decadência do *Welfare State* (1999, p. 25). Ao mesmo tempo, outras instituições (partidos, família e religião) já não estariam promovendo a solidarização social demandada (idem). Isto é, a avaliação de Garapon sobre esse fenômeno é negativa.

Enquanto esse ponto de vista deve ser valorizado, deve-se adotar uma precaução na generalização desse argumento. Alguns analistas defendem que nunca houve um *Welfare* no Brasil. Argumentam que a desqualificação da política sempre existiu, enquanto que o ideal de “homem democrático” nunca existiu - ao menos não de forma substancial. Habermas compartilha desse diagnóstico pessimista de Garapon, falando em colonização do “mundo da vida” pelo Judiciário, tutor da cidadania. De fato, muito pode ser problematizado acerca de uma atitude dativa ou distributiva de direitos por parte dos magistrados que optam, mesmo de forma embasada ou coerente, por uma intervenção mais agressiva. E isso, tanto por conta do sempre presente debate em torno da limitação das funções e competências, como por conta de uma fragilização de uma luta coletiva “cidadã” para resolver coletivamente problemas coletivos.

Quanto ao último argumento - fragilização da luta coletiva - há que se registrar uma grande coerência. E isso porque, uma vez que os problemas coletivos tendem a não desaparecer - chegando mesmo a aumentar - ou a adotar novos formatos, é preciso que se mantenha uma espécie de prontidão ou vigília dos membros das comunidades para que seja possível acionar

mobilizações, forjar reivindicações e apontar os caminhos julgados adequados.

Werneck Vianna *et al* comentando o outro diagnóstico possível, empreendido por Mauro Cappelletti e Ronald Dworkin, registram:

(...) o redimensionamento do papel do Judiciário e a invasão do direito nas sociedades contemporâneas não soem como fenômenos estranhos à tradição democrática e, sim, como uma efetiva e necessária extensão dessa tradição a setores ainda pouco integrados à sua ordem e ao seu ideário. (Werneck Vianna et al, 1999, p. 32)

Além disso, tendo em vista a forte presença de princípios e valores gerais nas constituições contemporâneas, dizem:

A concretização da vontade geral declarada na Constituição seria, nesse sentido, uma obra aberta confiada às futuras gerações, às quais competiria garantir a efetividade do sistema de direitos constitucionalmente assegurados por meio dos recursos procedimentais dispostos em seu próprio texto. A política se judicializa a fim de viabilizar o encontro da comunidade com os seus propósitos, declarados formalmente na Constituição. (Werneck Vianna et al, 1999, p. 40)

Esse pensamento é necessário na medida em que não desejamos transformar os direitos em mero mecanismo de salvaguarda de vantagens particulares. Ou ainda, em *privilégios* ou “leis *privadas*”.

O argumento de que o ativismo judicial traduz-se em um conflito da “*vontade da maioria*”, expressa via legislativo ou executivo, contra as *vontades e preferências pessoais do juiz* perde o sentido uma vez que se critique a forma de ser e atuar real do legislativo e executivo.

Assim, Werneck Vianna *et al*, analisando as influências junto à teoria de Cappelletti, defensor da criação jurisprudencial do direito, declara ter ele recorrido amplamente às idéias de Martin Shapiro. Cappelletti, concordando com Shapiro, questiona a capacidade dessas duas instituições, legislativo e executivo, atuarem como vocalizadores da vontade popular. Com efeito, cita Werneck, atuam como “(...) complexa estrutura política, em que grupos variados procuram vantagens, manobrando entre vários centros de poder [e] o que daí resulta não é necessariamente a enunciação da vontade da maioria [...] e sim, freqüentemente o compromisso entre grupos com interesses conflitantes” (Shapiro<sup>7</sup> apud Werneck Vianna, 1999, p. 34). Em outras palavras, o que se põe em xeque é a validade da democracia representativa clássica e tradicional. Werneck Vianna et al apontam que

(...) as transformações por que tem passado o imaginário da sociedade civil, especialmente dos

