



UNIVERSIDADE FEDERAL DA BAHIA

CURSO DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO

YURI DE MATOS MESQUITA TEIXEIRA

**O ATIVISMO JUDICIAL COMO FENÔMENO NEGATIVO AO
ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO BRASILEIRO**

Salvador, 2022

YURI DE MATOS MESQUITA TEIXEIRA

**O ATIVISMO JUDICIAL COMO FENÔMENO NEGATIVO AO
ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO BRASILEIRO**

Dissertação apresentada ao curso de pós-graduação *stricto sensu* (mestrado) em Direito da Universidade Federal da Bahia, como requisito para obtenção do grau de Mestre em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Jaime Barreiros Neto

Salvador

2022

Dados internacionais de catalogação-na-publicação

T266 Teixeira, Yuri de Matos Mesquita
O ativismo judicial como fenômeno negativo ao estado democrático de direito brasileiro / por Yuri de Matos Mesquita Teixeira. – 2022.
152 f.

Orientador: Prof. Dr. Jaime Barreiros Neto.
Dissertação (Mestrado Profissional) – Universidade Federal da Bahia, Faculdade de Direito, Salvador, 2022.

1. Ativismo judicial. 2. Poder judiciário e questões políticas. 3. Estado democrático de direito. 4. Judicialização da política. I. Barreiros Neto, Jaime. II. Universidade Federal da Bahia – Faculdade de Direito. III. Título.

CDD – 347.012

TERMO DE APROVAÇÃO

YURI DE MATOS MESQUITA TEIXEIRA

O ATIVISMO JUDICIAL COMO FENÔMENO NEGATIVO AO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO BRASILEIRO

Dissertação aprovada como requisito para obtenção do grau de Mestre em Direito na
Universidade Federal da Bahia, pela seguinte banca examinadora:

Nome: Jaime Barreiros Neto _____

Titulação e instituição: Doutor – Universidade Federal da Bahia

Nome: Daniel Oitaven Pearce Pamponet Miguel _____

Titulação e instituição: Doutor – Universidade Federal da Bahia

Nome: Clarissa Tassinari _____

Titulação e instituição: Pós-Doutora – Universidade do Vale do Rio dos Sinos

Data da aprovação 17/03/2022

Salvador, 2022

RESUMO

Esse trabalho visa analisar o fenômeno do ativismo judicial e de que forma ele é prejudicial ao Estado Democrático de Direito brasileiro. Tem como hipótese a tese de que o ativismo judicial é um comportamento político que deságua no Direito e macula os requisitos e mecanismos de uma democracia. Foi empregado o método explanatório para a pesquisa, através da exposição do pensamento de autores brasileiros e estrangeiros, por meio de livros e artigos científicos, acerca do tema proposto. Outrossim, foram examinados, no âmbito nacional e internacional, textos normativos, jurisprudência e documentos históricos, como cartas e discursos, para se chegar ao raciocínio exposto nesta obra acerca da forma como o ativismo judicial impacta o Estado Democrático de Direito brasileiro. Os objetivos especificamente perseguidos são: compreender quais os pilares de um Estado Democrático de Direito; como a formação desse novo modelo Estatal proporciona um desenho estrutural que permite maior protagonismo do Poder Judiciário no debate político; definir a Judicialização da Política e o ativismo judicial e analisar se elas são fruto de uma dimensão estrutural que vivem as democracias contemporâneas ou da vontade do juiz/tribunal; e, por fim, verificar se o ativismo judicial se coaduna com os elementos de um Estado Democrático de Direito. Tudo isso é construído para comprovar a ideia de que o ativismo judicial é um comportamento voluntarista do magistrado que reputa adequado se valer das suas concepções particulares acerca do que é justiça e moral para promover alteração/manutenção no *status quo* sociopolítico, valendo-se do Direito como instrumento de sua vontade e rompendo com os princípios democráticos.

Palavras-chave: Ativismo Judicial. Judicialização da Política. Estado Democrático de Direito.

ABSTRACT

This work aims to analyze the phenomenon of judicial activism and how it is harmful to the Brazilian Democratic State of Law. Its hypothesis is the thesis that judicial activism is a political behavior that flows into the Law and strikes against the requirements and mechanisms of a democracy. The explanatory method was used for the research, through the exposition of the thoughts of Brazilian and foreign authors, through books and scientific articles. Furthermore, law texts, jurisprudence and historical documents, such as letters and speeches, were examined at the national and international levels, in order to achieve the reasoning exposed in this work about the way in which judicial activism impacts the Brazilian Democratic Rule of Law State. The specifically pursued objectives are: understanding the pillars of a Democratic Rule of Law State; how the formation of this new State provides a structural design that allows greater protagonism of the Judiciary in the political debate; define the Judicialization of Politics and judicial activism and analyze whether they are the result of a structural dimension that contemporary democracies experience or of the will of the judge/court; and, finally, to verify if the judicial activism is in line with the elements of a Democratic Rule of Law State. All this is built to prove the idea that judicial activism is a voluntarist behavior of the magistrate who considers it appropriate to use his particular conceptions about what justice and morality is to promote change/maintenance in the sociopolitical status quo, making use of the Law as an instrument of their will and striking against the democratic principles.

Keywords: Judicial activism. Judicialization of Politics. Democratic Rule of Law State.

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO	7
2	DO MOVIMENTO CONSTITUCIONALISTA DO SÉCULO XVIII ATÉ A FORMAÇÃO DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO	10
2.1	A LIMITAÇÃO DO PODER E OS MOVIMENTOS CONSTITUCIONALISTAS	10
2.2	O MOVIMENTO CONSTITUCIONALISTA DO PÓS-SEGUNDA GUERRA MUNDIAL E O NOVO MODELO DE ESTADO	16
2.2.1	<i>A democracia</i>	17
2.2.2	<i>O Estado Democrático de Direito</i>	32
3	PROTAGONISMO INVOLUNTÁRIO DO PODER JUDICIÁRIO: A JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA	36
3.1	O JUDICIÁRIO NO CENTRO DO DEBATE PÚBLICO – UM MAIOR PROTAGONISMO	38
3.2	CAUSAS DA JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA.....	53
3.3	O CAMINHO À JURISTOCRACIA?.....	59
4	PROTAGONISMO VOLUNTARISTA DO PODER JUDICIÁRIO – O ATIVISMO JUDICIAL	67
4.1	ORIGENS DO ATIVISMO JUDICIAL.....	68
4.2	IMPORTAÇÃO ACRÍTICA DE ENSINAMENTOS DA DOCTRINA ESTADUNIDENSE E SUA APLICAÇÃO EQUIVOCADA NO BRASIL	76
4.3	POR UMA DEFINIÇÃO ÚNICA DE ATIVISMO JUDICIAL	94
5	O ATIVISMO JUDICIAL COMO MAZELA AO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO	109
5.1	O JUDICIÁRIO NÃO EXERCE PODER POLÍTICO REPRESENTATIVO NO DESEMPENHO DA FUNÇÃO JURISDICIONAL	111
5.2	ATIVISMO JUDICIAL COMO ELEMENTO NEGATIVO À DEMOCRACIA BRASILEIRA.....	129
6	CONCLUSÃO	137
7	REFERÊNCIAS	148

1 INTRODUÇÃO

Qual o impacto do ativismo judicial no atual cenário da democracia brasileira? Esse é o problema que o presente trabalho irá enfrentar, tendo como hipótese a ideia de que o ativismo judicial é um comportamento voluntarista do magistrado que reputa adequado se valer das suas concepções particulares acerca do que é justiça e moral para promover alteração/manutenção no *status quo* sociopolítico, valendo-se do Direito como instrumento para tal finalidade.

Com foco nesse tema – a relação do ativismo judicial com a democracia brasileira –, o objetivo geral da dissertação será o de analisar se esse comportamento é um risco ao regime democrático adotado pela Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

Para que se possa responder a tal problemática, objetivos específicos são perseguidos, quais sejam: (a) identificar os requisitos e mecanismos necessários para a configuração de um regime democrático, levando-se em conta os ensinamentos de Robert Dahl; (b) quais os elementos que compõem um Estado Democrático de Direito; (c) se os elementos desse modelo estatal proporciona um desenho institucional que impulsiona maior protagonismo do Poder Judiciário; (d) definir a Judicialização da Política e o ativismo judicial e analisar se elas são fruto de uma dimensão estrutural que vivem as democracias contemporâneas ou da vontade do juiz/tribunal; e, por fim, (e) verificar se o ativismo judicial se coaduna com os elementos de um Estado Democrático de Direito.

A discussão do tema ora proposta se justifica em razão dos avanços que o Poder Judiciário tem realizado na promoção de políticas públicas e da adoção de um caráter “quase-legislativo”, notadamente em razão da (alegada) omissão dos Poderes Executivo e Legislativo. Outrossim, demonstra-se relevante do ponto de vista teórico porque busca colocar uma pá de cal na discussão acerca da definição de ativismo judicial, com a pretensão de apresentar um conceito único para tal fenômeno e afastar discussões acerca de “bom” ou “mau” ativismo.

O trabalho é estruturado da seguinte forma: após a introdução, é apresentado, na segunda seção, o movimento histórico do constitucionalismo moderno – século XVIII –, que almejou impor limites aos poderes absolutos dos monarcas por meio do “Império da Lei” – não mais o “Império dos Homens”, vigente na época dos Estados Modernos. Também é brevemente traçada a evolução das concepções de Estado, migrando-se do Estado Liberal de Direito para o Estado Social de Direito e, então, para o Estado Democrático de Direito, que surge no contexto do fim da Segunda Guerra Mundial e dos regimes ditatoriais.

É importante traçar esse panorama para se compreender que o objetivo central do movimento constitucionalista foi o de (a) adotar o Império da Lei, que passa a reger governantes e cidadãos; b) adoção da teoria da divisão do poder político entre legislativo, executivo e judiciário; c) fiscalização dos atos da Administração Pública – uma atuação que permite que todos os níveis da Administração possam ser controlados, bem como os órgãos constitucionais e jurisdicionais; (d) respeito ao princípio da legalidade e suas implicações a todos os funcionários e servidores do Estado e; e) proteção dos direitos e liberdades fundamentais, que constituem a base para uma real dignidade e progressiva igualdade entre os homens.

Ainda na segunda seção, aborda-se a concepção de democracia tomando-se por base os ensinamentos de Robert Dahl, apontando seus requisitos e mecanismos, além de também se estudar os pilares que sustentam o Estado Democrático de Direito, quais sejam: (a) a vinculação à Constituição como instrumento de garantia jurídica; (b) a sociedade passa a se organizar a partir de um modelo democrático; (c) os direitos e garantias fundamentais ganham ainda maior proteção e efetividade por meio da sua positivação normativa nos textos das Constituições; (d) adoção de um princípio da igualdade não apenas formal, mas também material, como forma de articular uma sociedade com menos desigualdade econômica e social e que busca melhorias nas condições de vida humana; e, por fim (e); o reforço do Império da Lei e da teoria da Separação dos Poderes.

Tudo o que é construído ao longo da segunda seção é peça necessária para entender o fenômeno da Judicialização da Política, examinado na terceira seção da dissertação. É nessa parte do trabalho que será tratado como tal fenômeno é fruto de uma dimensão estrutural que proporciona maior protagonismo ao Poder Judiciário e independe da vontade dos seus membros, notadamente em razão: (a) da adoção, por parte dos novos textos constitucionais do período Pós-Segunda Guerra, de um catálogo maior de direitos e garantias fundamentais; (b) do reforço da jurisdição constitucional; (c) da inércia/inoperância dos Poderes Executivo e/ou Legislativo no cumprimento dos seus deveres constitucionalmente atribuídos; (d) da maior facilidade de acesso à atividade jurisdicional, etc. Será examinado como esses fatores fazem com que o Judiciário passe a figurar cada vez mais no centro debate político, de modo que questões anteriormente debatidas apenas na seara política, como pautas de costumes, economia, valores etc., acabam sendo judicializadas.

Já na quarta seção será apresentado o conceito de ativismo judicial como uma espécie de protagonismo judicial que, diferentemente da Judicialização da Política, é fruto da

vontade política dos membros do Poder Judiciário. Estudar-se-á os casos mais emblemáticos de sua manifestação, tanto no campo prático – o caso *Marbury vs Madison* – quanto no “ideológico-documental” – artigo publicado nos Estados Unidos por Arthur Schlesinger Jr, onde foi empregada a expressão “ativismo judicial” pela primeira vez. Do mesmo modo, será mostrado como se deu o debate acerca do ativismo nos país onde paradigmaticamente ele se manifestou – Estados Unidos da América –, bem como em que medida a importação dos ensinamentos estrangeiros por parte da doutrina nacional, sem a devida atenção ao cenário histórico, cultural e jurídico do país de origem, implicou incompreensões e aplicações equivocadas de conceitos e técnicas de interpretação do Direito no Brasil. Por fim, apresentar-se-á o conceito de ativismo judicial aqui defendido, no sentido de ser um fenômeno pelo qual o juiz/tribunal usa o Direito como instrumento para promover as alterações/manutenções no *status quo* da sociedade de acordo com sua própria visão particular acerca do que é correto, justo, moral, etc. – afastando-se, pois, a ideia de que se trata de um modo “proativo” de dar maior efetividade à Constituição.

Na quinta seção, será discutido em que medida o ativismo judicial impacta o Estado Democrático de Direito, utilizando-se do caso brasileiro como principal foco. Para tanto, será enfrentada a relação do ativismo com os mecanismos e requisitos democráticos abordados por Robert Dahl, especialmente o Império da Lei/Vinculação à Constituição e a Separação dos Poderes. Também será analisada a visão daqueles que acreditam que o Judiciário exerce um poder político representativo – tese que dá sustento à prática do ativismo judicial –, bem como se a jurisdição deve ser encarada como função técnica em que o Judiciário deve guardar a Constituição e as leis, e não para alterar/manter o *status quo* social de acordo com suas convicções particulares.

Para aprimorar as ideias debatidas no texto, foi empregado o método explanatório¹ para a pesquisa, através da exposição do pensamento de autores brasileiros e estrangeiros, por meio de livros e artigos científicos, acerca do tema proposto. Outrossim, foram examinados, no âmbito nacional e internacional, textos normativos, jurisprudência e documentos históricos, como cartas e discursos, para se chegar ao raciocínio exposto nesta obra acerca da forma como o ativismo judicial impacta o Estado Democrático de Direito brasileiro.

¹ Segundo Antônio Carlos Gil, o método explanatório é aquele empregado quando se tem como propósito a utilização de dados qualitativos para auxiliar na interpretação dos resultados de um estudo. Para mais, vide GIL, Antonio Carlos. **Como elaborar projetos de pesquisa**. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2017.

2 DO MOVIMENTO CONSTITUCIONALISTA DO SÉCULO XVIII ATÉ A FORMAÇÃO DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

2.1 A LIMITAÇÃO DO PODER E OS MOVIMENTOS CONSTITUCIONALISTAS

Em sua clássica obra, “A Essência da Constituição”, Ferdinand Lassale já afirmava que uma Constituição real e efetiva “possuíram e a possuirão todos os países, pois é um erro julgarmos que a Constituição é uma prerrogativa dos tempos modernos”². Ou seja, a Constituição, compreendida como o modelo de estruturação da organização estatal, na qual se estabelece como e por quem o poder político é exercido, existe em toda comunidade.

No entanto, esse modelo de estruturação da ordem estatal passou por mudanças a partir das revoluções liberais do século XVIII, no sentido de que, para além da forma de organização e exercício do poder político, passou-se a exigir que este poder seja controlado por uma norma (no caso, a própria Constituição). Foi um movimento de combate ao poder absoluto das monarquias até então vigentes, firmadas no âmbito do Estado Moderno.

Com efeito, na era das monarquias absolutistas que se assentaram durante a modernidade, o desenho de Estado até então dominante era marcado pela concentração de poder nas mãos do monarca, sendo que a sua vontade se confundia com a própria lei – também conhecida como máxima do *regis voluntas suprema lex* –, que se apresentava indeterminada e absolutamente submetida à vontade do soberano, o qual, a propósito, não era responsabilizado por seus atos – a máxima do *the king can do no wrong*.

É a este movimento de combate ao poder absoluto que se pode denominar constitucionalismo. Veja: não é um movimento pela criação de uma Constituição – pois, como bem pontuou Ferdinand Lassale, esta possui todos os povos –, mas sim de fixação de limites ao poder político, notadamente da autoridade governante.

Esta primeira onda do movimento constitucionalista, marcada por ideias do liberalismo político, pregou que: “Os homens nascem e são livres e iguais em direitos”; “A finalidade de toda associação política é a conservação dos direitos naturais e imprescritíveis do homem”; “O princípio de toda a soberania reside, essencialmente, na nação. Nenhuma operação, nenhum indivíduo pode exercer autoridade que dela não emane expressamente”; bem como que “a sociedade em que não esteja assegurada a garantia dos direitos nem estabelecida

² LASSALE, Ferdinand. **A Essência da Constituição**. 9. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2015. Edição do Kindle, p. 38

a separação dos poderes não tem Constituição”³ – tudo isso conforme os artigos esculpidos na Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789.

As reivindicações do movimento constitucionalista levaram àquilo que hoje se denomina Estado de Direito, que representa uma conquista diante de poderes despóticos, buscando a salvaguarda dos direitos individuais dos cidadãos, além da responsabilidade dos agentes estatais – no sentido de que até mesmo as maiores autoridades podem ser legalmente responsabilizadas por suas condutas, independentemente de quem seja.

Como bem afirma Elías Díaz⁴, as principais características deste modelo estatal são:

- a) Império da lei, que passa a reger governantes e cidadão. Mas não de qualquer lei, senão aquela que é produto da livre participação popular;
- b) Divisão de poderes entre legislativo, executivo e judiciário - havendo (ao menos nessa época) predomínio do poder legislativo, primeiro no nível constitucional e logo mais no próprio parlamento, o que é concretizado pela criação de normas jurídicas.
- c) Fiscalização dos atos da Administração Pública – uma atuação que permite que todos os níveis da Administração possam ser controlados, bem como os órgãos constitucionais e jurisdicionais. Respeito estrito ao princípio da legalidade e suas implicações a todos os funcionários e servidores do Estado;
- d) Proteção dos direitos e liberdades fundamentais, que constituem a base para uma real dignidade e progressiva igualdade entre os homens.

Essa ideia associa, portanto, o conceito de Constituição ao de governo, no sentido de ser ilícito o ato de governo que atue além do quanto estipulado pelo Ordenamento Jurídico. É dizer: partiu-se de um Estado de Política, no qual preponderava os atos dos governantes e regras criadas ao seu bel-prazer, para o Estado de Direito, onde a norma jurídica, previamente definida, estipula o dever comportamental de todos, inclusive dos gestores, podendo estes serem responsabilizados por suas condutas.

Vale ressaltar, porém, que este Estado de Direito não é apenas um “Estado Legal”. Em verdade, este novo modelo de Estado apenas pode se desenvolver se, para além das normas criadas para regular as relações sociais de todo e qualquer indivíduo, também conferir mecanismos jurídicos que garantam a salvaguarda dos direitos contra eventual atuação indevida do Estado.

³ Malgrado o texto clássico afirme que as sociedades que não asseguram os direitos fundamentais e a separação dos Poderes “não tem Constituição”, o certo é que tal afirmação deve ser interpretada no sentido de que a estrutura estatal desejada a partir das revoluções liberais-burguesas do século XVIII, e abraçadas pela maioria dos países do mundo ao longo dos séculos, é aquela em que o poder político é limitado e controlável, respeitando os direitos dos cidadãos.

⁴ GARCÍA, Elías Díaz. Estado de derecho y democracia. **Anuario de La Facultad de Derecho. Universidad de Extremadura**, Badajoz, n. 19-20, p. 201-217, 205-206.

Em resumo, e para se ter uma noção mais fácil do que é o Estado de Direito, pode-se adotar o conceito utilizado por André Rehbein Sathler e Malena Rehbein Sathler, no sentido de que este é um Estado em que “os governantes são responsáveis pelos seus atos (praticam *accountability*) e há separação de poderes e garantias de direitos aos cidadãos, tais como, particularmente, a liberdade de expressão, de crença e consciência”⁵.

Após essa primeira fase do movimento constitucionalista, vem aquela que é denominada de “constitucionalismo social”, ocorrida no início do século XX para atender às demandas sociais e combater “as desigualdades agravadas com o fim da primeira guerra e com a crise do liberalismo, marcada pelo Estado Social de Direito, sob as premissas da limitação da propriedade privada, da exaltação de direitos trabalhistas e um forte intervencionismo estatal na economia”⁶.

Nota-se que este modelo é chamado de “Estado Social de Direito”, e não “Estado Socialista de Direito”, diferença que deve ser ressaltada. É que não se deve confundir o primeiro com “uma socialização necessariamente esquerdista, da qual venha a ser o prenúncio”⁷. Em verdade, este Estado Social de Direito não renuncia à ordem capitalista – o que já o afasta totalmente de uma concepção socialista –, mas busca sair do modelo neutro, abstencionista e individualista até então adotado.

Com efeito, a concepção de igualdade até então adotada – uma concepção formal, na qual se concebia a igualdade apenas como “semelhança perante a lei” – não afastou do contexto social as graves desigualdades econômicas e a situação de pobreza e miséria que acometeu diversos setores da sociedade nas mais diversas nações. E a pressão dos cidadãos – juntamente com outros fatores, como a ascensão da classe trabalhadora a espaços de debate político – fez com que o Estado passasse agora a também olhar para tal desigualdade, no intuito de enfrentá-la por meio da implementação de direitos econômicos e sociais, tais como direito a salário-mínimo, férias, aposentadoria, etc.

Diante desse cenário, há uma mudança do Estado de Direito marcadamente liberal para um Estado Social de Direito. Como bem pontua Enio Moraes da Silva, do abstencionismo estatal, passa-se à “intervenção pública em prol do social, visando a extirpar desigualdades no seio da sociedade e oferecer oportunidades para uma igualação daqueles que se encontram em

⁵ SATHLER, André Rehbein; SATHLER, Malena Rehbein. **150 termos para entender política**. Brasília: Câmara dos Deputados: Edições Câmara, 2020, p. 72.

⁶ BARCELOS, Guilherme. **Judicialização da Política e Ativismo Judicial**. Florianópolis: Habitus, 2018, ps. 19-20.

⁷ BONAVIDES, Paulo. **Do Estado Liberal ao Estado Social**. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 184.

condições desfavoráveis, reconhecendo que a própria sociedade não teria condições de assumir esse papel”.⁸

Até então – antes da Segunda Guerra Mundial –, o movimento constitucionalista – tanto o liberal quando o social – teve como defesa principal a limitação do poder e proteção dos direitos fundamentais do cidadão. É dizer, não estava (ainda) desenhado no plano constitucional o desejo de implementação de imensas mudanças nos paradigmas sociais, como combate ao racismo, o compromisso de desenvolvimento da dignidade da pessoa humana, a positivação de medidas públicas em textos normativos para efetiva mudança do *status quo*, etc.

E justamente essa inabilidade dos dois modelos anteriores, juntamente com as barbáries enfrentadas pela humanidade durante a Segunda Guerra Mundial – massacre de milhões de pessoas em razão do credo, raça, divergência política, além da supressão da própria concepção do indivíduo em razão de uma ideal totalitária de Estado –, fizeram com que o modelo de Estado a ser delineado pelas sociedades – ao menos as ocidentais – passasse por uma transformação, justamente para evitar que mazelas deste tipo se repetissem.

Nesse ponto é que o período posterior à Segunda Guerra Mundial foi considerado um marco decisivo para a concepção de Estado e, também, para o Direito, pois, para sobrepujar as atrocidades cometidas pelos regimes totalitários – nazismo, fascismo e comunismo –, fez-se necessário repensar o modelo de racionalidade jurídica que conferia legitimidade às normas de um ordenamento apenas em razão da obediência a uma estrutura lógica e derivativa – isto é, a concepção de que a norma é válida se ela foi criada a partir dos procedimentos estabelecidos numa norma jurídica superior, cuja autoridade para sua criação também foi estabelecida por uma norma jurídica superior e assim sucessivamente – independentemente, pois, do seu conteúdo.

A propósito, uma injustiça deve ser aqui combatida. É comum encontrar afirmações de que as normas jurídicas de Estados totalitários são decorrência da concepção positivista de Direito, em especial àquela delineada pelo jurista Hans Kelsen, que também concebia a legitimidade de uma norma jurídica pelo fator hierárquico – repita-se: a norma será válida se estabelecida por uma autoridade e pelos procedimentos estabelecidos por outra norma superior. De fato, como o conteúdo da norma em si não era relevante para estabelecer sua legitimidade, “qualquer coisa” poderia ser Direito.

⁸ SILVA, Enio Moraes da. O Estado Democrático de Direito. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, v. 42, n. 167, p. 213-229, jul. 2005, p. 223.

Isso não faz, contudo, de Hans Kelsen um teórico totalitário – ele mesmo era judeu e teve que fugir para os Estados Unidos quando da ascensão nazista. Em verdade, o que buscou o autor foi uma “pureza” na ciência do Direito no sentido de que, quando o jurista fosse estudar a validade de uma norma, buscasse, naquele momento, verificar sua compatibilidade com uma norma superior e válida, de modo que uma estrutura lógica e hierárquica do Ordenamento Jurídico se mantivesse e fosse respeitada.

Não se quer dizer com isso que Hans Kelsen ignorava as questões de moral ou justiça. Ocorre que ele defendia que tais questões, relevantes por si só, deveriam ser discutidas em outras áreas – até porque valores morais e noções de justiça são subjetivos e variam de sociedade em sociedade, devendo, pois, serem discutidos no campo político. Não à toa, portanto, afirma o autor que:

Se a Justiça é tomada como o critério da ordem normativa a designar como Direito, então as ordens coercitivas capitalistas do mundo ocidental não são de forma alguma Direito do ponto de vista do ideal comunista do Direito, e a ordem coercitiva comunista da União Soviética não é também de forma alguma Direito do ponto de vista do ideal de Justiça capitalista.⁹

Ademais, acerca da tentativa de Hans Kelsen de trazer uma teoria “pura” do Direito, que é desvinculada ao conteúdo da norma em si, este afirma que logrou êxito em sua empreitada, pois recebeu críticas de todas as ideologias políticas marcantes da época: quem era comunista o associava ao capitalismo; os adeptos de teorias totalitárias o acusavam de defender um modelo liberal de democracia, enquanto estes o apontavam como totalitário; os religiosos o acusavam de ser ateu, ao passo que outros afirmavam que sua teoria estava associada a ideias católicas ou protestantes.

Vejamos, pois, como o autor se posicionou no prefácio da sua “Teoria Pura do Direito” a respeito de tais comentários:

[...] ouve-se também com não menos freqüência: a Teoria Pura do Direito não tem de forma alguma possibilidade de dar satisfação ao seu postulado metodológico fundamental e é mesmo tão-só a expressão de uma determinada atitude política. Mas qual das afirmações é verdadeira? Os fascistas declaram-na liberalismo democrático, os democratas liberais ou os sociais-democratas consideram-na um posto avançado do fascismo. Do lado comunista é desclassificada como ideologia de um estatismo capitalista, do lado capitalista-nacionalista é desqualificada, já como bolchevismo crasso, já como anarquismo velado. O seu *esp frito* é - asseguram muitos - aparentado com o da escolástica católica; ao passo que outros crêem reconhecer nela as características distintivas de uma teoria protestante do Estado e do Direito. E não falta também quem a pretenda estigmatizar com a marca de ateu. Em suma, não há qualquer orientação política de que a Teoria Pura do Direito não

⁹ KELSSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 35

se tenha ainda tornado suspeita. Mas isso precisamente demonstra, melhor do que ela própria o poderia fazer, a sua pureza.¹⁰

De qualquer modo, as atrocidades cometidas na Segunda Guerra Mundial demandaram uma nova resposta à pergunta pelo conceito de Direito. Isto é, foi essencial não apenas “alterações estruturais na organização política e jurídica dos mais variados países, mas também – e fundamentalmente – exigiu um novo modo de conceber o fenômeno jurídico, que passa a ser percebido sob um viés de materialidade (de substancialidade)”¹¹. Isso se deu, principalmente, em razão de um novo caráter prospectivo das normas constitucionais, condicionando a legalidade a uma concepção também material (isto é, o conteúdo também passa a ser relevante).

Rompe-se, pois, com uma noção meramente procedimentalista das normas jurídicas, em que o conceito de validade está limitado à obediência a um rito previamente estabelecido, passando-se a uma “concepção de validade das leis que não é mais ancorada apenas na conformidade das suas formas às normas procedurais sobre a sua elaboração, mas também à coerência dos seus conteúdos, com os princípios de justiça constitucionalmente estabelecidos”¹².

Diante desse cenário, surge um novo movimento constitucionalista, que, para além da limitação do poder do governante, também almeja o rearranjo institucional e a fixação de objetivos ao próprio Estado (como o combate ao racismo, fome, desigualdades etc.) com a finalidade de concretizar direitos e garantias fundamentais, o que aumenta a densidade normativa dos textos constitucionais, que passam a ser concebidos, para além de um elemento organizacional, como uma estrutura hábil a influenciar diretamente a política governamental. Tudo isso permitiu a ampliação do catálogo de direitos fundamentais e das obrigações dos Estados de assumirem e cumprirem os programas fixados em suas constituições. Com isso, as constituições passam a ser “compreendidas como políticas (e não apenas estatais, o que manifesta tanto em sua instauração como em sua efetivação), abrangendo toda a sociedade (não só a organização do Estado) e adquirindo um ‘caráter dinâmico’, que impulsiona as transformações sociais”¹³.

¹⁰ *Ibidem*, p. 8

¹¹ TASSINARI, Clarissa. **Jurisdição e Ativismo Judicial**: limites da atuação do judiciário. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. Edição do Kindle, n/ p.

¹² FERRAJOL, Luigi. Constitucionalismo Garantista e Neoconstitucionalismo. **Anais do IX Simpósio Nacional de Direito Constitucional**, Curitiba, v. 9, p. 95-113, maio 2010, ps. 95-96.

¹³ TASSINARI, Clarissa. *Op. Cit.*, n/ p.

Nesse ponto - consoante os ensinamentos de autores como Luis Roberto Barroso¹⁴, Gilmar Ferreira Mendes e Paulo Gustavo Gonet Branco¹⁵, George Marmelstein¹⁶, etc. - surge também a necessidade de esboçar uma nova teoria hermenêutica das fontes que supere as ideias de independência do Direito ordinário e de blindagem contra a aplicação da Constituição, uma vez que esta passa a irradiar e condicionar a interpretação e aplicação de toda a ordem jurídica, subordinando tanto o Legislativo, quanto o Judiciário e o próprio Executivo.¹⁷

Nessa conjuntura histórica é que o novo movimento constitucionalista – chamado por alguns de “neoconstitucionalismo” e por outros de “constitucionalismo contemporâneo” – surge marcado por textos constitucionais construídos numa perspectiva conteudística, isto é, que incorporam direitos e garantias aos cidadãos, dotados de caráter finalístico e voltados para a concretização de direitos à sociedade.

