

O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E A LEITURA POLÍTICA DA CONSTITUIÇÃO: ENTRE O PERFECCIONISMO E O MINIMALISMO

Alexandre Garrido da Silva*

RESUMO

Em um contexto de intensificação do processo de judicialização da política, o Supremo Tribunal Federal assume o importante papel de um ator institucional estratégico no sistema político brasileiro. Nos últimos anos, o STF tem analisado e decidido questões morais, políticas, econômicas e ambientais profundamente controversas na sociedade. O recente protagonismo dos juízes e tribunais no cenário político nacional determinou uma profunda alteração nos cálculos elaborados pelos diferentes atores políticos, institucionais ou não, para a definição, composição e consecução de seus objetivos, seja no tocante à implementação de políticas públicas, seja em relação à modificação das regras do jogo democrático. Neste sentido, inicialmente com apoio nas reflexões de Cass Sunstein, o artigo analisará dois modelos de decisão judicial nos casos constitucionais difíceis. Em seguida, será estudado o ativismo judicial do STF em um contexto de intensificação do fenômeno da judicialização da política no Brasil. Por último, serão analisados dois casos jurídicos recentes sobre a redefinição das regras do jogo democrático: os *hard cases* sobre a cláusula de barreira e a fidelidade partidária. Em suas análises, será destacada a oposição entre dois posicionamentos distintos dos ministros do STF: por um lado, o recurso a decisões perfeccionistas, influenciadas, em regra, pelas teses do neoconstitucionalismo e, por outro, a opção por estratégias minimalistas e formalistas de justificação das decisões judiciais.

PALAVRAS CHAVES: JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA; ATIVISMO JUDICIAL; PODER JUDICIÁRIO; PERFECCIONISMO; MINIMALISMO.

* Doutorando em Direito Público pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Professor substituto de Teoria e Filosofia do Direito da Faculdade de Direito da UERJ. Bolsista de doutorado pelo CNPq.

ABSTRACT

In a context of intensification of the process of judicialization of politics, the Federal Supreme Court (STF) assumes an important role as a strategic institutional actor in the Brazilian political system. During the last years, the STF has analyzed and decided over deeply controversial moral, political, economical and environmental issues. The judges's and tribunals's recent protagonism in the national political scenery determined a profound alteration in the calculations elaborated by the different political actors, institutional or not, for the definition, composition and attainment of their objectives, concerning the implementation of public politics or in relation to the modification of the rules of the democratic game. In this sense, initially with support in Cass Sunstein's reflections, the article will analyze two models of judicial decision in difficult constitutional cases. Soon afterwards, we will study the judicial activism of the STF in a context of intensification of the phenomenon of the judicialization of the politics in Brazil. Lastly, two recent cases will be analyzed on the redefinition of the rules of the democratic game: the hard cases about the barrier clause and the supporting fidelity. In their analyses, it will be emphasized the opposition among two different positions from the STF's ministers: on one side, the resource to perfectionist decisions, influenced, generally, by the theories of the new constitutionalism and, on the other, the option for minimalists and formalists strategies of justification of the judicial decisions.

KEYWORDS: JUDICIALIZATION OF POLITICS; JUDICIAL ACTIVISM; COURTS; PERFECCIONISM; MINIMALISM.

INTRODUÇÃO:

É difícil imaginar hoje em dia alguma questão política, econômica, moral ou ambiental que não possa ser debatida em termos constitucionais e que, mais cedo ou mais tarde, não venha a ser objeto de um pronunciamento pelo Supremo Tribunal Federal. O protagonismo do STF no sistema político brasileiro, demonstrado pelo recente e também crescente interesse da mídia pelo perfil, trajetórias e opiniões dos seus ministros, tem se intensificado com os *hard cases* sobre a pesquisa com células-tronco,

anencefalia, a greve dos servidores públicos, a transposição das águas do rio São Francisco, dentre outros. No presente artigo, serão analisadas duas importantes decisões do Supremo Tribunal Federal em casos difíceis envolvendo a discussão e redefinição das regras do jogo democrático. Serão estudados, comparativamente, os casos sobre a cláusula de barreira¹ e sobre a fidelidade partidária².

Procurar-se-á construir um panorama do protagonismo institucional desempenhado pelo STF em um contexto de intensificação do processo de judicialização da política, concebida, em breve síntese, como um processo de expansão decisória do Poder Judiciário em direção a áreas de competência tradicionalmente exercidas pelo Poder Executivo e pelo Poder Legislativo³. A partir de uma análise minuciosa do discurso dos ministros sobre a autocompreensão de sua atuação na garantia dos direitos fundamentais em relação às decisões do legislador ordinário, pretende-se também investigar em que medida o sistema político brasileiro caminha para uma “juristocracia” (*juristocracy*)⁴ ou, segundo Oscar Vilhena Vieira, para uma “supremocracia”⁵.

O artigo abordará, primeiramente, com apoio nas reflexões de Cass Sunstein, dois modelos de função judicial nos casos constitucionais difíceis. Em segundo lugar, será estudado o protagonismo institucional do STF em um contexto de intensificação do fenômeno da judicialização da política no Brasil. Em seguida, os dois casos supramencionados serão analisados, atentando, sobretudo, para a oposição entre dois posicionamentos distintos dos ministros: por um lado, o recurso a decisões perfeccionistas, influenciadas, em regra, pelas teses do neoconstitucionalismo e, por outro, estratégias minimalistas de justificação das decisões judiciais.

1. DOIS MODELOS DE FUNÇÃO JUDICIAL NOS CASOS CONSTITUCIONAIS DIFÍCEIS:

¹ ADI nº 1351-3 e ADI nº 1354-8.

² MS nº 26602, MS nº 26603 e MS nº 26604 (STF) e Resolução nº 22526 (TSE).

³ Cf. EISENBERG, José. Pragmatismo, direito reflexivo e judicialização da política. In: VIANNA, Luiz Werneck (Org.). *A democracia e os três poderes no Brasil*. Belo Horizonte: Editora UFMG, Rio de Janeiro: IUPERJ/FAPERJ, 2002, p. 45 *et seq.* Confira, ainda: TATE, C. N. VALLINDER, T. *The global expansion of judicial power*. New York: New York University Press, 1995, p. 13-16; 27-28.