<sup>7</sup> SHAPIRO, Martin, *Freedom of speech: The Supreme Court and judicial review*. New Jersey, Englewood Cleffs, Prentice Hall, 1966, p. 24.

seus setores mais pobres e desprotegidos que, depois da deslegitimação do Estado como instituição de proteção social, vêm procurando encontrar no Judiciário um lugar substitutivo, como nas ações públicas e nos Juizados Especiais, para as suas expectativas de direitos e de aquisição na cidadania. (1999, p. 42)

Cappelletti vai apontar, portanto, que o processo judicial poder abrir uma oportunidade para a vocalização das expectativas de direito, uma vez que a criação da lei pode ser vista divorciada de um procedimento substancialmente democrático (*op. cit.*).

A mesma linha é trilhada por Dworkin, que receia o fato de confiar a guarda dos direitos constitucionais à apreciação das instituições majoritárias, uma vez que nem sempre representam as opiniões da maioria dos cidadãos. Daí advir sua recusa de qualquer posição de passividade por parte do poder judiciário - responsável pela verdadeira significação da constituição, “guardião da democracia” (*idem*, p. 35).

Essa criação jurisprudencial do direito, admitida pela concepção do “direito como integridade” de Dworkin, deve “(...) permitir ao juiz declarar um princípio, cuja natureza seja inata ao direito de uma comunidade política organizada democraticamente” (*idem*, p. 36). A verificação desse princípio dar-se-ia “(...) na sua consistente coerência com alguma parte complexa da prática jurídica e na sua propriedade de poder justificá-la” (*idem*).

Werneck Vianna parece preferir este segundo eixo analítico (Cappelletti/Dworkin). Ele concede ao Judiciário o título de “guardião dos direitos fundamentais”, além de perceber uma inédita capilaridade do Poder Judiciário, baseada nos procedimentos abertos à comunidade dos intérpretes e a criação dos Juizados Especiais (*idem*, p. 43). Outra função primordial desse “novo Judiciário”, também compartilhada por Werneck Vianna *et al*, refere-se a um incremento da sociabilidade. Com relação ao papel do magistrado acentuam:

(...) não pode se achar imune à intensa mobilização do direito e dos seus procedimentos por parte da sociedade civil, a nova arquitetura institucional dependendo, em boa parte, nos Tribunais e nos Juizados Especiais, do seu desempenho profissional, da sua orientação ética e do cumprimento de seu papel constitucional de “guardião” dos direitos fundamentais (Werneck Vianna *et al*, 1999, p. 43).

Por fim, sustentando o não “desperdício” de possibilidades e comentando sobre a pertinência dessa visão no Brasil, declaram:

(...) a mobilização de uma sociedade para a defesa dos seus interesses e direitos, em um contexto institucional em que as majorias efetivas da população são reduzidas, por uma estranha alquimia eleitoral, em minorias parlamentares, não pode desconhecer os recursos que lhe são

disponíveis a fim de conquistar uma democracia de cidadãos. (*idem*)

### Carlos Alberto Colombo<sup>8</sup>

A preocupação do autor traduz-se em um questionamento crítico da posição assumida pelo STF, suposto “guarda da Constituição”, frente ao que ele chama de “ostensivas violações à Carta Política republicana” (Colombo, 2001, p. 123).

Inicialmente, Colombo traça um pequeno histórico das instituições governamentais brasileiras:

O Estado foi convertido numa arena estratégica para a conciliação dos interesses das classes possuidoras, o que terminou por colocá-lo no centro de um protagonismo responsável pela transformação autoritária da estrutura econômica e social sem modernização política da sociedade, frustrando as possibilidades de consolidação de uma institucionalidade democrática consistente (2001, p. 121).

Sendo que “o Poder Judiciário brasileiro não foi imune a esse traço característico da sociedade brasileira” (*idem*). Já a composição da Corte, mesmo após mudanças profundas de regime político, continuou com os mesmos membros.