Das transformações acima apontadas, parte-se de um Estado de Direito - marcado pelo império da lei, pela divisão dos poderes, possibilidade de fiscalização e controle dos atos da Administração Pública e pela proteção dos direitos e liberdades fundamentais – para um novo modelo, o Estado Democrático de Direito, que será a seguir examinado.

2.2 O MOVIMENTO CONSTITUCIONALISTA DO PÓS-SEGUNDA GUERRA MUNDIAL E O NOVO MODELO DE ESTADO

O presente tópico será dividido em dois subtópicos: no primeiro, serão examinados, à luz da doutrina de Robert Dahl, quais os requisitos para que uma sociedade seja considerada democrática e quais os mecanismos necessários para efetivamente implementar tal regime – aquilo que ele chama de poliarquia.

¹⁴ BARROSO, Luis Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo**: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. 7. ed. Rio de Janeiro: Saraiva, 2018.

¹⁵ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 13. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

¹⁶ MARMELSTEIN, George. **Curso de Direitos Fundamentais**. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2019.

¹⁷ Foi dito “consoante autores como...” não para invocar argumento de autoridade, mas para apontar que há um certo consenso doutrinário no sentido de que a “força normativa” da Constituição e sua capacidade de irradiação surge com o movimento constitucionalista do pós-Segunda Guerra. Entretanto, tal afirmação há de ser questionada pois, se somente em tal período é que a Constituição é encarada como centro do ordenamento jurídico, o que dizer então da teoria de Hans Kelsen, para quem a Constituição é o último fundamento de validade do ordenamento jurídico? (sendo a norma hipotética fundamental um postulado gnoseológico). O que dizer de Ferdinand Lassale, para quem toda a realidade de uma dada comunidade deve estar em acordo com a Constituição (real) ou será fadada ao fracasso? O que se percebe, em verdade, é que este novo movimento constitucionalista foi responsável por penetrar nos textos constitucionais valores e ideias normativos que antes eram deixados à cargo da legislação ordinária. Com a “constitucionalização” de tais matérias, é óbvio que elas também vincularão a ordem jurídica infraconstitucional. De qualquer modo, esta é uma pequena observação feita no sentido de questionar a assertividade desta ideia abraçada majoritariamente pela doutrina. Entretanto, como não é objeto deste trabalho, ficará por aqui a breve observação – talvez em esboço futuro possa-se aprofundar em tal temática.

Isso é relevante para, no segundo subtópico, discutir-se acerca do Estado Democrático de Direito e os pilares nos quais ele se firma, além das circunstâncias sociais presentes que fomentam um maior protagonismo judicial – algo que será melhor discutido posteriormente, na terceira seção desta dissertação – bem como para entender melhor as questões levantadas na quinta seção – notadamente os impactos do ativismo judicial em um Estado Democrático de Direito.

2.2.1 A *democracia*

Não é fácil definir o que é a Política. É um daqueles termos que é mais simplesmente compreendido do que definido. Nada obstante, e para melhor entender a proposta do trabalho, há de se apontar a política como algo ligado ao poder, o poder de influenciar o comportamento social. Sempre que dada autoridade (seja um grupo de pessoas, seja um único indivíduo, seja um órgão público ou um particular) exerce o poder para estabelecer os rumos da organização e comportamentos sociais, estar-se-á diante do exercício da política.

A forma de se estabelecer a organização e de implementar as ações sociais que se reputam mais necessárias pode se dar das mais diversas formas de exercício de poder político. Quando a autoridade é atribuída a uma única figura, fala-se em autocracia; quando a um seletivo grupo de indivíduos, em oligarquia; quando a autoridade é conferida ao povo, diretamente ou por meio de representantes por ele mesmo escolhidos, fala-se em democracia.

Do mesmo modo que é complexo definir Política, igualmente o é com Democracia. Com efeito, “a grande diversidade de interpretações e ideologias que cercam a definição do regime político da democracia [...] revela a grande complexidade e dificuldades existentes na busca de uma caracterização objetiva do que seria a essência deste regime político”.¹⁸

É sabido que, hodiernamente, quando alguém fala em “democracia”, na maioria das vezes a palavra é *gourmetizada* para traduzir os mais variados valores. A palavra em si carrega sentimento e busca revelar os *feitiches* de quem está discutindo.

Não é à toa, pois, que Jaime Barreiros Neto assenta que atualmente se vive um *slogan* da unanimidade democrática, uma vez que a maior parte dos governos e dos povos de todo o planeta desejam se intitular, ou mesmo se autoproclamam, democráticos. Com efeito, assinala o autor que a democracia “se tornou um dos grandes fetiches da modernidade,

¹⁸ BARREIROS NETO, Jaime. **Teorias da Democracia**. Salvador: Faculdade Baiana de Direito, 2019, p. 143.

aclamada por liberais, socialdemocratas, socialistas e até mesmo por autocratas como um valor fundamental da sociedade contemporânea”.¹⁹

É assim que Nicolás Maduro, ao tomar posse no dia 10 de janeiro de 2019 como presidente, afirmou que a “Venezuela é uma democracia sólida, profunda, popular, e revolucionária da classe trabalhadora, dos humildes, dos trabalhadores, do povo e não uma democracia de elites nem de magnatas”.²⁰ É claro que não vai afirmar ser um ditador, ou focar na questão de que a Organização dos Estados Americanos não reconheceu a legitimidade do processo eleitoral e que Maduro, em verdade, estaria fortalecendo uma ditadura na Venezuela. Afinal, ser democrático é “do bem”, “legal”, “bonito”. O que importa, para o emissor de tal discurso, é o símbolo e a imagem que a palavra passa, e não a essência do regime político.

Mas não é essa ideia de democracia, de simples palavra carregada de sentimentos belos e nobres, que será aqui adotada. Falar-se-á em democracia enquanto regime político.

Em razão de haver uma miríade de correntes doutrinárias acerca do conceito de Democracia, o que é por demais amplo para ser discutido numa dissertação de mestrado, será aqui adotada a lição de Robert Dahl, para quem o regime democrático envolve a atuação efetiva da maioria possível dos adultos de certa comunidade, que participam do debate político em igualdade de voto, exercendo sua manifestação por meio de entendimento esclarecido e com possibilidade de controlar o programa de planejamento social²¹.

E, obviamente, não há como falar de democracia sem antes remontar ao seu precedente histórico, qual seja, o regime político adotado na Grécia Antiga, mais precisamente em Atenas - muito embora haja quem acredite, como Robert Dahl, que o regime democrático possa ter aparecido muito antes, ainda na época das sociedades tribais, desde que houvesse a noção de igualdade de participação de seus membros.²²

Foi no século V a.C que o povo de Atenas adotou um regime político marcado pela “força do povo”, ou “governo do povo” – enfim, a democracia. E esse regime durou por dois séculos até quando Atenas foi definitivamente subjugada pelo rei Filipi II da Macedônia.

¹⁹ *Ibidem*, p. 9.

²⁰ Maduro toma posse e fala em 'democracia sólida e revolucionária' na Venezuela. **Opera Mundi**. São Paulo. 2019. Disponível em <https://operamundi.uol.com.br/politica-e-economia/54533/maduro-toma-posse-e-fala-em-democracia-solida-e-revolucionaria-na-venezuela>, acesso em 18/12/2021.

²¹ DAHL, Robert A.. **Sobre a Democracia**. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2001. Tradução de: Beatriz Sidou, ps. 49-50.

²² *Ibidem*. 19-20.

No centro do governo democrático ateniense havia uma assembleia em que o povo era o responsável pelas deliberações das questões políticas da Cidade-Estado – excluindo-se, à época, mulheres, escravos e estrangeiros. Um traço importante que merece destaque é que, pela noção de igualdade que havia entre os Atenienses, todos votavam diretamente nas questões políticas a serem deliberadas, não havendo que se falar em “representantes do povo”. Ademais, e ainda apanhado na ideia de igualdade, os indivíduos que desejavam concorrer a um cargo público não eram eleitos, mas sim sorteados para o exercício da função por período determinado, devendo prestar contas à sociedade do tempo em que ficou no cargo.

A ideia de igualdade se traduzia assim: ora, se Kratos é igual a Atreus, por que razão este poderia falar em nome daquele na condição de representante? E mais, se Baldur, Brokk e Sindri desejam concorrer a um cargo público, por serem todos iguais, o mais justo para sua escolha seria o sorteio, e não uma eleição – em que fatores externos poderiam influenciar, como a corrupção, por exemplo. Se todos são iguais, estão aptos a exercerem os cargos públicos e para tanto serão sorteados.

Mas essa noção de igualdade que leva a um regime democrático no tempo dos antigos é diferente daquela adotada pela modernidade. Com efeito, os gregos antigos acreditavam que, muito embora cada cidadão atuasse na satisfação de seus próprios interesses, o “corpo social” da *polis* não poderia ser tão diferente e plural a ponto de que as diferenças entre o povo não permitissem que este chegasse a um consenso acerca do que seria melhor para a comunidade como um todo. Assim, para a concepção antiga, quanto mais diversas forem as questões envolvendo costumes, língua, religião etc., maior a chance ao conflito e à impossibilidade de se chegar a um consenso.

Outrossim, a questão espacial e populacional era de grande relevância. Se o território da *polis* fosse por demais grande, aliado a uma população densa, acreditavam os atenienses que seria difícil o exercício da democracia pois, daí, os cidadãos não se conheceriam. Como poderiam chegar à formação acerca do bem comum se o povo sequer se conhece? Outrossim, quanto mais numeroso for o povo, mais difícil será a possibilidade de sua reunião numa assembleia e muito mais ainda a possibilidade de os oradores se manifestarem dentro de um tempo razoável.

O tamanho da *polis* também era considerado importante para que o povo pudesse, com regularidade, se reunir para debater diretamente acerca das questões políticas. Ora, quanto maior o número de pessoas, mais difícil a possibilidade de sua reunião e participação direta. E, tendo em vista a noção de igualdade e participação direta, os cidadãos deveriam participar

ativamente na condução pública da *polis*. É dizer: não basta participar e votar, mas também ocupar os cargos que estavam disponíveis a sorteio. Daí o motivo pelo qual reputavam que o número de cidadãos não deveria ser grandioso, sob pena de comprometer o exercício da democracia.

Por fim, para ser democrática, entendia-se que a *polis* deveria ser autossuficiente, pois, se dependesse de outros povos para o exercício da atividade econômica, política e/ou militar, tais circunstâncias iriam se traduzir em limites à autonomia do povo, que não mais se encontraria soberano para o exercício da atividade política interna.

Ante todo o exposto, e tomando-se por base a doutrina de Robert Dahl, para o pensamento grego antigo eram necessárias seis condições para que uma comunidade fosse considerada democrática, quais sejam:

1. Os cidadãos devem ser suficientemente harmoniosos em seus interesses de modo a compartilhar um sentido forte de um bem geral que não esteja em contradição evidente com seus objetivos e interesses pessoais;
2. Dessa primeira condição, advém a segunda: os cidadãos devem ser notavelmente homogêneos no que tange às características que, de outra forma, tenderiam a gerar conflito político e profundas divergências quanto ao bem comum. De acordo com essa visão, nenhum Estado pode ter a esperança de ser uma boa pólis se os cidadãos forem imensamente desiguais em seus recursos econômicos e na quantidade de tempo livre de que dispõem, se seguirem religiões diferentes, se falarem idiomas diferentes e apresentarem grandes diferenças em sua educação ou ainda se forem de raças, culturas ou (como dizemos hoje) grupos étnicos diferentes.
3. O corpo de cidadãos deve ser bem pequeno, idealmente ainda menor que os quarenta ou cinquenta mil da Atenas de Péricles. O tamanho reduzido do *demos* era necessário por três motivos: ajudaria a evitar a heterogeneidade e, por conseguinte, a desarmonia resultante de uma expansão das fronteiras, bem como a evitar a inclusão de pessoas de línguas, religiões, história e etnias diversas - pessoas com quase nada em comum - como ocorreu na Pérsia. Esse tamanho também era necessário para que os cidadãos adquirissem o conhecimento de sua cidade e de seus concidadãos, a partir da observação, da experiência e da discussão, conhecimento esse que lhes permitiria compreender o bem comum e distingui-lo de seus interesses privados ou pessoais. Finalmente, o tamanho reduzido era essencial para que os cidadãos se reunissem em assembleia de modo a servir como governantes soberanos de sua cidade.
4. Em quarto lugar, portanto, os cidadãos devem ser capazes de se reunir e decidir, de forma direta, sobre as leis e os cursos de ação política. Tão profundamente arraigada era essa concepção que os gregos achavam difícil imaginar um governo representativo, muito menos aceitá-lo como uma alternativa legítima à democracia direta. É certo que, de vez em quando, formavam-se ligas ou confederações de cidades-Estado. Mas aparentemente, os sistemas genuinamente federativos, com governos representativos, deixavam de se desenvolver em parte porque a ideia da representação não

conseguia competir com a crença profunda nas vantagens e na legitimidade do governo direto com assembleias primárias.

5. Todavia, a participação dos cidadãos não se limitava às reuniões da Assembleia. Ela também incluía uma participação ativa na administração da cidade. Estima-se que em Atenas, mais de mil cargos tinham de ser ocupados - alguns por eleições, mas a maior parte por sorteio - e quase todos esses cargos eram para mandatos de um ano e podiam ser ocupados apenas uma vez na vida.

6. Por último, a cidade-Estado deve, ao menos idealmente, permanecer completamente autônoma. Ligas, confederações e alianças podem ser necessárias, às vezes, para a defesa ou a guerra, mas não se deve permitir que elas sobrepujem a autonomia definitiva da cidade-Estado e a soberania da assembleia naquele Estado. Em princípio, portanto, cada cidade deve ser autossuficiente, não apenas politicamente mas também econômica e militarmente. Com efeito, ela deve possuir todas as condições necessárias para uma boa vida. Mas para evitar uma dependência muito forte do comércio exterior, uma boa vida seria, necessariamente, uma vida frugal. Dessa forma, a democracia estava ligada às virtudes da frugalidade e não da afluência.²³

Alguns dos pontos acima podem causar espanto para o leitor, homem contemporâneo, especialmente a ideia dos antigos de que a democracia somente poderia ser efetivamente exercida numa comunidade mais homogênea. Como harmonizar tal concepção nos dias atuais, em que as sociedades são cada vez mais plurais e diversificadas no que diz respeito à religião, cultura, língua, ideologia, etc.?

Pois bem, a democracia não é uma ideia definida, um conceito já pronto e aperfeiçoada que se consolidou desde o século V a.C. Ela vai mudando, se adaptando às realidades sociais e aos reclames dos novos tempos. Mas uma coisa é certa: a ideia central da democracia é a de força do povo, poder deliberativo do povo. Pontos secundários como número de habitantes na comunidade, se a participação é direta ou por meio de representantes, etc. não podem abalar a sua essência: na democracia, o poder político é exercido pelo povo.

E justamente em razão das adaptações necessárias é que a democracia veio se amoldar aos reclames da sociedade moderna, notadamente no século XVIII. A sua essência não é abalada – qual seja, o poder político continua a ser exercido pela força do povo –, mas os aspectos secundários, notadamente aqueles seis listados acima, passam por mudanças. As principais são: a instituição de uma tradição republicana da limitação do poder, o desenvolvimento do instituto da representatividade política e uma crença na “lógica forte da igualdade política”.²⁴

²³ DAHL, Robert A.. **A Democracia e seus críticos**. São Paulo: Martins Fontes, 2012, ps. 26-28

²⁴ *Ibidem*, p. 35

Há muitas semelhanças entre o republicanismo e a democracia – havendo, inclusive, quem afirme que o problema seja apenas de origem etimológica, pois a república teria nascido na tradição dos povos que falavam o latim, enquanto a democracia daqueles que falavam o grego –, mas um aspecto que se encontra mais preponderante na tradição republicana do que na democracia idealizada pelos gregos antigos é a de que o povo não é um corpo de pessoas dotada das mais elevadas virtudes no trato com a coisa comum, de modo que a participação popular pode causar a “tirania da maioria”. Na visão republicana, embora o povo “deva ter um papel importante no governo, o fato de que ele inspira mais medo que confiança exige que essa participação seja limitada”²⁵. Para os republicanos, pois, o problema mais difícil é a criação de uma estrutura que restrinja suficientemente os impulsos passionais da maioria do povo e que possa, enfim, impor limites ao próprio poder político.

Daí a aplicação da teoria da Separação dos Poderes que, remontando a Aristóteles, mas melhor trabalhada por John Locke e pelo Barão de Montesquieu, consolida o entendimento de que a separação das funções do Estado em uma atuação legislativa, executiva e judiciária, exercidas por órgãos distintos, permite que o poder político não seja concentrado nas mãos de quem quer que seja, além de cada uma dessas funções poder fiscalizar e realizar o controle das demais quando exorbita sua atribuição – e, assim, impedir seu abuso.

No seu Segundo Tratado Sobre o Governo Civil, John Locke afirma que o grande objetivo dos homens quando entram em sociedade é desfrutar de seus bens pacificamente, sendo a lei o principal instrumento estabelecido para controlar o agir humano e permitir a paz social.²⁶

Para tanto, há duas leis fundamentais: a lei natural e a lei positiva. A lei positiva fundamental é aquela em que a comunidade estabelece um Poder Legislativo, por meio do qual serão deliberadas, votadas e aprovadas as leis que determinam o padrão de comportamento social. Já a lei natural fundamental é aquela que rege a todos os indivíduos, inclusive o próprio Legislativo, determinando que o objetivo máximo é a preservação do bem-estar da sociedade e de todos aqueles que nela convivem.

O Legislativo, afirma Locke, não é o único poder da comunidade social, mas tal poder é sagrado nas mãos daqueles a quem a comunidade confiou o seu exercício, de modo que “nenhum edito, seja de quem for sua autoria, a forma como tenha sido concebido ou o poder que o subsidie, tem a força e a obrigação de uma lei, a menos que tenha sido sancionado pelo

²⁵ *Ibidem*, p. 38.

²⁶ LOCKE, John. **Segundo Tratado Sobre o Governo**. Lebooks Editora. Edição do Kindle, p. 137-138.

poder legislativo que o público escolheu e nomeou”.²⁷ Sem o aval do legislativo faltaria ao comando normativo aquilo que é essencial para que qualquer lei seja considerada legítima: o consentimento da sociedade.

Quanto à sua limitação, aduz o filósofo inglês que o Poder Legislativo não pode ser exercido de forma arbitrária sobre a vida ou os bens das pessoas. Como ele é a fusão dos poderes que cada membro da sociedade delega à assembleia escolhida, o Legislativo permanecerá circunscrito dentro dos próprios limites estabelecidos pelos seus constituintes. É como se o povo dissesse: “membro do Legislativo, você tem o poder de elaborar as leis que irão reger o comportamento social da nossa comunidade, mas esse seu poder jamais poderá exceder a finalidade para que ele existe; jamais poderá prejudicar o bem estar social; e jamais infringirá os limites que nós, povo que te conferiu tal atribuição, impomos para o seu bom exercício”.

Ademais, o Poder Legislativo não pode “arrogar para si um poder de governar por decretos arbitrários improvisados, mas se limitar a dispensar a justiça e decidir os direitos do súdito através de leis permanentes já promulgadas e juízes autorizados e conhecidos”.²⁸ Além disso, como pode ser muito tentador à fragilidade humana a ascensão ao poder político, “não convém que as mesmas pessoas que detêm o poder de legislar tenham também em suas mãos o poder de executar as leis, pois elas poderiam se isentar da obediência às leis que fizeram, e adequar a lei a sua vontade”.²⁹

Daí advém a ideia de que o governante (mais tarde reconhecido como a figura do Poder Executivo) deve gerir a sociedade por meio de leis declaradas e aceitas por meio daquele Poder (Legislativo) que foi outorgado pelo povo e que exerce sua função com o seu consentimento. Jamais poderá o gestor agir por ordens extemporâneas e imprevisíveis. É dizer: o governo não deve seguir o seu próprio arbítrio ou vontade, mas, em verdade, agir de acordo com as leis estabelecidas e promulgadas, de modo que tanto o povo pode conhecer seus deveres e ficar seguro dentro dos limites da lei; quanto os governantes, mantidos dentro dos limites legais, não serão tentados pelo poder que detêm em suas mãos e não o utilizarão para fins próprios ou por meio de medidas desconhecidas pelo povo.

Permite-se, assim, previsibilidade, estabilidade e segurança nas relações sociais.

Duas últimas observações acerca do Poder Legislativo feitas por John Locke merecem destaque. A primeira é a noção de que é o povo que transfere a função de discutir e

²⁷ *Ibidem*, p. 138.

²⁸ *Ibidem*, p. 139.

²⁹ *Ibidem*, p. 144.

elaborar leis a uma pessoa ou órgão (no caso, as Assembleias Legislativas). E quando o povo afirma que quer se submeter a regras e ser governados por leis feitas pelos seus escolhidos, “ninguém pode dizer que outras pessoas diferentes legislarão por elas; nem o povo pode ser obrigado a obedecer quaisquer leis, exceto aquelas promulgadas por aqueles a quem ele escolheu e autorizou para fazer as leis em seu nome”³⁰ – tal observação é importante para se compreender as críticas ao ativismo judicial feitas na quinta seção.

A segunda observação é que o povo possui um poder supremo para com o Legislativo, poder

para destituir ou alterar o legislativo quando considerar o ato legislativo contrário à confiança que nele depositou; pois todo poder confiado como um instrumento para se atingir um fim é limitado a esse fim, e sempre que esse fim for manifestamente negligenciado ou contrariado, isto implica necessariamente na retirada da confiança, voltando assim o poder para as mãos daqueles que o confiaram, que podem depositá-lo de novo onde considerarem melhor para sua proteção e segurança. Deste modo, a comunidade permanece perpetuamente investida do poder supremo de se salvar contra as tentativas e as intenções de quem quer que seja, mesmo aquelas de seus próprios legisladores, sempre que eles forem tão tolos ou tão perversos para preparar e desenvolver projetos contra as liberdades e as propriedades dos súditos.³¹

O Barão de Montesquieu, no seu livro “Do Espírito das Leis”, tornou ainda mais rebuscada a teoria da separação dos poderes. Preconiza o autor francês que

há, em cada Estado, três espécies de poderes: o poder legislativo, o poder executivo das coisas que dependem do direito das gentes, e o executivo das que dependem do direito civil.

Pelo primeiro, o príncipe ou magistrado faz leis por certo tempo ou para sempre e corrige ou ab-roga as que estão feitas. Pelo segundo, faz a paz ou a guerra, envia ou recebe embaixadas, estabelece a segurança, previne as invasões. Pelo terceiro, pune os crimes ou julga as querelas dos indivíduos. Chamaremos este último o poder de julgar e, o outro, simplesmente o poder executivo do Estado.³²

A obra é extensa e muito abrangente sobre o ponto, mas os que aqui merecem maior destaque são as anotações feitas por Montesquieu acerca da limitação dos Poderes, que não podem ser exercidas por uma única figura, sob pena de o povo viver sob uma nefasta tirania:

A liberdade política, num cidadão, é esta tranquilidade de espírito que provém da opinião que cada um possui de sua segurança; e, para que se tenha esta liberdade, cumpre que o governo seja de tal modo que um cidadão não possa temer outro cidadão.

³⁰ *Ibidem*, p. 143.

³¹ *Ibidem*, p. 147.

³² MONTESQUIEU, Charles. **Do Espírito das Leis**. Edição do Kindle, p. 217.

Quando na mesma pessoa ou no mesmo corpo de magistratura, o poder legislativo está reunido ao poder executivo, não existe liberdade pois pode-se temer que o mesmo monarca ou o mesmo senado apenas estabeleçam leis tirânicas para executá-las tiranicamente.

Não haverá também liberdade se o poder de julgar não estiver separado do poder legislativo e do executivo. Se estivesse ligado ao poder legislativo, o poder sobre a vida e a liberdade dos cidadãos seria arbitrário, pois o juiz seria legislador. Se estivesse ligado ao poder executivo, o juiz poderia ter a força de um opressor.

Tudo estaria perdido se o mesmo homem ou o mesmo corpo dos principais, ou dos nobres, ou do povo, exercesse esses três poderes: o de fazer leis, o de executar as resoluções públicas, e o de julgar os crimes ou as divergências dos indivíduos.³³

Não por acaso, a Constituição dos Estados Unidos da América, fruto do constitucionalismo moderno, impõe expressamente, nos artigos I a III, que “todos os poderes legislativos conferidos por esta Constituição serão confiados a um Congresso dos Estados Unidos, composto de um Senado e de uma Câmara de Representantes”; que “o Poder Executivo será investido em um Presidente dos Estados Unidos da América”, e que “o Poder Judiciário dos Estados Unidos será investido em uma Suprema Corte e nos tribunais inferiores que forem oportunamente estabelecidos por determinações do Congresso”.

Outrossim, a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, criada após a Revolução Francesa em 1789, prevê no seu artigo 16, a necessidade da separação dos poderes, afirmando que “qualquer sociedade em que não esteja assegurada a garantia dos direitos, nem estabelecida a separação dos poderes, não tem Constituição”.

Pois bem, esse conceito de limitação do poder pelo próprio poder, por meio da técnica da sua separação, é uma novidade dos tempos modernos implementado pela tradição republicana, o que, ao ser incorporado nas democracias recentes, torna-as diferentes daquela vivida pelos antigos. Não por outro motivo, Jaime Barreiros Neto ensina que, para os adeptos do republicanismo, “a democracia contemporânea também exige o exercício de deveres fundamentais, fundados em uma maior interação dos indivíduos com a esfera pública, bem como a existência de um sistema de freios e contrapesos que possibilite o equilíbrio necessário entre as instituições”.³⁴

Outro ponto que ganha destaque na “nova democracia” é o conceito de governo representativo.

³³ *Ibidem*, p. 217.

³⁴ BARREIROS NETO, Jaime. **Teorias da Democracia**. Salvador: Faculdade Baiana de Direito, 2019, p. 148.

Como dito anteriormente, para os gregos antigos a democracia somente era efetiva e verdadeira se cada cidadão participasse ativa e diretamente nas deliberações políticas da *polis* e, aliado a isso, também atuasse na sua gestão, colocando-se como candidato a ser sorteado nos mais diversos cargos do funcionalismo público.

Nada obstante, com o crescimento populacional e a expansão territorial dos Estados – agora não mais apenas *polis* –, era de todo inviável que o cidadão tivesse que, para todas as deliberações, ter que comparecer diretamente à Assembleia para se pronunciar. Nos Estados Unidos, em pleno século XVIII, eram cerca de cinco milhões de pessoas vivendo naquele país. Seria impraticável que cada um deles tivesse que comparecer até a Câmara ou Senado para discutir as leis a serem aprovadas.

Daí que adveio uma nova tecnologia da época: a democracia representativa. O povo não participa diretamente das deliberações em razão das limitações que isso implica – limitação de espaço e tempo, principalmente –, mas escolhe representantes que falam por ele e que com o seu aval possam governar.

Mais uma vez, em *Do Espírito das Leis*, Montesquieu doutrina que

num Estado livre, todo homem que supõe ter uma alma livre deve governar a si próprio, é necessário que o povo, no seu conjunto, possua o poder legislativo. Mas como isso é impossível nos grandes Estados, e sendo sujeito a muitos inconvenientes nos pequenos, é preciso que o povo, através de seus representantes, faça tudo o que não pode fazer por si mesmo.³⁵

A representação, antes rejeitada pelos democratas antigos, passa a ser aceita pelos modernos como um modo de solucionar os limites de tempo e espaço que os novos Estados tinham para com a participação direta do povo.

Outro ponto que muda na concepção moderna de democracia é a crença na igualdade política. É certo que antes, para os democratas antigos, a noção de igualdade entre os cidadãos já existia. Nada obstante, em relação ao corpo social, à comunidade em si, defendiam que o povo deveria seguir uma linha um tanto quanto homogênea no que se refere a questões relacionadas a crenças religiosas, ideologias, costumes, língua etc., para que a diversidade não fomentasse o dissenso e, assim prejudicasse a participação do povo na busca do bem comum. Os cidadãos eram, de fato, iguais entre si, mas o corpo social propriamente dito deveria ser o menos diverso possível, na visão antiga.

³⁵ MONTESQUIEU, Charles. *Op. Cit.*, p. 219.

Nos tempos modernos, as palavras da vez são diversidade e tolerância. É a ideia de respeito ao diferente que marca o liberalismo político e que, igualmente, permite que antigos conflitos envolvendo religião e cultura, como as guerras civis que marcaram a Europa no século XV, pudessem ser resolvidos ou, ao menos, reduzidos. Com a tolerância ao diferente, é possível que cada indivíduo viva dentro da comunidade respeitando os direitos alheios e vivendo em relativa paz social.

Daí que a noção de “igualdade política” é modificada. Se na idade antiga se falava em igualdade tanto numa questão de indivíduos entre si quanto de “maior hegemonia” da comunidade como forma de se evitar os conflitos, nos tempos modernos a igualdade é alçada à concepção de que os membros da comunidade, independentemente de suas crenças particulares, são igualmente aptos a deliberar e participar das decisões que dizem respeito ao bem comum. Como adultos e responsáveis por seus atos, os indivíduos possuem igual aptidão para participar dos debates políticos, independentemente da sua religião, cultura etc.

A isso Robert Dahl chama de “princípio forte da igualdade”, por meio do qual

os membros do grupo percebem-se como mais ou menos igualmente qualificados para governar, pelo menos em princípio. Esse aspecto final de suas crenças talvez possa ser descrito de uma forma mais específica e um pouco mais abstrata, como se segue. Os membros não creem que nenhum membro por si só e nenhuma minoria de membros sejam tão mais claramente qualificados para governar que possam chegar ao ponto de governar sem a permissão de toda a associação. Ao contrário, creem que todos os membros da associação são adequadamente qualificados para participar em pé de igualdade com os outros no processo de governar a associação.³⁶

Ante todo o exposto, a essência do governo democrático, idealizada desde a antiguidade, se mantém: a democracia é o regime pelo qual o poder político é exercido pelo povo. Mas aquelas questões que antes eram consideradas essenciais para o desenvolvimento da democracia pelos gregos antigos – como a participação direta na deliberação das questões envolvendo a *polis*, o sorteio como meio de ocupação de cargos públicos e a ideia de certa homogeneidade social – foram afastadas para que a democracia se adaptasse às novas nuances sociais. O poder político ainda é exercido pelo povo, mas por meio de seus representantes, que governam sob a ideia de que todos são igualmente aptos a deliberar acerca do que é melhor para a comunidade. Por fim, para evitar o abuso do poder político, este encontra limites, principalmente por meio da separação das funções legislativa, executiva e judiciária.

³⁶ DAHL, Robert A.. **A Democracia e seus críticos**. São Paulo: Martins Fontes, 2012, ps. 46-47.

Mas isso não quer dizer que a tradição republicana de limitação ao poder político, a adoção do instituto da representatividade e da crença numa igualdade política fizeram com que a democracia fosse o regime adotado por todos os países desde os movimentos constitucionalistas do século XVIII.