⁴ Cf. HIRSCHL, Ran. *Towards juristocracy: the origins and consequences of the new constitutionalism*. Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 2004.

⁵ Cf. VIEIRA, Oscar V. Supremocracia: vícios e virtudes republicanas. *Jornal O Valor*, 06/11/2007.

Cass Sunstein elenca quatro teorias sobre o debate a respeito do significado da Constituição, quais sejam: perfeccionismo, majoritarianismo, originalismo e minimalismo. O originalismo encontra-se restrito ao contexto do debate norte-americano. O modelo majoritário pressupõe um processo de judicialização da política já consolidado e em pleno funcionamento. No Brasil, o Supremo Tribunal Federal vem adotando uma postura mais ativista apenas a partir da última década, sendo que o processo de judicialização ainda se encontra em forte expansão e consolidação no sistema jurídico-político brasileiro. Assim, os dois modelos teóricos principais que serão utilizados para a análise do discurso dos ministros nos casos difíceis da cláusula de barreira e da fidelidade partidária serão o perfeccionismo e o minimalismo.

1. 1. PERFECCIONISMO:

No debate norte-americano, o modelo perfeccionista de função judicial é apoiado por magistrados e pensadores liberais. Os juízes perfeccionistas são, normalmente, ambiciosos em suas decisões. Pretendem reconhecer novos direitos ou conferir-lhes novos (e criativos) significados a partir de princípios positivados ou não no texto constitucional. Perfeccionistas interpretam o texto constitucional a partir de questões políticas e morais profundas, ou seja, “pretendem fazer da Constituição o melhor que ela pode ser⁶”.

Os casos constitucionais difíceis são decididos com apoio em amplas (*wide*) e profundas (*deepest*) considerações sobre teoria política, teoria constitucional, teoria do Estado e filosofia jurídica, tais como os temas acerca dos limites da liberdade de expressão, a importância dos partidos políticos nas democracias contemporâneas, considerações sobre a justiça social, a liberdade religiosa, o princípio da igualdade entre os sexos, o mandato legislativo, direitos reprodutivos, a constitucionalidade das pesquisas com células-tronco embrionárias, dentre outros. Em síntese, segundo esta perspectiva, nestes casos constitucionais controversos os tribunais devem elaborar “juízos interpretativos independentes” sobre o significado do texto constitucional com apoio em argumentos de princípios⁷.

⁶ SUNSTEIN, Cass. *Radicals in robes: why extreme right-wing Courts are wrong for America*. New York: Basic Books, 2005, p. xii.

⁷ SUNSTEIN, Cass. *One case at a time: judicial minimalism on the Supreme Court*. Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 1999, p. 07.

O enfrentamento de tais questões profundamente controversas na sociedade é realizado com o objetivo de delinear *standards* de orientação para casos semelhantes no futuro, possuindo, assim, amplos efeitos prospectivos. Votos ou decisões de magistrados perfeccionistas procuram posicionar-se sobre como serão decididas outras questões no futuro (diretamente relacionadas ou não com o caso), exercendo, assim, forte orientação e apelo persuasivo sobre a atuação dos demais poderes. O seu discurso é, em regra, fortemente abstrato, permeado por considerações axiológicas, preocupado com o futuro e também amplo, no sentido de abordar outros temas ou questões que não seriam indispensáveis para a solução do caso sob exame.

Dois exemplos podem ser citados como representantes do modelo perfeccionista. Em primeiro lugar, a leitura moral da Constituição proposta por Dworkin. Em segundo lugar, o neoconstitucionalismo, cujas teses vêm encontrando, mesmo que de forma implícita, grande difusão na doutrina e, sobretudo, na prática jurídica de interpretação do texto constitucional na atualidade.

A leitura moral da Constituição defendida por Ronald Dworkin é a principal representante do perfeccionismo no debate constitucional norte-americano. O objetivo central da leitura moral é o de inserir “a moralidade política no próprio âmago do direito constitucional⁸”. Para Dworkin, a interpretação jurídica é essencialmente política e deveria ser amplamente reconhecido tanto pela teoria quanto pela prática do Direito que “valer-se de uma teoria política não é uma corrupção da interpretação, mas parte do que significa interpretação⁹”. O discurso dos juízes em casos constitucionais difíceis é *principialista*, pois pretende explicitar naquele caso concreto os princípios e valores jurídicos responsáveis por lançarem “a melhor luz” sobre o problema e que, por fim, acabarão por informar a decisão. Além disso, a leitura moral encontra-se, segundo o autor, profundamente arraigada na própria *práxis* constitucional norte-americana, embora de modo irrefletido. Deste modo, a leitura moral é um exemplo de perfeccionismo na medida em que os *hard cases* constitucionais somente podem ser solucionados a partir de uma “melhor leitura construtivista” de princípios políticos e morais fundamentais que definem, de um modo coerente, a autocompreensão dos

⁸ *Id.*, *ibid.*, p. 02.

⁹ DWORKIN, Ronald. “De que maneira o Direito se assemelha à literatura?” In: DWORKIN, Ronald. *Uma questão de princípio*. Tradução de Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes: 2001, p. 246-247.

cidadãos que pertencem a uma determinada comunidade política historicamente considerada.

O neoconstitucionalismo também defende uma leitura “moralizante” da Constituição, ao concebê-la como uma ordem normativa responsável pela concretização de valores pré-estatais, ou seja, como uma “ordem material de valores”. A teoria neoconstitucional defende, entre outras teses, uma Constituição “onipresente” e “expansionista” definida em termos axiológicos ou principialistas, marcada, sobretudo, pela eficácia irradiante dos direitos fundamentais, pela argumentação jurídica e pela metodologia da ponderação. Conforme veremos na análise dos casos da cláusula de barreira e da fidelidade partidária, o neoconstitucionalismo, apesar de não ser citado expressamente nas decisões dos ministros do STF, informa os seus votos ao preconizar o enfrentamento de questões controvertidas, amplas e profundas, para a justificação e decisão desses casos constitucionais difíceis.

O perfeccionismo é criticado pelos demais modelos por desconsiderar a falibilidade judicial nos casos difíceis, particularmente pelo fato de os juízes não possuírem especial *expertise* em teoria política, ética ou moral, e por conceder muito poder a magistrados que não são legitimados democraticamente.