Com o advento da República não houve qualquer mudança, mas sim um aproveitamento dos magistrados do Império, oriundos do então Supremo Tribunal de Justiça. Assim, “(...) o autoritarismo e o conservadorismo das elites brasileiras continuou moldando o Judiciário” (Colombo, 2001, p. 122).

Além disso, “a violência política, o descumprimento de decisões judiciais, o cerceamento dos poderes constitucionais, as intervenções e os ‘expurgos’ de magistrados (pelo Estado Novo e pelo Golpe de 1964) foram uma constante na história do STF” (*idem*). Prosseguindo na descrição dessa conturbada história, registra que “após a implantação do Golpe de 1964 e a aposentadoria compulsória de três ministros do Tribunal o STF legitimou os principais atos que violaram a Constituição” (*idem*).

Esse histórico é confirmado pelo constitucionalista Luis Roberto Barroso:

Na América Latina (...), e inclusive no Brasil, uma longa tradição autoritária mantém a interpretação constitucional evolutiva, através do Poder Judiciário, em limites extremamente contidos. De fato, a história do continente é estigmatizada pela hipertrofia do Executivo, pela quebra das garantias da magistratura, por reformas constitucionais casuísticas e pela instabilidade constitucional constante. Aliás, em lugar de evolução,

<sup>8</sup> *Os julgamentos do Supremo Tribunal Federal: violações aos direitos constitucionais e ilegitimidade política*. In: *Democracia: mundo do trabalho*, nº 3, Porto Alegre: Camargo Coelho Maineri e Advogados Associados S/C, 2001.

frequentemente o que se verifica é uma deformação, onde a interpretação constitucional judicial convalida os abusos autoritários. (2001, p. 146)

Em seguida, Colombo contesta a versão oficial de que os poderes do STF foram concebidos num quadro de constitucionalidade democrática, na medida em que foram mantidos dois aspectos cruciais referentes ao processo de tomada de decisões: (a) a composição ministerial herdada do período autoritário e (b) a forma de nomeação dos Ministros por indicação do Presidente da República.

Dessa forma, o papel de guardião dos direitos constitucionais democráticos foi atribuído a um Supremo cujos Ministros legitimaram juridicamente o regime de exceção anterior” (Colombo, 2001, p. 123).

Passa-se agora a apresentar as teses centrais do autor.

(1) A análise quantitativa e qualitativa dos julgados do Tribunal sugere uma forte seletividade dos posicionamentos do Tribunal quanto aos interesses em questão e aos agentes sociais beneficiados (idem).

Em primeiro lugar, Colombo considera que as “(...) normas federais que condensam os principais conflitos de interesses políticos e econômicos” (idem, p. 123) têm um índice significativamente menor de julgamentos contrários à sua constitucionalidade, quando comparadas às normas estaduais. Isto é, o questionamento de constitucionalidade de lei estadual possui uma probabilidade muito maior de obtenção de êxito do que questionar a constitucionalidade de lei federal. Daí concluir que:

(...) a tendência predominante na jurisprudência do Tribunal tem sido a de acolher menos as ações no âmbito em que foram decididos conflitos de interesses socialmente mais relevantes e colocados em jogo direitos fundamentais para a efetivação da concepção de Estado Democrático de Direito consagrada formalmente pela Constituição da República. (Colombo, 2001, p. 124).

Em segundo lugar, Colombo discorda da hipótese de Wemeck Vianna *et al* de que o STF vem desempenhando crescentemente o papel de “ativo guardião da Carta Constitucional e dos direitos fundamentais da pessoa humana” e “vem concretizando, progressivamente, a mutação concebida pelo constituinte de 1988” (Wemeck Vianna *et al*, 1999, pp. 153 e 115). Sustenta, pelo contrário, que há uma expressiva variação percentual nas decisões favoráveis adotadas pelo STF em função dos agentes sociais que impetraram as ações e do seu objeto (Colombo, 2001, p. 124). Entre esses agentes ele menciona a Procuradoria-Geral da República, os governadores estaduais, a associação de Magistrados Brasileiros, os partidos de diferentes matizes, as organizações de trabalhadores e empresariais, a OAB e os Legislativos estaduais. Entre os interesses em questionamento estavam direitos e vantagens do

funcionalismo público, normas referentes à administração pública, a política econômica de âmbito federal, etc.