Em verdade, até final do século XIX e início do século XX, os países que adotavam esse novo modelo democrático eram em quantidade muito inferior se comparados àqueles que adotavam um regime de monarquia com poderes concentrados na figura da realeza; os que adotavam um modelo de aristocracia hereditária, oligarquia baseada em sufrágio limitado – seja por sexo, renda, raça etc. Ademais, no início do século XX, a democracia teve que concorrer com outros três modelos ditatoriais que seduziram diversos países, tanto no mundo ocidental quanto no oriental: o comunismo, o nazismo e o fascismo.

Os três regimes totalitários supracitados, com suas ideias antiliberais e contra a democracia – além de outras perversas ideologias como superioridade de raça e extermínio de povos – levaram o mundo à sua Segunda Grande Guerra, cujo fim, em 1945, não trouxe necessariamente a vitória da democracia liberal.

É verdade que muitos países que viveram sob o fascismo e o nazismo, após a derrota na guerra, passaram a abominar suas ideias e buscaram a implementação de um regime de respeito aos direitos humanos e à adoção de um regime democrático. Mas ainda havia países submetidos ao regime ditatorial comunista da União Soviética, que só se extinguiu com o término da Guerra Fria. E o fim da ditadura comunista não se deu com uma grande guerra, como o nazismo e o fascismo – em que pese, durante o período da Guerra Fria, diversos conflitos tenham sido travados. Em verdade, o comunismo ruiu por dentro e “caiu de padre”, não se sustentando em razão das pressões externas e também internas.³⁷

É dizer, desde o tempo dos gregos antigos, a democracia tem sido “discutida, debatida, apoiada, atacada, ignorada, estabelecida, praticada, destruída e depois às vezes restabelecida”³⁸, o que revela que ela não é um regime de conceito já completamente definido

³⁷ O caso emblemático e que traz à memória é a queda do muro de Berlim, construído pela Alemanha Oriental para que seus cidadãos, que viviam sob a ditadura da União Soviética, não fugissem para a Alemanha Ocidental, que vivia um regime de democracia liberal e que adotava um modelo de sociedade capitalista. Após inúmeras tentativas de fuga, e com a discrepância que havia entre os estilos de vida contrapostos entre ambos os lados, a população, tanto da Alemanha Oriental quanto da Ocidental, começou a destruir o muro, símbolo histórico de decadência do comunismo.

³⁸ DAHL, Robert A.. **Sobre a Democracia**. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2001. Tradução de: Beatriz Sidou, p. 12

e estabelecido. Entretanto, e ao longo destes últimos vinte e seis séculos de discussão, pode-se chegar a uma ideia acerca da essência da democracia, quais suas ideias-força.

Assim é que será considerado democrática a comunidade que exerce o poder político de tomadas de decisões essenciais para o bom convívio social por meio de uma participação efetiva do povo – seja diretamente ou indiretamente, por meio dos seus representantes –; na qual cada membro tem a igualdade de voto e de possibilidade de expressar suas opiniões, pois é considerado apto a decidir por si mesmo quais as melhores escolhas para o bem-estar social – é considerado um adulto responsável –; e que cada membro votante possua oportunidade de ser minimamente esclarecido acerca das matérias postas em discussão. Outrossim, para que não haja monopólio de quando o poder político será exercido, é preciso que os membros tenham controle do programa de planejamento, isto é, que eles escolham quando e quais matérias serão objeto de discussão.

Resumidamente, Robert Dahl apresenta da seguinte forma os critérios para se identificar quando uma comunidade adotada o processo democrático para tomada de decisões políticas:

Participação Efetiva. Antes de ser adotada uma política pela associação, todos os membros devem ter oportunidades iguais e efetivas para fazer os outros membros conhecerem suas opiniões sobre qual deveria ser esta política.

Igualdade de voto. Quando chegar o momento em que a decisão sobre a política for tomada, todos os membros devem ter oportunidades iguais e efetivas de voto e todos devem ser contados como iguais.

Entendimento esclarecido. Dentro de limites razoáveis de tempo, cada membro deve ter oportunidades iguais e efetivas de aprender sobre as políticas alternativas importantes e suas prováveis consequências.

Controle do programa de planejamento. Os membros devem ter a oportunidade exclusiva para decidir como e, se preferirem, quais as questões que devem ser colocadas no planejamento. Assim o processo democrático exigido pelos três critérios anteriores jamais é encerrado. As políticas da associação estão sempre abertas para a mudança pelos membros, se assim estes escolherem.

Inclusão de adultos. Todos ou, de qualquer maneira, a maioria dos adultos residentes permanentes deveriam ter o pleno direito de cidadãos implícito no primeiro de nossos critérios. Antes do século XX, este critério era inaceitável para a maioria dos defensores da democracia (destaques em itálico no original do texto).³⁹

E por que esses critérios definem o regime democrático? Porque se, por exemplo, alguns membros recebem mais oportunidades do que os outros de apresentar suas propostas e sobre elas debater, ou se seus votos são “mais qualificados”, é provável que suas posições e

³⁹ *Ibidem*, ps. 49-50.

escolhas políticas sejam quase sempre aquelas adotadas, em contraposição àqueles que não têm oportunidade de se manifestar ou cujo voto seja “menos qualificado”. Isso pode fazer com que apenas uma pequena minoria efetivamente delibere sobre os rumos políticos da comunidade.

Ademais, é importante a garantia de oportunidade de esclarecimento acerca das questões a serem debatidas porque somente assim cada membro, na condição de adulto responsável, possa se manifestar e apresentar sua opinião acerca do tema.

Por fim, se não há possibilidade de controle sobre o programa a ser debatido, então uma pequena minoria poderá controlar quando e quais temas serão enfrentados, o que inviabiliza a plena participação da força do povo no processo de tomada de decisão política.

Assim sendo, a democracia se faz presente quando o povo, considerado responsável e apto para tomar as decisões políticas da comunidade, participam em igualdade de condições – tanto de voto quanto de oportunidade de conhecimento – na deliberação das decisões a serem tomadas, podendo controlar quais temas serão debatidos e quando o serão, atuando direta ou indiretamente, por meio de seus representantes.

Mas, para que os critérios de um processo democrático sejam respeitados, alguns institutos, mecanismos, precisam ser adotados. É um conjunto de instituições necessárias ao processo democrático efetivo, que Robert Dahl chama de poliarquia.⁴⁰

No caso, são sete os mecanismos/institutos necessários para que a democracia possa se desenvolver de forma efetiva no mundo contemporâneo:

1. *Funcionários eleitos*. Os funcionários eleitos são constitucionalmente investidos do controle político das decisões governamentais.
2. *Eleições livres e justas*. Os funcionários são escolhidos em eleições frequentes, conduzidas de modo justo, nas quais a coerção é relativamente rara.
3. *Sufrágio inclusivo*. Praticamente todos os adultos têm o direito de votar na eleição dos funcionários do governo.
4. *Direito de concorrer a cargos eletivos*. Praticamente todos os adultos têm o direito de concorrer a cargos eletivos no governo, embora os limites de idade possam ser mais altos para ocupar o cargo do que para o sufrágio.
5. *Liberdade de expressão*. Os cidadãos têm o direito de se expressar, sem o perigo de punições severas, quanto aos assuntos políticos de uma forma geral, o que inclui a liberdade de criticar os funcionários do governo, o governo em si, o regime, a ordem socioeconômica e a ideologia dominante.
6. *Informação alternativa*. Os cidadãos têm o direito de buscar soluções alternativas de informação. Ademais, existem fontes de informação alternativa protegidas por lei.
7. *Autonomia associativa*. Para alcançar seus vários direitos, inclusive aqueles relacionados acima, os cidadãos também têm o direito de formar associações ou

⁴⁰ DAHL, Robert A. **A Democracia e seus críticos**. São Paulo: Martins Fontes, 2012, ps. 346-347.

organizações relativamente independentes, inclusive partidos políticos independentes e grupos de interesse (destaques no original).⁴¹

Diante desse cenário, o mecanismo pelo qual aqueles que são revestidos de mandato popular para adotar as decisões políticas governamentais, quando escolhidos por meio de eleições livres, justas e periódicas, sustenta o requisito democrático de igualdade de voto, pois favorece que todos os membros tenham oportunidades iguais e efetivas de se manifestar sobre as questões de governo essenciais à comunidade. A garantia de liberdade de os cidadãos se expressarem livremente, sem o perigo de punições severas, quanto aos assuntos políticos de uma forma geral, além da possibilidade de se buscar informações por meio de outros meios que não aqueles exclusivamente postos pelo governo, conduzem aos requisitos democráticos da participação efetiva e compreensão esclarecida do povo e de seus representantes. O fato de os representantes serem escolhidos periodicamente, por meio de eleições livres e justas, com um sufrágio inclusivo que permite a participação de todos os adultos aptos tanto na eleição quanto na concorrência aos cargos eletivos, aliados à liberdade de expressão, atende ao requisito democrático do controle da agenda política, etc.

É dizer, a escolha livre, justa e periódicas de representantes para participar do debate político-governamental, por meio de eleições que permitem todos os adultos a votarem em seus representantes – e também a se candidatar como representante do povo –, em uma sociedade que protege a liberdade de expressão e a busca de informações alternativas e a livre associação de pessoas (poliarquia), leva a uma comunidade cujo processo de tomada de decisões políticas se dá por meio da efetiva participação do povo, com igualdade de votos e de oportunidade de manifestação esclarecida, que possui o controle da agenda política a ser debatida (democracia).

Vejamos, a seguir, de forma sistematizada, qual mecanismo de poliarquia contribui para o desenvolvimento de certo requisito democrático.⁴²

OS INSTITUTOS DA POLIARQUIA....LEVAM AO ATENDIMENTO DOS REQUISITOS DA DEMOCRACIA
Funcionários escolhidos por eleições livres e justas;	Igualdade de voto;

⁴¹ *Ibidem*, ps. 350-351

⁴² A tabela que se segue é conclusão lógica do raciocínio exposto por Robert Dahl no já citado **A Democracia e seus críticos**. *Ibidem*, p. 353.

Funcionários escolhidos por eleições livres e justas, por meio de sufrágio inclusivo que permite aos adultos concorrer aos cargos eletivos, valendo-se da liberdade de expressão e informação e da livre associação;	Participação efetiva;
Liberdade de expressão associada ao direito de busca de informação e autonomia associativa;	Compreensão esclarecida;
Funcionários escolhidos por eleições livres e justas, por meio de sufrágio inclusivo que permite aos adultos concorrer aos cargos eletivos, valendo-se da liberdade de expressão e informação e da livre associação;	Controle da agenda política;
Sufrágio inclusivo de todos os adultos aptos a participar do processo eletivo, valendo-se da liberdade de expressão e informação e da livre associação.	Inclusão de adultos.

Mais à frente, na quinta seção deste trabalho, será enfrentada a questão de que, levando-se em conta os institutos da poliarquia e os requisitos de um processo democrático, há de se questionar se os membros do Poder Judiciário exercem poder político representativo no exercício da jurisdição.

2.2.2 O Estado Democrático de Direito

Conforme apontado no tópico 2.1, as mudanças introduzidas na comunidade internacional após a Segunda Guerra Mundial levaram ao desejo de implementação de um Estado comprometido com o combate às barbáries outrora praticadas, à salvaguarda de direitos e garantias fundamentais e à fixação de programas a serem seguidos pelo Poder Público na promoção da dignidade da pessoa humana – sendo esta considerada como a finalidade a ser perseguida por todos os agentes sociais.

A este novo modelo denomina-se Estado Democrático de Direito, cujo “conteúdo ultrapassa o aspecto material de concretização de uma vida digna ao homem e passa a agir simbolicamente como fomentador da participação pública no processo de construção e reconstrução de um projeto de sociedade”⁴³.

Este Estado Democrático de Direito, além de estimular a atuação do Poder Público na promoção da dignidade humana dos cidadãos, também se funda na ideia da soberania popular, no sentido de impulsionar uma efetiva participação do povo perante o bem coletivo, atendendo assim ao princípio democrático como garantia de efetivação dos direitos fundamentais.⁴⁴

Outrossim, afasta a ideia de uma igualdade apenas formal – formada apenas no conceito de que há igualdade porque a lei se aplicaria a todos –, e abraça a de igualdade material, porquanto reivindica a realização de intervenções que impliquem diretamente mudanças significativas no meio social, sendo que tais mudanças são decididas e criadas por meio de processos que admitem a efetiva participação do povo, inclusive na elaboração das próprias leis.

A configuração do Estado Democrático de Direito não é apenas a junção formal de um Estado de Direito com o regime democrático, mas, em verdade, envolve também a adoção elementos de transformação do *status quo*, buscando a melhoria das condições de vida do ser humano. Isso se dá com base na subordinação aos ditames constitucionais e à legalidade material, isto é, à ideia de lei que possibilita diretamente à alteração do cenário social. Ou seja:

[...] a lei não deve ficar numa esfera puramente normativa, não pode ser apenas lei de arbitragem, pois precisa influir a realidade social. E se a Constituição se abre para as transformações políticas, econômicas e sociais que a sociedade [...] requer, a lei se elevará de importância, na medida em que, sendo fundamental expressão do direito positivo, caracteriza-se como desdobramento necessário do conteúdo da Constituição e aí exerce função transformadora da sociedade, impondo mudanças sociais democráticas, ainda que possa continuar a desempenhar uma função conservadora, garantindo a sobrevivência de valores socialmente aceitos.⁴⁵

Assim, o Estado Democrático de Direito está, portanto, ficando à: (1) vinculação a uma Constituição como instrumento básico de garantia jurídica; (2) organização democrática da sociedade; (3) proteção do sistema de direitos fundamentais individuais e coletivos; (4)

⁴³ STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, Jose Luis Bolzan de. **Ciência Política & Teoria do Estado**. 8. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014, p. 75

⁴⁴ SILVA, José Afonso da. O Estado Democrático de Direito. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 173, p. 15-24, jul. 1988, p. 20.

⁴⁵ *Ibidem*, p. 23.

justiça social como mecanismos corretivos das desigualdades; (5) igualdade não apenas como possibilidade formal, mas, também, como articulação de uma sociedade mais justa, que busca melhorias nas condições de vida do ser humano; (6) divisão de poderes e funções; (7) legalidade, que aparece como medida do direito, isto é, através de um meio de ordenação racional, vinculativamente prescritivo, de regras, formas e procedimentos que excluem o arbítrio e a prepotência – o Império da Lei –; (8) segurança e certezas jurídicas.⁴⁶

À vista de tal panorama, o Estado Democrático de Direito impõe ao Ordenamento Jurídico e à própria atividade estatal uma diretriz para a transformação da sociedade no sentido de concretizar a dignidade da pessoa humana e de impor limites ao Poder Público, rompendo com as ideias que caminharam com os regimes totalitários combatidos na primeira metade do século XX.

É o que se vê, a propósito, esculpido no artigo 1º da Constituição Federal Brasileira, que determina como fundamentos da República Federativa do Brasil, dentre outros: a dignidade da pessoa humana, os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa e o pluralismo político. Do mesmo modo, o artigo 3º do diploma constitucional fixa como objetivos do Estado Brasileiro a constituição de uma sociedade livre, justa e solidária; a garantia do desenvolvimento nacional; erradicar a pobreza e a marginalização e a reduzir as desigualdades sociais e regionais; além da promoção do bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade etc.

Nesse contexto, Lenio Luiz Streck e José Luis Bolzan de Moraes afirmam que

quando assume o feitiço democrático, o Estado de Direito tem como objetivo a igualdade e, assim, não lhe basta limitação ou a promoção da atuação estatal, mas referenda a pretensão à transformação do *status quo*. A lei aparece como instrumento de transformação da sociedade não estando mais atrelada inelutavelmente à sanção ou à promoção. O fim a que pretende é a constante reestruturação das próprias relações sociais. É com a noção de Estado de Direito, contudo, que liberalismo e democracia se interpenetram, permitindo a aparente redução das antíteses econômicas e sociais à unidade formal do sistema legal, principalmente através de uma Constituição, onde deve prevalecer o interesse da maioria. Assim, a Constituição é colocada no ápice de uma pirâmide escalonada, fundamentando a legislação que, enquanto tal, é aceita como poder legítimo.⁴⁷

É de se destacar, a propósito, o curioso fenômeno (abordado no capítulo posterior) por meio do qual as transformações sociais desejadas pela sociedade não são implementadas

⁴⁶ STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, Jose Luis Bolzan de. *Op. Cit*, p. 76

⁴⁷ *Idem*. Estado Democrático de Direito. In: CANOTILHO, J. J. Gomes et al. **Comentários à Constituição do Brasil**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2018. p. 272.

pelo Estado Democrático de Direito através de revoluções hábeis a ensejar ruptura institucional. Com efeito, é através do próprio Ordenamento Jurídico, isto é, da Constituição e normas infraconstitucionais, que valores e ideias políticos de alteração do *status quo* social são implementados no Direito e, com força de norma jurídica, reclamam a sua efetiva aplicação.

À vista de tal contexto, há de se pontuar que, à diferença dos modelos anteriores, o Estado Democrático de Direito “mais do que uma continuidade, representa uma ruptura, porque traz à tona, formal e materialmente, a partir dos textos constitucionais diretivos e compromissórios, as condições de possibilidade para a transformação da realidade”⁴⁸.

Nada obstante, vale pontuar, como bem faz Agnes Carolina Hüning⁴⁹, que, na América Latina, a onda de redemocratização chegou um pouco mais tarde, notadamente em razão dos regimes ditatoriais que regeram países como Brasil, Argentina, Chile, etc., no contexto da Guerra Fria. Somente com o fim das ditaduras que assolaram tais países é que esse novo modelo de Estado Democrático de Direito foi gradativamente se instalando.

Diante desse cenário, a redemocratização da política brasileira ficou caracterizada pela busca do bem-estar social, através da concretização dos princípios e garantias constantes da Constituição Federal, por intermédio de um Estado comprometido com a promoção e a defesa dos direitos fundamentais.⁵⁰

Pode-se dizer, com base nos artigos 1º a 4º da Constituição Federal de 1988, citados acima, que a nova ordem constitucional estabelecida no Brasil a partir da promulgação do texto constitucional adotou um caráter programático, porquanto busca a implementação eficaz e necessária de preceitos hábeis a promover a dignidade da pessoa humana. Ademais, “estabelece fins e objetivos tanto para o Estado como para a sociedade, a fim de romper com os paradigmas anteriores que previam uma Constituição de caráter meramente organizacional, atuando, então, como garantidora do Estado Democrático de Direito”⁵¹.

Esse novo desenho institucional, traçado pelo Estado Democrático de Direito, atinge diretamente as funções exercidas pelo Poder Judiciário, fazendo-o mais participativo – o que não é sinônimo de ativista – no debate sociopolítico. Essa participação, porém, se dá por provocação e independentemente da vontade dos magistrados, como se verá na próxima seção.

⁴⁸ STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, Jose Luis Bolzan de. **Ciência Política & Teoria do Estado**. 8. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014, p. 80

⁴⁹ HÜNING, Agnes Carolina. **Ativismo judicial e cidadania**: das concessões ao retrocesso. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019, p. 9.

⁵⁰ *Ibidem*, ps. 9-10

⁵¹ *Ibidem*, p. 14

3 PROTAGONISMO INVOLUNTÁRIO DO PODER JUDICIÁRIO: A JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA

Conforme visto na seção anterior, com o “constitucionalismo contemporâneo” e a formação do Estado Democrático de Direito após a Segunda Guerra Mundial, há uma transposição de diversas matérias, anteriormente discutidas apenas na via política, para os textos constitucionais – a exemplo da proteção à dignidade da pessoa humana, respeito à diversidade, implementação de uma sociedade justa, livre etc. –, o que faz com que tais questões não sejam mais um mero discurso travado no âmbito político, pois agora passam a gozar de força e eficácia normativa, podendo ser implementadas por meio de decisões judiciais, ainda que haja inércia dos demais Poderes – é dizer, Executivo e Legislativo.

Nesse sentido, há um conseqüente deslocamento do polo de tensão dos demais poderes para o Judiciário. Com efeito, bem pontua Lenio Streck que:

[...] é a situação hermenêutica instaurada a partir do segundo pós-guerra que proporciona o fortalecimento da jurisdição (constitucional), não somente pelo caráter hermenêutico que assume o direito, em uma fase pós-positivista e de superação do paradigma da filosofia da consciência, mas também pela força normativa dos textos constitucionais e pela equação que se forma a partir da inércia na execução de políticas públicas e na deficiente regulamentação legislativa de direitos previstos nas Constituições.

É nisto que reside o que se pode denominar deslocamento do polo de tensão dos demais poderes em direção ao Judiciário. Ora, tal circunstância implica um novo olhar sobre o papel do direito – leia-se Constituição – no interior do Estado Democrático de Direito, que gera, para além dos tradicionais vínculos negativos (garantia contra a violação de direitos), obrigações positivas (direitos prestacionais). E isso não pode ser ignorado, porque é exatamente o cerne do constitucionalismo contemporâneo.⁵²

É dizer, se antes, no Estado de Direito, a tensão/concentração do debate político-social ficava a cargo do Poder Legislativo – responsável por editar os diplomas normativos para a concretização de direitos reivindicados pelos grupos sociais –; e no Estado Social de Direito a concentração/tensão se dava no âmbito do Poder Executivo – que almejava dar solução aos impasses sociais a partir da adoção de políticas públicas promovidas pelos gestores –; no Estado Democrático de Direito tal discussão é repaginada porque, ao serem constitucionalizados temas antes debatidos nos outros Poderes, aumenta-se a participação do Poder Judiciário que, ante a inércia do Legislativo e Executivo para concretização de direitos e programas concretamente

⁵² STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso**: constituição, hermenêutica e teorias discursivas. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 190.

estabelecidos, passa a ser invocado para suprir a omissão e fazer valer a vontade expressa na Constituição.

Eis a razão de ser bastante comum, atualmente, ver o Poder Judiciário ser provocado para debater (e decidir) diversas questões que resvalam na moral, costumes, religião, política criminal etc. – como, por exemplo, o aborto, legalização de drogas, (des)criminalização de condutas⁵³ e adoção de políticas públicas – que, antes, ficava a cargo do debate na seara dos Poderes representativos⁵⁴, isto é, Executivo e Legislativo. É nesse ponto que a atuação do Judiciário ganha mais visibilidade no cotidiano, já que demandas de variados conteúdos são a ele levadas para debate e apreciação.

Diante desse cenário, a fragilidade encontrada na esfera dos Poderes representativos para implementação dos direitos, programas e promessas consagrados no texto constitucional, inexoravelmente, fazem com que se adote uma “ampla litigiosidade como modo de resgatar e exigir o compromisso pressuposto pelo Estado Democrático de Direito. Assim, os cidadãos assuem uma postura direcionada ao conflito, à reivindicação de direitos pela via do litígio judicial”⁵⁵ – razão pela qual, conforme apontado acima, inevitavelmente o Judiciário acaba sendo o palco da resolução de contendas políticas.

Em verdade, e como bem pontua Clarissa Tassinari⁵⁶, este traço de comportamento de conflitos sociais que acabam sendo judicializados é marca dos regimes democráticos, notadamente porque o poder político é distribuído de forma mais difusa, não sendo concentrado em um único indivíduo, órgão ou Poder. Logo, em havendo mais esferas onde o poder político é exercido, é igualmente mais natural que surjam conflitos – os quais, muitas vezes, são encaminhados para que o Judiciário os solucione.

Aqui já é possível delinear, pois, que a Judicialização da Política é uma maior participação e interferência do Poder Judiciário na vida da sociedade em face da inércia e/ou inaptidão dos demais Poderes, bem como da afirmação dos direitos humanos e da constitucionalização de direitos e programas definidos no período após a Segunda Guerra Mundial, o que influencia num cenário de maior procura do Poder Judiciário, “que passou

⁵³ Vide, a propósito, a decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal, que criminalizou a homofobia e transfobia por meio do julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão nº 26, de relatoria do Ministro Celso de Mello e julgada em 13/06/2019.

⁵⁴ Fala-se aqui em Poderes representativos porque, como se verá mais à frente no capítulo 5, o Judiciário não o é, ao contrário do que defendem alguns autores.

⁵⁵ TASSINARI, Clarissa. *Op. Cit.*, n/p.

⁵⁶ *Ibidem*, n/p.

também a ser caracterizado como *locus* da concretização dos direitos previstos mas não cumpridos pelos demais Poderes⁵⁷.

Vê-se, pois, que a Judicialização da Política é decorrente de uma dimensão estrutural vivenciada pelas democracias contemporâneas, não tendo relação com a “vontade” do juiz ou de sua opção política.

Esse desenho institucional culmina no fenômeno pelo qual o lugar de tomada de decisões políticas, adotadas por um corpo formado de representantes eleitos pelo voto popular, legitimados a exercê-lo em nome dos cidadãos – conforme enuncia o parágrafo único do artigo 1º da Constituição Federal – vai aos poucos migrando para um no qual seus membros não são escolhidos pela vontade do povo, mas sim em razão de competência técnica e qualificação jurídica.

A Judicialização da Política, portanto, vai fomentando cada vez mais a participação do Poder Judiciário no debate político, ou melhor, “empurra-o” para o centro do debate – pois, como se verá nos tópicos seguintes, esse fenômeno ocorre independentemente da vontade dos juízes/tribunais.

3.1 O JUDICIÁRIO NO CENTRO DO DEBATE PÚBLICO – UM MAIOR PROTAGONISMO

Como visto, a Judicialização da Política é uma maior participação e interferência do Poder Judiciário na vida da sociedade em face da inércia e/ou inaptidão dos Poderes representativos em concretizar os direitos e promessas constitucionais.

Desse modo, há de se notar, como bem o fez Clarissa Tassinari,⁵⁸ que tal fenômeno passa pela interação de três elementos, quais seja, o Direito, a Política e o Judiciário. É dizer, com o advento do Estado Democrático de Direito, questões normalmente deixadas para o debate político (como economia, moral, costumes etc.) passaram a ser positivadas no texto constitucional como direitos e/ou programas a serem adotadas pelo Estado. Quando este falha em cumpri-los, a sociedade invoca a atividade jurisdicional para efetivar os preceitos constitucionais.

⁵⁷ TASSINARI, Clarissa. *Op.Cit.*, n/p.

⁵⁸ *Ibidem*, n/p.

Não é à toa, portanto, que a supracitada autora afirma que a judicialização que marca as contemporâneas sociedades democráticas é observada por um viés social e político, pois “ela emerge tanto de um contexto social de exigência de direitos, bem como de um arranjo político de desídia na implementação destes fora da jurisdição, questões que se imbricam mutuamente”⁵⁹. E é assim que o Judiciário é acionado para suprimir as lacunas deixadas pelos demais braços do Estado, de modo que passa a exercer um papel determinante na definição de certos padrões dentro da sociedade.

Um alerta, porém, deve ser feito. Malgrado haja a relação entre Direito e Política, não se deve admitir, no Estado Democrático de Direito, que o Ordenamento Jurídico esteja de todo submetido à Política (ou ao campo da economia, moral etc.), sob pena de o Direito não gozar de autonomia própria e ser apenas um instrumento dos jogos políticos.

Isso porque há no Direito uma capacidade de influenciar a sociedade à medida em que ele possui relação de autonomia para com a política, moral, economia etc. É verdade que ele é criado a partir de um procedimento que leva em conta os valores, costumes, ideais, aspirações políticas e econômicas de uma certa comunidade, mas, uma vez instituído, é dotado da autonomia e capacidade para poder influenciar, alterar e/ou manter o *status quo* social, tudo a partir das aspirações postas no texto constitucional – e não, repita-se, da vontade particular do juiz/tribunal.

Nesse sentido, precisas são as ponderações de Lenio Luiz Streck⁶⁰, no sentido de que:

a Constituição, nos moldes construídos no interior daquilo que denominamos constitucionalismo social e compromissório, é, assim, a manifestação desse (acentuado) grau de autonomia do direito, devendo ser entendido como a sua dimensão autônoma ante as outras dimensões com ele intercambiáveis, como, por exemplo, a política, a economia e a moral (e aqui há que se ter especial atenção, uma vez que a moral tem sido utilizada como a porta de entrada dos discursos adjudicadores com pretensões corretivas do direito, levando consigo a política e a análise econômica do direito; é nesse contexto em que deve ser vista a “retomada” da moral pelo direito, a partir daquilo que Habermas tão bem denomina *cooriginariedade*). Essa autonomização dá-se no contexto histórico do século XX, tendo atingido o seu auge com a elaboração das Constituições do segundo pós-guerra.

Trata-se de uma autonomia entendida como ordem de validade, representada pela força normativa de um direito produzido democraticamente e que institucionaliza (ess)as outras dimensões com ele intercambiáveis (portanto, a autonomia do direito não emerge apenas na sua perspectiva jurisprudencial;

⁵⁹ *Ibidem* n/p.

⁶⁰ STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso**: constituição, hermenêutica e teorias discursivas. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, ps. 211-212.

há algo que se coloca como condição de possibilidade ante essa perspectiva jurisprudencial: a Constituição entendida no seu todo principiológico).

Em outras palavras, sustentado no paradigma do Estado Democrático Constitucional, o direito, para não ser solapado pela economia, pela política e pela moral (para ficar apenas nessas três dimensões), adquire uma autonomia que, antes de tudo, funciona como uma blindagem contra as próprias dimensões que o engendra(ra)m.

Deve-se ter cuidado, pois, para que argumentos envolvendo concepções pessoais de moral, política, economia etc. não sejam utilizados como fundamento para “corrigir” o Direito – aquilo que o supracitado autor chama de “predadores externos da autonomia do Direito” –, sob pena de este perder sua independência e capacidade de influenciar a comunidade. Não que a moral, a política, a análise econômica etc. não passem pela interpretação e aplicação do Direito. Não se está negando a influência de tais elementos no campo hermenêutico. O problema é quando tais questões são usadas para “corrigir” e “converter” o Direito à imagem e semelhança das concepções particulares do magistrado que deseja alterar o *status quo* sociopolítico, mudando o desenho social de acordo com a visão de mundo que ele quer que seja implementada.

O alerta é aqui feito porque é preciso desde já apontar que Judicialização da Política não é sinônimo de ativismo judicial – confusão esta bastante comum na doutrina. A primeira é uma situação inexorável própria das sociedades democráticas contemporâneas; já o segundo é um ato de vontade do magistrado que usa sua concepção subjetiva acerca dos predadores externos para torcer o Direito à sua vontade pessoal, de modo que não se aplica mais a Lei⁶¹, mas sim as convicções subjetivas acerca do que seja moral, bom, justo, bonito etc. para promover alterações/manutenção no *status quo* sociopolítico.

Veja-se, por exemplo, que Luís Roberto Barroso, em seu livro “A Judicialização da Vida e o Papel do Supremo Tribunal Federal” categoricamente afirma haver separação entre Direito e Política – sendo, inclusive, tal distinção considerada algo essencial no Estado Democrático de Direito. Anuncia que, no campo da aplicação do Direito, a separação da Política é tanto possível quanto desejável, sendo que tal pretensão “se realiza, sobretudo, por mecanismos destinados a evitar a ingerência do poder político sobre a atuação judicial”⁶², o que limita inclusive a atuação do legislador.