1. 2. MINIMALISMO:

Alguns juízes são menos ambiciosos do que outros em suas decisões. Segundo Sunstein, eles possuem tendências minimalistas¹⁰. O minimalismo opõe-se ao perfeccionismo, que é uma espécie de maximalismo decisório. Maximalistas erguem pretensões doutrinárias em suas decisões ao elaborarem regras e teorias gerais para a solução de casos futuros. De modo contrário, minimalistas tentam restringir os seus pronunciamentos apenas naquelas questões consideradas indispensáveis para a justificação da decisão do caso sob exame, deixando, na maior medida possível, questões profundas e controversas em aberto¹¹.

Segundo Sunstein, o minimalismo decisório (*decisional minimalism*) possui dois atrativos principais: em primeiro lugar, diminui a dificuldade na tomada de uma decisão colegiada em questões polêmicas, deixando-as, justamente, em aberto, tornando

¹⁰ SUNSTEIN, Cass. Testing minimalism: a reply. *Michigan Law Review*, n. 104, I, 2005, p. 123.

¹¹ SUNSTEIN, Cass. *One case at a time: judicial minimalism on the Supreme Court*. Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 1999, p. 03-23.

desnecessário obter sempre um amplo acordo sobre todas as questões difíceis em debate. Em segundo lugar, o minimalismo é capaz de reduzir a frequência dos erros judiciais, tornando-os, ainda, menos danosos¹². Neste sentido, um tribunal que decide de modo circunscrito, delimitado ou “estrito” reduz os riscos de uma intervenção em questões políticas, econômicas ou sociais com efeitos sistêmicos complexos que, diante da imprevisibilidade de suas conseqüências, poderia gerar efeitos danosos em grande escala.

De acordo com o modelo minimalista de função judicial, “é importante o estudo sobre o que os juízes dizem; mas é igualmente importante examinar o que os juízes não dizem e porque não o disseram¹³”. O minimalismo defende um “uso construtivo do silêncio”, pois os juízes freqüentemente utilizam-no motivados por razões pragmáticas, estratégicas ou democráticas¹⁴. Além disso, certas formas de minimalismo podem promover o debate democrático, assim como a mobilização e participação dos atores políticos eleitos democraticamente, ao deixarem questões controversas e complexas abertas ao experimentalismo democrático.

Minimalistas são céticos sobre teorias gerais e ambiciosas acerca da interpretação jurídica. Recusam-se a promover uma “ampla agenda” de reforma constitucional por meio de decisões judiciais e são céticos em relação a “movimentos de juízes” de qualquer tipo¹⁵. O minimalismo é, segundo Sunstein, cauteloso por natureza¹⁶. Em síntese, são adeptos do minimalismo os juízes que procuram evitar regras gerais e teorias abstratas, a adoção de posicionamentos ambiciosos em questões “profundas” e que concentram a sua atenção somente naquilo que é necessário para resolver o problema em questão. Também evitam ingressar em debates fundacionalistas sobre teoria jurídica, moral e política. Segundo a perspectiva minimalista, os juízes devem justificar as suas decisões com apoio em “acordos teóricos incompletos” (*incompletely theorized agreements*) que levem em consideração a máxima de que “é possível concordar quando o acordo é necessário [e] é desnecessário concordar quando

¹² *Id.*, *ibid.*, p. 04.

¹³ *Id.*, *ibid.*, p. 05.

¹⁴ *Idem.*

¹⁵ SUNSTEIN, *Radicals in robes*, *cit.*, p. xii-xiii.

¹⁶ *Id.*, *ibid.*, p. 30.

o acordo é impossível¹⁷”. Em regra, juízes minimalistas tendem a assumir uma postura de deferência com relação ao sistema de precedentes.

Por último, cabe destacar que magistrados minimalistas podem ser liberais ou conservadores. O que identifica esse grupo de juízes, independentemente de seu posicionamento ideológico, é a adoção de uma postura prudencial e certa relutância no ingresso em debates amplos e profundos sobre temas políticos, morais, econômicos ou culturais altamente complexos, especializados e que tradicionalmente dividem opiniões na sociedade.

2. A JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA E O ATIVISMO JUDICIAL:

A expansão do protagonismo político dos tribunais nas democracias contemporâneas, ao menos no ocidente, constitui um fenômeno que caracteriza este início de século. “Revoluções constitucionais” vêm sacudindo, inclusive, os últimos bastiões da democracia majoritária, tais como os sistemas políticos da África do Sul, Canadá, Israel e Nova Zelândia¹⁸. Inúmeros são os fatores apontados pelos cientistas políticos, sociólogos e juristas, responsáveis pela ampliação e consolidação deste processo.

Ernani Rodrigues de Carvalho, com apoio na pesquisa desenvolvida por C. Neal Tate e Torbjörn Vallinder, menciona seis condições para o surgimento e a consolidação da judicialização da política: a existência de um sistema político democrático, a separação dos poderes, o exercício dos direitos políticos, o uso dos tribunais pelos grupos de interesse, o uso dos tribunais pela oposição e, por último, a inefetividade das instituições majoritárias¹⁹. Todos esses fatores, em maior ou menor intensidade, encontram-se presentes nos sistemas político e jurídico brasileiros na atualidade. De acordo com José Eisenberg, a judicialização da política é um processo complexo composto por dois movimentos distintos:

“(1.) refere-se a um processo de expansão dos poderes de legislar e executar leis do sistema judiciário, representando uma transferência do poder decisório do Poder Executivo e do Poder Legislativo para os juízes e tribunais – isto é, uma politização do

¹⁷ *Id.*, *ibid.*, p. 29.

¹⁸ Cf. HIRSCHL, Ran. *Towards juristocracy: the origins and consequences of the new constitutionalism*. Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 2004.

¹⁹ CARVALHO, Ernani Rodrigues de. Em busca da judicialização da política no Brasil: apontamentos para uma nova abordagem. *Revista de Sociologia Política*, Curitiba, 23, 2004, p. 117-120.

judiciário; (2.) a disseminação de métodos de tomada de decisão típicos do Poder Judiciário nos outros Poderes. Em nosso juízo, este segundo movimento é mais bem descrito como uma “tribunalização” da política, em oposição à judicialização representada pelo primeiro movimento²⁰”.

