

## Carlos Campos: As dificuldades em se quantificar o qualitativo

O professor Lenio Streck elaborou resenha sobre o livro *Judicialização ou Representação? Política, direito e democracia no Brasil*, de autoria da brilhante cientista política, Thamy Pogrebinski, publicado pela Editora Elsevier no final do ano de 2011. A pedido de meu professor no mestrado/doutorado em Direito Público da UERJ, hoje ministro do Supremo Tribunal Federal, Luís Roberto Barroso, também resenhei a obra, à época de seu lançamento, para publicação na Revista de Direito do Estado (RDE),<sup>[1]</sup> então coordenada por Barroso. Ante a coincidência, enxergo uma oportunidade de *rever* os argumentos que utilizei naquela ocasião de modo a dialogar com as referências desenvolvidas pelo professor Lenio. Mais realisticamente, de modo a complementar a abordagem de maior autoridade intelectual formulada pelo autor.

Em linhas gerais, minha opinião está em plena consonância com a de Lenio Streck, presentes duas notas comuns de extrema relevância: o reconhecimento da importância da obra examinada, e a crítica em relação à insuficiência de critérios meramente numéricos para se “medir” algo como o ativismo judicial. Desejo apenas acrescentar, com a síntese de minha resenha, algumas ideias sem qualquer pretensão de questionar os juízos conclusivos do professor Lenio.

### Críticas à obra

Dispensado de repetir, aqui, as propostas descritivas e prescritivas do livro, já apontadas por Lenio Streck, devo dizer que essas são passíveis de críticas. O livro deve ser comemorado por avançar os estudos empíricos do comportamento decisório do Supremo, devendo ser ressaltadas a virtude intelectual da autora e o rigor de coerência interna da pesquisa. Todavia, muitas de suas premissas e conclusões não conseguem escapar a alguns questionamentos relevantes. Sofrem de insuficiências epistêmicas, decorrem de simplificações metodológicas e representam perguntas erradas a agrupamentos de dados inflacionados.

### Insuficiências epistêmicas

A abordagem da autora que nega o ativismo judicial do Supremo ante o Congresso Nacional merece, inicialmente, críticas de *sentido epistêmico*. Para afirmar sua tese, Pogrebinski reduziu o ativismo judicial a *critério único de identificação*, qual seja a frequência com que o Supremo declarou a inconstitucionalidade de leis e atos normativos federais, inclusive emendas constitucionais. Embora facilmente identificável e mensurável, este critério possui reduzida capacidade epistêmica — é incapaz de fornecer conhecimento abrangente dos momentos e movimentos ativistas do Supremo. O professor Lenio Streck reconhece esse defeito, afirmando que a declaração de inconstitucionalidade não tem, necessariamente, relação com o ativismo ou a judicialização da política.

Com efeito, o critério utilizado se mostra, por si só, inadequado. Randy Barnett diz que essa definição de ativismo torna-o um *clichê* e “isto é assim porque quase todos pensam que juízes devam às vezes invalidar leis inconstitucionais”.<sup>[2]</sup> No mesmo sentido, William Marshall diz que “mesmo uma Corte ‘não-ativista’ anularia (e deveria anular) uma lei se o ato normativo do Congresso não teve o respeito apropriado às limitações constitucionais.”<sup>[3]</sup> Sem dúvida, “o percentual de leis declaradas inconstitucionais por uma corte (em razão do número total de leis que são desafiadas) é apenas um meio

---

muito indireto e imperfeito para medir o nível de ativismo judicial”,<sup>[4]</sup> especialmente em estruturas de constitucionalização abrangente e ampla jurisdição constitucional, como é o caso da Constituição de 1988. Muitas das decisões catalogadas pela autora como “pontos” para o ativismo judicial, a rigor, não passaram de um exercício ordinário de jurisdição constitucional, e isso foi bem objetado por Lenio Streck.