⁶¹ “Lei” aqui redigido em maiúsculo para fazer uma referência mais abrangente, englobando todo e qualquer diploma normativa, seja a Constituição, uma Lei Ordinária, Complementar, etc.

⁶² BARROSO, Luís Roberto. **A Judicialização da Vida e o Papel do Supremo Tribunal Federal**. Belo Horizonte: Fórum, 2018, (Edição do Kindle), n/p.

Entretanto, logo depois ele afirma que a expansão da Judicialização da Política denota a fluidez da fronteira entre Política e Direito, o que aponta, segundo o autor, para a constatação de que nem sempre é nítida a linha que divide a criação e a interpretação do Direito.

De fato, há situações em que o espaço de interpretação e aplicação do Direito não se dá a partir de uma simples fórmula de subsunção, notadamente em razão de várias normas que apresentam conceitos indeterminados ou cláusulas gerais. Mas isso ocorre porque, no momento da criação do Direito, o legislador e/ou constituinte optou por positivizar tais enunciados normativos, deixando que o operador do Direito preencha estas normas de textura aberta – não a seu bel prazer, diga-se, mas a partir de elementos do caso concreto e com técnicas de interpretação jurídica.

Isso não quer dizer, contudo, que o jurista pode utilizar sua convicção pessoal de política – ou moral, justiça, etc. – para torcer o Direito à sua vontade, pois aí este perde sua autonomia e torna-se mero instrumento de poder e controle nas mãos de quem decide.

Entretanto, Barroso parece confundir a aplicação do Direito com a vontade política do magistrado – e aqui mora o perigo do ativismo judicial. Com efeito, embora afirme que no momento da aplicação das normas jurídicas é desejável e possível a separação entre Direito e Política, o autor também sustenta que quando “invalida atos do Legislativo ou do Executivo ou impõe-lhes deveres de atuação, o Judiciário desempenha um papel inequivocadamente político”⁶³.

Do mesmo modo, aduz que o Poder Judiciário exerce atividade política quando “juízes e tribunais sobrepõem sua vontade à dos agentes públicos de outros Poderes, eleitos ou nomeados”⁶⁴, como nos casos de declaração de inconstitucionalidade de um tributo ou a suspensão de execução de uma obra por questões ambientais. Enfim, sustenta que o Poder Judiciário, notadamente o Supremo Tribunal Federal, goza de supremacia quanto à determinação do que é o Direito e, por evidente, ao realizar a atividade jurisdicional, realiza exercício de um poder político.

Ocorre que, ao exercer o controle de constitucionalidade de atos normativos, o Judiciário não está sobrepondo sua vontade política sob os demais Poderes. Longe disso – até porque o artigo 2º da Constituição Federal de 1988 determina que são Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário; de modo que a

⁶³ *Ibidem*, n/p.

⁶⁴ *Ibidem*, n/p.

ideia acima, de sobreposição de vontade política, é de toda contrária ao texto constitucional. Em verdade, quando o Judiciário decreta a desconformidade de eventual ato normativo com a Constituição, ele está aplicando os comandos constitucionais, e não os desejos políticos de seus membros.

Peguemos os dois exemplos acima mencionados pelo próprio Luís Roberto Barroso para refutá-lo.

Imaginemos que um estado da federação institui por meio de legislação estadual um imposto sobre os templos religiosos (algo como Imposto para Exercício de Crença). Os fiéis de diversas matizes religiosas ingressam com Ação Direta de Inconstitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal, aduzindo que tal ato normativo viola o quanto exposto na alínea “b” do inciso VI do artigo 150 da Constituição Federal, que expressamente proíbe aos entes federativos “instituir impostos sobre [...] templos de qualquer culto”.

Ora, ao declarar a inconstitucionalidade da lei estadual, os membros do Supremo Tribunal Federal não estarão fazendo com que sua vontade política se sobreponha sobre a do Poder Legislativo ou Executivo estadual. Em verdade, o Judiciário estará apenas decretando que tal norma viola determinação constitucional, de modo a ser expurgada do ordenamento jurídico.

O que ocorreu aqui foi aplicação da “vontade” constitucional, e não da vontade política do juiz.

Prossigamos com outra situação. Imaginemos que determinado município inicia a obra de construção de um posto de saúde sem qualquer licenciamento ambiental e sem a devida comunicação aos órgãos de fiscalização, devastando a fauna e flora lá presente.

O Ministério Público propõe respectiva Ação Civil Pública, pugnando pela suspensão da execução da obra por violação a inúmeros dispositivos constitucionais, como, por exemplos, os incisos IV e VII do §1º do artigo 225 da Constituição Federal, que determinam serem de incumbência ao Poder Público “exigir, na forma da lei, para instalação de obra ou atividade potencialmente causadora de significativa degradação do meio ambiente, estudo prévio de impacto ambiental, a que se dará publicidade” e também proteger a fauna e a flora, “vedadas, na forma da lei, as práticas que coloquem em risco sua função ecológica, provoquem a extinção de espécies ou submetam os animais a crueldade”.

No caso de o magistrado reputar comprovado que a obra foi iniciada sem autorização ambiental e que, além disso, está causando graves prejuízos à fauna e flora, a ordem

judicial para suspensão ou até cessação da ação não será uma “vontade política” a se sobrepor sobre o Executivo local, mas sim a determinação de cumprimento de preceito constitucional.

Vê-se, pois, que os exemplos citados por Barroso não apontam para o reconhecimento de uma superação da vontade política dos membros do Legislativo e/ou Executivo pela dos membros do Judiciário. O que há, de fato, é a aplicação da Constituição, que vincula a todos, e não de movimento político fruto da opção do juiz/tribunal – até porque este não pode escolher por deixar de aplicá-la, pois, como visto anteriormente, um dos pressupostos do Estado Democrático de Direito é a vinculação à Constituição.

Ainda no caso da distinção de Direito e Política, Luís Roberto Barroso afirma que os *hard cases*⁶⁵:

[...] são situações em que a solução não está pronta em uma prateleira jurídica e, portanto, exigirá uma atuação criativa do intérprete, que deverá argumentativamente justificar seu itinerário lógico e suas escolhas. Se a solução não está integralmente na norma, o juiz terá de recorrer a elementos externos ao direito posto, em busca do justo, do bem, do legítimo. Ou seja, sua atuação terá de se valer da filosofia moral e da filosofia política.

[...]

Decisões judiciais, com frequência, refletirão fatores extrajurídicos. Entre eles incluem-se os valores pessoais e ideológicos do juiz, assim como outros elementos de natureza política e institucional.⁶⁶

Vê-se, portanto, que malgrado inicie seu texto falando da desejável separação entre Direito e Política, o autor acaba por misturá-los. Ao falar que o Direito deve abraçar as visões particulares do magistrado acerca de ideologia, moral, bem, justiça etc., rompe-se com a autonomia do Direito e sua possibilidade de influenciar a própria sociedade, uma vez que, aberto aos “predadores externos”, este passa a ser apenas um meio de instrumento daqueles que detém o poder decisório.

Tais confusões conceituais apresentadas por Barroso sobre o que seja a aplicação do Direito e da Política acabam, conseqüentemente, levando-o também à confusão do que seja Judicialização da Política e ativismo judicial, sem distingui-los adequadamente – embora tenha feito tal proposta no livro.

⁶⁵ Situações de litígio processual em que a solução da controvérsia se dá através de um modelo além da simples subsunção normativa, exigindo do intérprete a utilização de critérios mais complexos e elaborados de interpretação do Direito. São os “caos difíceis”, em que não há uma resposta pronta e elaborada dada por certo enunciado normativo.

⁶⁶ BARROSO, Luís Roberto. **A Judicialização da Vida e o Papel do Supremo Tribunal Federal**. Belo Horizonte: Fórum, 2018, (Edição do Kindle), n/p.

Em um momento, afirma que a Judicialização da Política significa “que questões relevantes do ponto de vista político, social ou moral estão sendo decididas, em caráter final, pelo Poder Judiciário. Trata-se, como intuitivo, de uma transferência de poder para as instituições judiciais”⁶⁷.

Como dito acima, a Judicialização da Política é um fenômeno social, no qual, de fato, questões outrora decididas no âmbito dos Poderes representativos estão sendo levadas para apreciação no Poder Judiciário. Ocorre que – e aí que se engana Barroso –, não há uma “transferência” em caráter final de tais temas ao Judiciário. Com efeito, são levadas à discussão aos tribunais por uma série de razões, como a falha do Estado de implementar direitos e programas constitucionalmente assegurados, a crise de representatividade do Executivo e Legislativo, o próprio desejo de estes Poderes permanecerem inertes sobre dadas questões, etc. – as causas da Judicialização da Política serão discutidas em tópico deste capítulo.

Afirmar, como o fez Barroso, de que tais questões foram transferidas para o Judiciário decidi-las em caráter final é um assombro. Não se pode confundir um fenômeno social – Judicialização da Política – como desejo de o Estado transferir poderes ilimitados ao Judiciário em caráter final.

Outrossim, dizer que questões envolvendo a moral, política, ideologia, costumes etc. são decididas “em caráter final” pelo Judiciário é a afirmação de que este goza de supremacia sobre a própria sociedade, abolindo assim a Separação dos Poderes prevista no artigo 2º da Constituição Federal.

Ainda acerca dos equívocos conceituais, Luís Roberto Barroso afirma que o ativismo judicial é “uma atitude, a escolha de um modo específico e proativo de interpretar a Constituição, expandindo o seu sentido e alcance”⁶⁸, e que por meio dele se busca extrair o máximo das potencialidades do texto constitucional.

Ocorre que, como bem pontua Clarrisa Tassinari em crítica feita às ideias veiculadas por Barroso, o que ele caracteriza como ativismo judicial é algo inerente a qualquer atividade jurisdicional, sendo que “nesta quadra da história, já não é nenhuma novidade que o juiz deva mostrar-se preocupado com a aplicação imediata da Constituição, com a realização

⁶⁷ *Ibidem*, n/p.

⁶⁸ *Ibidem*, n/p.

de um efetivo controle de constitucionalidade e com o cumprimento das finalidades constitucionais”⁶⁹.

O conceito de ativismo judicial será apresentado na quarta seção, mas foi necessário apresentar as ideias de Luís Roberto Barroso porque o tema é, de fato, bastante confuso na doutrina, havendo quem defenda, como ele o faz, que ativismo judicial é aplicar à toda potência a Constituição.

Mas, como dito acima, interpretar e aplicar o Direito a partir da Constituição em todas as áreas e instâncias do Ordenamento Jurídico não é uma “vontade proativa” do magistrado, mas sim um pressuposto básico do Estado Democrático de Direito. Veja: se o juiz/tribunal tem que aplicar o texto constitucional, então não há que se falar em “vontade”, pois esta implica escolha, e o Judiciário não pode escolher não aplicar a Constituição.

A bem da verdade, afirmar que a Constituição veio a ser o “centro do ordenamento jurídico” apenas com o advento do Estado Democrático de Direito e que, anteriormente, esta era “apenas um documento político”, é algo que precisa ser (re)pensado pela doutrina.

Começemos pelo primeiro ponto. Será mesmo que somente com o advento do Estado Democrático, no período pós-segunda guerra, é que a Constituição passou a ser o centro do Ordenamento Jurídico e da sociedade como um todo?

Em 1803 a Suprema Corte Americana proferiu decisão num caso que veio a ser conhecido e estudado no mundo todo: o caso *Marbury vs Madison*. As minúcias desse caso serão examinadas mais profundamente no capítulo 4, mas, resumidamente, o que a Corte Americana decidiu, naquele longínquo ano – mais de dois séculos atrás – é que um ato infraconstitucional não pode atribuir funções aos seus magistrados, pois essas somente podem advir da própria Constituição. Fixou-se, assim, o entendimento de que a Magna Carta é o documento supremo do Ordenamento Jurídico, devendo os demais atos normativos a ela obedecer e respeitar.

O caso é de amplo conhecimento doutrinário, seja no exterior ou no Brasil. E é um caso importante porque é considerado como a primeira decisão acerca do controle de constitucionalidade, tendo influenciado diversos países ao longo do tempo e do espaço (o Brasil também).

⁶⁹ TASSINARI, Clarissa. *Op. Cit.*, n/p.

Isso tanto é verdade que a Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, datada de 1891 (a segunda Constituição brasileira), na alínea “a” do §1º do seu artigo 60, previa que das decisões proferidas em última instância caberia recurso ao Supremo Tribunal Federal “quando se contestar a validade de leis ou actos dos governos dos Estados em face da Constituição”.

A terceira Constituição brasileira, a de 1934, também já previa o controle de constitucionalidade, estabelecendo nas alíneas “b” e “c” do inciso III do artigo 76 que à Suprema Corte competia o julgamento de recurso extraordinário “quando se questionar sobre a vigência ou validade de lei federal em face da Constituição” ou “quando se contestar a validade de lei ou ato dos Governos locais em face da Constituição”.

Ora, 1803 (Estados Unidos), 1891 e 1934 (Brasil) são épocas distintas do contexto pós-Segunda Grande Guerra, mas ainda assim já havia previsão de controle de constitucionalidade, isto é, de sujeição de apreciação da conformidade dos demais atos normativos em relação ao texto constitucional.

Isso já demonstra, por si só, que afirmar que a Constituição “passou a ser o centro do ordenamento jurídico” e/ou a “norma suprema” somente com o fim da Segunda Guerra Mundial é um equívoco.

Não só no campo do direito positivo, mas também na doutrina a supremacia constitucional já era afirmada por autores como o próprio Hans Kelsen. Em sua “Teoria Pura do Direito” – cuja primeira edição foi publicada em 1934 –, ele afirma que a ordem jurídica apresenta uma estrutura escalonada, de modo que “uma norma somente é válida porque e na medida em que foi produzida por uma determinada maneira, isto é, pela maneira determinada por uma outra norma, esta outra norma representa o fundamento imediato de validade daquela”.⁷⁰ Nesse ponto, “a norma que regula a produção é a norma superior, a norma produzida segundo as determinações daquela é a norma inferior”⁷¹, de modo que o Ordenamento Jurídico não é um sistema de normas no mesmo plano, situadas umas ao lado das outras: em verdade, é uma construção escalonada de diferentes camadas ou níveis de normas jurídicas.

Justamente por apresentar esse sistema escalonada é que o autor afirma que a Constituição representa o escalão mais elevado do Ordenamento Jurídico, sendo o fundamento de qualquer ordem jurídica.

⁷⁰ KELSEN, Hans. *Op. Cit.*, p. 155

⁷¹ *Ibidem*, *Loc. Cit.*

Quanto à regulamentação do conteúdo dos atos infraconstitucionais e sua necessária pertinência para com a norma suprema, Hanks Kelsen já afirmava que a Constituição tem o poder de determinar o conteúdo futuro das leis bem como proibir expressamente determinados conteúdos, especialmente para a proteção dos direitos e liberdades fundamentais. Sustenta, ademais, que uma simples lei não tem aptidão para revogar o que consta no texto constitucional. Vejamos:

A Constituição, que regula a produção de normas gerais, pode também determinar o conteúdo das futuras leis. E as Constituições positivas não raramente assim procedem ao prescrever ou ao excluir determinados conteúdos. No primeiro caso, geralmente apenas existe uma promessa de leis a fixar e não qualquer obrigação de estabelecer tais leis, pois, já mesmo por razões de técnica jurídica, não pode facilmente ligar-se uma sanção ao não-estabelecimento de leis com o conteúdo prescrito. Com mais eficácia, porém, podem ser excluídas pela Constituição leis de determinado conteúdo. O catálogo de direitos e liberdades fundamentais, que forma uma parte substancial das modernas constituições, não é, na sua essência, outra coisa senão uma tentativa de impedir que tais leis venham a existir. E eficaz quando pelo estabelecimento de tais leis - v. g., leis que violem a chamada liberdade da pessoa ou de consciência, ou a igualdade - se responsabiliza pessoalmente determinado órgão que participa na criação dessas leis - chefe do Estado, ministros - ou existe a possibilidade de as atacar e anular. Tudo isto sob o pressuposto de que a simples lei não tenha força para derrogar a lei constitucional que determina a sua produção e o seu conteúdo [...]

Aliás, por que falar de Kelsen como marco, se um autor brasileiro já escrevia sobre a supremacia da Constituição décadas antes? É o próprio Ruy Barbosa, baiano nascido em 1849, quem afirma que “toda medida, legislativa ou executiva, que desrespeitar preceitos constitucionais, é, de sua essência, nulla”.⁷² Ora, a mais dois séculos atrás autor brasileiro já defendia a supremacia da Constituição e a possibilidade de se decretar a inconstitucionalidade de normas que contrariem preceitos constitucionais. Não é nenhuma novidade, portanto, a defesa da Constituição como norma suprema, que irradia seus efeitos a todo o ordenamento.

Diante desse cenário, há de ser conceber que a reiterada afirmação de que a Constituição antes da Segunda Guerra Mundial era um “mero instrumento político” e que não ocupava o centro do ordenamento jurídico é, no mínimo, incompleta – para não se dizer equivocada.

Não pense o leitor que a afirmação da força constitucional em período anterior ao pós-Segunda Guerra foi um “ponto fora da curva” ou uma “viagem perdida” do presente tópico. Na realidade, tudo o quanto exposto foi apresentado para comprovar que o argumento utilizado

⁷² BARBOSA, Ruy. **Os Actos Inconstitucionales do Congresso e do Executivo ante a Justiça Federal**. Rio de Janeiro: Companhia Impressora, 1893, p. 47.

por autores – como Luís Roberto Barroso – de que o ativismo judicial é “uma atitude, a escolha de um modo específico e proativo de interpretar a Constituição, expandindo o seu sentido e alcance”⁷³ não é acertado. A aplicação do sentido e alcance da Constituição é um pressuposto do Direito desde, pelo menos, o século XIX, conforme acima exposto.

Portanto, assim como a aplicação da Constituição em sua máxima efetividade não é um ato de vontade do Poder Judiciário, também não o é a Judicialização da Política, porquanto esta é uma questão social que não depende das medidas adotadas pelos magistrados. Tal fenômeno decorre “de uma série de fatores originalmente alheios à jurisdição, que possuem seu ponto inicial em um maior e mais amplo reconhecimento de direitos, passam pela ineficiência do Estado em implementá-los e desaguam no aumento da litigiosidade – característica da sociedade de massas”⁷⁴.

Resta evidente, pois, que a Judicialização da Política não é um “problema” que nasce da vontade dos magistrados ou de uma falha do sistema jurídico. Em verdade, e mais uma vez citando Clarissa Tassinari, “este é um problema que se apresenta como inexorável na exata medida de que sua superação não depende exclusivamente de uma estratégia jurídica que lhe ofereça controle, isto é, que seja capaz de, por si só, conter a crescente judicialização”⁷⁵, notadamente porque envolve toda a construção de um imaginário coletivo que, por diversas razões – a serem vistas no tópico 3.2 –, acabam por levar certas matérias à discussão no berço do Judiciário.

O fato de se levar certas questões envolvendo moral, política, justiça, ideologia etc. não é, pois, um mal em si, pois é decorrência de diversos fatores sociais da democracia contemporânea. O problema reside quando os membros do Judiciário reputam que têm o poder para transcender o Direito e, a partir de pontos de vista pessoal, torcer o Ordenamento Jurídico à sua própria imagem e semelhança, acreditando que gozam da prerrogativa de fazer sua “vontade” suprimir a dos demais Poderes – o que, insista-se à exaustão, é uma clara afronta ao princípio da Separação dos Poderes, esculpido no artigo 2º da Constituição Federal de 1988.

Ante todo o exposto, é possível afirmar que a Judicialização da Política é um fator social – não jurídico, portanto –, inexoravelmente decorrente das democracias contemporâneas nas quais diversos agentes sociais – sejam cidadãos, órgãos públicos, sociedade civil

⁷³ BARROSO, Luís Roberto. **A Judicialização da Vida e o Papel do Supremo Tribunal Federal**. Belo Horizonte: Fórum, 2018, (Edição do Kindle), n/p.

⁷⁴ TASSINARI, Clarissa. *Op.Cit.*, n/p.

⁷⁵ *Ibidem*, n/p.

organizadas etc. – levam para a apreciação do Poder Judiciário questões anteriormente debatidas apenas no âmbito dos Poderes Executivo e Legislativo, especialmente aquelas envolvendo a moral, costumes, política, justiça etc. Não é, portanto, um ato de vontade, mas uma mera constatação social.

E é este fenômeno social da Judicialização da Política que faz com que o Judiciário cada vez mais ascenda no debate político, especialmente com a promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 – aumentando, pois, seu protagonismo no cenário político-social.

Com efeito, a ordem política anterior foi marcada pelo regime de uma ditadura militar, no qual os direitos e garantias fundamentais do cidadão foram bastante reduzidos e a concentração de poderes no Executivo foi (quase que) absoluta. A nova ordem estatal, imposta pelo supracitado diploma constitucional, veio justamente para transformar essa realidade, ampliando bastante o catálogo de direitos fundamentais, bem como os programas a serem cumpridos pelo Estado em favor de toda comunidade, além de reconhecer e positivar valores que são marca do movimento constitucionalista contemporâneo: a cidadania, a dignidade da pessoa humana, o pluralismo político e, principalmente, o regime democrático.

A nova ordem constitucional brasileira, instituída através de uma Carta Magna compromissória e bastante analítica⁷⁶, fornece, portanto, amplo material para disputa judicial quando algum preceito constitucional estiver em questionamento.

Pense-se no caso, por exemplo, da reforma do sistema previdenciário brasileiro, que em 2019 foi palco de grandes manifestações públicas no país, tanto a favor quanto contra.

No caso, antes da Emenda Constitucional nº 103/2019, o §7º do artigo 201 da Constituição dispunha que a aposentadoria era assegurada no regime geral da previdência desde que, para os trabalhadores urbanos⁷⁷: o homem completasse trinta e cinco anos de contribuição e, a mulher, trinta anos; ou se o homem tivesse sessenta e cinco anos de idade no ato da aposentadoria, e a mulher se tivesse sessenta anos de idade.

⁷⁶ Afirmar que a Constituição Federal de 1988 é analítica é quase que um eufemismo. No atual texto constitucional, há dispositivos que estabelecem o percentual de vencimentos de alguns agentes políticos, o valor a ser repassado aos entes federativos na redistribuição dos valores arrecadados pela tributação, quantos vereadores cada município deve ter, etc. Em verdade, é uma Constituição casuística, que desce às minúcias e detalhes de questões que poderiam muito bem ser tratadas em normas infraconstitucionais – como, por exemplo, o período de validade de concurso público.

⁷⁷ As outras hipóteses, acerca dos trabalhadores rurais, garimpeiros etc. não são necessárias para se entender o raciocínio a que se quer chegar.

Com a supracitada reforma, isso foi alterado. Agora não há mais a hipótese de “simples” aposentadoria por tempo de contribuição, sendo necessário que haja um tempo mínimo necessário de contribuição ao regime geral da previdência e, somado a isso, no ato da aposentadoria, o homem tenha sessenta e cinco anos de idade e a mulher sessenta e dois.

Com efeito, não parece haver problemas em a Constituição garantir o direito à aposentadoria, mas o fato de descer às minúcias acerca de idade e tempo de contribuição mínimos já é um exagero. É matéria que poderia ser discutida no âmbito da legislação ordinária, podendo ser modificada de forma mais simples e sem maiores desgastes e eventuais traumas que uma reforma constitucional pode acarretar.

Não à toa, antes de a referida reforma ter completado dois anos, mais de dez ações questionando sua constitucionalidade já foram propostas perante o Supremo Tribunal Federal, participando delas a Associação dos Magistrados Brasileiros; Associação Nacional dos Membros do Ministério Público; Associação Nacional dos Procuradores da República; Associação Nacional de Magistrados da Justiça do Trabalho; Associação Nacional dos Procuradores do Trabalho; Sindicato dos Trabalhadores do Judiciário Federal⁷⁸, etc.

Mas não só em razão de reforma constitucional que o Judiciário – especialmente o Supremo Tribunal Federal – é acionado para o debate.

Vide, por exemplo, o quanto decidido no âmbito da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão nº 26, na qual o STF teve que se debruçar sobre a ausência de postura do Poder Legislativo em ao menos discutir a criminalização da homofobia.

O preconceito contra o público LGBTI+ no Brasil é uma triste realidade, que muitas vezes desponta no noticiário por meio de atos de crueldade e violência. Ainda assim, o Legislativo parece travado em apresentar qualquer discussão acerca de criminalizar ou não o comportamento.

Tal omissão pode ter diversos motivos. A mais óbvia parece ser o desgaste político que os parlamentares terão inevitavelmente com seus eleitores: no caso de votar a favor da criminalização, perderão os eleitores que são contra tal medida; no caso de votarem contra a criminalização, perderão aqueles que são a favor.

Mas há razões mais delicadas, como, por exemplo, definir até que ponto um comportamento pode ser enquadrado como mera manifestação da liberdade de expressão ou

⁷⁸ Vide notícia disponível em <https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2020/01/02/reforma-da-previdencia-e-alvo-de-acoes-judiciais>, acessada em 01/11/2021.

crença, e não homofobia. Por exemplo: durante uma homilia e/ou pregação, um padre católico ou um pastor evangélico podem afirmar que, de acordo com os preceitos cristãos, a união homoafetiva é pecado? Isto seria liberdade de crença ou um ato homofóbico? Abrir uma balada apenas para o público heterossexual seria ato de homofobia, ao passo que a balada apenas para público não heterossexual seria lícito?

A questão é emblemática e, como é de se imaginar, não é todo e qualquer detentor de mandato eletivo que quer se envolver nessa discussão – deixando, obviamente, os extremistas de lado, ou melhor dizendo, deixando de fora os extremistas de ambos os lados.

De qualquer modo, em razão dessa inércia de o Legislativo tomar uma posição, o Partido Popular Socialista propôs ação direta de inconstitucionalidade por omissão perante o STF para a solução do impasse.

Não se discutirá, ao menos agora, se a decisão da Suprema Corte, em criminalizar uma conduta sem prévia lei que assim o disponha, foi correta. Nesse momento, o que se quer apontar é que uma questão polêmica no meio social teve que ser levada ao Judiciário para ser discutida, em razão da não movimentação do Legislativo.

O mesmo ocorre no âmbito do Poder Executivo. Em razão da inoperância da gestão estatal – seja por incompetência ou por impossibilidade orçamentária – em diversos pontos envolvendo questões como saúde e educação, o Judiciário é igualmente acionado para suprir a ausência de agir dos governantes. Não é à toa que, de acordo com estudo realizado pelo Conselho Nacional de Justiça em 2012⁷⁹, os maiores litigantes do país são os setores públicos da União, Estado e Município.

É o que se vê, no dia a dia forense, nas ações propostas em face dos entes federativos em que a parte pleiteia a concessão de medicamentos para tratamento de sua saúde. Com efeito, muito embora o artigo 196 da Constituição Federal assegure que “a saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos”, o certo é que, muitas vezes, quando acionados judicialmente, os entes federativos ficam num verdadeiro jogo de “empurra-empurra de responsabilidade”, é dizer, ao invés de adotarem medidas para assegurar a saúde do indivíduo, alegam que a responsabilidade de fornecimento de medicamento não é sua, mas sim do outro –

⁷⁹ Tal estudo não foi atualizado pelo órgão até a presente data. Vide arquivo disponível em https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2011/02/100_maiores_litigantes.pdf, acessado em 01/11/2021.

a União alega não ser a responsável pela entrega de medicamento, mas sim o Estado ou Município; o Município diz não ser o responsável, mas sim a União ou o Estado, e por aí vai.

O tema foi tão reiteradamente discutido em diversos processos pelo país que o Supremo Tribunal Federal teve que reconhecer a repercussão geral da questão em quatro recursos a ele submetidos para, então, exarar seu entendimento no sentido de reconhecer que há obrigação solidária de todos os entes federativos no fornecimento de medicação. Assim, no âmbito do julgamento do Recurso Extraordinário nº 855.178⁸⁰, a Suprema Corte assentou que “o tratamento médico adequado aos necessitados se insere no rol dos deveres do Estado, porquanto responsabilidade solidária dos entes federados. O polo passivo pode ser composto por qualquer um deles, isoladamente ou conjuntamente”.

Cabe mencionar ainda a polêmica decisão em sede de medida cautelar proferida no âmbito da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 347⁸¹, na qual a Corte teve que agir para suprir (alegadas) omissões de todos os Poderes – ou seja, tanto do Executivo quanto Legislativo e o próprio Judiciário.

No caso, o Partido Socialismo e Liberdade (PSOL) ingressou com a supracitada ação constitucional perante o Supremo Tribunal Federal no sentido de reconhecer um “estado de coisas inconstitucional” no ambiente carcerário brasileiro, notadamente em razão da superlotação e as condições degradantes do sistema prisional, situação causada pela: (a) omissão da União em não repassar os recursos do Fundo Penitenciário Nacional aos Estados e Distrito Federal; (b) omissão dos Estados e Distrito Federal ao não criarem o número de vagas prisionais suficiente ao tamanho da população carcerária, de modo a viabilizar condições adequadas ao encarceramento; (c) omissão de membros do Judiciário, que não garantiam a efetividade dos direitos previstos no Pacto dos Direitos Civis e Políticos e na Convenção Interamericana de Direitos Humanos – principalmente a realização de audiências de custódia - ; (d) bem como da atuação do Poder Legislativo que, (supostamente) influenciado pela mídia e pela opinião pública, estaria estabelecendo políticas criminais insensíveis ao cenário carcerário.

⁸⁰ STF. RE 855178 RG, Relator(a): LUIZ FUX, Tribunal Pleno, julgado em 05/03/2015, PROCESSO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-050 DIVULG 13-03-2015 PUBLIC 16-03-2015.

⁸¹ STF. ADPF 347 MC, Relator(a): MARCO AURÉLIO, Tribunal Pleno, julgado em 09/09/2015, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-031 DIVULG 18-02-2016 PUBLIC 19-02-2016.

Veja-se que nesta ação todos os Poderes da República foram acusados de descumprir preceitos fundamentais, especialmente o Legislativo, que estaria adotando “políticas criminais” que vão de encontro a visão do partido proponente da ação.

Em sede de medida cautelar, o Supremo Tribunal Federal determinou não só a realização das audiências de custódia por parte de todos os membros do Judiciário, como também que a União liberasse o saldo acumulado do Fundo Penitenciário Nacional para utilização com a finalidade para a qual foi criado, abstendo-se de realizar novos contingenciamentos.

Nota-se que, até este ponto, não se está falando se o STF acertou ou errou em ter decidido desta ou daquela forma. O que se está demonstrando é o fenômeno da Judicialização da Política e como ela leva o Judiciário ao centro do debate público atualmente na sociedade brasileira.

Ante todo esse quadro de descumprimento de normas constitucionais, quem ocupa o cenário como “campeão da cidadania” no imaginário coletivo é o Poder Judiciário – mais principalmente, o Supremo Tribunal Federal –, constantemente invocado para suprir a inoperância dos demais Poderes – “inoperância” que, muitas vezes, é confundida com uma certa visão particular de como o Estado deveria agir.