Ran Hirschl define esse processo como “juristocracia” (*juristocracy*), ou seja, como a progressiva transferência de poderes decisórios das instituições representativas para o Judiciário²¹. Este fenômeno é acompanhado e alimentado por uma mudança na ideologia jurídica, consistente em uma crítica crescentemente realizada pelas principais elites políticas, jurídicas e econômicas à premissa majoritária que define a democracia em sua dimensão popular. Haveria, assim, uma convergência entre distintos interesses políticos, econômicos e jurídicos na defesa da “democracia constitucional”, por um lado, e no ataque à “democracia ou premissa majoritária”, por outro. Hirschl assume uma metodologia de análise que procura afastar o tema em questão dos debates normativos usuais neste campo de investigação²², procurando estudar empiricamente as origens e conseqüências das “revoluções constitucionais”, isto é, da consolidação histórica do novo constitucionalismo (*new constitutionalism*) em diferentes sociedades.

Neste sentido, o autor enumera três postulados responsáveis pela orientação metodológica de sua abordagem sobre o tema da judicialização da política. As premissas descritas a seguir também constituirão importantes guias metodológicos para a análise dos *hard cases* da cláusula de barreira e da fidelidade partidária.

O primeiro postulado metodológico afirma que a transferência progressiva de poderes do Legislativo para o Judiciário, assim como para outras instâncias administrativas de decisão cujos representantes não são eleitos democraticamente – agências administrativas independentes ou agências reguladoras, por exemplo – não pode ser estudada separadamente das lutas políticas, econômicas e sociais que modelam o sistema jurídico-político de uma determinada sociedade. Em segundo lugar, as instituições políticas e jurídicas (bem como as suas reformas) promovem efeitos distributivos diferenciados, isto é: elas tendem, inevitavelmente, a privilegiar mais

²⁰ EISENBERG, José. Pragmatismo, direito reflexivo e judicialização da política. In: VIANNA, Luiz Werneck (Org.). *A democracia e os três poderes no Brasil*. Belo Horizonte: Editora UFMG, Rio de Janeiro: IUPERJ/FAPERJ, 2002, p. 47.

²¹ HIRSCHL, *op. cit.*, p. 01.

²² O principal representante do debate em sua versão *normativa* é Ronald Dworkin, pois, segundo Hirschl, “nenhum dos seis livros de Dworkin sobre constitucionalismo cita qualquer estudo empírico sobre as origens e conseqüências da constitucionalização e da revisão judicial” (HIRSCHL, *op. Cit.*, p. 03).

alguns grupos e indivíduos do que outros. Por último, em regra, os diferentes atores políticos, econômicos e jurídicos tendem a agir estrategicamente no sentido de apoiar a consolidação de estruturas institucionais que beneficiarão na maior medida possível os seus próprios interesses particulares ou corporativos²³.

Essas premissas metodológicas deslocam a análise da judicialização da política, em especial as suas origens e conseqüências, de um debate puramente normativo e filosófico, muito comum na literatura jurídica, para uma abordagem político-institucional, enriquecendo a interpretação dessa temática. Os postulados metodológicos supramencionados ampliam o escopo da análise de tal modo a vislumbrar os interesses corporativos ou particulares inscritos em uma opção por um arranjo legal-institucional mais ou menos favorável à “juristocracia” ou à judicialização da política. Neste sentido, a hipótese explicativa desenvolvida pelo autor consiste na tese da preservação hegemônica (*hegemonic preservation thesis*). Segundo Hirschl:

“O poder judicial não cai do céu; ele é politicamente construído. Acredito que a constitucionalização dos direitos e o fortalecimento do controle de constitucionalidade das leis resultam de um pacto estratégico liderado por elites políticas hegemônicas continuamente ameaçadas, que buscam isolar suas preferências políticas contra mudanças em razão da política democrática, em associação com elites econômicas e jurídicas que possuem interesses compatíveis²⁴”.

A abordagem realista e estratégica do fenômeno da judicialização da política permite afirmar que a progressiva transferência de poderes para o Judiciário nas democracias contemporâneas “serve aos interesses de uma Suprema Corte que procura ressaltar sua influência política²⁵”. Segundo Alec Stone Sweet, há um interesse institucional dos tribunais em “resolver conflitos legislativos sobre constitucionalidade, mantendo e reforçando, ao mesmo tempo, a legitimidade política da revisão constitucional para o futuro²⁶”.

Para Alec Stone Sweet, a judicialização da política constitui, também, uma tendência de difusão das técnicas de argumentação e de adjudicação típicas do Direito Constitucional em outros poderes, ou seja:

²³ Cf. HIRSCHL, *op. cit.*, p. 38 *et seq.*

²⁴ *Idem*, p. 49.

²⁵ *Idem*, p. 49

²⁶ SWEET, Alec Stone. *Governing with judges: constitutional politics in Europe*. New York: Oxford University Press, 2000, p. 199-200.

“o processo pelo qual os legisladores absorvem as normas de conduta da adjudicação constitucional, a gramática e o vocabulário do Direito Constitucional (...). Em uma política judicializada, o discurso legal é responsável pela mediação entre o debate partidário e as estruturas de exercício do poder legislativo²⁷”.

Além disso, a judicialização promove o “entrincheiramento constitucional de direitos²⁸” e, neste sentido, tanto o Executivo quanto o próprio Poder Legislativo podem, mediante o apoio (deliberado) a esta estratégia de transferência de poderes, retirar temas controvertidos do debate público, onde dificilmente seriam decididos em sentido favorável ou sem grandes custos políticos²⁹.

Outro tema intimamente relacionado com a questão da judicialização da política é o do ativismo judicial. Durante o artigo será utilizada uma definição normativamente inerte de “ativismo judicial”. A prática jurídica mostra que magistrados ativistas podem tanto adotar um posicionamento progressista quanto uma decisão conservadora. Ao mesmo tempo, não é possível afirmar, de antemão, que uma atitude ativista seja sempre a atitude correta ou incorreta diante de todos os casos jurídicos possíveis, especialmente em casos difíceis.

Neste sentido, em uma primeira acepção, o ativismo judicial será medido pela frequência com que um determinado magistrado ou tribunal invalida as ações (normas e atos normativos) de outros poderes de Estado, especialmente do Poder Legislativo³⁰. Ou seja, com que frequência os tribunais “retiram a decisão das mãos dos eleitores³¹”. Além disso, também será considerado ativista o magistrado ou tribunal que procura suprir omissões (reais ou aparentes) dos demais poderes³² com suas decisões, por exemplo, no tocante à definição ou concretização de políticas públicas ou regulamentação das regras do jogo democrático.