Acredito, no entanto, que o equívoco de Pogrebinschi, quanto a esse ponto, possui extensão ainda maior. Concepções *unidimensionais* de ativismo judicial, qualquer que seja o critério ou índice escolhido, oferecem um baixo nível de cognoscibilidade do comportamento de juízes e cortes. O ativismo judicial diz com decisões judiciais que resultam a expansão de poderes político-normativos por parte desses atores, e essas práticas decisórias são, em geral, multifacetadas e, portanto, insuscetíveis de redução a critérios singulares de identificação. Como defendeu William Marshall, é preferível enfrentar as dificuldades em se reconhecer e avaliar variados “indicadores” de ativismo judicial a trabalhar com um critério singular, incapaz de abranger essa realidade de manifestações decisórias.<sup>[5]</sup>

Decisões ativistas possuem *diferentes dimensões*<sup>[6]</sup> e as abordagens unidimensionais simplesmente não têm como refletir essa realidade multifacetada.<sup>[7]</sup> Por isso, são desprovidas de virtude epistêmica. A abordagem unidimensional de Pogrebinschi, diante da prática decisória multidimensional do Supremo, sofre dessa *insuficiência epistêmica*. No Supremo Tribunal Federal, podem-se identificar diferentes dimensões comportamentais de expansão de seu poder político-normativo, todas ignoradas por Pogrebinschi: (i) interpretação e aplicação expansiva e inovadora de normas constitucionais e legais, conferindo, muitas vezes, elevada densidade a princípios muito vagos e imprecisos (dimensão metodológica); (ii) autoamplificação da jurisdição, da utilidade e da eficácia de seus poderes processuais e decisões (dimensão processual); (iii) interferência rígida e incisiva sobre decisões dos demais poderes, faltando-lhes com deferência legal ou epistêmica, ou ocupando seus espaços tradicionais de atuação (dimensão estrutural); (iv) largo avanço de posições de liberdade, de dignidade e de igualdade social sobre os poderes públicos, excluindo margens de ação regulatória, fiscalizatória e punitiva do Estado, ou interferindo em suas medidas de tutela e em suas escolhas de políticas públicas (dimensão de direitos); e (v) afirmação da posição não apenas como último intérprete da Constituição, mas como único, exclusivo (dimensão antidialógica).

Deve-se afirmar que, apesar do ônus de complexidade das propostas multidimensionais, elas não são incompatíveis com exames empíricos. A falha de Pogrebinschi, portanto, não foi puramente a de trabalhar com um critério inadequado, mas de acreditar que o uso de critério único, qualquer que seja, possa ser suficiente para cumprir o propósito de identificar e avaliar o ativismo judicial.

## Simplificações metodológicas

A abordagem da autora merece críticas também de sentido metodológico. Tornando o caminho da pesquisa menos árduo e acidentado e suas conclusões mais compreensíveis e atrativas, a autora fez escolhas de dados e métodos de comparação que corresponderam a uma *fuga de complexidades*. Coerente com sua definição estreita de ativismo judicial — frequência de decisões de inconstitucionalidade — a autora tirou todo o foco sobre a importância dos casos julgados e as singularidades das construções hermenêuticas e empregou uma investigação numérica e *por atacado* do ativismo judicial.<sup>[8]</sup> Essa batalha da autora por *facilidades metodológicas* resultou, em alguns casos, em *simplificações metodológicas*.

A principal dessas simplificações, destacada em minha resenha, foi a redução da investigação aos casos de controle concentrado. A autora chegou a falar de “efeitos bastante restritos” das decisões tomadas em sede de controle difuso, o que revela equívoco também de ordem teórica. Para Pogrebinski, judicialização da política e ativismo judicial são assuntos para o controle concentrado e abstrato de constitucionalidade, sendo irrelevantes decisões em outra sede. Essa perspectiva foi duramente rejeitada por Lenio Streck, que citou inúmeras decisões do Supremo e de outros Tribunais pátrios, tomadas em sede de controle difuso, cuja relevância e repercussão negam as premissas da autora.