Esse fator vai alimentando o sentimento de membros do Judiciário, que se consideram aptos a atrair para si a responsabilidade por certas ações e/ou omissões dos demais Estados. É por isso que há ministros da Corte Suprema que aduzem que o Judiciário preenche o vácuo de liderança política no país⁸², ou de que seus membros são os “editores de um país inteiro”⁸³.

3.2 CAUSAS DA JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA

Conforme visto anteriormente, o fenômeno da Judicialização da Política é decorrência do Estado Democrático de Direito, no qual há um catálogo maior de direitos e garantias reconhecidos no âmbito constitucional e o estabelecimento de programas a serem

⁸² Vide GOES, Severino. Judiciário preencheu vácuo de liderança na pandemia, diz Alexandre de Moraes. **Consultor Jurídico**. 2021. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2021-abr-09/judiciario-preencheu-vacuolideranca-pandemia-alexandre>. Acesso em: 01 nov. 2021.

⁸³ Supremo e Judiciário atuam como “editores” do país, diz Dias Toffoli. **Consultor Jurídico**. 2020. Disponível em <https://www.conjur.com.br/2020-jul-28/dias-toffoli-stf-nao-abandonar-combate-fake-news> Acesso em: 01.nov.2021.

tomados pelo Poder Público, o que enseja maior provocação do Poder Judiciário quando esses preceitos não são implementados.

Trata-se, portanto, de uma constatação social, e não de uma postura adotada pelos juízes deliberadamente.

Com efeito, é cada vez mais comum os membros da magistratura tomarem decisões envolvendo políticas públicas que anteriormente eram adotadas pelos membros do Poder Executivo e/ou Legislativo. E isto ocorre na grande maioria dos países que adotam o regime democrático, tal qual Estados Unidos, Reino Unido, Austrália, Canadá, Itália, França, Alemanha etc., sendo, pois, um fenômeno global – do qual o Brasil não escapa, conforme se verá neste trabalho –, especialmente em razão do fim dos regimes totalitários no pós-Segunda Guerra, pela forma como o direito constitucional estadunidense e a jurisprudência da sua Suprema Corte influenciaram o estudo de acadêmicos em todo o mundo; a descrença cada vez maior nos detentores de mandato eletivo; a confiança na atuação do Judiciário, etc.⁸⁴

A judicialização da política é, portanto, uma tendência mundial que marca o final do século XX e início do século XXI, de modo que um estudo mais detido acerca deste fenômeno e suas causas precisa ser realizado.

Mas o que é, então, que dá ensejo a este fenômeno?

Em verdade, a Judicialização da Política é um desdobramento de diversos fatores que marcam o contexto social e político das democracias contemporâneas. Pode-se apontar, como bem o fazem Chester Neal Tate e Torbjörn Vallinder⁸⁵, que a ampliação deste fenômeno decorre em razão (1) da expansão dos regimes democráticos; (2) da concretização do princípio da separação dos poderes; (3) da ampliação de direitos fundamentais – e aqui deve ser acrescentado também o aumento dos programas constitucionalmente estabelecidos para adoção por parte do Poder Público; (4) o interesse de certos grupos em acionar Cortes Constitucionais para a tomada de decisões quando, num cenário de debate público, é mais difícil a implementação de seus interesses; (5) do uso desta mesmas Cortes para fazer oposição ao governo; (6) da inoperância dos Poderes representativos; e (7) a delegação deliberada de certas questões para tomada de decisão por parte do Judiciário.

⁸⁴ Essas observações são feitas por TATE, Chester Neal; VALLINDER, Torbjörn. **The Global Expansion of Judicial Power**. New York: Nyu Press, 1995 (Edição do Kindle), n/p.

⁸⁵ *Ibidem*, n/p.

Inicialmente, no que se refere à expansão dos regimes democráticos, apontam os supracitados autores que, muito embora seja comum a afirmação de que a expansão do Poder Judiciário e de suas atribuições para controlar os atos dos demais Poderes possa parecer um risco à democracia, o certo é que a Judicialização da Política ocorre justamente nos países que adotaram tal regime político. Com efeito, é difícil imaginar que em um regime totalitário haja a possibilidade de a autoridade central ceder parte de seu poder a membros do Judiciário, inclusive para controlar suas decisões, ou de que permita que o processo de tomada de decisões siga um procedimento rigidamente estabelecido em regras – em verdade, nos regimes ditatoriais o processo de tomada de decisões parte dos interesses subjetivos da autoridade, independentemente de qualquer procedimento previamente estabelecido e que respeite quaisquer direitos que lhe sejam contrários.

Ainda no campo do contexto democrático, a separação dos poderes aparece como outro fator hábil a ensejar a expansão da Judicialização da Política. É que, num cenário em que cada ramo do poder estatal é autônomo e com atribuições estabelecidas constitucionalmente, é natural que o Judiciário exerça a jurisdição constitucional para controlar os atos dos demais Poderes que contrariem o que está estabelecido na Constituição.

E por falar no exercício da jurisdição constitucional no âmbito da separação dos poderes, o aumento no rol de direitos fundamentais e dos programas constitucionalmente estabelecidos faz com que o Judiciário seja cada vez mais acionado e convocado para atuar quando estes preceitos são (aleadamente) descumpridos, notadamente em razão da inoperância das autoridades competentes para sua concretização (Executivo e Legislativo). Assim, quanto mais os Poderes representativos falham em atender os reclames constitucionais, mais o poder jurisdicional se expande.

Já no que se refere ao interesse de certos grupos em acionar Cortes Constitucionais para a tomada de decisões, isso decorre tanto do sentimento de inoperância dos demais Poderes quanto da crença de que tais interesses não serão (facilmente) deliberados e adotados perante o Legislativo e o Executivo. No contexto brasileiro, é o caso, como já citado acima, da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão nº 26, na qual se invocou a jurisdição do Supremo Tribunal Federal para deliberar acerca da necessidade de criminalizar condutas preconceituosas praticadas em face da comunidade LGBTI+.

No contexto da utilização de acionamento das Cortes Constitucionais para fazer oposição ao governo, embora tal matéria possa ser um pouco mais debruçada no último tópico deste capítulo – “O Caminho à Juristocracia?” –, pode-se perceber que há grupos interessados

em acionar a atividade jurisdicional no intuito de fazer oposição política. Citando exemplos brasileiros, pode-se apontar a Ação Direta de Inconstitucionalidade 5.498, proposta pelo Partido Comunista do Brasil, que questionava o processo de *impeachment* da então presidente Dilma Rousseff; ou da ação proposta pelo Partido Democrático Trabalhista – PDT, pedindo a interdição do atual Presidente da República, Jair Messias Bolsonaro, pois acreditam seus dirigentes partidários que “ele é louco e precisa ser interdito antes que mais brasileiros morram por sua loucura”.⁸⁶

Por fim, no ponto que trata da delegação deliberada de certas questões para tomada de decisão por parte do Judiciário, malgrado cause espécie imaginar que parlamentares e gestores públicos intencionalmente transfiram certas questões para serem tomadas pelo Poder Judiciário, tal espanto é reduzido quando se percebe que essa atitude é uma estratégia quando diversos interesses da classe política se encontram “entrincheirados” no texto constitucional. É dizer, na eventual discussão travada num debate político para redução de seus interesses, é mais fácil acionar as Cortes para assegurar as posições constitucionalmente “entrincheiradas”, notadamente porque os direitos e prerrogativas nela positivados não podem ser alterados por meio de uma simples maioria parlamentar, ainda que apoiada por grande parte da população.

Outrossim, há temas bastante controversos no meio da sociedade – como dito acima, questão envolvendo aborto, legalização de drogas, redução da maioridade penal, criminalização de condutas preconceituosas contra a comunidade LGBTI+ etc. –, que, independentemente de como o detentor de mandato eletivo se posicione, acabará desagradando a população contrária às suas ideias – e perdendo os votos destes. Assim, é mais fácil deixar o Judiciário tomar conta desses pontos, pois o peso da decisão não recairá sobre os políticos, que respondem diretamente à população, ao menos, através da renovação dos mandatos por meio de eleições – diferentemente dos magistrados.

Há outros fatores que também podem ser apontados para o aumento da influência do Poder Judiciário, como a implementação de constituições programáticas e com textos bastante analíticos – o que permite que qualquer matéria possa ser levada ao debate judicial, a depender da criatividade argumentativa dos interessados –; as crises entre os Poderes Legislativo e Executivo – que levam o debate a ser resolvido pelo Judiciário –; o crescimento de uma sociedade cada vez mais plural e complexa, que exige a implementação de seus

⁸⁶ GUIMARÃES, Ana Cláudia. PDT pede ao STF a interdição de Bolsonaro. **O GLOBO**. 2021. Disponível em <https://blogs.oglobo.globo.com/ancelmo/post/pdt-pede-ao-stf-interdicao-de-bolsonaro.html>. Acesso em 08/11/2021.

interesses; e o aumento do número de legitimados para acionar a Suprema Corte no tocante à discussão envolvendo direitos fundamentais e os programas constitucionalmente estabelecidos.

No Brasil, a título de exemplo, possuem legitimidade para propor ações que discutem a (in)constitucionalidade de determinadas questões perante o Supremo Tribunal Federal: o Presidente da República; a Mesa do Senado Federal; a Mesa da Câmara dos Deputados; a Mesa de Assembleia Legislativa ou a Mesa da Câmara Legislativa do Distrito Federal; o Governador de Estado; o Governador do Distrito Federal; o Procurador-Geral da República; partido político com representação no Congresso Nacional e, por fim, confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional – tudo nos termos do artigo 103 da Constituição Federal de 1988.

Cumprir registrar que, muito embora o supracitado dispositivo indique nove “figuras” legitimadas à propositura da ação, o certo é que o rol é muito maior. Com efeito, na legislatura de 2019 a 2023, há trinta partidos políticos com representação no Congresso Nacional. Somado a isso há os vinte e sete governadores de estado e distrito federal, sem contar as diversas entidades de classe de âmbito nacional, as confederações sindicais etc.

Com esse generoso rol de legitimados, não é de se espantar que sempre que o interesse de algum deles for afetado no “jogo político”, o debate seja levado até a Suprema Corte para apreciação.

Diante desse cenário, é certo dizer que a Judicialização da Política é fruto de uma dimensão estrutural, dos fatores político-sociais vividos nas sociedades contemporâneas, e não do desejo ou da vontade do órgão judicante. Em verdade, a Judicialização da Política é derivada “de uma série de fatores originalmente alheios à jurisdição, que possuem seu ponto inicial em um maior e mais amplo reconhecimento de direitos, passam pela ineficiência do Estado em implementá-los e desaguam no aumento da litigiosidade”⁸⁷.

A expansão do campo de atuação do Poder Judiciário, portanto, instiga o comportamento social de judicializar, isto é, a sociedade passar a exigir o exercício da atividade jurisdicional sempre que surge à tona um dos fatores elencados neste tópico – como a ineficiência do Estado na tutela de direitos, o risco de se perder no “jogo político majoritário”, dos interesses de certos grupos que estão “entrincheirados” no texto constitucional, o desejo de fazer oposição a governo por meio de argumentos criativos levados a debate perante o

⁸⁷ TASSINARI, Clarissa. *Op. Cit.*, n/p.

Judiciário, etc. Assim, há um comportamento de “judicialização de massa”, no qual invoca uma maior participação do Poder Judiciário no debate público.

Isto posto, é possível afirmar que

essa tendência judicializante que se verifica nas sociedades atuais é típica das democracias de massa e tem seu paroxismo apresentado no contexto atual. Sua manifestação não obedece, diretamente, aos desejos do órgão judicante. Pelo contrário, ela se apresenta como fruto de contingências político-sociais. No âmbito político, fenômenos como o dirigismo constitucional e a inflação legislativa contribuem para aumentar o espaço de interferência (possível) do judiciário no âmbito de regulamentação projetado pelo texto da Constituição e do manancial legislativo, lato senso (Leis, Medidas Provisórias, Regulamentos, Portarias, etc.). [...] há um aumento da dimensão hermenêutica do direito: quanto mais direitos são constitucionalizados ou mais leis são editadas para regulamentar toda uma plêiade de matérias, maior será o espaço – possível – de concreção dessa normatividade, atividade que se realiza no âmbito da jurisdição, no enfrentamento das questões concretas e das demandas apresentadas pela sociedade.⁸⁸

Outro fator sociopolítico interessante, igualmente hábil a ensejar a Judicialização da Política, é o aumento do descrédito dos representados para com a classe política, o que culmina a difusão de um sentimento coletivo de que o Judiciário é o campeão da cidadania, o seu guardião, que protege a população dos maus políticos e da ineficiência estatal.

Nesse sentido, aponta-se que

as razões sociais para a aglutinação cada vez maior de matérias judicializadas, deve-se ao aumento da litigiosidade e de uma peculiaridade que pode ser observada, em maior ou menor medida, na maioria dos países (pelo menos no que tange aos países ocidentais). Esta particularidade diz respeito a um imaginário difuso que tende a enxergar no judiciário o lugar legítimo para se discutir questões que, antes, eram debatidas no âmbito político (legislativo e executivo). Muitos fatores contribuem para isso, desde o desprestígio dos agentes públicos (que cada vez mais aparecem como protagonistas de casos de corrupção), passando pelo discurso retumbante da eficácia dos direitos fundamentais e desaguando no fato de que, de forma cada vez mais evidente, “o juiz (melhor seria dizer: o judiciário – acrescentamos) passa a ser uma referência da ação política”⁸⁹

Com todos os fatores que impulsionam a Judicialização da Política, a população mergulha em uma ampla gama de litígios para exigir aquilo que foi prometido pelo texto constitucional – ou, ao menos, aquilo que defendem que foi constitucionalmente prometido. “Assim, os cidadãos assumem uma postura direcionada ao conflito, à reivindicação de direitos

⁸⁸ OLIVEIRA, Rafael Tomaz de et al. A Jurisdição Constitucional entre a Judicialização e o Ativismo: percursos para uma necessária diferenciação. **Anais do X Simpósio Nacional de Direito Constitucional**, Curitiba, v. 10, p. 266-306, 2013, p. 272

⁸⁹ *Ibidem*, *Loc. Cit.*

pela via do litígio judicial, que passa a ser o palco da resolução de grande parte das contendas políticas”,⁹⁰ levando a uma “desimportância” dos Poderes representativos no jogo político.

Nada obstante, o maior distanciamento entre a população e os seus representantes, acionando cada vez mais o Judiciário para a tomada de decisões que envolvem política, faz com que os cidadãos se afastem do processo democrático de deliberação e tomada de decisões, além de o Direito acabar sendo criado não mais em diálogo interinstitucional, mas sim a partir de definições adotados por membros de Cortes que nem sempre são pautadas em critérios logico-jurídicos – mas, em verdade, em critérios subjetivos, conforme será visto nos capítulos 4 e 5.

Entretanto, este movimento de centralização de poder no Judiciário – o que alguns chamarão de bom grado de “supremacia judicial” – traz sérias consequências ao cenário democrático, como a acomodação/apatia política da população, que, no caso de se sentir lesada, busca alterar sua situação por meio de ação judicial, e não a partir de mudanças maiores traçadas num panorama macropolítico debatido pelo Legislativo e Executivo; bem como o crescente sentimento dos magistrados de que estes, de fato, são os campeões da cidadania, mais qualificados para decidir questões sensíveis à sociedade. São super-heróis que, ao invés de usar capa e máscara, usam sua toga para defender a sociedade das “mazelas” da inoperância Estatal.

Em outras palavras, este é o problema: quem defende a população quando os heróis exageram e exorbitam em suas atividades? Quem limita o Judiciário quando este se apresenta como herói da cidadania, o “último bastião da democracia”? O que fazer quando, em nome da defesa da democracia, os magistrados acabam adotando um novo regime: a juristocracia?

*Who watches the watchmen?*⁹¹

3.3 O CAMINHO À JURISTOCRACIA?

A Judicialização da Política não é fenômeno apenas brasileiro. Em verdade, nas últimas décadas ele vem se manifestando em diversos países no mundo, notadamente nos países que tiveram novas constituições após a Segunda Guerra Mundial. É o caso, por exemplo, da Itália – com a promulgação da Constituição de 1947 –; da Alemanha – promulgação da

⁹⁰ TASSINARI, Clarissa. *Op. Cit.*, n/p.

⁹¹ A frase *Quis custodiet ipsos custodes*, associada às sátiras do poeta romano Juvenal, significa “quem guarda os guardiões?”. Bastante utilizada na filosofia política, notadamente por John Stuart Mill no seu “Considerações Sobre o Governo Representativo”, ela ganhou bastante destaque na cultura pop ao aparecer no filme “Watchmen”, adaptação dos quadrinhos do autor Alan Moore. No contexto desta história, alguns super-heróis transgridem as leis e, inclusive, torturam e assassinam pessoas, o que causa revolta popular e o desejo de responsabilização dos vigilantes mascarados. Daí o seu sentido: até mesmo aqueles tidos como benfeitores e guardiões da sociedade precisam de um outro poder capaz de lhes impor limites e responsabilização por seus atos.

Constituição de 1949 –; da Índia – Constituição também promulgada em 1949 –; da África do Sul – Constituição de 1946 –; etc.

Tal acontecimento revela que as sociedades democráticas contemporâneas estão caminhando para uma verdadeira “juristocracia”, como bem pontua Ran Hirschl.⁹² Isso ocorre porque as novas mudanças no cenário constitucional – como um grande catálogo de direitos e garantias fundamentais implementados e passíveis de exigência através da jurisdição constitucional – transferiram uma grande monta de poder do cenário político-representativo para o Judiciário. Nesse ponto, as mais altas cortes se tornam cada vez mais atuantes no contexto de tomada de decisões anteriormente deixadas apenas no campo do debate político. É difícil encontrar alguma matéria envolvendo debate e controvérsia moral ou política que não acabe, cedo ou tarde, sendo discutida judicialmente.

Um dos argumentos utilizados para justificar esta “juristocracia” seria a nova visão de que um Estado Democrático está ligado não apenas ao “princípio da maioria” – isto é, vale para questões políticas aquilo que a maioria decidir –, mas também a um forte sentimento de que, em uma verdadeira democracia, as minorias também gozam de proteção que não pode ser alterada pela vontade majoritária. Tal proteção se dá por meio da constitucionalização de direitos e a sua defesa pelo exercício da jurisdição constitucional – daí o caráter contramajoritário do Poder Judiciário.

O aparente caráter não-democrático desta nova visão normalmente é apresentada como um limite necessário, pois “a democracia precisa proteger ela mesma contra a tirania da maioria através da constitucionalização de direitos e da jurisdição constitucional.”⁹³ Assim, este poder maior atribuído ao Judiciário é visto por muitos como algo aceitável e desejável aos regimes democráticos contemporâneos.

Entretanto, há autores – seja no cenário internacional, como Ran Hirschl⁹⁴, ou no nacional, tal qual Ocar Vilhena Vieira⁹⁵ – que afirmam que o fortalecimento dos órgãos jurisdicionais não se deu apenas em razão de uma concepção romântica da afirmação dos direitos fundamentais, mas também como uma estratégia dos agentes políticos capazes de “entrincheirar” seus desejos e ambições na Constituição e, assim, protegê-los de eventuais

⁹² HIRSCHL, Ran. **Towards Juristocracy**: the origins and consequences of the new constitutionalism. Cambridge: Harvard University Press, 2004, p. 1

⁹³ No original, “*democracy must protect itself against the tyranny of majority rule through constitutionalization and judicial review*”, *Ibidem*, p.2

⁹⁴ *Ibidem*, p.11

⁹⁵ VIEIRA, Oscar Vilhena. **A BATALHA DOS PODERES**: da transição democrática ao mal-estar constitucional. São Paulo: Companhia das Letras, 2018.

mudanças reivindicadas pela sociedade. É dizer, “a falta de confiança da sociedade na classe política, bem como a desconfiança da classe política em si mesma, favoreceu a que todos buscassem maximizar os seus interesses, entrincheirando-os na Constituição”.⁹⁶

Embora possa parecer contraditório que elites políticas desejem impor limites à sua atuação por meio do fortalecimento do Poder Judiciário e sua competência de controlar os atos emanados do Legislativo e Executivo, o certo é que tal estratégia é adotada com a intenção de que questões bastante controversas de cunho político, moral, ideológico etc. propositalmente não sejam travadas no âmbito de uma simples decisão majoritária.

É dizer, caso haja a formação de uma maioria parlamentar para alteração de um tema que desagrade certos interesses políticos, ainda que tal alteração conte com uma enorme pressão popular, a reforma não será assim tão simples, porquanto envolverá interesses firmados no texto constitucional que serão passíveis de discussão no âmbito judicial – de modo que o “interesse da maioria” não prevalecerá.

Outrossim, cenários em que só há situação de perda e gasto político – como dito acima, discussão envolvendo pontos polêmicos como aborto, criminalização da homofobia etc. –, em que, independentemente de como se posicione o parlamentar ou gestor, este perderá votos de um dos lados do debate público, é muito mais cômodo deixar que tais pontos sejam debatidos no âmbito do Poder Judiciário, pois daí o desgaste não cairá sobre os ombros dos detentores de mandato eletivo.

O “entrincheiramento” de direitos e prerrogativas em texto constitucional e o fortalecimento da atuação jurisdicional, pois, auxilia os grupos que tenham seus interesses ameaçados, impedindo assim que discussões envolvendo reformas não sejam (tão simplesmente) adotadas.

As reformas legislativas e/ou constitucionais que o Brasil passou nos últimos cinco anos são exemplos disso, tais como a reforma trabalhista – objeto da Lei nº 13.467/2017 –; da previdência – Emenda Constitucional nº 103/2019 – e o chamado “pacote anticrime” – Lei nº 13.964/2019. Em todas elas, houve grande manifestação popular tanto de quem era a favor quanto de quem era contra. E após todas elas terem sido aprovadas no Congresso – não sem grandes debates e os mais acalorados discursos –, mesmo com a maioria de votos necessários,

⁹⁶ *Ibidem*, p. 148.

há hoje diversas ações tramitando no Supremo Tribunal Federal com o objetivo de afastar tais mudanças ou, ao menos, mitigá-las.

Como dito no tópico 3.1, só a reforma da previdência é objeto de mais de dez ações constitucionais no Supremo Tribunal Federal, propostas por entes distintos que arguem a sua inconstitucionalidade. A alteração promovida na legislação trabalhista também é objeto de questionamento perante a Suprema Corte, tendo, recentemente, no âmbito da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5.766⁹⁷, sido declarados inconstitucionais alguns pontos da Lei nº 13.964/2019 – principalmente aquele que determinava o pagamento de honorários de sucumbência e periciais aos beneficiários da justiça gratuita. Por fim, o “pacote anticrime” é objeto de Ação Direta de Inconstitucionalidade proposta pela Associação Nacional das Defensoras e dos Defensores Públicos (ANADEP) e também pela Associação Nacional dos Membros do Ministério Público (CONAMP), sendo que já foi proferida medida cautelar suspendendo o artigo que criava a figura do “juiz das garantias”.

Vê-se, pois, que ainda que tenha havido manifestações populares e debates na seara legislativa, tendo cada diploma normativo sido aprovado com a maioria necessária, ainda assim é possível cada grupo interessado questioná-las e derrubá-las pela via contramajoritária da atividade jurisdicional.

O mesmo ocorreu no ano de 2019 na eleição para presidente do Senado Federal, quando a maioria dos seus membros votou no sentido de que a escolha do senador a presidir a Casa seria feita de forma aberta e nominal, isto é, cada parlamentar iria abertamente indicar em quem estava votando. A maioria assim se manifestou sob a justificativa de que era necessário mostrar à população brasileira em quem cada senador estava votando para demonstrar suas intenções e prestar conta aos seus eleitores.

Então candidato, Renan Calheiros revoltou-se com a medida e ingressou com ação perante o Supremo Tribunal Federal, arguindo que, ainda que a maioria do plenário tenha se manifestado pelo voto aberto e nominal, o Regimento da Casa previa votação secreta. O então presidente da Suprema Corte, Dias Toffoli, proferiu liminar no sentido de anular a votação feita pelo Senado para apreciação do voto aberto, além de determinar que a eleição se desse por meio de escrutínio secreto.⁹⁸

⁹⁷ Disponível em <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5250582>, acesso em 08/11/2021.

⁹⁸ Toffoli anula decisão sobre votação aberta e determina voto secreto na eleição do Senado. **G1**. 2019. Disponível em <https://g1.globo.com/politica/noticia/2019/02/02/toffoli-determina-votacao-secreta-na-eleicao-para-presidente-do-senado.ghtml> Acesso em 08/11/2021.

Nesse cenário, mais uma vez a Corte foi acionada para exercer sua função contramajoritária, ainda que para anular ato emitido por outro Poder que foi deliberado pela maioria de seus membros.

Tudo isso demonstra que, por meio do “entrincheiramento” de posições e prerrogativas políticas em atos normativos, quando estes estão ameaçados de sofrerem mudanças por meio de decisões tomadas pela maioria de um Poder representativo (Legislativo ou Executivo), aqueles que se sentem prejudicados podem acionar o Judiciário para tutelar seus interesses e até mesmo fazê-los superar a vontade majoritariamente proferida.

Não só em deliberações parlamentares que a “juristocracia” é invocada, mas também em atos de gestão dos governantes. Assim, se uma medida adotada pelo Poder Executivo desagrade determinado público, é igualmente possível discuti-la na via judicial.

A título de exemplo, pode-se citar que, no ano de 2021, o governo federal anunciou que não realizaria o Censo Demográfico do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística por conta de falta de verbas no orçamento público, principalmente em razão dos impactos causados pela pandemia da COVID-19. Inclusive, na lei orçamentária anual sequer foi previsto o gasto para sua realização.

Inconformado com tal situação, o estado do Maranhão ingressou com a Ação Civil Originária nº 3.508⁹⁹ em face da União e do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística – IBGE, pedindo que a União alocasse imediatamente recursos para realização do Censo, sob a alegação de haver conflito capaz de abalar o pacto federativo e diminuir o repasse de verbas, causar desequilíbrio na viabilização de ações governamentais e prejuízo à autonomia dos entes federativos.

Por entender que a não realização do Censo de fato trazia graves consequências para a formulação, atualização e acompanhamento de políticas sociais, além de manter inalteradas – ou desatualizadas – informações que influenciam acentuadamente no rateio do Fundo de Participação dos Estados (FPE) e do Fundo de Participação dos Municípios (FPM), o Supremo Tribunal Federal exarou decisão determinando que o Poder Público Federal adotasse medidas administrativas e legislativas necessárias à realização do Censo Demográfico do IBGE no exercício financeiro de 2022, devendo também adotar todas as medidas legais necessárias

⁹⁹ ACO 3508 TA-Ref, Relator(a): MARCO AURÉLIO, Relator(a) p/ Acórdão: GILMAR MENDES, Tribunal Pleno, julgado em 17/05/2021, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-134 DIVULG 05-07-2021 PUBLIC 06-07-2021.

para viabilizar a pesquisa censitária, inclusive no que se refere à previsão de créditos orçamentários para a realização das despesas públicas.

Assim, como pontuou Ran Hirschl, as democracias contemporâneas seguem rumo a uma “juristocracia”, de modo que o Judiciário não é mais invocado apenas para solucionar litígios envolvendo direitos em conflito diante de um caso concreto, mas também para adotar verdadeiras medidas de gestão, notadamente quando interesses de determinados grupos estão ameaçados.

O grande impasse é que tal comportamento, adotado principalmente pelas elites políticas do país, vai “infantilizando” os Poderes Legislativo e Executivo, de modo que quase sempre devem recorrer ao “papai” Judiciário para resolver seus interesses. É dizer, incapazes de solucionar seus conflitos na via política através do debate e da aceitação de eventual derrota na tomada de decisões – aceitação esta que é uma característica de indivíduos realmente comprometidos com a democracia e de que respeitam as decisões dos seus próximos –, o que se vê é a provocação de litígios pueris.

Foi justamente esse o caso de Renan Calheiros e a ação proposta em face da decisão majoritariamente proferida pelo Plenário do Senado Federal – o maior órgão da casa. Ao invés de aceitar a derrota e respeitar o quanto decidido pela maioria dos senadores, preferiu recorrer ao Judiciário para salvaguardar interesse seu que prejudicava a transparência e a prestação de contas devidos à sociedade.

O mesmo ocorreu com o então candidato à Presidência da República em 2014, Aécio Neves. Após perder eleição, ingressou com ação perante o Tribunal Superior Eleitoral para cassação do mandato daquela que ganhou a disputa, Dilma Rousseff. Através de interceptação de conversas gravadas,¹⁰⁰ Aécio afirmou que a ação foi proposta apenas para “encher o saco do PT”. Tal conduta demonstra a provocação do Judiciário por “birra política”.

Para não dizer que não se falou das flores, e para demonstrar que o presente trabalho guarda imparcialidade política, é de se apontar também a ação que o Partido Democrático Trabalhista - PDT ingressou perante o Supremo Tribunal Federal, pedindo a interdição do atual Presidente da República, Jair Messias Bolsonaro, pois seus líderes partidários acreditam que “ele é louco e precisa ser interdito antes que mais brasileiros morram por sua loucura”. Ora, caso discordem dos atos praticados pelo Presidente, seus adversários devem enfrentá-los na via

¹⁰⁰ Áudios mostram versão de Aécio para pedido contra chapa Dilma-Temer **G1**. 2017. Disponível em <http://g1.globo.com/jornal-nacional/noticia/2017/05/audios-mostram-versao-de-aecio-para-pedido-contra-chapa-dilma-temer.html>. Acesso em 08/11/2021.

política, discutindo principalmente no parlamento as medidas para combater e/ou afastar aquilo que reputarem impertinente. Não é o caso de se chamar de louco o presidente de um dos Poderes da República e ingressar com ação apenas para causar alvoroço na opinião pública.

Não só por meio de litígios judiciais é que os membros dos Poderes representativos fomentam a “juristocracia”. Também o fazem por meio de consultas extraprocessuais aos magistrados como se estes fossem seus gurus, estrelas-guias na condução de questões públicas.

Por exemplo, no ano de 2021, os presidentes da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, Arthur Lira e Rodrigo Pacheco, buscaram o atual presidente do STF, Luiz Fux, para debater agenda comum sobre economia e pandemia.¹⁰¹ As matérias, de natureza propriamente política e gestacional, foram levadas até o ministro para que este, na condição de “guia superior”, pudesse manifestar seu posicionamento.

Ainda no campo da consulta a membros do Poder Judiciário, registre-se também que, ainda no ano de 2021, novamente o Presidente da Câmara dos Deputados, Arthur Lira, debateu com o Presidente da Suprema Corte o Projeto de Lei nº 6.726/16, que trata da imposição de limites ao pagamento dos vencimentos de servidores públicos. O encontro, conforme assessoria de imprensa do próprio STF, ocorreu porque o parlamentar quis explicar o projeto aprovado a Luiz Fux, sendo que este “alertou” para a necessidade de mudanças do texto que, embora proponha a limitação de pagamentos à Justiça Estadual e Federal, deixou de fazer referência à Justiça do Trabalho, à Justiça Militar e ao Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios.¹⁰²

Não é de se causar surpresa, pois, que no ano de 2020 o então presidente do Supremo Tribunal Federal, Dias Toffoli, participou de uma conferência com líderes sindicais para debater a situação dos trabalhadores diante da pandemia da Covid-19¹⁰³. Na pauta do encontro, debateu-se sobre o desemprego e a precariedade do trabalho, além da necessidade de ações articuladas visando à retomada das atividades do setor produtivo.