²⁷ SWEET, *op. cit.*, p. 203.

²⁸ HIRSCHL, *op. cit.*, p. 44.

²⁹ *Idem*, p. 39.

³⁰ Cf. SUNSTEIN, Cass. *Radicals in robes: why extreme right-wing Courts are wrong for America*. New York: Basic Books, 2005, p. 41-44.

³¹ *Id.*, *ibid.*, p. 43.

³² Essa definição é mais adequada, por exemplo, para a análise do caso da fidelidade partidária (MS nº 26602, 26603 e 26604 – STF), que será estudado adiante. Por outro lado, a definição imediatamente anterior revela-se mais adequada para a análise do caso da cláusula de barreira (ADIS 1351 e 1354), no qual o STF decidiu pela inconstitucionalidade de inúmeros dispositivos da Lei 9.906/95 (Lei dos Partidos Políticos).

Os dois conceitos, judicialização da política e ativismo judicial, revelam-se fundamentais para a análise das recentes decisões do STF nos *hard cases* da cláusula de barreira e da fidelidade partidária.

3. NEOCONSTITUCIONALISMO, PERFECCIONISMO E MINIMALISMO: O POSICIONAMENTO DOS MINISTROS DO STF DIANTE DOS CASOS DIFÍCEIS.

3. 1. O CASO DA CLÁUSULA DE BARREIRA (ADI Nº 1351-3 E ADI Nº 1354-8):

Em 07 dezembro de 2006, o Supremo Tribunal Federal julgou as ADIs nº 1351 e 1354 propostas por partidos políticos – PC do B e PSC, respectivamente – que se sentiram prejudicados com a cláusula de barreira estabelecida, especialmente, pelos artigos 13, 41, 48 e 49 da Lei nº 9.096/95 (Lei dos Partidos Políticos³³) e que passaria a produzir efeitos a partir da legislatura que se iniciaria em 2007. Em síntese, a cláusula de barreira ou de desempenho pretendia restringir o direito ao funcionamento parlamentar, à distribuição e acesso ao horário gratuito de rádio e televisão e aos recursos provenientes do fundo partidário (art. 17, § 3º, da CF).

Estas ações tramitavam no Supremo Tribunal Federal desde 1995, ano em que entrou em vigor a mencionada lei, e tinham como pedido a declaração de inconstitucionalidade da cláusula de barreira, sob a alegação de que a mesma confrontaria os princípios da isonomia, da igualdade de chances e do pluralismo político, violando, também, o direito de manifestação livre e igualitária das minorias políticas. A decisão unânime do plenário do STF foi no sentido de declarar a inconstitucionalidade dos dispositivos da Lei dos Partidos Políticos que versavam sobre a cláusula de barreira.

Em razão de suas pretensões perfeccionistas, merece especial atenção a análise do voto do Min. Gilmar Ferreira Mendes na ADI nº 1351-DF. O voto do Min. Gilmar Mendes é extremamente ambicioso, pois procura desenvolver amplas e profundas considerações sobre o desenvolvimento do sistema político-eleitoral brasileiro, a natureza e a função dos partidos políticos no regime democrático, a conformação legislativa do sistema proporcional, o princípio da igualdade de chances como corolário

³³ Artigo 13 da Lei nº 9.096 de 19 de setembro de 1995: “Tem direito a funcionamento parlamentar, em todas as Casas Legislativas para as quais tenha elegido representante, o partido que, em cada eleição para a Câmara dos Deputados obtenha o apoio de, no mínimo, cinco por cento dos votos apurados, não computados os brancos e os nulos, distribuídos em, pelo menos, um terço dos Estados, com um mínimo de dois por cento do total em cada um deles”.

do Estado de Direito e, para além da questão sobre a cláusula de barreira sob exame, objetiva posicionar-se, ainda, sobre o controvertido tema da fidelidade partidária. Segundo o ministro, o modelo de cláusula de barreira elaborado pelo legislador brasileiro simplesmente negou o funcionamento parlamentar, constituindo uma clara violação aos princípios da proporcionalidade e da igualdade de chances³⁴.

Assim, se o modelo adotado pelo legislador restringisse não o funcionamento parlamentar, mas a própria atribuição de mandato ao representante eleito por um partido que não atingisse a cláusula de barreira, a decisão a ser adotada seria diferente, já que nesta hipótese seria declarada a sua constitucionalidade. Com apoio na experiência constitucional alemã, o Min. Gilmar Ferreira Mendes disserta sobre aquele que, segundo o seu entendimento, seria o melhor modelo de cláusula de barreira a ser adotado pelo legislador democrático, procurando, assim, orientar a atuação do Poder Legislativo em um contexto de reforma política que transcende, em larga medida, o contexto particular do caso concreto:

“Estou certo de que se o legislador brasileiro tivesse conformado um modelo semelhante ao adotado no direito alemão, por exemplo, (...) talvez não estaríamos aqui a discutir esse tema. É possível, sim, ao legislador pátrio, o estabelecimento de uma cláusula de barreira ou de desempenho que impeça a atribuição de mandatos à agremiação que não obtiver um dado percentual de votos³⁵”.

Com relação ao princípio da “igualdade de chances”, o voto do Min. Gilmar Mendes pretendeu delinear parâmetros gerais para a resolução futura de problemas e temas controvertidos correlatos ao caso em questão. Afastou-se, assim, do postulado minimalista que preconiza a tomada de decisões que sejam, ao mesmo tempo, “estreitas” e “rasas”, ou seja, decisões que versem sobre temas indispensáveis para a solução do caso concreto, recorrendo a argumentos que, devido a sua incompletude, possam conquistar um acordo generalizado, evitando, assim, questões constitucionais “profundas”, complexas e controvertidas na sociedade. No sentido acima, com o

³⁴ Confira o voto do Min. Gilmar Ferreira Mendes na ADI 1351-DF, p. 16, disponível em www.stf.gov.br.