Desejo apenas acrescentar o equívoco histórico-comparado. Estivesse ela correta, e ressaltadas as particularidades do modelo, todo o debate bicentenário sobre a atuação política e ativista da Suprema Corte norte-americana seria um *nonsense*. Como anotou Michel Rosenfeld, “a jurisdição constitucional Norte-americana tem sido atacada muito mais veementemente como indevidamente política do que sua contraparte Europeia”,<sup>[9]</sup> onde predomina o controle concentrado e abstrato. A realidade é que o ativismo judicial *não escolhe* modelos de controle judicial de constitucionalidade e esse aspecto não poderia ter sido negligenciado pela autora. No Brasil, aliás, com o mecanismo da repercussão geral, o Supremo está próximo de, no controle difuso e como provocou a ministra Ellen Gracie, dizer “o que é o Direito no País”.<sup>[10]</sup>

## Inflação de dados, perguntas erradas e leituras equivocadas

As dificuldades epistêmicas e metodológicas apontadas são inter-relacionadas e parecem decorrer, igualmente, do elogiável desejo da autora de apresentar uma avaliação bastante objetiva e numericamente controlável. Contudo, mesmo se superadas essas dificuldades, subsistiriam problemas quanto aos dados empíricos pesquisados e às inadequadas correlações formuladas pela autora.

### a) O Supremo tem *tendências* ativistas em face do Congresso Nacional

A autora afirmou a condição do Supremo como instituição deferente ao Congresso Nacional em razão, principalmente, de identificar que 86,68% do total de ações propostas contra atos normativos federais foram “indeferidas” — 74,35% sem exame de mérito e 12,33% improcedentes. Têm-se aqui, como sustentei em minha resenha, tanto uma leitura equivocada dos dados como uma inflação desses.

O indeferimento liminar de ações constitucionais pode ser uma atitude de autorrestrição judicial. Contudo, isso não significa que evitar o julgamento de mérito dessas ações seja uma atitude de deferência ao ator político demandado. Autorrestrição judicial e deferência institucional não são sempre equivalentes, embora muitas vezes implicados. Restrições às matérias passíveis de julgamento, à

legitimação ativa, ao cabimento de certas ações, além de *virtudes passivas*,<sup>[11]</sup> podem ser típicas estratégias de defesa da própria funcionalidade das cortes — Richard Posner denominou-as de “autorrestrrição funcional”<sup>[12]</sup> —, o que significa autopreservação prática e não deferência a outros atores. O Supremo, em diferentes casos, adotou essa perspectiva durante os primeiros anos de vigência da Carta de 1988 e sob a liderança intelectual de Moreira Alves.<sup>[13]</sup> Portanto, a correlação feita por Pogrebinschi pode representar uma leitura incorreta dos dados pesquisados, salvo um exame qualitativo aprofundado sobre as causas de indeferimento preliminar das ações. Essa objeção também ocupou boas linhas do artigo do professor Lenio.

No mais, a formação desse “bloco de ações indeferidas” — ações julgadas sem exame de mérito e improcedentes —, a fim de contrapô-lo às ações procedentes e procedentes em parte, caracterizou uma *inflação de dados*. O argumento, pragmaticamente fundado, de que decisões de indeferimento liminar e de improcedência têm os mesmos efeitos não convence, seja pelas razões expostas no parágrafo anterior, seja porque decisões sem exame de mérito não produzem uma declaração de constitucionalidade que vincule a todos. As *perguntas* corretas da pesquisa, dentro da perspectiva quantitativa da autora e apenas nessa, devem ser dirigidas à análise comparativa que envolva as ações que tiveram o mérito examinado. Dentro desse subconjunto, como exposto por Pogrebinschi, 67 foram julgadas procedentes ou procedentes em parte (51,94%), enquanto 62 foram julgadas improcedentes (48,06%) (página 38, tabela 1.8, do livro). Postos os números assim, a leitura quantitativa correta aponta tendência maior ao reconhecimento de inconstitucionalidade do que de deferência à “vontade majoritária”.