¹⁰¹ BONIN, Robson. Lira e Pacheco vão a Fux por agenda comum sobre economia e pandemia. **VEJA**. 2021. Disponível em <https://veja.abril.com.br/blog/radar/lira-e-pacheco-va-a-fux-por-agenda-comum-sobre-economia-e-pandemia/>. Acesso em 08/11/2021.

¹⁰² MUNIZ, Mariana. Bastidores: Lira buscou Fux para esclarecer projeto que barra supersalários e evitar desgaste com Judiciário. **O GLOBO**. 2021. Disponível em <https://oglobo.globo.com/politica/bastidores-lira-buscou-fux-para-esclarecer-projeto-que-barra-supersalarios-evitar-desgaste-com-judiciario-1-25109884>, acesso em 08/11/2021.

¹⁰³ Toffoli diz que falta de coordenação no combate à Covid prejudica retomada da economia. **CONJUR**. 2020. Matéria disponível em <https://conjur.com.br/2020-mai-19/toffoli-falta-coordenacao-combate-covid-prejudica-economia>. Acesso em 08/11/2021.

Percebe-se que, ao invés de um encontro com prefeitos, governadores, parlamentares e com os próprios agentes sociais diretamente relacionados à questão, buscou-se o próprio STF, o que demonstra a ausência de credibilidade nos órgãos representativos e a situação que se coloca o referido órgão em “suprir” essa ausência.

Não é um fato isolado que evidencia esse comportamento, mas sim a postura institucionalmente e continuamente adotado pelos membros da mais alta corte do país, o que é de todo preocupante. Não só porque parlamentares e gestores buscam o Judiciário como uma espécie de guia político, mas também porque tal comportamento tende a violar garantias fundamentais do cidadão em eventuais demandas judiciais futuras.

Imagine-se, por exemplo, que dentre essas medidas debatidas pelos presidentes da Câmara, Senado e STF, alguma acabe sendo objeto de judicialização por um grupo que se sente prejudicado. Qual seria a postura do STF, especialmente diante do fato de que seu presidente discutiu as questões previamente com Arthur Lira e Rodrigo Pacheco? Será que se declararia impedido de participar do julgamento? Declararia a inviabilidade jurídica de alguma medida previamente “aprovada” pela “consultoria” feita ao presidente da Corte?

Ora, ainda que se conceba que, com o advento do Estado Democrático de Direito, as funções e poderes do Judiciários foram bastante ampliados, o certo é que não se encontra em sua competência a “consulta” e discussão de projeto de lei. Sequer há um ato normativo existente e hábil a ensejar a provocação do órgão jurisdicional. O âmbito de atuação do Judiciário está sendo bastante distorcido neste sentido, a não ser que se saia de um Estado Democrático de Direito e se passe para um “Estado Juristocrático” – e a omissão do termo “de Direito” é proposital, uma vez que o Império da Lei cede lugar ao “império da vontade do juiz”.

O mais perigoso é que tal comportamento, que induz a uma “juristocracia”, aumenta cada vez mais o sentimento de poder dos membros do Judiciário. Em razão das disputas descabidas dos membros dos Executivo e Legislativo, que não aceitam perder no jogo de tomada de decisões, os magistrados vêm-se como campeões da cidadania, como aqueles que assumem a liderança política e atuam como “editores de toda uma nação” – usando os termos apresentados por Dias Toffoli e Alexandre de Moraes, já citados no tópico 3.1.

E esta visão de superioridade, de herói da política, é que fomenta uma atuação deliberativa do Judiciário, uma atuação que decorre de sua própria vontade: o ativismo judicial.

4 PROTAGONISMO VOLUNTARISTA DO PODER JUDICIÁRIO – O ATIVISMO JUDICIAL

Inicialmente, deve-se esclarecer que esse capítulo tem uma estrutura diferente dos anteriores. Seu primeiro tópico será “Origens do Ativismo Judicial” e, depois desse, abordaremos a “Importação Acrítica de Ensinamentos da Doutrina Estadunidense e sua Aplicação Equivocada no Brasil”. Somente então será apresentado o conceito de ativismo judicial.

Tal estrutura, em que o conceito é apresentado no final, não prejudicará a leitura e o raciocínio, até porque o leitor atento já deve ter percebido que já se apresentou, ao longo do quanto exposto neste trabalho, um esboço inicial do que vem a ser ativismo judicial. Apresenta-se como algo fruto da vontade, do desejo dos magistrados, e não do desenho institucional sociopolítico.

Entretanto, um ponto deve logo ser esclarecido para fins de entendimento: o ativismo é uma questão de Política, e não de Direito propriamente dito.

É certo que há autores que entendem que o ativismo judicial é um problema de hermenêutica jurídica, onde o magistrado transfere para o campo da interpretação jurídica fatores externos subjetivos – isto é, sua concepção do que é moral, justiça, belo etc. – para a compreensão e aplicação das normas jurídicas. Nada obstante, a questão da interpretação é uma consequência do ativismo, não sua causa.

O significado da palavra “ativismo” pode ajudar a entender o porquê de sua substância ser política.

Em seu “150 termos para entender política”, André Rehbein Sathler e Malena Rehbein Sathler definem o termo ativismo como

atuação continuada de uma pessoa, grupo ou instituição, para conseguir mudanças no contexto político. Essa prática é seguida de forma contínua por movimentos sociais e, por isso, pode-se dizer que existem ativistas de ecologia, de direitos LGBT, feministas, etc. Os ativistas têm uma causa, geralmente o que também nutre um movimento social, de forma que os integrantes de movimentos sociais podem ser considerados ativistas.¹⁰⁴

O dicionário da Cambridge Advanced Learner's Dictionary¹⁰⁵ define o termo *activism* como o efetivo emprego direto de uma ação que busca alcançar resultados de ordem

¹⁰⁴ SATHLER, André Rehbein; SATHLER, Malena Rehbein. **150 termos para entender política**. Brasília: Edições Câmara, 2020, p. 17.

¹⁰⁵ Disponível em <https://dictionary.cambridge.org/pt/dicionario/ingles/activism>, acesso em 22/11/2021.

política e/ou social; o da Real Academia Española¹⁰⁶ define o termo *activismo* como o exercício de um proselitismo e/ou ação de caráter político; o da Larousse define o termo em francês *activisme* como uma conduta que diretamente atinge o âmbito político/social; e por aí vai.

O próprio fato de a palavra “judicial” servir como qualificação na expressão “ativismo judicial” revela que esta é um adjetivo, enquanto aquela é substantivo. Assim, o “judicial” qualifica o núcleo, a essência, o “ser” do ativismo.

Com tudo isso quer se dizer que o “ativismo” é uma manifestação de vontade política, sendo que o adjetivo “judicial” qualifica em que lugar essa manifestação é exercida. Logo, “ativismo judicial” nada mais é do que uma manifestação de vontade política exercida pelos membros do Poder Judiciário no exercício de suas funções – razão pela qual, portanto, o ativismo judicial deve ser encarado como fenômeno de origem política, e não de simples interpretação jurídica.

4.1 ORIGENS¹⁰⁷ DO ATIVISMO JUDICIAL

Em dezembro de 1800, Thomas Jefferson foi eleito presidente dos Estados Unidos, tendo derrotado o então presidente John Adams. Com receio de perder influência política, este último, junto com membros do então partido Federalista, maioria no Congresso Nacional, articularam a aprovação de uma lei (*Circuit Court Act*) que alterava a composição de Tribunais e criava novos cargos de juízes federais a serem indicados pelo partido de John Adams.

O diploma legislativo foi promulgado pelo Congresso estadunidense, autorizando ao ainda presidente Adams nomear juízes de paz, tendo assinado os atos de investidura dos novos magistrados no último dia em que ficava no governo antes da posse de Thomas Jefferson. O então Secretário de Estado, John Marshall, ficou responsável por afixar os selos oficiais nos atos de nomeação e entregá-los aos nomeados – o que, obviamente, não conseguiu fazer em um único dia antes da mudança de titularidade do governo. Os trabalhos de Marshall foram feitos até a madrugada do último dia do mandato de John Adams, razão pela qual os juízes nomeados ficaram conhecidos como “*Midnight Judges*” – juízes da meia-noite.

¹⁰⁶ Disponível em <https://dle.rae.es/activismo?m=form>, acesso em 22/11/2021.

¹⁰⁷ Usamos a expressão “origens do ativismo judicial” em razão de, na doutrina, “origem” ser o termo empregado, tanto para se referir à “origem prática” – o caso *Marbury vs Madison* – quanto à “origem documental” – o artigo escrito por Arthur Schlesinger Jr. Nada obstante, há de se ter em conta que é possível que o ativismo judicial, da forma como aqui abordada, possa ter ocorrido em outras comunidades e em épocas distintas. Entretanto, como os episódios envolvendo a “origem prática” e a “origem documental” são paradigmáticos e de grande notoriedade nessa área, optou-se por manter a expressão “origem”.

Nada obstante, com a derrota dos federalistas, e tendo os republicanos assumido a maioria no Parlamento, o *Circuit Court Act* foi revogado e, assim, extintos os cargos anteriormente criados – o que acarretou a destituição de quem já os havia assumido. Diante desse cenário, ao assumir a presidência, Thomas Jefferson não reconheceu como válidas as nomeações e o novo Secretário de Estado, James Madison, não entregou os atos de investidura aos magistrados anteriormente nomeados por seus adversários.

William Marbury foi um dos indicados que não tomou posse no cargo de juiz, de modo que ingressou com ação perante a Suprema Corte pedindo o reconhecimento da sua nomeação e a efetiva investidura no cargo.

Um detalhe que merece destaque é que o então presidente da Corte era ninguém menos que o próprio John Marshall, anterior Secretário de Estado que não conseguiu entregar no último dia do mandato de John Adams os atos de investidura.

Enfim, como o autor da ação foi William Marbury, reivindicando a sua nomeação em face da relutância do novo Secretário de Estado, James Madison, o caso ficou conhecido como *Marbury vs Madison*.

Responsável pela emissão do voto acolhido pelos membros da Suprema Corte, quando do julgamento do caso em 1803, John Marshall assentou que William Marbury, de fato, tinha o direito de ser nomeado, pois o ato de sua nomeação foi exarado por autoridade à época competente – no caso, o próprio Presidente dos Estados Unidos –, tendo sido completado com a fixação do selo estadunidense pelo outrora Secretário de Estado – o próprio John Marshall.

Não obstante o reconhecimento do direito em si, John Marshall decidiu que o remédio utilizado por William Marbury para provocação da jurisdição da Suprema Corte, o *writ of mandamus*, não poderia ser concedido pelo órgão. Isso porque o artigo 13 da Lei Judiciária de 1789 dos Estados Unidos, que fixou competência da Corte para apreciar o *writ of mandamus*, era inconstitucional, uma vez que as hipóteses de competência originária da Suprema Corte estavam taxativamente previstas no texto constitucional, não podendo ser ampliadas por meio de simples norma infraconstitucional.

A doutrina ensina que este caso foi o divisor de águas naquele país acerca do *judicial review*, uma vez que um órgão do Poder Judiciário expressamente afastou ato emitido por outro Poder – no caso, uma lei aprovada pelo Legislativo – por reconhecer que este ia de encontro aos preceitos fixados na Carta Magna.

Mas o que não é (ainda) majoritariamente debatido é que este foi também um caso de ativismo judicial. Não por outro motivo, Lawrence Goldstone retrata o caso *Marbury vs Madison* em um livro chamado *The Activist*¹⁰⁸, fazendo-o a partir da análise de importantes documentos históricos que revelam um contexto que, ao menos no Brasil, é pouco discutido.

No caso, o supracitado autor aborda como o então presidente John Adams, juntamente com os demais membros de seu partido que perderam a maioria dos cargos eletivos para o Congresso na eleição de 1800, ficou relutante em ceder o poder ao partido Republicano, que passaria a ser maioria no Parlamento e teria a presidência da república. Assim, John Marshall foi nomeada para ser o *chief justice* – algo como o presidente da Suprema Corte –, mas sua posse neste cargo ficou postergada para depois de o próprio Marshall exercer até o último dia a função de Secretário de Estado no governo de Adams.¹⁰⁹

A nomeação de Marshall para ser o *chief justice* não foi à toa: ele era um ferrenho opositor dos Republicanos e tinha suas pessoais desavenças com Thomas Jefferson – ambos eram, na verdade, primos.

E justamente com a intenção de não perder por absoluto o poder político é que os federalistas, apenas duas semanas antes da posse do novo presidente, votaram para criar novos cargos de juiz, isso feito com a intenção de que de algum modo pudesse ser restringido o poder dos Republicanos.

O movimento dos membros do partido Federalista era tão óbvio que Thomas Jefferson, em carta endereçada a John Dickson em dezembro de 1801, reclamou que aqueles estavam se deslocando para o Judiciário como se fosse uma espécie de fortaleza.¹¹⁰

Quanto ao julgamento do caso *Marbury vs Madison* propriamente dito, desde a propositura da ação, a Suprema Corte levou mais de quinze meses para julgá-lo (considerando um período longo à época), notadamente em razão das suas implicações políticas. Ora, se a Corte, então presidida por Marshall, reconhecesse o direito de Marbury e determinasse que o Secretário de Estado Madison o nomeasse como juiz, era bastante provável que este, sob a orientação de seu primo e rival, Thomas Jefferson, recusasse o cumprimento da ordem exarada – cabe lembrar, a propósito, que ainda não havia, à época, um sistema consolidado de *judicial*

¹⁰⁸ GOLDSTONE, Lawrence. **The Activist**: jhon marshall, marbury v madison, and the myth of judicial review. New York: Bloomsbury Us, 2008.

¹⁰⁹ *Ibidem*, p.3

¹¹⁰ A carta pode ser localizada no sítio eletrônico da American Memory, instituição que mantém diversos documentos acerca da história e cultura dos Estados Unidos. Acerca do trecho comentado, este se encontra disponível em <https://memory.loc.gov/master/mss/mtj/mtj1/025/0200/0291.jpg>, acessado em 22/11/2021.

review. Assim, a autoridade da Corte, considerada a “última fortaleza dos Federalistas”, seria posta em xeque. Por outro lado, se Marshall negasse o direito invocado por Marbury, estaria usando esta “última fortaleza” para, na verdade, dar mais poder a Jefferson, que se recusou a nomear os magistrados apontados pelo governo anterior.

É por isso que John Marshall não gostou nem um pouco da atitude de Marbury de ajuizar a ação, e também o porquê de ter levado tanto tempo para julgar o caso. Foi então que ele encontrou uma saída que mudou os rumos da história do Direito Constitucional e consagrou o exercício da jurisdição constitucional: afirmou a tese de superioridade da Constituição em face das demais normas do Ordenamento Jurídico, afastando a lei aprovada pelo Congresso que tinha ampliado a competência da Suprema Corte.

Detalhes interessantes devem ser ressaltados: mesmo reconhecendo o direito de William Marbury, o objeto da reivindicação em si – qual seja, a determinação para que o Secretário de Estado James Madison efetivasse a sua nomeação – não foi concedida em razão do reconhecimento da inconstitucionalidade do dispositivo legal. Não soa estranho que primeiramente foi analisado o mérito da questão – no caso a afirmação do direito de William Marbury – para só depois, em um paradoxal exame “preliminar posterior”, reconhecer a incompetência do órgão jurisdicional? Ademais, não deveria a Corte, ao reconhecer sua incompetência, remeter os autos para a respectiva instância, ao invés de extinguir o feito? Outrossim, não deveria John Marshall ter reconhecido seu impedimento para atuar no julgamento, uma vez que atuou diretamente na prática do ato administrativo em questão?

O que ocorre é que, por meio de tal decisão, Marshall conseguiu afirmar que o governo de Jefferson violou o direito de William Marbury – por isso começou afirmando que este deveria ter sido nomeado juiz –, entretanto, afirmou que o autor do *mandamus* não poderia obter a tutela vindicada porque o ato que amparava seu direito de pleitear junto à Suprema Corte era inconstitucional – de modo que não precisou exarar decisão que, certamente, seria descumprida pelo governo dos Republicanos.

Com isso, relata Lawrence Goldstone¹¹¹, Thomas Jefferson se viu em um cenário conflituoso: se ele aceitasse a decisão, estaria dando poder à Suprema Corte – presidida por um adversário Federalista – de superar e afastar legislação aprovada pelo Congresso, algo até então sem precedentes naquele país; caso contrariasse o dispositivo final da decisão e nomeasse

¹¹¹ GOLDSTONE, Lawrence. *Op. Cit.*, p. 6.

William Marbury como juiz, sua autoridade estaria sendo questionada – uma vez que, inicialmente, ele próprio decidiu por não dar posse a Marbury.

Jefferson, finalmente, optou por não nomear Marbury e, assim, por meio da rivalidade de dois primos que transitaram em lados políticos opostos, fincou-se o controle de constitucionalidade naquele país – tendo-se manifestado, igualmente, o ativismo judicial.

Percebe-se, pois, que a fundamentação de que a Constituição é norma suprema e as demais devem a ela subordinação foi utilizada (também) como instrumento para fazer uma estocada no poder político de um adversário. O centro do conflito foi marcadamente político, sendo que a técnica da interpretação jurídica foi um meio utilizado para assegurar os interesses políticos conflitantes. Eis o porquê de, neste trabalho, se defender que o ativismo judicial é um fenômeno que nasce na Política para só depois desaguar no Direito.

Ressalta-se, a propósito, que a decisão do caso *Marbury vs Madison* não é imune a críticas no campo jurídico, sendo a principal delas a de que a Constituição dos Estados Unidos não prevê textualmente a hipótese de o Judiciário decretar a inconstitucionalidade de atos exarados pelos demais Poderes. Sobre o tema, Antonin Scalia, que compôs a Suprema Corte estadunidense até o ano de 2016, em discurso proferido na Catholic University of America¹¹², afirmou o seguinte:

a Constituição dos Estados Unidos em nenhuma parte diz que a Suprema Corte deve ser a última palavra acerca do que a Constituição quer dizer, ou que a Suprema Corte tem a autoridade de afastar legislação aprovada pelo Congresso sob a justificativa de que não está em consonância com o que diz a Constituição. Isso não é dito em nenhum lugar. Nós inventamos isso.¹¹³

Nada obstante *Marbury vs Madison*, julgado em 1803, possa ser considerado um dos divisores de água no campo do ativismo judicial, o certo é que esta expressão somente veio a ser empregada mais de um século depois. Em verdade, Keenan D. Kmiec, no seu *The Origin and Current Meanings of "Judicial Activism"*¹¹⁴, narra como o termo, já empregado a partir da segunda metade do século XX, é utilizado de forma “escorregadia”, com significado dúbio e

¹¹² O discurso pode ser encontrado em <https://www.proconservative.net/PCVol5Is225ScaliaTheoryConstInterpretation.shtml>, acessado em 22/11/2021. Discurso semelhante, proferido pelo mesmo magistrado na Woodrow Wilson International Center for Scholars, pode também ser encontrado em <https://www.c-span.org/video/?185883-1/constitutional-interpretation>, acessado em 22/11/2021.

¹¹³ Tradução livre do seguinte: “*The Constitution of the United States nowhere says that the Supreme Court shall be the last word on what the Constitution means. Or that the Supreme Court shall have the authority to derregar statutes enacted by the Congress of the United States on the ground that in its view They do not comport with the Constitution. It doesn't say that anywhere. We made it up.*”

¹¹⁴ KMIEC, Keenan D. The Origin and Current Meanings of "Judicial Activism". **California Law Review**, California, v. 92, p. 1442-1478, nov. 2004.

pouco claro. Isso porque “ativismo judicial” costuma ser definido de formas diferentes que, não raramente, são até contraditórias. Os juristas reconhecem este problema, mas insistem em usar a expressão sem defini-la claramente.

Keenan D. Kmiec realizou pesquisa acerca do contexto histórico em que a expressão “ativismo judicial” foi utilizada pela primeira vez, e a encontrou em artigo escrito não por um jurista, mas por Arthur Schlesinger Junior, historiador estadunidense que escreveu diversos livros e artigos acerca da política e história dos Estados Unidos. Schlesinger Jr. utilizou o termo *judicial activism* em artigo escrito em 1947 na revista *Fortune*, direcionado a um público muito mais amplo que apenas o de juristas.

Mais precisamente, Arthur Schlesinger Junior escreveu seu artigo fazendo uma abordagem analítica da atuação dos nove magistrados que compunham, à época, a Suprema Corte estadunidense. Na ocasião, chamou os juízes Black, Douglas, Murphy e Rutledge de “ativistas judiciais”, enquanto Frankfurter, Jackson e Burton como “campeões da autocontenção”.¹¹⁵

Com efeito, em 1947, o tribunal se debruçou acerca do *New Deal*, pacote de medidas implementados nos Estados Unidos na época do presidente Roosevelt, que tinha como objetivo a recuperação da economia no país e também ajudar aqueles que foram prejudicados pela Grande Depressão. Em que pese não tenha ocorrido um questionamento amplo acerca da constitucionalidade do programa, a corte se dividiu acerca da interpretação legal dada ao caso, bem como a maneira adequada de o Judiciário atuar numa democracia.

Schlesinger descreveu o embate da seguinte forma:

O grupo dos magistrados Black-Douglas acreditava que a Suprema Corte pode atuar de forma mais incisiva no papel de promoção do bem-estar social; enquanto o grupo Frankfurter-Jackson enfatizava uma política de autocontenção. Um grupo está mais preocupado com o emprego da atividade jurisdicional para implementação das suas convicções acerca do bem comum; o outro se preocupa mais com a contenção da interferência jurisdicional perante atos do Legislativo – ainda que o resultado disso traga consequências que se repete, na visão particular do magistrado, inconvenientes. Um grupo apoia que a Corte seja usada como instrumento para alcance de resultados sociais desejáveis; o outro que ela sirva como instrumento hábil a permitir que o governo alcance os objetivos desejados pelo povo. Ou seja, o grupo Black-Douglas está mais preocupado com a resolução de casos a partir de suas próprias convicções sociais; ao passo que o grupo Frankfurter-Jackson em

¹¹⁵ SCHLESINGER Jr, Arthur M., The Supreme Court, *Fortune*, 1947, ps. 202-208 *apud* KMIEC, Keenan D. The Origin and Current Meanings of "Judicial Activism". *California Law Review*, California, v. 92, p. 1442-1478, nov. 2004, p. 1441.

preservar a atuação estável, porém limitada, do Judiciário no sistema Americano.¹¹⁶

Isso posto, cada lado desse cenário delineado por Schlesinger é o produto de uma distinta visão acerca do Direito. O ponto defendido pelo grupo Black-Douglas é aquele firmado no âmbito da Yale Law School¹¹⁷ – mesma faculdade, a propósito, em que um dos personagens de maior destaque na defesa do ativismo judicial no Brasil, Luís Roberto Barroso¹¹⁸, fez o seu mestrado –, segundo o qual os preceitos legais são maleáveis e que sempre haverá razoáveis diferenças de opinião acerca da interpretação do Direito, de modo que o juiz pode escolher qual dessas opções quer acolher, até porque não há uma única resposta correta – aqui, as semelhanças com Kelsen não são coincidência, em que pese muitos afirmem adotar essa visão maleável do Direito como algo “pós-positivista”. Assim, um juiz que aceita tal ponto de vista sabe que as escolhas políticas são inevitáveis e voluntariamente exerce a jurisdição com fins a serem atingidos.

Ainda a propósito, Schlesinger¹¹⁹ aponta que os juízes ativistas entendem que Direito e Política são inseparáveis, sendo as decisões judiciais exaradas com o objetivo de se atingir certos objetivos. Reputam que a atividade jurisdicional não pode escapar da própria Política e, portanto, ela deve ser utilizada para atingir os fins sociais mais desejáveis.

Uma observação deve ser feita antes de se passar para a visão do grupo que defende a autocontenção. A ideia de exercício da jurisdição como instrumento político para atingir os fins sociais mais desejáveis geralmente é defendida pelos adeptos do ativismo como uma visão romântica, em que tal prática levará a uma sociedade mais justa, bondosa, igualitária, próspera, feliz etc.

¹¹⁶ Esta é uma tradução livre do seguinte trecho: “*This conflict may be described in several ways. The Black-Douglas group believes that the Supreme Court can play an affirmative role in promoting the social welfare; the Frankfurter-Jackson group advocates a policy of judicial self-restraint. One group is more concerned with the employment of the judicial power for their own conception of the social good; the other with expanding the range of allowable judgment for legislatures, even if it means upholding conclusions they privately condemn. One group regards the Court as an instrument to achieve desired social results; the second as an instrument to permit the other branches of government to achieve the results the people want for better or worse. In brief, the Black-Douglas wing appears to be more concerned with settling particular cases in accordance with their own social preconceptions; the Frankfurter-Jackson wing with preserving the judiciary in its established but limited place in the American system*”, *Ibidem*, p. 1447.

¹¹⁷ KMIEC, Keenan D. *Op. Cit*, p. 1447.

¹¹⁸ Aponta-se Barroso como um dos personagens de maior destaque do ativismo judicial no Brasil não apenas por conta das ideias ventiladas nos seus trabalhos acadêmicos – alguns inclusive citados neste trabalho –, mas também por conta de sua atuação como ministro do Supremo Tribunal Federal.

¹¹⁹ SCHLESINGER Jr, Arthur M., *The Supreme Court*, **Fortune**, 1947, ps. 202-208 *apud* KMIEC, Keenan D. *Op. Cit*, p. 1447.

Mas quem tem o poder de definir o que é justiça? O que é felicidade? O que é o bem? O que é a vida?

Aí que mora o perigo: acompanhada dessa visão romântica há sempre convicções pessoais que o emissor do discurso acha serem as corretas e que, portanto, devem ser seguidas por toda a comunidade – e quem dele discorda é um monstro. No filme *Avengers: Infinity War*¹²⁰, o vilão Thanos queria construir uma sociedade igualitária, onde não há fome, miséria, injustiça. A solução por ele adotada? Dizimar metade do universo de forma aleatória...

O pior vilão é aquele que realmente acredita que suas ideias são boas e legítimas.

Voltando ao debate acerca do uso da expressão, Schlesinger¹²¹ apontou que, ao contrário dos ativistas, o grupo Frankfurter-Jackson, apontado como “campeões da autocontenção”, é mais cético no que diz respeito às noções pessoais e individualistas dos juízes acerca do que é justiça – até porque no meio deles pode haver um Thanos. Os campeões da autocontenção resistem à ideia de uma supremacia judicial, independentemente da ideologia e “boas intenções”, respeitando o processo democrático e a vontade emitida pelos legisladores eleitos pelo povo. Tendo em vista que as pessoas podem ter opiniões distintas acerca dos mais diversos assuntos – o que é justiça? O que é felicidade? O que é o bem? O que é a vida? –, é errado querer impor a elas a visão particular do juiz. Qualquer medida nesse sentido leva a um despotismo judicial, o que enfraquece a democracia.

Escolhas políticas são debatidas no cenário político, e não através da imposição da vontade e concepções pessoais dos juízes.

Diante de todo o exposto, o que se revela é que “ativismo judicial”, seja no campo da prática – o julgamento *Marbury vs Madison*– seja no campo das ideias – o artigo de Arthur Schlesinger Jr. – foi empregado num contexto histórico em que a interpretação e aplicação do Direito se revelou um instrumento para alteração/manutenção do cenário sociopolítico de acordo com as convicções pessoais, morais e políticas do(s) magistrado(s).

Vontade política, portanto, é o que está por detrás do ativismo judicial.

¹²⁰ No Brasil “Vingadores: Guerra Infinita”

¹²¹ SCHLESINGER Jr, Arthur M., The Supreme Court, *Fortune*, 1947, ps. 202-208 *apud* KMIEC, Keenan D. *Ibidem. Loc. Cit.*

4.2 IMPORTAÇÃO ACRÍTICA DE ENSINAMENTOS DA DOCTRINA ESTADUNIDENSE E SUA APLICAÇÃO EQUIVOCADA NO BRASIL

Analisar o contexto social, cultural, político, jurídico etc. de outras nações e realizar um intercâmbio com o que há no Brasil não é algo ruim. Ao contrário, este tipo de diálogo é muito enriquecedor e ajuda o povo a ter novos olhares sobre questões das mais diversas.

O processo constituinte de 1988 no Brasil, que é efetivado num período posterior ao contexto ditatorial e de restrição a direitos fundamentais do regime militar, faz nascer uma Constituição compromissada com a proteção dos direitos do cidadão e também dos programas constitucionalmente estabelecidos. Esta nova Constituição posiciona toda a sociedade numa posição de guardião e protetora dos direitos, seja por meio da sociedade civil em si, seja pela atuação do Poder Executivo, Legislativo e (também) do Judiciário.

O fato de se colocar o Judiciário numa posição mais destacada do que nos contextos históricos anteriores dá ensejo a uma nova forma de se interpretar e aplicar o Direito, o que levou a doutrina brasileira a olhar para bases teóricas nos países em que constituições comprometidas com o Estado Democrático do Direito já estavam vigentes e em aplicação.

Esse “olhar para o novo” acabou repousando em doutrinas como a da jurisprudência dos valores, o reconhecimento da força normativa dos princípios, a técnica da proporcionalidade, etc. Mas a “importação” de novos marcos teóricos se deu num caráter de “universalidade”, ignorando o contexto histórico e cultural em que elaborados.

É o caso, por exemplo, da Teoria dos Direitos Fundamentais de Robert Alexy, especialmente no que diz respeito ao reconhecimento da espécie de normas como princípios e a técnica da proporcionalidade. Ainda no primeiro capítulo da citada obra¹²², Alexy expressamente afirma que a teoria por ele desenvolvida diz respeito aos direitos fundamentais apenas positivados no texto da Constituição alemã, além de levar em conta a prática da interpretação e aplicação de tais direitos de acordo com o que produz o Tribunal Constitucional Alemão – não se tratando, pois, de uma teoria cuja aplicação tenha pretensões universais.

A análise a ser aqui desenvolvida diz respeito a uma teoria jurídica geral dos direitos fundamentais da Constituição alemã. O objeto e a natureza dessa teoria decorrem dos três atributos mencionados: ela é, em primeiro lugar, uma teoria dos direitos fundamentais da Constituição alemã; em segundo lugar, uma teoria jurídica; e, por fim, uma teoria geral.

¹²² ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2015. Tradução de: Virgílio Afonso da Silva, ps. 31-50.

Uma teoria dos direitos fundamentais da Constituição alemã é uma teoria acerca de determinados direitos fundamentais positivos vigentes. Isso a diferencia tanto de teorias sobre direitos fundamentais que tenham vigido no passado (teorias histórico-jurídicas), como de teorias sobre direitos fundamentais per se (teorias filosófico-jurídicas), como de teorias sobre direitos fundamentais que não os da Constituição alemã - por exemplo, teorias sobre direitos fundamentais de outros países ou teorias sobre direitos fundamentais dos Estados Federados alemães.¹²³

Nada obstante o autor expressamente afirme que a sua teoria diz respeito apenas aos direitos fundamentais da Constituição alemã, há doutrinadores no Brasil que a adotam como se fosse uma teoria de pretensão universal, sem realizar o devido exame crítico que exige a compreensão do contexto social, cultural, político e histórico diferente em ambos os países.