³⁵ Citação de trecho do voto do Min. Gilmar Ferreira Mendes na ADI 1351-DF, p. 17, disponível em www.stf.gov.br.

objetivo de orientar o debate sobre a reforma política, assevera o Min. Gilmar Ferreira Mendes:

“É fundamental, portanto, que a legislação que disciplina o sistema eleitoral, a atividade dos partidos políticos e dos candidatos, o seu financiamento, o acesso aos meios de comunicação, o uso de propaganda governamental, dentre outras, não negligencie a idéia de igualdade de chances sob pena de a concorrência entre agremiações e candidatos se tornar algo ficcional, com grave comprometimento do próprio processo democrático³⁶”.

Para além do tema da cláusula de barreira, a sua argumentação perfeccionista pretende apoiar e promover uma “ampla agenda” de inovações legais com fundamento em decisões interpretativas com efeitos modificativos ou corretivos do texto constitucional a serem adotadas pelo STF, manifestando-se sobre a legitimação do tribunal para apreciação de questões controvertidas presentes em outros casos jurídicos, tais como o aborto de feto anencéfalo (ADPF nº 54) e a fidelidade partidária (MS nº 26.602, 26.603 e 26.604 - STF).

Em seu voto, o ministro propõe uma verdadeira reforma política por meio de uma modificação da orientação jurisprudencial tradicional do STF sobre a temática, desconsiderando, por completo, a contribuição e a competência do Poder Legislativo nesta tarefa. Cabe destacar que, em relação à fidelidade partidária, não tinham sido impetrados, ainda, os Mandados de Segurança supramencionados pelos partidos políticos prejudicados com a mudança de legenda de seus parlamentares na atual legislatura. Na conclusão de seu voto, o Min. Gilmar Ferreira Mendes estabelece algumas orientações para a atuação do Poder Legislativo na definição da reforma política, procurando restringir a liberdade de conformação do legislador no tocante à limitação do pluripartidarismo exacerbado que caracteriza o sistema político brasileiro:

“Deixo enfatizado, não obstante, que o legislador pode estabelecer uma cláusula de desempenho que fixe, de forma proporcional, certo percentual de votação como requisito para que o partido político tenha direito não só ao funcionamento parlamentar, mas à própria eleição de representantes, ficando, porém, assegurado a todos os partidos, com observância do princípio da igualdade de chances, o acesso aos meios e recursos necessários para competir no prélio eleitoral seguinte, incluídos,

³⁶ *Idem*, p. 37.

nesse sentido, o acesso ao rádio e à televisão e aos recursos do fundo partidário”.

O posicionamento do Min. Gilmar Ferreira Mendes foi perfeccionista e maximalista, pois (a) abordou o caso a partir do enfrentamento e posicionamento em questões constitucionais controversas com apoio em considerações, ao mesmo tempo, amplas e profundas; (b) manifestou-se sobre questões que, apesar de correlatas, transcendem o caso concreto e que, portanto, poderiam ser decididas oportunamente no futuro e (c) concebeu o caso em tela como integrante de um “amplo projeto” de mudanças legais mediante sucessivas decisões com efeitos modificativos ou aditivos, vislumbrando e legitimando a competência do tribunal para a reforma do sistema político-partidário e eleitoral através de uma alteração em sua orientação jurisprudencial.

3. 2. O CASO DA FIDELIDADE PARTIDÁRIA (RESOLUÇÃO Nº 22.526 – TSE; MS Nº 26.602, MS Nº 26.603 E MS Nº 26.604 – STF):

Apesar de o neoconstitucionalismo não ter sido citado expressamente em seus julgados, as suas teses principais integram, sem dúvida, a autocompreensão da maioria dos ministros do STF e do TSE sobre a atuação destes tribunais no *hard case* da fidelidade partidária. Iniciaremos a análise do caso com apoio na Resolução nº 22.526 adotada pelo TSE a partir da Consulta nº 1.398 formulada pelo Partido da Frente Liberal (PFL), atualmente Democratas, com a seguinte indagação dirigida ao tribunal:

“Os partidos e coligações têm o direito de preservar a vaga obtida pelo sistema eleitoral proporcional, quando houver pedido de cancelamento de filiação ou de transferência do candidato eleito por um partido para outra legenda?³⁷”

O voto do relator do caso em tela, o Min. César Asfor Rocha, é bastante representativo das teses neoconstitucionalistas, ao afirmar, acerca da aplicabilidade imediata dos princípios constitucionais, que “tem-se, hoje em dia, como pertencente ao passado, a visão que isolava os princípios constitucionais da solução dos casos concretos³⁸”. Mais adiante, assevera que “o tempo presente é o da afirmação da prevalência dos princípios constitucionais sobre as normas de organização dos Partidos

³⁷ Resolução nº 22.526 (TSE), p. 02, disponível em: www.tse.gov.br, grifo nosso.

³⁸ *Idem*, p. 04.

Políticos³⁹” e, com uma linguagem excessivamente axiológica, destaca em sua conclusão:

“Outro ponto relevante que importa frisar é o papel das Cortes de Justiça no desenvolvimento da tarefa de contribuir para o conhecimento dos aspectos axiológicos do Direito, abandonando-se a visão positivista tradicional, certamente equivocada, de só considerar dotadas de força normativa as regulações normatizadas; essa visão, ainda tão arraigada entre nós, deixa de apreender os sentidos finalísticos do Direito e, de certo modo, desterra a legitimidade da reflexão judicial para a formação do pensamento jurídico⁴⁰”.

O Min. César Asfor Rocha justifica o seu voto vencedor, no sentido da possibilidade de perda de mandato em caso de troca injustificada de partido político pelo representante eleito, com apoio em uma interpretação *extensiva* do princípio da moralidade em um sentido menos ortodoxo, e mais ambicioso, do que aquele tradicionalmente atribuído ao art. 37, *caput*, da CF:

“O princípio da moralidade (...) inserido solenemente no art. 37 da Carta Magna, repudia de forma veemente o uso de qualquer prerrogativa pública, no interesse particular ou privado, não tendo relevo algum afirmar que não se detecta a existência de norma proibitiva de tal prática⁴¹”

(...) “Não tenho dificuldade em perceber razões de ordem jurídica e, sobretudo, razões de ordem moral, inquinam a higidez dessa movimentação, a que a Justiça Eleitoral não pode dar abono, se instada a se manifestar a respeito da legitimidade de absorção do mandato eletivo por outra corrente partidária, que não recebeu sufrágios populares para o preenchimento daquela vaga⁴²”.