### **b) O ativismo judicial metodológico do Supremo: a criação judicial do direito**

O professor Lenio Streck critica a afirmação da autora quanto ao papel de reforço da lei e da “vontade do legislador” cumprido pelas denominadas sentenças interpretativas. No mesmo sentido, defendi, em minha resenha, que a conclusão acerca de uma suposta deferência ao Congresso Nacional quando o Supremo pratica interpretação conforme a Constituição, declaração de nulidade sem redução de texto ou modulação dos efeitos das decisões de inconstitucionalidade, sofre do que chamo aqui de *ingenuidade alvesiana*.

Chega mesmo a ser um tanto *naïve* nos dias de hoje acreditar que o Supremo Tribunal Federal, quando realiza a *interpretação conforme* ou *declara a inconstitucionalidade sem redução de texto*, se mantém sempre dentro dos limites de *humildade hermenêutica* traçados por Moreira Alves quando construiu as bases dessas técnicas de decisão e interpretação na Corte.<sup>[14]</sup> O Supremo pode mesmo aperfeiçoar a legislação com essas técnicas de decisão, e este é um grande *insight* da autora, mas não necessariamente ser “deferente à vontade majoritária”. O Tribunal, em diversas oportunidades, modifica substancialmente os sentidos normativos das leis, vindo a ser o *legislador positivo* tão combatido por Moreira Alves. Em vez de deferência institucional, essas decisões são exemplos de criação judicial do Direito. Deveria Pogrebinschi realizar um exame qualitativo mais profundo das decisões que ela catalogou como *aperfeiçoadoras*. Os exemplos citados por Lenio Streck demonstram isso. Por falta de espaço, remeto o leitor aos exemplos que aponte em minha resenha.

### **Conclusões**

Para o professor, me parece que o maior erro da brilhante professora Thammy Pogrebinschi foi o de confundir os conceitos de ativismo judicial e judicialização da política. Concordo plenamente com a conclusão e com a distinção descritiva feita pelo autor. Ligado a este aspecto, penso que há enorme

---

dificuldade em aceitar a correção de todo o ótimo trabalho da autora também porque o ativismo judicial “tem componentes que são inequivocamente qualitativos e, por esta razão, incapazes de redução quantitativa”.<sup>[15]</sup> Não é fácil *quantificar o qualitativo*.

Veja-se o caso das emendas constitucionais. Uma das consequências dessa abordagem puramente quantitativa do ativismo judicial é o de negligenciar a diferença de importância entre as decisões, o que envolve diretamente a diferença de relevância entre os diplomas legais e as matérias julgadas. Dentro da perspectiva empírica de Pogrebinschi, as decisões que invalidaram leis ordinárias possuem o mesmo “peso” que as que resultaram na inconstitucionalidade de emendas constitucionais, o que é simplesmente irreal. O julgamento de inconstitucionalidade dessa espécie legislativa é algo qualitativo por excelência para efeito de medida do ativismo judicial, algo presente em poucos regimes democráticos.<sup>[16]</sup> Esse é apenas um sinal, dos mais importantes, da fragilidade da proposta empírica tal como realizada.

Mais uma vez deve-se repetir que a abordagem empírica do ativismo judicial e da judicialização da política é algo muito bem-vindo. Há a necessidade, no entanto, de se contornar a dificuldade em se quantificar o qualitativo e isso só é possível aumentando a densidade dos exames qualitativos e incluindo outras variáveis de ativismo judicial que possam espelhar essa realidade qualitativamente complexa. Sem dúvida, há muito mais ativismo judicial do Supremo além do que pode supostamente indicar a frequência de decisões de inconstitucionalidade; há muito mais ativismo judicial e judicialização da política além do controle concentrado de constitucionalidade no Supremo; há muito mais ativismo judicial nos desenvolvimentos decisórios do Supremo do que podem supor concepções ortodoxas de técnicas de decisão. Enfim, há muito mais ativismo judicial no qualitativo do que no quantitativo.

<sup>[1]</sup> CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo Campos. As dificuldades em se quantificar o qualitativo. Resenha do livro **Judicialização ou Representação? Política, direito e democracia no Brasil**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011, de Thamy Pogrebinschi. **Revista de Direito do Estado – RDE**, Volume 22, Rio de Janeiro: Renovar, 2012, p. 253-276.