A partir dos dados analisados, Colombo percebe indícios “(...) de um forte alinhamento das decisões do Supremo Tribunal Federal às políticas de ajuste fiscal impostas aos estados e à União por organismos internacionais como o Fundo Monetário Internacional e o Banco Mundial” (idem, p. 125).

Argumenta, também, que o art. 103 da Constituição Federal elenca os agentes sociais e políticos com legitimidade para impetrar Adins, sem fazer restrições quanto a sua atuação. O STF, no entanto, decidiu que as entidades de classe só podem impetrar ADIN referente aos interesses particulares da própria associação de classe. Além disso, entidades de peso como a CUT, a CGT e o ANDES, nem tiveram reconhecida a legitimidade para propor esse tipo de ação. Colombo, analisando os mesmos dados levantados por Wemeck Vianna *et al*, concorda que as forças políticas minoritárias no poder têm usado as ADINS mais intensamente do que os partidos e grupos mais próximos do núcleo do poder, como forma de recurso contra a imposição da vontade ilimitada destes últimos. Isso reforça, segundo o autor, “(...) o papel do STF como arena estratégica no âmbito da qual se decidem disputas importantes para as possibilidades de redistribuição a riqueza socialmente produzida e de controle do poder político (...)” (Colombo, 2001, p. 129).

Para demonstrar as discrepâncias na jurisprudência do Supremo, recupera novamente dados de Wemeck Vianna<sup>9</sup>, mas sob um novo recorte. Conclui então que: “no que se refere à política econômica, os partidos de esquerda ingressaram com 54 Adins e obtiveram apenas três liminares favoráveis. No mérito nenhum pedido foi acolhido” (Colombo, 2001, p. 130).

Por fim, sobre a dinâmica da jurisprudência do Tribunal, conclui o autor que “(...) quanto mais as Adins aproximam-se das questões estratégicas para os interesses e os projetos políticos do bloco de forças no poder, menor é o número de decisões favoráveis às ações de inconstitucionalidade”. (idem, p. 130).

(2) O autor defende que em numerosos casos o Tribunal homologou diversas “inconstitucionalidades”, alternando justificativas no plano da racionalidade formal e no da racionalidade material, por vezes, negando seus próprios entendimentos anteriores e revelando significativas contradições da Corte no seu papel de “guarda da Constituição”. Ele ilustra essas oscilações e incoerências com os casos seguintes<sup>10</sup>: (a) edição e reedição exacerbada de medidas provisórias; (b) na regulação do sistema financeiro nacional (referente ao limite máximo de 12% ao ano para a taxa de juros reais e à instituição do “Proer” - Programa de Estímulo à

<sup>9</sup> Obra citada, p. 129-130.

<sup>10</sup> Para saber todos os argumentos do autor, apontando as contradições nas justificações das sentenças, cf. p. 130 et seq. da obra citada.

Reestruturação e ao Fortalecimento do Sistema Financeiro Nacional); (c) inconstitucionalidades nos planos de estabilização econômica e na política salarial (expurgos advindos dos planos, bloqueio dos cruzados, e a proibição da concessão de liminares contra as medidas provisórias fundamentais do plano - estabelecida por Medida Provisória); (d) inconstitucionalidades nas privatizações de empresas estatais (caso Usiminas); (e) na implementação da emenda constitucional que permitiu a reeleição do Presidente da República (concorrência desigual pelo poder gerada pela emenda da reeleição); (f) julgamentos dos mandados de injunção (este instituto, segundo decisão do STF, limita-se apenas a notificar o órgão omissor de que a norma regulamentadora deveria ser elaborada) inefetividade dos dispositivos constitucionais não regulamentados. Neste caso, o autor registra que o entendimento do STF representou