No presente caso, o Tribunal decidiu por maioria, restando apenas um ministro vencido, o Min. Marcelo Ribeiro, que adotou um posicionamento mais formalista. O Min. Marcelo Ribeiro, em seu voto, procurou também adotar uma postura *minimalista*, isto é, evitando entrar em considerações profundas, extremamente abstratas e controversas sobre quais valores ou, mais especificamente, quais normas jurídicas, podem ser extraídos argumentativamente do princípio democrático, da moralidade

³⁹ *Idem*, p. 07.

⁴⁰ *Idem*, p. 09.

⁴¹ *Idem*, p. 05.

⁴² *Idem*, p. 06.

administrativa e da proporcionalidade do sistema eleitoral. O voto do Min. Marcelo Ribeiro é bem menos ambicioso do que o posicionamento dos ministros vencedores.

Em regra, os ministros vencedores pretenderam, de um modo *perfeccionista*, construir grandes interpretações sobre a democracia, o mandato representativo, a moralidade na função pública, extraíndo dessas considerações algumas orientações gerais para a atuação dos atores políticos no futuro⁴³. Assumido uma postura bem menos ambiciosa, o Min. Marcelo Ribeiro sintetiza que “não há norma na Constituição, nem em lei infraconstitucional, que diga que aquele que mudar de partido perderá o mandato⁴⁴”.

Continuando em sua postura minimalista, o ministro vencido procura separar as razões éticas ou morais que sustentam a plausibilidade da tese da fidelidade partidária, com as quais concorda, das razões jurídico-positivas que poderiam autorizar semelhante conclusão com apoio em nosso texto constitucional. Segundo o magistrado, tais razões normativas não existem em nosso direito positivo.

Nos julgamentos dos Mandados de Segurança nº 26.602, 26.603 e 26.604 (STF), posicionamento semelhante ao do Min. Marcelo Ribeiro (TSE) foi adotado pelo parecer do Procurador-Geral da República e pelo voto do Min. Eros Roberto Grau, ambos com estratégias de argumentação, ao mesmo tempo, minimalistas e formalistas⁴⁵. Tanto o Procurador-Geral da República quanto o Min. Eros Roberto Grau evitaram entrar no debate político sobre a representação partidária, o sistema eleitoral proporcional e os rumos da reforma política. Os seus posicionamentos destacam o caráter taxativo e exaustivo do artigo 55 da Constituição Federal, bem como o fato de que a competência institucional para o equacionamento destas questões políticas cabe ao Congresso Nacional mediante a deliberação e proposição de uma ampla e necessária reforma política.

Em seu voto, o Min. Eros Roberto Grau explicita de modo claro um posicionamento minimalista ao evitar pronunciar-se sobre o conteúdo e o alcance da fidelidade partidária, assim como sobre a natureza do mandato político, “estreitando” e delimitando, deste modo, o objeto de sua decisão:

⁴³ Esta afirmação é válida para a argumentação dos ministros vencedores no TSE e também no STF.

⁴⁴ Resolução nº 22.526 (TSE), p. 55, disponível em: www.tse.gov.br.

⁴⁵ O formalista é aquele que, por razões políticas ou morais, se compromete com o significado padrão ou ordinário do texto. O formalismo pressupõe a possibilidade de que em certos casos o texto e o significado imediatamente associado a ele podem ser claros.

“Não me parece correta a afirmação de que esta Corte irá definir, neste julgamento, se os mandatos de que se cuida pertencem ao partido político ou ao deputado. Nem estaremos a tomar decisão a respeito do que cabe ou excede o conteúdo da fidelidade partidária. Aqui, hoje, definiremos somente se o impetrante há direito à declaração de vacância dos cargos dos deputados federais eleitos pelo PPS, que o deixaram, e à convocação dos suplentes para que tomem posse. *Nada mais decidiremos, apenas isso, sem avançar qualquer passo no sentido de enunciar ou anunciar reforma política alguma, matéria de competência do Poder Constituinte derivado*⁴⁶”.

Por outro lado, apesar das decisões em sentidos contrários, os votos dos Ministros Celso de Mello e Ricardo Lewandowski aproximaram-se do modelo perfeccionista e, conseqüentemente, também do neoconstitucionalismo como uma espécie de maximalismo nas decisões judiciais. Neste sentido, o Min. Ricardo Lewandowski teceu considerações extensas sobre os partidos políticos, a democracia participativa, a segurança em sua versão político-institucional e a importância da fidelidade partidária. Apesar de não citar expressamente o neoconstitucionalismo, é possível vislumbrar a adoção de suas principais teses na justificação de seu voto⁴⁷.

Semelhante estratégia perfeccionista de justificação foi adotada pelo Min. Celso de Mello em seu voto. Certamente, o principal representante do modelo perfeccionista de decisão judicial no STF é o Min. Celso de Mello. Neste sentido, constituem características centrais em seus votos em casos difíceis a interpretação do texto constitucional a partir de questões amplas e profundas, as longas considerações teóricas sobre questões altamente controversas e complexas, o desejo de “deixar tudo decidido” por intermédio da fixação de regras gerais com amplos efeitos prospectivos, além das pretensões claramente doutrinárias manifestadas em seus votos e decisões monocráticas. Não foi diferente o posicionamento no caso da fidelidade partidária. Em seu extenso voto (com 61 páginas) foram acolhidas as teses fundamentais do neoconstitucionalismo, tais como a força normativa da Constituição e a centralidade dos princípios jurídicos na

⁴⁶ Citação de trecho do voto do Min. Eros Roberto Grau no MS nº 26.602-DF, p. 05, disponível em www.stf.gov.br, grifo nosso.

⁴⁷ Neste sentido: “Em primeiro lugar, há que assentar que, no ápice da hierarquia axiológica de todas as constituições, figuram alguns princípios, explícitos ou implícitos, identificados e classificados pelo festejado jurista alemão Otto von Bachoff como preceitos de caráter pré-estatal, supralegal ou pré-positivo, que servem de paradigmas às demais normas constitucionais sob pena de carecerem de validade”. Citação de trecho do voto do Min. Ricardo Lewandowski nos Mandados de Segurança nº 26.602, 26.603 e 26.604 (STF), p. 07, disponível em www.stf.gov.br.

estrutura normativa constitucional. Foram abordadas, também, questões constitucionais profundas, tais como “a essencialidade dos partidos políticos no processo de poder (...), a importância do postulado da fidelidade partidária, o alto significado entre o mandatário eleito e o cidadão que o escolhe, o caráter eminentemente partidário do sistema proporcional e as relações de recíproca dependência o eleitor, o partido político e o representante eleito⁴⁸”.