Há diversas incoerências doutrinárias na interpretação e aplicação da doutrina de Robert Alexy, mas, em razão de o ativismo judicial ter inicialmente seus marcos prático – caso *Marbury vs Madison* – e teórico – a contribuição lançada desde a década quarenta do século passado por Arthur Schlesinger Junior – nos Estados Unidos, focar-se-á em como a “importação” da visão estadunidense se deu de forma acrítica, abrindo espaço para um imaginário coletivo de que o ativismo judicial é algo inerente à atividade jurisdicional no âmbito de um Estado Democrático de Direito.

É dizer, os ensinamentos levantados nos Estados Unidos por alguns doutrinadores devem ser analisados tendo-se em vista o distinto contexto daquele país e, ao serem trazidos ao Brasil, merecem uma adaptação em razão do cenário jurídico e cultural aqui vivenciado. E mais: há de se levar em conta também que teses que defendem uma atuação mais ativa do Judiciário (posição ativa não se confunde com posição ativista), como a de uma leitura moral da Constituição, ou de que esta pode ter seu sentido transmutado por meio de uma interpretação feita pelos Tribunais, não são pontos pacíficos nem mesmo dentro da própria academia estadunidense.

Começemos com o fato de que os Estados Unidos promulgaram sua Constituição em 1787, estando vigente até hoje. São sete artigos que se dividem em seções, num total de setenta e dois dispositivos, contando as emendas constitucionais. Aliás, é interessante ressaltar que, em mais de dois séculos, ela só foi emendada vinte e sete vezes – a última emenda data de 1992.

Já o Brasil, desde quando se tornou independente de Portugal, teve sete Constituições: a Constituição de 1824, na época do Império; Constituição de 1891, após o golpe

¹²³ *Ibidem*, ps. 31-32.

militar que derrubou a monarquia e implementou o governo republicano; a Constituição de 1934, quando Getúlio Vargas era o presidente da república; a Constituição de 1937, quando Getúlio promoveu golpe de Estado e implementou uma ditadura; a Constituição de 1946, que retomou o regime democrático no Brasil; a Constituição de 1967, outorgada após o golpe parlamentar/militar que implementou outra ditadura no país, e, por fim; a Constituição de 1988, apelidada de Constituição cidadã, e que marca no Brasil o Estado Democrático de Direito.

Esta última, a Constituição da República Federativa do Brasil, possui nove Títulos, os quais tratam dos Princípios Fundamentais; dos Direitos e Garantias Fundamentais; da Organização do Estado; da Organização dos Poderes (Executivo, Legislativo e Judiciário); da Defesa do Estado e das Instituições Democráticas; da Tributação e do Orçamento; da Ordem Econômica e Financeira; da Ordem Social; e das Disposições Constitucionais Gerais. Além desses Títulos, há também os Atos das Disposições Constitucionais Provisórias.

Cada Título da Constituição Brasileira apresenta Capítulos, que se subdividem em Seções, e algumas se desdobram em Subseções.

Pois bem. Apenas o Título IV, que trata da Organização dos Poderes (Executivo, Legislativo e Judiciário) possui quatro Capítulos e vinte e seis Seções. Quantos dispositivos há neste Título? O somatório dos *caputs* de artigo, parágrafos, alíneas e incisos dá um total de setecentos e sessenta enunciados.

É dizer, apenas um Título da Constituição Brasileira possui dez vezes mais a quantidade de dispositivos que toda a Constituição estadunidense, vigente desde 1787.

Não se pode esquecer, ademais, que a Carta dos Estados Unidos passou por “apenas” vinte e sete emendas desde a sua promulgação. Já no Brasil, a Constituição Federal, promulgada em 1988 já passou por mais de cem emendas.

E a quantidade espantosa de dispositivos constitucionais e emendas não é a única diferença entre os textos constitucionais dos dois países. Há também que se reputar que a Constituição brasileira é exaustivamente analítica – em verdade, ela é casuística. Desce à minúcia de detalhes que, a bem da verdade, poderiam muito bem ser abordados em diplomas infraconstitucionais.

Vejamos. No Título III, que trata da Organização do Estado brasileiro, há, no Capítulo IV, um curioso dispositivo: trata-se do artigo 29, que aborda especificamente da organização do Município (entidade federativa que existe apenas no Brasil). Somente este artigo possui 14 incisos, e um deles, o inciso IV, apresentada nada mais, nada menos que 24

álneas. E o que é que trata esse inciso IV para ter tantas álneas? Bem, ele descreve quantos vereadores deve haver no Município de acordo com a quantidade de habitantes:

IV - para a composição das Câmaras Municipais, será observado o limite máximo de:

- a) 9 (nove) Vereadores, nos Municípios de até 15.000 (quinze mil) habitantes;
- b) 11 (onze) Vereadores, nos Municípios de mais de 15.000 (quinze mil) habitantes e de até 30.000 (trinta mil) habitantes;
- c) 13 (treze) Vereadores, nos Municípios com mais de 30.000 (trinta mil) habitantes e de até 50.000 (cinquenta mil) habitantes;
- d) 15 (quinze) Vereadores, nos Municípios de mais de 50.000 (cinquenta mil) habitantes e de até 80.000 (oitenta mil) habitantes;
- e) 17 (dezessete) Vereadores, nos Municípios de mais de 80.000 (oitenta mil) habitantes e de até 120.000 (cento e vinte mil) habitantes;
- f) 19 (dezenove) Vereadores, nos Municípios de mais de 120.000 (cento e vinte mil) habitantes e de até 160.000 (cento sessenta mil) habitantes;
- g) 21 (vinte e um) Vereadores, nos Municípios de mais de 160.000 (cento e sessenta mil) habitantes e de até 300.000 (trezentos mil) habitantes;
- h) 23 (vinte e três) Vereadores, nos Municípios de mais de 300.000 (trezentos mil) habitantes e de até 450.000 (quatrocentos e cinquenta mil) habitantes;
- i) 25 (vinte e cinco) Vereadores, nos Municípios de mais de 450.000 (quatrocentos e cinquenta mil) habitantes e de até 600.000 (seiscentos mil) habitantes;
- j) 27 (vinte e sete) Vereadores, nos Municípios de mais de 600.000 (seiscentos mil) habitantes e de até 750.000 (setecentos cinquenta mil) habitantes;
- k) 29 (vinte e nove) Vereadores, nos Municípios de mais de 750.000 (setecentos e cinquenta mil) habitantes e de até 900.000 (novecentos mil) habitantes;
- l) 31 (trinta e um) Vereadores, nos Municípios de mais de 900.000 (novecentos mil) habitantes e de até 1.050.000 (um milhão e cinquenta mil) habitantes;
- m) 33 (trinta e três) Vereadores, nos Municípios de mais de 1.050.000 (um milhão e cinquenta mil) habitantes e de até 1.200.000 (um milhão e duzentos mil) habitantes;
- n) 35 (trinta e cinco) Vereadores, nos Municípios de mais de 1.200.000 (um milhão e duzentos mil) habitantes e de até 1.350.000 (um milhão e trezentos e cinquenta mil) habitantes;
- o) 37 (trinta e sete) Vereadores, nos Municípios de 1.350.000 (um milhão e trezentos e cinquenta mil) habitantes e de até 1.500.000 (um milhão e quinhentos mil) habitantes;
- p) 39 (trinta e nove) Vereadores, nos Municípios de mais de 1.500.000 (um milhão e quinhentos mil) habitantes e de até 1.800.000 (um milhão e oitocentos mil) habitantes;
- q) 41 (quarenta e um) Vereadores, nos Municípios de mais de 1.800.000 (um milhão e oitocentos mil) habitantes e de até 2.400.000 (dois milhões e quatrocentos mil) habitantes;

- r) 43 (quarenta e três) Vereadores, nos Municípios de mais de 2.400.000 (dois milhões e quatrocentos mil) habitantes e de até 3.000.000 (três milhões) de habitantes;
- s) 45 (quarenta e cinco) Vereadores, nos Municípios de mais de 3.000.000 (três milhões) de habitantes e de até 4.000.000 (quatro milhões) de habitantes;
- t) 47 (quarenta e sete) Vereadores, nos Municípios de mais de 4.000.000 (quatro milhões) de habitantes e de até 5.000.000 (cinco milhões) de habitantes;
- u) 49 (quarenta e nove) Vereadores, nos Municípios de mais de 5.000.000 (cinco milhões) de habitantes e de até 6.000.000 (seis milhões) de habitantes;
- v) 51 (cinquenta e um) Vereadores, nos Municípios de mais de 6.000.000 (seis milhões) de habitantes e de até 7.000.000 (sete milhões) de habitantes;
- w) 53 (cinquenta e três) Vereadores, nos Municípios de mais de 7.000.000 (sete milhões) de habitantes e de até 8.000.000 (oito milhões) de habitantes; e
- x) 55 (cinquenta e cinco) Vereadores, nos Municípios de mais de 8.000.000 (oito milhões) de habitantes;

Deveria a Constituição Federal ser assim tão minuciosa, ou deixar tal assunto para atos normativos infraconstitucionais?

Enquanto o leitor pensa a respeito, vejamos outro exemplo.

Seria impraticável a Constituição apontar precisamente o valor do salário/vencimento de uma autoridade pública. Caso o fizesse, ela teria que ser alterada praticamente todo ano no caso de haver a necessidade de aumentar a remuneração. Entretanto, os membros da assembleia constituinte, com o receio de que houvesse uma grande diferença remuneratória entre os mandantes, adotaram a seguinte estratégia: muito embora o valor propriamente dito seja fixado em lei, a Constituição garante para diversos cargos uma relação de percentual remuneratório mínimo. Assim, o §2º do artigo 27 determina que o subsídio dos Deputados Estaduais será fixado por lei, mas na razão de, no mínimo, setenta e cinco por cento daquele estabelecido para os Deputados Federais. Os vereadores não poderiam – ou melhor, não quiseram – ficar de fora. Assim, e chamando de novo um dos imensos incisos do artigo 29, encontramos o seguinte (os destaques em negrito não constam no texto original):

Art. 29. O Município reger-se-á por lei orgânica, votada em dois turnos, com o interstício mínimo de dez dias, e aprovada por dois terços dos membros da Câmara Municipal, que a promulgará, atendidos os princípios estabelecidos nesta Constituição, na Constituição do respectivo Estado e os seguintes preceitos:

[...]

VI - o subsídio dos Vereadores será fixado pelas respectivas Câmaras Municipais em cada legislatura para a subsequente, observado o que dispõe esta Constituição, observados os critérios estabelecidos na respectiva Lei Orgânica e os seguintes limites máximos:

- a) em Municípios de até dez mil habitantes, **o subsídio máximo dos Vereadores corresponderá a vinte por cento do subsídio dos Deputados Estaduais;**
- b) em Municípios de dez mil e um a cinquenta mil habitantes, **o subsídio máximo dos Vereadores corresponderá a trinta por cento do subsídio dos Deputados Estaduais;**
- c) em Municípios de cinquenta mil e um a cem mil habitantes, **o subsídio máximo dos Vereadores corresponderá a quarenta por cento do subsídio dos Deputados Estaduais;**
- d) em Municípios de cem mil e um a trezentos mil habitantes, **o subsídio máximo dos Vereadores corresponderá a cinquenta por cento do subsídio dos Deputados Estaduais;**
- e) em Municípios de trezentos mil e um a quinhentos mil habitantes, **o subsídio máximo dos Vereadores corresponderá a sessenta por cento do subsídio dos Deputados Estaduais;**
- f) em Municípios de mais de quinhentos mil habitantes, **o subsídio máximo dos Vereadores corresponderá a setenta e cinco por cento do subsídio dos Deputados Estaduais;**

A espantosa precisão com que se apresenta o texto constitucional deveria ser levada em conta quando os juristas estudam a tradição jurídica estadunidense, que conta com um texto constitucional bastante reduzido e de linguagem mais ampla e abstrata.

O seguinte caso ilustrará o que se quer afirmar: no século XIX, nos Estados Unidos, diversos estados do sul adotavam uma política de segregação racial, a qual era reforçada por leis que estabeleciam a divisão racial entre brancos e negros em locais públicos – tais como escolas, praças, teatros, trens etc. Em 1892, Homer Plessy, homem negro, utilizou um trem em New Orleans na seção reservada para pessoas brancas, e foi processado perante a Corte estadual sob a alegação de ter violada legislação que impunha a divisão racial. Houve recurso da decisão, sob a alegação de que a lei de segregação racial violava o direito à igualdade previsto na Constituição estadunidense.

O caso chegou até a Suprema Corte e esta, em 1896, afirmou que tal conteúdo disposto na legislação de New Orleans não violava a Constituição, pois, desde que houvesse espaço para que brancos e negros utilizassem o bem, não haveria ofensa à igualdade. É dizer: a igualdade estaria sendo respeitada se ao cidadão branco e ao negro fossem dadas a oportunidade de usar o trem, ainda que em espaço diferente. Consolidou-se a doutrina conhecida como “separados, mas iguais”. Apenas um magistrado da Corte, John Marshall Harlan, ficou inconformado com a posição dos colegas, afirmando que a Constituição não estabelecia um sistema de castas nos Estados Unidos e tampouco via a cor de pele dos seus cidadãos.

De qualquer modo, na década de 60 do século XX, a Corte novamente teve que se debruçar sobre o tema. No caso *Brown v. Board of Education of Topeka*, mais uma vez foi questionada a possibilidade de um estado, por meio de lei, estabelecer um regime de separação racial, notadamente nas escolas públicas.

Os tempos eram outros. As sociedades mudam seus valores e, nesse caso, a Suprema Corte teve que promover um *overruling*, isto é, superar o precedente anteriormente fixado no caso *Plessy v. Ferguson*. Desta vez, em *Brown v. Board of Education of Topeka*, e por unanimidade, entendeu-se que tal preceito normativo violava a cláusula de igualdade fixada na Constituição.

Qual o imbróglio nesses dois casos? É que o texto da Constituição dos Estados Unidos é muito amplo no que diz respeito à igualdade. Com efeito, a décima quarta emenda determina que

toda pessoa nascida ou naturalizada nos Estados Unidos, e sujeita à sua jurisdição, é cidadã dos Estados Unidos e do Estado onde residir. Nenhum estado poderá promover legislação privando os privilégios ou imunidades dos cidadãos dos Estados Unidos; tampouco poderá qualquer Estado retirar da pessoa sua vida, liberdade ou propriedade sem o devido processo legal; muito menos negar a igual proteção das leis.¹²⁴

Essa notória diferença de contexto linguístico há de ser considerada, notadamente quando parte da doutrina estadunidense defende uma leitura moral e mutável de sua Constituição, justamente por conta de seu texto amplo e abstrato.

Ademais, também deve ser levado em conta um outro fator de distinção: os Estados Unidos são um país cuja tradição jurídica pertence à família do *common law*, de modo que a fixação de precedentes é muito importante para interpretação e aplicação do Direito. Assim, a superação de um precedente – como ocorreu em *Brown v. Board of Education of Topeka* – exige uma fundamentação exaustiva e quase sempre acompanhada de um novo contexto social, cultural, político etc.

É diante desse cenário que os juristas estadunidenses se debruçam. Eis a razão pela qual há diversas teorias acerca de uma interpretação e aplicação “moral” de uma “*living*

¹²⁴ Tradução livre do seguinte texto: “All persons born or naturalized in the United States, and subject to the jurisdiction thereof, are citizens of the United States and of the State wherein they reside. No State shall make or enforce any law which shall abridge the privileges or immunities of citizens of the United States; nor shall any State deprive any person of life, liberty, or property, without due process of law; nor deny to any person within its jurisdiction the equal protection of the laws”

constitution”, tal qual preconizam David Strauss¹²⁵ e Ronald Dworkin¹²⁶ – este último muito conhecido e debatido no Brasil, cujas ideias são expostas quase tanto quanto as do alemão Robert Alexy, de quem se falou acima.

Com efeito, logo na introdução de *Freedom's Law: the moral reading of the american constitution*, Ronald Dworkin invoca a necessidade de uma interpretação/leitura moral da Constituição, notadamente em razão de os direitos fundamentais serem apresentados em enunciados normativos por meio de linguagem ampla e abstrata, tal qual a Primeira Emenda da Constituição dos Estados Unidos, que prevê o direito à “liberdade de discurso”.¹²⁷ A leitura moral da Constituição impõe que o operador do Direito interprete e aplique tais enunciados levando em conta princípios de moralidade, decência política e justiça acolhidos no meio social.

A Primeira Emenda, afirma Dworkin¹²⁸, reconhece um princípio moral – o de que é errado que o governo censure ou controle o que os indivíduos dizem ou publiquem – e incorpora isso ao Direito americano. Portanto, quando um conflito envolvendo a liberdade de discurso precisa ser apreciado – tal qual, cita ele, uma lei que eventualmente proíba a pornografia –, é necessário que se aprecie como é compreendido pela comunidade este princípio moral, ou seja, até que ponto o discurso moral da vedação à censura pode ou não ser aplicada para proibição da censura dentro do ordenamento jurídico estadunidense.

Transportando a ideia de Dworkin para o caso *Brown v. Board of Education of Topeka*, faz todo o sentido realizar uma leitura moral no enunciado da Décima Quarta Ementa da Constituição estadunidense, para compreender se a cláusula de igualdade permite uma leitura valorativa que imponha um sistema de divisão racial ou não.

David Strauss, por sua vez, defende uma *living constitution* (Constituição “viva”), que evolui, muda e se adapta aos novos tempos e circunstâncias sem necessariamente passar por um processo formal de alteração.¹²⁹ A Constituição dos Estados Unidos, que foi concebida a mais de duzentos anos, pode sim ser emendada, mas este processo é bastante dificultoso, ao passo que o mundo passa por profundas transformações que não poderiam sequer ser imaginadas na época em que promulgada a Carta Magna estadunidense. É inviável, portanto,

¹²⁵ STRAUSS, David A.. **The Living Constitution**. Oxford: Oxford University Press, 2010.

¹²⁶ DWORKIN, Ronald. **Freedom's Law: the moral reading of the american constitution**. Oxford: Oxford University Press, 1996.

¹²⁷ *Ibidem*, p. 2.

¹²⁸ *Ibidem*, *Loc. Cit.*

¹²⁹ STRAUSS, David A.. *Op. Cit.*, p. 1.

esperar que a Constituição se adapte aos novos tempos por meio de simples processos de emenda constitucional.

Uma outra questão que merece destaque é que o processo formal de alteração do texto constitucional adotado nos Estados Unidos é dificultoso. Nos termos do artigo V, para que o procedimento de emenda à Constituição possa ser iniciado, é necessária a aprovação de dois terços dos membros da Câmara e do Senado Federal ou, então, da aprovação das assembleias de dois terços dos estados-membro – a Constituição da República Federativa do Brasil, por sua vez, exige apenas um terço, seja da Câmara ou do Senado, além de prever outros legitimados, como o Presidente da República, para dar início ao processo de emenda. Após o início do procedimento, a emenda somente será validada se obtiver a aprovação das assembleias de três quartos dos estados-membro ou das convenções reunidas para este fim – no Brasil, exige-se que, em dois turnos de votação, três quintos dos membros da Câmara e Senado Federal o aprovem.

Diante desse cenário, Strauss defende que a Constituição dos Estados Unidos é “viva” e passa por transformações constantes em razão de estar inserida num contexto da tradição do *common law*.¹³⁰ Com efeito, o *common law* é um sistema em que não é focado na ideia de um “Direito textualizado”, mas nos precedentes e na tradição que é acumulada ao longo do tempo pelos membros da sociedade. O respeito ao precedente judicial abre espaço para adaptações e mudanças, desde que estas advenham de um contexto de mudança na tradição social. “Nosso sistema constitucional”, aduz David Strauss acerca do ordenamento estadunidense, “tornou-se um sistema de *common law*, no qual os precedentes e as práticas do passado são, de certo modo, tão importantes quanto o próprio texto escrito da Constituição dos Estados Unidos”¹³¹.

Isto posto, defende que a Constituição estadunidense é “*living*” (viva) para se adaptar às mudanças dos padrões de vida da sociedade sem precisar de expressas alterações textuais. Nada obstante, ela também é capaz de proteger princípios fundamentais da sociedade contra a investida impetuosa de sentimentos e opiniões transitórias da população ao se agarrar na tradição e nos costumes.

¹³⁰ *Ibidem*, p. 3.

¹³¹ Tradução livre da seguinte passagem: “*Our constitutional system—I’ll maintain—has become a common law system, one in which precedent and past practices are, in their own way, as importante as the written U.S. Constitution itself*”, *Ibidem*, *Loc. Cit.*

Outro ponto que merece um exame adequado no momento de se estudar tais teorias é a de que os Estados Unidos são um país da família do *common law* em razão de sua formação cultural influenciada pelo pensamento político conservador.

A propósito, o termo “conservador” é aqui empregado no sentido da filosofia política, e não a expressão que acabou sendo demonizada nas redes sociais, na qual a palavra “conservador” é deturpada para se referir a pessoas com pensamentos preconceituosos e retrógrados.

Uma das bases do pensamento conservador é a de que a legitimação do poder político vem de baixo para cima, isto é, nasce no meio da sociedade e só então chega aos escalões máximos das instituições públicas.¹³² Não é de cima para baixo, não é uma autoridade que, formulando teorias filosóficas dentro das quatro paredes de seu confortável gabinete, quem irá impor a todos os indivíduos da comunidade as normas de convívio social – sejam normas de etiqueta, morais ou até mesmo jurídicas.

As regras de convívio social nascem através da interação particular dos indivíduos, travadas no dia a dia. As pessoas já nascem dentro de uma comunidade – a família –, e desde cedo vão aprendendo como se comportar perante o outro e, na medida em que vão se inserindo cada vez mais na sociedade – através da formação de outros grupos, como os colegas da escola, do trabalho, os membros de um clube, de uma igreja etc. – as regras de convívio social vão se solidificando e se adaptando. O comportamento, testado e “retestado” na prática cotidiana ao longo de anos, de décadas, forma uma tradição.

O fato de o comportamento social ter se solidificado, construído ao longo de vários anos, sujeitando-se ao teste do tempo, é que leva à legitimidade da tradição. Não o é, portanto, uma autoridade “de cima” que impõe a “norma correta”, ainda que tal autoridade esteja com a melhor das intenções.

William Blackstone, juiz que exerceu sua atividade na Inglaterra do final do século XVIII e antes mesmo da Revolução Americana, escreveu obra¹³³ defendendo o *common law* e o uso de leis não escritas como práticas testadas e acolhidas pelo povo inglês ao longo do tempo na solução dos conflitos sociais. Aponta como o apego aos costumes e tradições são

¹³² SCRUTON, Roger. **Conservadorismo**: Um convite à grande tradição. Rio de Janeiro: Record, 2019. Tradução de: Alessandra Bonruquer, p. 20.

¹³³ Mais precisamente, os ensinamentos de Blackstone podem ser encontrados no primeiro volume do seu *Commentaries on The Laws of England*. Para mais, vide BLACKSTONE, William. **Commentaries of the Laws of England**: Book I - of the rights of persons. Oxford: Oxford University Press, 2016.

característicos daquela sociedade e como as normas de convívio social assim elaboradas funcionam mais do que o seriam as regras esboçadas pela vontade de determinada autoridade. Suas ideias foram importantes para o estabelecimento da doutrina política do conservadorismo na Inglaterra, marcando o tom “cético, empírico e focado no legado concreto de um povo e suas instituições, e não em ideias abstratas de legitimidade política, criadas para se aplicarem a todas as pessoas em toda parte”.¹³⁴

Esta tradição conservadora, que leva a um contexto de aplicação da família do *common law*, foi absolvida pelos Estados Unidos, mesmo após sua independência do governo britânico e da promulgação de sua Constituição.

Foi esse sentimento de preservação da tradição e costumes que levou os Estados Unidos a adotarem um texto constitucional com objetivos distintos daqueles programas revolucionários da França pós-1789 – que tinha a intenção de modificar o contexto social, histórico e cultural com a implementação de práticas novas impostas “de cima para baixo”

Com efeito, a Constituição estadunidense e os direitos nela invocados “estavam indelevelmente marcadas pela jurisdição do *common law* e haviam sido compreendidas, por todos os signatários, como tentativa de proteger os antigos direitos e privilégios do povo, como definidos e descobertos pelo direito”¹³⁵. É dizer, a Carta Magna dos Estados Unidos foi concebida para preservar aos cidadãos dos direitos que eles gozavam antes que o governo britânico resolvesse alterar o contexto social até então delineado.

Assim, os Estados Unidos reconheceram em sua Carta a prática que já era até então estabelecida, resistindo à tentativa de sua então metrópole de alterar o cenário social, cultural, econômico etc. Não foi uma receita revolucionária de imposição de uma nova ordem de coisas.

Isso posto, o *common law* não cria uma ordem jurídica nova, mas a reconhece. Atesta como legítima as soluções que são aplicadas no cotidiano das pessoas e que são adotadas ao longo de um período de tempo estável o suficiente para que elas sejam incorporadas ao comportamento social por meio da convivência com a comunidade e seus grupos – as práticas de boa convivência familiar, de um bom desenvolvimento da atividade do comércio, do bom desenvolvimento nas relações no ambiente de trabalho etc. Ainda com a precisa observação de Roger Scruton, o *common law*, por crer na tradição e nos costumes, tende a manter a sociedade

¹³⁴ SCRUTON, Roger. *Op. Cit.*, p. 21.

¹³⁵ *Ibidem*, p. 38.

em uma situação de equilíbrio e estabilidade, diferentemente do sistema de *civil law*, o qual “tenta antecipar os conflitos e, desse modo, acaba por criá-los”.¹³⁶

Enfim, o modo de pensar o Direito, na tradição estadunidense, é marcado pelo sistema do *common law*, que foca no costume do povo e na “descoberta” do Direito, e não na sua “criação”. No *common law* o juiz não cria o Direito. Ele o descobre por meio das práticas e da tradição do povo, pois é daí que nascem as regras de convívio social – normas de etiqueta, moral e jurídicas – bem como é daí que se reconhece a sua legitimidade. Os tribunais apenas atestam e reconhecem o que na tradição já se consolida.

Diferentemente é o contexto brasileiro. Aqui o modelo de pensar o Direito se enquadra na família do *civil law*¹³⁷. É dizer: ao buscar a resposta para um problema jurídico, o operador do Direito brasileiro não questiona “o que diz a tradição e as práticas consolidadas pela sociedade ao longo do tempo e que são reconhecidas e confirmadas pelo Judiciário”. No sistema do *civil law*, pensa-se a resposta para um problema da seguinte forma “o que diz a Lei?” – lei aqui em maiúsculo para se referir aos diplomas normativos em caráter geral.

Não se quer dizer que um sistema seja melhor do que o outro, pois isso faz parte da cultura de um povo. Ambos os sistemas têm vantagens e desvantagens. Ora, no sistema do *common law*, o respeito à tradição e ao costume do povo dá um caráter de maior legitimidade e aceitação das normas jurídicas, ao passo que as respostas para uma mudança de paradigma social são muito mais lentas, o que causa muitas vezes impasses e desconfortos. No *civil law*, a resposta para impasses sociais se dá de forma mais ágil, enquanto uma de suas desvantagens é a questão do reconhecimento da legitimidade e eficácia do Direito – havendo, como muito bem se vê no contexto brasileiro, aquelas famosas “leis que não pegam”, ou seja, normas que são aprovadas pela autoridade constituinte, mas tão desconexas do contexto social que carecem de eficácia, como a vedação ao “jogo do bicho”.

¹³⁶ *Ibidem*, p. 100.

¹³⁷ A bem da verdade, muito embora esta seja a afirmação da maioria da doutrina, há autores, como Fredie Didier Júnior, que entendem que a tradição brasileira não é “nem *civil law*, nem *common law*”, mas um regime híbrido. Isso porque, segundo o mencionado autor, o Ordenamento Jurídico brasileiro apresenta características muito peculiares, como a inspiração estadunidense do direito constitucional ao lado de um direito infraconstitucional inspirado na família romano-germânica, além da coexistência do modelo de controle de constitucionalidade difuso (inspirado no *judicial review* americano) e o controle concentrado (modelo austríaco). Outrossim, existem inúmeras codificações legislativa (*civil law*) ao mesmo tempo em que se constrói um sistema de valorização dos precedentes judiciais extremamente complexo (*common law*). Para mais, vide, DIDIER JUNIOR, Fredie. **Curso de Direito Processual Civil**: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento. 21. ed. Salvador: Juspodivm, 2019, ps. 65-68.

Mas o que tudo isso tem a ver com a importação acrítica de teorias estrangeiras? É que ao se debruçar sobre questões como uma “*living constitution*”, uma leitura moral dos enunciados normativos, ou até mesmo da análise de julgamentos proferidos internacionalmente, parte significativa da doutrina ignora – ou dá pouca atenção – ao fato de que se está diante de um contexto social, filosófico, histórico, cultural e jurídico distinto.

Com efeito, muitas dessas questões tomam dimensões distintas ao se analisar o contexto brasileiro. Vejamos, a propósito, o exemplo citado acima por Dworkin na defesa de uma leitura moral da Constituição. Tal técnica foi empreendida, por exemplo, para solucionar o caso envolvendo leis de segregação racial nos Estados Unidos na década de 60 do século passado.

No caso brasileiro, e a partir da mentalidade “o que diz a lei?” – ou melhor, a Constituição – a solução para um caso parecido dispensaria a técnica proposta por Dworkin. Isso porque o inciso IV do artigo 3º da Constituição brasileira expressamente prevê que constitui objetivo da República Federativa do Brasil a promoção do bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

Veja que o texto apresenta uma dimensão linguística muito mais clara e precisa do que aquela adotada na décima quarta emenda da Constituição estadunidense. O emprego de uma técnica interpretativa de investigação do significado de um princípio moral que norteia a sociedade acerca da impossibilidade de segregação racial – tal qual proposta por Dworkin no caso americano – aqui se revela desnecessária: a Constituição brasileira já o faz expressamente. É algo típico do *civil law*, como dito acima: o legislador/constituinte já apresenta respostas para problemas formulados *a priori*.

Outro exemplo. O estado de Nova York, em 1895, editou uma lei no sentido de limitar as horas laborais dos padeiros: o limite da carga horária era de dez horas por dia ou sessenta horas semanais. Inclusive, punia criminalmente os donos de padaria que estabelecessem a seus empregados horas de trabalho acima do legalmente estipulado.

Joseph Lochner, dono de padaria na cidade de Utica, organizou a escala de trabalho de seus empregados da seguinte forma: os padeiros chegavam ao estabelecimento no início da noite, onde preparavam a massa de pão e, empós, dormiam em um alojamento dentro da padaria. Ao acordar de manhã cedo, assavam os pães. Lochner computava o período em que seus trabalhadores dormiam como hora remunerada e, por contar como jornada de trabalho, o

tempo em que os padeiros ficavam na loja ultrapassava o limite imposto na legislação de Nova York.