(...) um evidente artifício, uma construção jurídica formulada sem qualquer justificação no texto da nova Carta Constitucional, que insinua claramente um comportamento político do Supremo Tribunal Federal no sentido de colaborar com a omissão inconstitucional dos demais agentes do sistema político, principalmente quando se trata da não implementação de direitos que poderiam colocar em xeque dimensões fundamentais da distribuição de renda e do poder político no País. (...) as decisões do STF têm revelado todo o potencial conflitivo ente as exigências da racionalidade formal inerente aos mandamentos da constituição e a imposição da racionalidade material dos interesses e valores aos quais os ministros da mais alta Corte do País se sentem ligados, conscientemente ou inconscientemente. (Colombo, 2001, p. 146).

Os dados analisados pelo autor, em especial, a diminuição dos mandados de injunção ajuizados, demonstram que o "(...) processo de judicialização da política não é uniforme, da mesma forma que não é necessariamente progressivo e linear" (Colombo, 2001, p. 150).

Em todos esses casos o autor ressalta discrepâncias nos argumentos dos ministros, que elaboram "(...) evidentes artifícios por meio de construções jurídicas formuladas sem qualquer justificação no texto da nova Carta Constitucional..." (op. cit., p. 151). A parte final dessa afirmação pode ser contestada, uma vez que se acolha o entendimento, majoritário, de que a constituição contém princípios implícitos e que, mesmo sem estarem legitimados formalmente, não se pode afirmar de antemão que a Constituição não os abrace materialmente.

Continuando, Colombo diz:

(..) a interpretação constitucional do STF desempenhou um papel decisivo para o "ajuste" da Constituição jurídica às diversas inconstitucionalidades praticadas pelo bloco de forças no poder. Nota-se um claro alinhamento

entre a racionalidade material que permeou as principais decisões do Tribunal e as diretrizes políticas estratégicas implementadas em larga escala por meio de procedimentos inconstitucionais que viabilizaram os interesses, valores e idéias das classes dominantes no período. Numa conjuntura marcada pela hegemonia de um conjunto de idéias neoliberais, as reformas políticas e os ajustes econômicos implementados pelo bloco de forças majoritárias colocaram em xeque a significação da racionalidade formal e da força normativa do ordenamento democrático-constitucional. (2001, p. 152)

O STF permitiu, em última instância, que os interesses econômicos e a concentração ilegítima do poder político impusessem-se socialmente, sem os empecilhos da regulação legal instituída pela sociedade e pelos procedimentos democráticos reconhecidos como legítimos (Colombo, 2001, p. 152).

Resta registrar algumas decisões dos Ministros que convalidam, ao menos parcialmente, as teses de Colombo. Um exemplo é o julgamento da constitucionalidade da medida provisória (de nº 173) cujo objeto era a proibição da concessão de liminares contra as principais MPs (151, 154, 158, 160, 161, 162, 164, 165, 167, 168) que instituíam o chamado "plano Collor I". Colombo diz, mencionando o voto do ministro Sidney Sanches:

em que pese a flagrante inconstitucionalidade da MP nº 173, o Tribunal, no julgamento da Adin nº 223, indeferiu o pedido de suspensão cautelar da vigência do diploma impugnado e remeteu ao controle difuso "(...) o exame judicial em cada caso concreto da constitucionalidade, incluída a razoabilidade, da aplicação da norma proibitiva da liminar" (Brasil. STF. Ação Direta de Inconstitucionalidade, nº 223, p. 1), assegurando ao Governo o tempo e a margem de manobra necessárias à implementação da política econômica. (Colombo, 2001, 138)

Isto é, o STF acaba por adotar argumentos continuamente usados pelos críticos das concepções e práticas formalistas, como a adequação do direito à realidade social, etc., para tomar vazias - ou descumprir, como prefere Colombo - regras constitucionais importantes.