O título desta resenha é inspirado no artigo de Caprice L. Roberts, In Search of Judicial Activism: Danger in Quantifying the Qualitative. **Tennessee Law Review** Vol. 74 (4), 2007, p. 567-621.

<sup>[2]</sup> BARNETT, Randy. Constitutional Clichés. **Capital University Law Review** Vol. 36 (3), 2008, p. 495.

<sup>[3]</sup> MARSHALL, William P. Conservatives and the Seven Sins of Judicial Activism. **Colorado Law Review** 73 (4), 2002, p. 1224.

<sup>[4]</sup> FERRERES COMELLA, Víctor. **Constitutional Courts and Democratic Values. A European Perspective**. New Haven: Yale University Press, 2009, p. 77. KMIEC, Keenan D. The Origin and Current Meanings of “Judicial Activism. **California Law Review** Vol. 92 (5), 2004, p. 1464: “‘Ativismo judicial’ não pode ser sinônimo de meramente exercer a *judicial review*.”

---

[5] MARSHALL, William P. Conservatives and the Seven Sins of Judicial Activism. **Colorado Law Review** 73 (4), 2002, p. 1220-1221.

[6] Cf. CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. *Moreira Alves v. Gilmar Mendes: a evolução das dimensões metodológica e processual do ativismo judicial do Supremo Tribunal Federal*. In: FELLET, André Luiz Fernandes *et al* (Org.) **As Novas Faces do Ativismo Judicial**. Salvador: JusPodium, 2011, p. 541-594.

[7] CROSS, Frank B.; LINDQUIST, Stefanie A. **Measuring Judicial Activism**. New York: Oxford University, 2009, p. 32: o ativismo judicial é um “conceito multifacetado”.

[8] ROBERTS, Caprice L. In Search of Judicial Activism: Danger in Quantifying the Qualitative. **Tennessee Law Review** Vol. 74 (4), 2007, p. 572: “É de se admitir ser mais fácil concordar com números do que produzir um consenso sobre o adequado papel do poder judicial e dos métodos de interpretação constitucional.”

[9] ROSENFELD, Michel. Constitutional adjudication in Europe and the United States: paradoxes and contrasts, **International Journal of Constitutional Law** vol. 2 (4), 2004, p. 634.

[10] STF – Pleno, Rcl. 10.793/SP, Rel.<sup>a</sup> min<sup>a</sup>. Ellen Gracie, DJ 06/06/2011, trecho do voto na p. 16 de 28.

[11] BICKEL, Alexander. **The Least Dangerous Branch. The Supreme Court at the Bar of Politics**. 2<sup>a</sup> ed. New Haven: Yale University Press, 1986, p. 111-198.

[12] POSNER, Richard A. **The Federal Courts, Challenge and Reform**. Cambridge: Harvard University Press, 1999, p. 314-315.

[13] Cf. MOREIRA ALVES, José Carlos. O Controle de Constitucionalidade no Brasil. **Revista da Procuradoria-Geral da República** n° 9, 1996, p. 128-129. Cf. os debates entre Moreira Alves e Célio Borja em STF – Pleno, ADI 195-MC/DF, Rel. Min. Célio Borja, DJ 04/10/2002 (j. 22/03/1990), e entre Moreira Alves e Paulo Brossard em STF – Pleno, ADI 305/RN, Rel. Min. Paulo Brossard, DJ 06/05/1994 (j. 22/05/1991).

[14] Cf. STF – Pleno, Rp. 1.417-7/DF, Rel. Min. Moreira Alves, DJ 15.04.88.

[15] ROBERTS, Caprice L. In Search of Judicial Activism: Danger in Quantifying the Qualitative. **Tennessee Law Review** Vol. 74 (4), 2007, p. 573.

[16] Além do caso paradigmático do Supremo, há também decisões das Cortes Constitucionais da Colômbia, da Costa Rica, da Índia e da Turquia. Sobre exemplos diversos dessa atitude, cf. BARAK, Aharon. Unconstitutional Amendments. **Israel Law Review** Vol. 44 (2), 2011, p. 321-341.

**Date Created**

04/11/2013