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS:

Em um contexto de intensificação do processo de judicialização da política, o STF assume o importante papel de um ator institucional estratégico no sistema político brasileiro. O recente protagonismo dos tribunais no cenário político nacional determinou uma profunda alteração nos cálculos elaborados pelos diferentes atores políticos, institucionais ou não, para o arranjo, composição e consecução de seus objetivos, seja no tocante à implementação de políticas públicas, seja em relação à modificação das regras do jogo democrático. Neste sentido, “o governo, além de negociar seu plano político com o Parlamento, [tem] que se preocupar em não infringir a Constituição⁴⁹”.

Como bem lembra Oscar Vilhena Vieira, a equação é bastante simples: “se tudo é matéria constitucional, o campo de liberdade dado ao corpo político é muito pequeno⁵⁰”. Neste ponto há um *trade-off* em regra esquecido pela teoria neoconstitucional: quanto maior a amplitude e intensidade da dimensão objetiva dos direitos fundamentais concebidos como princípios com forte conteúdo axiológico, menor será o espaço de livre conformação do legislador democrático, assim como da sociedade civil, para o exercício de sua imaginação institucional. Desta forma, “qualquer movimento mais brusco gera um incidente de inconstitucionalidade e, conseqüentemente, a judicialização de uma contenda política⁵¹”.

O texto constitucional, segundo uma interpretação minimalista, não deve ser compreendido como sempre contendo uma única resposta para todas as questões e controvérsias políticas, econômicas e morais. Esta modalidade de leitura da

⁴⁸ Citação de trecho do voto do Min. Celso de Mello nos Mandados de Segurança nº 26.602, 26.603 e 26.604 (STF), p. 02-03, disponível em www.stf.gov.br.

⁴⁹ CARVALHO, Ernani Rodrigues de. Em busca da judicialização da política no Brasil: apontamentos para uma nova abordagem. *Revista de Sociologia Política*, Curitiba, 23, p. 115-126, 2004, p. 115.

⁵⁰ VIEIRA, Oscar Vilhena. Supremocracia: vícios e virtudes republicanas. *Jornal O Valor*, 06/11/2007.

⁵¹ Idem.

Constituição é *perfeccionista*, ou seja, “tenta fazer da Constituição o melhor que ela pode ser⁵²”, interpretando-a, sempre que possível, a partir de “questões profundas” e, em geral, também controversas diante do fato do pluralismo que define as democracias contemporâneas. Esta visão excessivamente axiológica concebe o resultado do jogo político como algo fortemente pré-definido pelo direito, aproximando a Constituição de um modelo puramente material, segundo o qual, em última análise, “para tudo existe a previsão de um mandado ou uma proibição⁵³”.

5. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS:

- ALEXY, Robert. Direitos fundamentais no Estado constitucional democrático: para a relação entre direitos do homem, direitos fundamentais, democracia e jurisdição constitucional. *Revista de Direito Administrativo*, 217, 1999, p. 55-66.
- _____. “Los derechos fundamentales en el Estado constitucional democrático” In: CARBONELL, Miguel (Org.). *Neoconstitucionalismo(s)*. Madrid: Editorial Trotta, 2003, p. 31-47.
- CARVALHO, Ernani Rodrigues de. Em busca da judicialização da política no Brasil: apontamentos para uma nova abordagem. *Revista de Sociologia Política*, Curitiba, 23, 2004, p. 115-126.
- CASTRO, Marcos Faro. O STF e a judicialização da política. *Revista Brasileira de Ciências Sociais*, São Paulo, v. 12, n. 34, p. 147-156, junho de 1997.
- DWORKIN, Ronald. “De que maneira o Direito se assemelha à literatura?” In: DWORKIN, Ronald. *Uma questão de princípio*. Tradução de Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes: 2001, p. 217-249.
- _____. “A leitura moral e a premissa majoritária”. In: DWORKIN, Ronald. *A leitura moral da Constituição norte-americana*. Tradução de Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 01-59.
- EISENBERG, José. Pragmatismo, direito reflexivo e judicialização da política. In: VIANNA, Luiz Werneck (Org.). *A democracia e os três poderes no Brasil*. Belo Horizonte: Editora UFMG, Rio de Janeiro: IUPERJ/FAPERJ, 2002, p. 43-61.
- HÄBERLE, Peter. *Pluralismo y constitución: estudios de teoría constitucional de la sociedad abierta*. Madrid: Tecnos, 2002.
- HIRSCHL, Ran. *Towards juristocracy: the origins and consequences of the new constitutionalism*. Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 2004.
- PULIDO, Carlos Bernal. *El neoconstitucionalismo a debate*. Bogotá: Instituto de Estudios Constitucionales, 2006.
- SUNSTEIN, Cass. *One case at a time: judicial minimalism on the Supreme Court*. Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 1999.

⁵² SUNSTEIN, Cass. *Radicals in robes: why extreme right-wing Courts are wrong for America*. New York: Basic Books, 2005, p. xii.

⁵³ ALEXY, Robert. *Epílogo a la teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Fundación Beneficencia et Peritia Iuris, 2004, p. 30.

- _____. *Radicals in robes: why extreme right-wing Courts are wrong for America*. New York: Basic Books, 2005.
- _____. Testing minimalism: a reply. *Michigan Law Review*, n. 104, I, p. 123-129, 2005.
- SWEET, Alec Stone. *Governing with judges: constitutional politics in Europe*. New York: Oxford University Press, 2000.
- TATE, C. N. VALLINDER, T. *The global expansion of judicial power*. New York: New York University Press, 1995.
- VIEIRA, Oscar V. *A Constituição e sua reserva de justiça: um ensaio sobre os limites materiais ao poder de reforma*. São Paulo: Malheiros, 1999.
- _____. Supremocracia: vícios e virtudes republicanas. *Jornal O Valor*. 06/11/2007.