No seu voto Sanches avalia a questão sob a forma de dilema:

E aqui fico entre dois perigos. O perigo de eventual lesão a direitos individuais e o perigo de perecimento da própria Nação, diante da devastação econômica e da decadência social que a vinham afligindo. Pode um juiz da Suprema Corte preocupar-se com aspectos políticos levados em consideração na elaboração das leis, incluídas as medidas provisórias? Penso que pode e deve. Diante desse quadro, pergunto a mim mesmo: qual

o mal maior? Permitir expressamente as medidas liminares que porão por terra um plano político-econômico, que, se tem as imperfeições próprias da elaboração humana, não deixa de ter o nobre propósito de tentar um retorno à estabilidade econômica e social e um recomeço do desenvolvimento? Ou tolerar, temporariamente, que essas medidas não sejam permitidas, ao menos enquanto se descobrem os efeitos do plano, se vier a ser aprovado pelo Congresso Nacional? (Sanches<sup>11</sup>, - citado por Colombo, 2001, p. 138-139).

E, como último exemplo, cita-se o comentário de Colombo sobre o entendimento da Corte acerca dos mandados de injunção:

(...) um evidente artifício, uma construção jurídica formulada sem qualquer justificação no texto da nova Carta Constitucional, que insinua claramente um comportamento político do Supremo Tribunal Federal no sentido de colaborar com a omissão inconstitucional dos demais agentes do sistema político, principalmente quando se trata da não implementação de direitos que poderiam colocar em xeque dimensões fundamentais da distribuição de renda e do poder político no País. (...) as decisões do STF têm revelado todo o potencial conflitivo ente as exigências da racionalidade formal inerente aos mandamentos da constituição e a imposição da racionalidade material dos interesses e valores aos quais os ministros da mais alta Corte do País se sentem ligados, conscientemente ou inconscientemente. (Colombo, 2001, p. 146).

De fato, reforçando os dizeres de Colombo, Barroso registra que no mandado de injunção "(...) a maior parte da doutrina converge para o entendimento de que compete ao Judiciário suprir a omissão normativa, formulando para o caso concreto, e com efeito apenas *inter partes*, a regra integrativa do comando constitucional". (Barroso, 2001, p. 268). Porém, esse não foi, como se viu, o entendimento do Supremo.

Como um exemplo recente de decisão referenciada por critérios extra-legais (racionalidade material), mas que não foi exposta no texto de Colombo, tem-se a de um juiz do Tribunal Regional do Trabalho- MG. O voto desse juiz foi extremamente controverso. Suas declarações, que fundamentaram o unânime acórdão, foram repudiadas pela Associação Nacional dos Procuradores do Trabalho. A fundamentação do juiz fez referências a uma narrativa bíblica - a "Arca de Noé"- para reformar a sentença de primeira instância, negando direitos e um pedido de indenização por danos morais a um trabalhador rural. Disse o juiz:

A mera circunstância de ter sido transportado o reclamante no meio rural, em camionete boiadeira, dotada de gaiola protetora para o transporte de

animais, não ofende a dignidade humana, nem afeta a sua segurança, como pretende a r. sentença recorrida. Poder-se-ia questionar no âmbito administrativo uma mera infração das normas de trânsito do Código de Trânsito Brasileiro quanto a transporte inadequado de passageiros em carroceria de veículo de transporte de cargas, o que não é da competência da Justiça do Trabalho. Mas se o veículo é seguro para o transporte de gado também o é para o transporte do ser humano, não constando do relato bíblico que Noé tenha rebaixado a sua dignidade como pessoa humana e como emissário de Deus para salvar as espécies animais, com elas coabitando a sua Arca em meio semelhante ou pior do que o descrito na petição inicial (em meio a fezes de suínos e de bovinos). (proc. RO 484/03 TRT-MG, publicado em 25/03/2003)

E ao final, em perspicaz suporte da livre exploração do trabalhador, conjecturou: "(...) não tendo sido sequer alegado que o transporte nessas condições tivesse o escopo de humilhar ou ofender o reclamante, que nunca se rebelou ou fez objeção contra a conduta patronal, preferindo percorrer os 16 kms do deslocamento a pé ou por outro meio de transporte" (proc. RO 484/03 TRT, public. 25/03/2003). De fato, segundo o raciocínio do juiz, o queixoso trabalhador deve ter preferido não exercer suas múltiplas opções e, portanto, agora nada pode alegar. Pena que, não sabendo desfrutar sua liberdade de ser explorado, ajuizou tal ação.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

A discussão teórica acerca do papel do Poder Judiciário, legitimador da ordem ou possível instrumento de promoção de uma agenda igualitária, pode ser vista sem um apego a qualquer um desses extremos. Os textos mostraram as duas facetas. No entanto, pode-se argumentar que existe um grande potencial de o Judiciário se converter num cenário complementar de lutas.

Percorrendo a história brasileira recente, percebe-se que apesar de a Constituição possuir um caráter democrático, ela foi sendo vilipendiada pelos sucessivos governos.

Passou a existir uma forte tensão entre o conteúdo social da constituição e as estratégias de desenvolvimento que os executivos brasileiros puseram em marcha desde então. Com respeito ao conteúdo social, que conferiu uma grande força normativa aos direitos sociais e aos direitos coletivos, instituiu-se uma exigência por mais Estado e uma intervenção redistributiva pelas autoridades. Com relação às estratégias adotadas pelos governantes, pode-se argumentar que elas envolviam uma diminuição da presença social do Estado e um favorecimento dos mecanismos de mercado na atribuição de recursos.

<sup>11</sup> Brasil, STF. Ação Direta de Inconstitucionalidade, nº 223, p. 62-3

Engendrou-se uma tensão crescente entre a chamada “Constituição Normativa” (que consistiria no texto, nos valores e nos direitos proclamados) e a “Constituição Real” (que seria a relação entre as forças políticas).

Daí, como se viu, a importância adquirida pelos tribunais vem sendo cada vez maior, na tentativa de se efetivarem os direitos associados à noção de cidadania.

No entanto, a própria questão de juizes com formação em direito ficarem responsáveis pela defesa da cidadania, é altamente problematizável uma vez que nas faculdades de direito, ou quase não se discute essa noção, ou se estuda de forma restrita.

Ainda que assim seja, em países cujas estruturas políticas e a democracia são mais formais do que reais, além dos direitos humanos só serem implementados na exata conveniência/capacidade de resistência das elites, o ativismo judicial pode vir a ser algo, não só desejável, mas algo necessário. Daí a importância de se discutir o tipo, formas, limites, critérios, enfim, desse ativismo, bem como o perfil de profissional mais adequado para se promover o tipo de ativismo escolhido, o que implica, também, em considerações acerca tanto o preparo (formação acadêmico-profissional) quanto sobre o controle de seus atos.

Por fim, pode-se argumentar que é preciso diferenciar, também, a atuação que opera com normas ordinárias e a atuação que opera como normas constitucionais ou normas que envolvam direitos fundamentais. Isto é, entender que a compreensão e a prática do direito não são reduzidas à descrição e aplicação estrita das normas estatais, apesar de que isso também é necessário. O importante é não restringir as múltiplas dimensões do direito à dimensão legal, e ter ciência da pluralidade de atuações possíveis e juridicamente aceitáveis por parte dos juizes, o que envolve a construção de uma teoria hermenêutica refinada.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BARROSO, Luis Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

COLOMBO, Carlos Alberto. *Os julgamentos do Supremo Tribunal Federal: violações aos direitos constitucionais e ilegitimidade política*. In: *Democracia: mundo do trabalho*, n. 3, Porto Alegre: Camargo Coelho Maineri e Advogados Associados, 2001.

SCHMIDT, Selma. *O processo civilizatório demora anos*. César Maia: Entrevista. *Jornal O Globo*, Rio de Janeiro, 24 de nov. 2002. Caderno Rio, p. 27.

WERNECK VIANNA, Luiz, et al. *A Judicialização da Política e das Relações Sociais no Brasil*. Rio de Janeiro: Revan, 1999.