Em 1899, Joseph Lochner foi processado porque um de seus empregados acabou ultrapassando a jornada de sessenta horas semanais. A defesa de Lochner sustentou que a cláusula do devido processo, prevista na décima quarta ementa, permitia que ele celebrasse contratos com os interessados sem que o Estado pudesse tolher a liberdade de contratante e contratado. Por outro lado, o estado de Nova York alegou que a medida era necessária para manutenção da saúde dos padeiros – o que foi rebatido por Lochner, que sustentou as boas condições de higiene no seu estabelecimento, contando com uma área bem ventilada para que seus trabalhadores dormissem no período de preparo das massas e de assamento dos pães.

Foi no ano de 1905 que o caso foi parar na Suprema Corte, que teve que se debruçar, inicialmente, se o direito à liberdade contratual estaria de fato amparada pela cláusula do devido processo legal. Nesse ponto, o Tribunal invocou um precedente, o caso *Allgeyer v. Louisiana*, no qual restou reconhecido que o enunciado que consta na décima quarta ementa, de que nenhum estado poderá privar qualquer pessoa de sua vida, liberdade ou bens sem o devido processo legal, abraça a liberdade contratual.

Tendo (re)afirmado que a liberdade contratual encontra respaldo na décima quarta emenda, pois é uma liberdade do indivíduo, a Corte também assentou que tal liberdade não é ilimitada – “a liberdade de um termina quando começa a de outrem” –, podendo ser restringida quando o Estado precisa agir em questões que envolvem saúde, segurança, etc.

Somente então é que a Corte analisou as circunstâncias fáticas, isto é, se o trabalho dos padeiros estava sujeito a riscos tão severos que careciam de uma maior proteção por parte do Estado para garantia de saúde e segurança. Os magistrados reputaram que esse tipo de atividade não enseja tal proteção ativa, diferentemente, por exemplos, de trabalhadoras de mina de carvão – invocando, neste caso, outro precedente: o julgamento do caso *Holden v. Hardy*. Por carecer de necessidade de maior proteção, a Suprema Corte julgou inconstitucional a lei de Nova York que limitava as horas de trabalho dos padeiros.

Ora, os objetos da lide podem assim ser elencados: (1) há proteção constitucional à liberdade contratual?; (2) pode o Poder Público limitar tal liberdade?; (3) na hipótese de ser permissível a limitação à liberdade, há limites à capacidade limitativa?

Tudo isso foi necessário se enfrentar porque, retome-se, a Constituição dos Estados Unidos adota enunciados abertos quando elenca os direitos dos seus cidadãos, o que exige a

“leitura moral” defendida por Dworkin – “moral” essa, relembre-se, que não é aquela própria e subjetiva do juiz, mas sim dos princípios morais que são adotados pela comunidade pela força dos costumes e da tradição. Não há, textualmente, uma única palavra na Constituição estadunidense acerca da liberdade contratual ou da jornada de trabalho. Outrossim, a necessidade de encarar a Carta Magna como uma “*living constitution*” também aqui se revela presente: os *frames fathers* não dedicaram atenção à eventual possibilidade de limitação de jornada de trabalho e, como o processo de alteração da constituição é muito dificultoso, é imprescindível sua leitura “viva” a partir do que é construído no meio social pelas práticas reiteradas, aceitas e testadas pelo tempo.

E se o caso fosse no Brasil? Para responder à questão, o modelo de racionalidade jurídica do *civil law* leva à seguinte questão: o que diz o texto da Constituição? No caso, os incisos XII e XIV do artigo 7º impõem que é direito do trabalhador a duração do trabalho normal não superior a oito horas diárias e quarenta e quatro semanais, facultada a compensação de horários e a redução da jornada, mediante acordo ou convenção coletiva de trabalho; ou jornada de seis horas para o trabalho realizado em turnos ininterruptos de revezamento, salvo negociação coletiva.

Novamente a característica de um texto analítico se mostra presente, em contraposição ao texto de linguagem “ampla e abrangente”, como apontado por Dworkin na caracterização da Constituição estadunidense.

Ora, a necessidade de se recorrer a princípios morais que são consolidados no tempo e abraçados pela tradição de um povo (A1) para interpretar e aplicar enunciados normativos de linguagem ampla e abstrata (B1), positivados a mais de dois séculos em uma Constituição de difícilíssimo processo de alteração (C1), revela um contexto distinto do brasileiro, como demonstrado nos exemplos anteriores.

E por mais que se aponte tais diferenças, há quem faça ouvidos moucos aos alertas. Melhor dizendo, há quem se oponha às críticas levantadas afirmando que aqueles que as fazem são inimigos da Constituição e da efetivação dos direitos fundamentais.

A título de exemplo, Luís Roberto Barroso sustenta que a jurisdição constitucional nos Estados Unidos, marcada por momentos emblemáticos como a decisão do caso *Marbury vs Madison*, “deu destaque ao Poder Judiciário e estimulou uma posição mais ativista em favor

dos direitos fundamentais”¹³⁸. Afirma o autor ser um paradoxo o fato de este “modelo” ser contestado no Brasil, onde, segundo suas próprias palavras, “uma virada conservadora prega a autocontenção e a interpretação mais estrita da Constituição”.¹³⁹ Além disso, ele também defende uma jurisdição constitucional do Supremo Tribunal mais fortalecida e atuante para preservar o Estado de Direito e promover avanços democráticos, em contraposição à “hegemonia do Executivo e por déficits de representatividade do Legislativo”.

Vamos refutá-lo por partes.

A começar, o caso *Marbury vs Madison* não tem relação com uma posição “mais ativista em favor dos direitos fundamentais”. Conforme se demonstrou, a Corte, presidida por John Marshall, inimigo do então presidente Thomas Jefferson, fez do caso uma estratégia de combate político entre federalistas e republicanos, não tendo relação com a afirmação dos direitos fundamentais – afinal de contas, o próprio direito reclamado pelo autor não foi concedido. A tutela vindicada por William Marbury envolvia ato que foi praticado pelo próprio Marshall, à época Secretário de Estado, para fazer frente ao avanço republicano. Ademais, o direito de Marbury ser nomeado magistrado foi uma afronta ao partido republicano, que não deu a ele a posse do cargo por ter sido nomeado pelo federalista John Adams. Nada obstante, Marshall deu ao seu inimigo a opção de não satisfazer o suposto direito sob a condição de reconhecer o poder de o seu Tribunal anular atos públicos emanados pelo Executivo e Legislativo – chefiados também por inimigos do então presidente da Suprema Corte estadunidense.

Outro ponto a ser evidenciado é que Barroso constrói sua afirmação colocando dois lados em oposição: aqueles que defendem uma posição mais ativista em favor dos direitos fundamentais em face da “paradoxal virada conservadora” que prega autocontenção e interpretação mais estrita da Constituição. Ignora, pois, que a base da “Americanização” que ele invoca é construída a partir de uma cultura política conservadora – novamente, conservadorismo aqui utilizado no sentido filosófico-político, e não no equivocado conceito levantado em militância de rede social. Respeito aos costumes é a marca do pensamento conservador e a essência do *common law* nos países de língua inglesa. Assim, o verdadeiro

¹³⁸ BARROSO, Luís Roberto. A Americanização do Direito Constitucional e Seus Paradoxos: teoria e jurisprudência constitucional no mundo contemporâneo. **Cadernos da Escola de Direito e Relações Internacionais**, Curitiba, v. 9, n. 2, p. 258-301, nov. 2008, p. 258

¹³⁹ *Ibidem*, *Loc. Cit.*

paradoxo é falar em uma “Americanização” que desrespeite a tradição e seja marcado por uma ideia “revolucionária” de imposição de visão numa ordem de cima para baixo.

Do mesmo modo, no que se refere à “autocontenção”, também o autor ignora – ao menos no seu texto – que este é um modelo também defendido na tradição estadunidense – lembre-se dos “campeões da autocontenção” de Arthur Schlesinger Junior. Dizer que a “Americanização” tem a ver com ativismo é ignorar o amplo debate que é travado nos Estados Unidos acerca de como os juízes devem se comportar no exercício da função jurisdicional.

Aquele Ronald Dworkin que escreve acerca de uma interpretação moral dos enunciados normativos amplos e abstratos da Constituição estadunidense é o mesmo que também se opõe ao ativismo judicial, afirmando que o juiz ativista ignora o texto da Constituição, o seu contexto histórico, os precedentes da Suprema Corte e também as “duradouras tradições” da cultura política estadunidense. Tudo isso é ignorado pelo juiz ativista para que se imponha a sua própria visão de justiça aos demais Poderes. Mais precisamente, afirma Dworkin que “o ativismo judicial é uma forma virulenta de pragmatismo. Um juiz ativista ignora o texto da Constituição, a história de sua promulgação, as decisões anteriormente proferidas pela Suprema Corte na interpretação constitucional, além das tradições de longa data da nossa cultura”.¹⁴⁰

Será que Barroso, nesse caso, também afirmaria que Dworkin se opõe à “Americanização” do Direito por defender uma “paradoxal” virada conservadora?

Com efeito, o que se verifica é justamente uma importação de doutrina estrangeira sem o devido cuidado, sem a devida atenção ao contexto histórico e cultural que seus autores a expõem. Aliás, ignora-se até o que os próprios autores defendem. Note que Dworkin critica ferrenhamente o ativismo, notadamente porque seus adeptos ignoram a “duradoura tradição” da cultura política de um povo.

A questão da tradição revela, mais uma vez, o que aqui se defendeu: as teorias estadunidenses acerca da interpretação e aplicação do Direito são elaboradas num contexto de uma nação que nasce de uma base conservadora de respeito aos costumes e às práticas da população, reconhecendo os princípios morais construídos coletivamente ao longo das décadas,

¹⁴⁰ Tradução livre do seguinte trecho no original: “*Activism is a virulent form of legal pragmatismo. As activist justice would ignore the Constitution’s text, the history of its enactment, prior decisions of the Supreme Court interpreting it, and long-standing traditions of our political culture*”. DWORKIN, Ronald. *Op. Cit.*, p. 378.

e não com base numa concepção particular e individualista de moral adotada por uma única figura – o juiz – e que deseja impô-la aos demais membros da sociedade.

Continuando na fala de Barroso em seu artigo, é de se salientar que a interpretação mais estrita da Constituição não é um contraponto à “Americanização”. Com efeito, os maiores defensores de uma interpretação mais aberta e de conteúdo moral o fazem apontando o contexto estadunidense, que é manifestamente distinto do brasileiro, qual seja: a vigência de uma Constituição sintética que utiliza expressões amplas para definir direitos e que possui um difícil processo de alteração – tanto que em mais de duzentos anos teve menos de trinta alterações.

Ademais, há parcela significativa da doutrina estadunidense que se opõe a essa *living constitution*. Talvez um dos mais influentes autores nesse sentido seja Antonin Scalia, doutor pela faculdade de Direito de Harvard e professor em diversos cursos jurídicos dos Estados Unidos, dentre eles o da Universidade de Chicago. Scalia era adepto do *originalism*, corrente doutrinária que prega o apego do intérprete aos limites linguístico e histórico do texto da Constituição, acreditando que não deve o magistrado transformar o significado dos enunciados normativos positivados na Carta Magna ou estender o significado para além daquilo que os *frames fathers* tenham escrito. Vale destacar que Scalia foi membro da Suprema Corte estadunidense até a sua morte, em 2016, de modo que a doutrina do *originalism* não ficou apenas em debate acadêmico, sendo levada ao debate no maior Tribunal daquele país.

Não se quer dizer com tudo isso que a posição do *originalism* seja melhor do que a da *living constitution*, ou que é mais adequado realizar uma interpretação mais restritiva e apegada ao texto original da Constituição do que adaptá-la a uma linguagem moral que leva em consideração a tradição construída pelo povo. O ponto principal é este: o ativismo não é unanimidade nem mesmo no país onde surgiu como prática – caso *Marbury vs Madison* – e como observação teórica – relembre-se do artigo de Arthur Schlesinger Junior. Há posicionamentos doutrinários contrários a tal comportamento, de modo que associar o ativismo com uma “Americanização” do Direito é um equívoco.

Por fim, Barroso prega a força da Suprema Corte no avanço democrático em face da crise de representatividade do Legislativo e “hegemonia” do Executivo. Mas, a quem compete corrigir a crise de representatividade do Legislativo: ao povo, que tem o poder e o direito de escolher e trocar os seus próprios representantes num processo democrático, ou a uma autoridade não eleita que quer ver “representada” os seus valores? E a “hegemonia” (?) do Executivo: esta deve ser contornada por meio de eleições livres e periódicas realizadas pelo povo, ou pela vontade de autoridade não eleita que reputa seus valores como os mais elevados?

Ante todo o exposto no presente tópico, deve-se frisar que a importação de modelos teóricos estrangeiros sem o devido cuidado com a adaptação ao cenário brasileiro, ignorando a diferença histórico-cultural presentes em A1B1C1, enseja: (A2) a conduta de se interpretar os enunciados normativos da Constituição brasileira a partir de uma visão subjetiva e particular do magistrado acerca do que é moral – chamemos de “interpretação moral subjetiva” –, e não com base na moral que foi construída pela comunidade e incorporada à tradição do povo por meio de costumes aprovados ao longo do tempo – chamemos de “interpretação moral objetiva” –; (B2) a adoção desta “interpretação moral subjetiva” num contexto em que os enunciados normativos apresentam linguagem precisa e específica, e não nos amplos e abstratos, o que leva a decisões judiciais que contrariam o próprio texto normativo –; (C2) a sensação de poder transformar o Direito conforme suas convicções pessoais de justiça, ainda que o processo de alteração de normas constitucionais seja muito mais simples e corriqueiro do que no ambiente estadunidense – relembre-se que em pouco mais de trinta anos a Constituição Brasileira passou por mais de cem emendas.¹⁴¹

Esses elementos A2, B2 e C2, pois, levam ao ativismo judicial no cenário brasileiro.

4.3 POR UMA DEFINIÇÃO ÚNICA DE ATIVISMO JUDICIAL

No início deste capítulo, afirmou-se que o ativismo é uma questão de Política, e não de Direito propriamente dito. Reforçando esse argumento, vimos o próprio significado da palavra “ativismo”, a qual, em diversas línguas (português, inglês, espanhol, francês etc.) faz referência ao desejo e atitude de um indivíduo – ou ao grupo de indivíduos – que busca alterar o contexto sociopolítico de sua comunidade.

Ainda no campo da análise gramatical, foi pontuado que na expressão “ativismo judicial”, o primeiro termo é um substantivo, enquanto o segundo é um adjetivo, de modo que qualifica o elemento substancial. Assim, a expressão “judicial” expõe que se trata de uma atividade ativista exercida pelo Poder Judiciário.

¹⁴¹ Que fique claro que quando se fala em “interpretação moral objetiva” e “interpretação moral subjetiva” não se está fazendo relação com o conceito de “moral objetiva” ou “moral subjetiva” à luz da filosofia kantiana. A “interpretação moral subjetiva”, como aqui afirmado, é a conduta por meio da qual o magistrado interpreta enunciados normativos a partir da sua visão subjetiva e particular acerca do que é moral, enquanto que a “interpretação moral objetiva” é aquela em que o magistrado analisa os valores morais a partir daquilo que foi construída pela comunidade e incorporado à tradição do povo por meio de costumes aprovados ao longo do tempo.

Logo, ativismo judicial, em uma primeira análise, poderia significar o desejo de influenciar o cenário sociopolítico de uma comunidade por meio do exercício da atividade jurisdicional.

Entretanto, esse conceito precisa ser aperfeiçoado. Isso porque, quando o Legislador cria uma Lei – e aqui se fala tanto em Legislador quanto em Lei no seu mais amplo sentido –, ele pode fazê-lo no sentido de transformar o contexto sociopolítico de uma comunidade, de modo que se um juiz/tribunal aplicar tal legislação, estará aplicando norma jurídica cujo conteúdo tem o condão de transformação social. É dizer: ao aplicar a Lei, o juiz/tribunal estará colocando em prática o desejo do legislador de transformar a sociedade.

Vejamos alguns exemplos.

Não é desconhecido o grave problema que o Brasil sofre em razão da corrupção e má gestão no trato da coisa pública, que causa mazelas à sociedade e cada vez mais desperta paixões desta com revoltas em face das autoridades públicas. A população se revolta de diversas formas – não esqueçamos as manifestações que ocorreram nos últimos anos no Brasil, como as de junho de 2013. Em 2010 foi apresentado perante a Câmara dos Deputados um projeto de iniciativa popular de lei para combater a recorrente transferência de poder a autoridades cuja gestão era marcada por algum tipo de corrupção: a Lei Complementar nº 135 de 2010 – batizada de Lei da Ficha Limpa.

O diploma normativo, após a sua aprovação pela Câmara e Senado, promoveu alterações na Lei Complementar nº. 64 de 1990, chamada de “Lei de Inelegibilidade”, acrescentando hipóteses de inelegibilidade ou aumentando o período da sanção para as figuras públicas que tinham suas contas rejeitas pelos órgãos de controle, sofriam condenação em segundo grau de jurisdição em processos criminais ou de improbidade administrativa, que praticaram abuso de poder econômico e/ou político nas eleições, etc.

Trata-se, portanto, de uma mudança no cenário do jogo político-eleitoral. Assim, quando o juiz/tribunal aplica as sanções de inelegibilidade a agente público, ou o Tribunal Regional Eleitoral indefere certa candidatura, está concretizando a vontade popular de alterar a situação política do País.

Outro exemplo. Em 2015, entrou em vigor o Estatuto da Pessoa com Deficiência, a Lei nº 13.146/2015, que alterou diversos dispositivos do Código Civil para tutelar os direitos fundamentais da pessoa com deficiência. Uma das alterações foi a do regime de incapacidades: antes, as pessoas com enfermidade ou deficiência mental eram legalmente consideradas

incapazes para exercer os atos da vida cotidiana. Com o novo Estatuto, os direitos fundamentais da pessoa com deficiência ganham um novo grau de eficiência e proteção, sendo expressa, no seu artigo 6º, a disposição de que a deficiência não afeta a plena capacidade civil da pessoa, dentre elas a de ser de casar, exercer sua liberdade sexual, reprodutiva etc.

Ora, a legislação alterou o cenário social do Brasil no sentido de dar maior tutela e efetividade aos direitos fundamentais do deficiente. Assim, quando um juiz/tribunal aplica os dispositivos da Lei, está implementando uma mudança que foi desejada e aprovada pelo povo, por meio dos seus representantes constituídos.

Não se pode afirmar, portanto, que ativismo judicial é a implementação de transformação do cenário sociopolítico de uma comunidade por meio do exercício da atividade jurisdicional dos membros do Poder Judiciário, sob pena de se confundir tal conceito com a simples aplicação do Direito em si.

Para aperfeiçoar o termo, é preciso relembrar suas origens.

No tópico “Origens do Ativismo Judicial”, foi apresentado o caso *Marbury vs Madison*, no qual o controle de constitucionalidade foi implementado em razão de um conflito político entre o presidente da Suprema Corte, John Marshall, e o seu primo e rival, Thomas Jefferson, então presidente da república. O ataque de Marshall foi proferido no seguinte sentido: “ou você, Thomas Jefferson, reconhece que violou um direito e nomeia como juiz alguém indicado por mim em governo anterior e rival ao seu; ou permanece descumprindo o direito vindicado e admite a possibilidade de a minha Corte controlar os atos dos demais Poderes”. Como Jefferson optou pela última, assim foi estabelecido no âmbito dos Estados Unidos a competência de um Tribunal afastar atos emanados pelo Legislativo e/ou Executivo, ainda que tal disposição não esteja expressa no texto da Constituição estadunidense.

Já no contexto ideológico, Arthur Schlesinger Junior foi o primeiro a publicar matéria usando a expressão “ativismo judicial”, e o fez para descrever um grupo de magistrados da Suprema Corte estadunidense que acreditava no emprego da atividade jurisdicional para implementação de suas convicções particulares acerca do que era o bem comum, servindo sua atividade de instrumento para o alcance de resultados reputados desejáveis.

Ante todo o exposto, conjugando o significado da palavra “ativismo”, o seu qualificador “judicial”, e o contexto histórico em que praticado/afirmado, deve-se definir o ativismo judicial como a utilização do Direito como instrumento por meio do qual o juiz/tribunal busca implementar/acelerar mudanças – ou retardá-las – no *status quo* a partir das

suas convicções particulares acerca do que é correto, justo, moral, conveniente, etc., ignorando a vinculação ao texto constitucional – Império da Lei – e também ao princípio da Separação dos Poderes.

A decisão judicial, portanto, será proferida não com base no Direito, mas na vontade do julgador de influenciar o contexto da sociedade a partir de suas concepções subjetivas. O Direito só vem depois, sendo torcido e retorcido para dar ares de juridicidade e legitimidade.

A crença de que o magistrado pode se valer dos seus desígnios pessoais para proferir julgamento se dá a partir de importação acrítica e não muito bem compreendida de doutrina estrangeira, o que, conforme apresentado no tópico acima, “Importação Acrítica de Ensinamentos da Doutrina Estadunidense e sua Aplicação Equivocada no Brasil”, leva ao cenário A2B2C2.

A ANÁLISE EQUIVOCADA DOS SEGUINTE ENSINAMENTOS...	...LEVA AO ATIVISMO JUDICIAL NO BRASIL
(A1) Interpretação dos enunciados normativos da Constituição a partir de princípios morais que são consolidados no tempo e abraçados pela tradição de um povo – aqui denominado de “interpretação moral objetiva”;	(A2) Interpretação dos enunciados normativos da Constituição brasileira a partir de uma visão subjetiva e particular do juiz/tribunal acerca do que é moral – aqui denominado de “interpretação moral subjetiva”;
(B1) Presença no texto constitucional de enunciados normativos de linguagem ampla e abstrata;	(B2) A adoção da “interpretação moral subjetiva” nos enunciados normativos de linguagem precisa e específica;
(C1) Necessidade de se interpretar e adequar uma Constituição de mais de dois séculos com difícil processo formal de alteração.	(C2) Sensação de poder transformar o Direito conforme a “interpretação moral subjetiva”, ainda que o processo de alteração de normas constitucionais possua rito formal mais simples.

Assim, a conjugação de A2B2C2 leva à utilização política do Direito como instrumento de influência para atingir objetivos que estão em harmonia com as convicções subjetivas do juiz/tribunal, isto é, levam ao ativismo judicial no cenário brasileiro.

Outro detalhe: quando se fala de usar o Direito como instrumento de influência, quer se dizer com isso que o juiz/tribunal ativista pode tanto promover transformação – criando ou extinguindo direitos – quanto manter o estado de coisas atual. Portanto, “o ativismo evidencia-se quanto, entre muitas soluções possíveis, a escolha do juiz é alimentada pela vontade de acelerar a transformação social ou, ao contrário, de travá-la”.¹⁴²

Um exemplo pode ilustrar como um magistrado pode proferir decisão ativista no sentido de manter o estado das coisas.

É fato público e notório que os tribunais brasileiros (estaduais e federais) estão abarrotados de processos, levando a uma crise que envolve a razoável duração do processo (tempo) e a atenção às circunstâncias fáticas e jurídicas específicas do caso concreto (qualidade). Assim é que se implementa nas cortes um sistema em que processos são julgados “em bloco”, o que permite, por exemplo, que o Superior Tribunal de Justiça e o Tribunal Superior do Trabalho julguem quinhentos processos em uma única sessão.¹⁴³ Esta tentativa de julgar o máximo de processos possível leva, muitas vezes, à não percepção de nuances que diferencia um(ns) processo(s) dos demais julgados em bloco. É o conflito tempo *versus* qualidade.

O maior tribunal do Brasil é o Tribunal Regional Federal da 1ª Região, cuja jurisdição se estende por 80% do território brasileiro e abrange quatorze estados-membro da federação. São vinte e sete desembargadores, sendo que três ocupam funções administrativas (o Presidente, Vice-Presidente e o desembargador Corregedor). Os outros vinte e quatro focam sua atividade exclusivamente no julgamento dos processos.

Somente no ano de 2021, de acordo com as informações do Portal Transparência do Tribunal,¹⁴⁴ foram distribuídos 134.663 novos processos, o que somou um total de 597.357 processos em tramitação. É dizer: mais de meio milhão de processos para vinte e quatro desembargadores julgarem – mais precisamente, 24.890 processos para cada desembargador.

¹⁴² GARAPON, Antoine. **O juiz e a democracia**: o guardião das promessas. Rio de Janeiro: Revan, 1999. Tradução de: Maria Luiza de Carvalho, p. 56.

¹⁴³ BATISTA, Eurico. STJ e TST julgam 500 processos por sessão. **Conjur**, 2010. Disponível em <https://tecnoblog.net/247956/referencia-site-abnt-artigos/>, acesso em 03/12/2021.

¹⁴⁴ Disponível em <https://portal.trf1.jus.br/portaltf1/transparencia/transparencia.htm>, acesso em 03/12/2021.

Diante desse cenário, em junho de 2013, foi aprovada a Emenda Constitucional nº 73, que criava os Tribunais da 6ª, 7ª, 8ª e 9ª Região. A ideia dos legisladores era de alocar os processos concentrados no Tribunal Regional Federal da 1ª Região para esses novos Tribunais.

Então presidente do Supremo Tribunal Federal, o ministro Joaquim Barbosa foi um ferrenho crítico do projeto de emenda antes mesmo de sua aprovação. Em abril de 2013, em reunião com representantes de associações de magistrados do Brasil, Barbosa afirmou que “os tribunais vão servir para dar emprego para advogados e vão ser criados em resorts, em alguma grande praia”,¹⁴⁵ pois, para ele, não teriam utilidade ao país. Também afirmou que a associação dos magistrados brasileiros agiu “de maneira açodada, sorrateira” para a criação dos Tribunais. Telejornais da época veicularam, inclusive, o encontro do então presidente com os representantes da associação, que se deu de forma tensa e com troca de acusações.¹⁴⁶

Um mês após a aprovação da emenda, a Associação Nacional dos Procuradores Federais – ANPAF propôs Ação Direta de Inconstitucionalidade no sentido de o Supremo declarar inconstitucional a Emenda Constitucional nº 75/2013.

Joaquim Barbosa, o ferrenho crítico da criação dos Tribunais, foi quem – sem declarar-se suspeito por já ter opinião previamente formada – proferiu decisão cautelar no sentido de suspender os efeitos da norma impugnada.

Em sua decisão¹⁴⁷, Joaquim Barbosa aduziu que “o atual momento demanda o fortalecimento e mais atenção aos juízes singulares, substitutos e titulares”, e não a criação de Tribunais. Também alegou que “é muito provável que a União esteja às voltas com carências e demandas tão ou mais relevantes do que a criação de quatro novos tribunais”, bem como que “a redução da competência territorial tende a tornar o órgão jurisdicional mais propenso às investidas de interesses paroquiais” – o magistrado não explicou o que são esses interesses paroquiais.

Ou seja, um único magistrado, que acredita que a criação dos Tribunais seria inútil, criados de forma “sorrateira” para dar emprego a advogados, sujeitando a Justiça a “interesses paroquiais”, utilizou o Direito para impedir uma transformação hábil a impactar a vida da

¹⁴⁵ CALGARO, Fernanda. "Novos tribunais serão criados em resorts", critica Barbosa em audiência com juízes. **Uol notícias**, 2013. Disponível em <https://noticias.uol.com.br/politica/ultimas-noticias/2013/04/08/novos-tribunais-serao-criados-em-resorts-critica-barbosa-em-audiencia-com-juizes.htm>, acesso em 03/12/2021.

¹⁴⁶ Vide matéria veiculada pela TV Brasil, disponível em https://www.youtube.com/watch?v=lkLsX_3ygsY, acesso em 03/12/2021.

¹⁴⁷ A íntegra da decisão cautelar pode ser visualizada em <https://www.conjur.com.br/dl/adi-5017-liminar-suspendendo-criacao.pdf>, acessada em 03/12/2021.

sociedade, mantendo o estado das coisas em razão de suas convicções pessoais acerca do que era mais conveniente e oportuno.

Eis o porquê se definir o ativismo desta forma: a utilização do Direito como instrumento de influência para atingir objetivos sociais e/ou políticos que estão em harmonia com as convicções subjetivas do juiz/tribunal: os objetivos podem ter cunho transformador ou de manutenção do *status quo*, passando por cima do Império da Lei e da Separação dos Poderes – e adotando, assim, uma espécie de “Juristocracia”, onde quem decide o que é mais adequado para a sociedade é o magistrado, julgando com base em suas convicções particulares sobre moral, justiça etc.

Tal conceito, de logo, já afasta a ideia de que “o ativismo judicial é uma atitude, a escolha de um modo específico e proativo de interpretar a Constituição, expandindo o seu sentido e alcance”,¹⁴⁸ especialmente no que se refere à concretização dos direitos fundamentais, como defende Luís Roberto Barroso. Essa é a visão também adotada por Dirley da Cunha Júnior, para quem há dois tipos de juízes, o ativista e o autocontido. O juiz ativista seria aquele que “com argumentos racionais e associados à proteção da pessoa humana, aplica diretamente a Constituição, concretizando os direitos fundamentais e extraindo da Lei Fundamental todas as suas potencialidades”.¹⁴⁹

Para combater a ideia dos supracitados autores, e demonstrar que incorrem em equívoco, basta observar, inicialmente, que quando o juiz aplica uma Lei – aqui entendida em sentido amplo, envolvendo Constituição e normas infraconstitucionais –, quase sempre estará decidindo um caso para a efetivação de um direito fundamental. Ora, se, por exemplo, um magistrado da Justiça do Trabalho impuser ao empregador o dever de indenizar horas extras ao empregado que trabalhava mais de oito horas por dia, não estará o juiz atuando na satisfação de um direito fundamental? O juiz que decreta a nulidade de provas obtidas pelo ingresso de agentes policiais na residência de um indivíduo durante o período noturno também não estará, ainda que indiretamente, protegendo um direito fundamental? Se o juiz profere decisão no sentido de que o Estado indenize adequadamente o indivíduo que teve seu bem desapropriado, também não estará impondo o respeito e garantindo a satisfação de um direito fundamental?

¹⁴⁸ BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática. **Anuário Iberoamericano de Justicia Constitucional**, Madrid, n. 3, p. 17-32. 200, p. 22.

¹⁴⁹ CUNHA JÚNIOR, Dirley da. Ativismo Judicial e Concretização dos Direitos Fundamentais. **Revista Baiana de Direito**, Salvador, v. 5, ps. 23-28, 2011, p. 24.

Relembrando o que foi assinalado em capítulo anterior, “não é nenhuma novidade que o juiz deva mostrar-se preocupado com a aplicação imediata da Constituição, com a realização de um efetivo controle de constitucionalidade e com o cumprimento das finalidades constitucionais”.¹⁵⁰ A efetiva aplicação da Constituição é um pressuposto da atividade jurisdicional, e não uma escolha do magistrado.

Ora, como visto em capítulos anteriores, a noção de que a Constituição é o centro do ordenamento jurídico não se deu apenas no período-pós segunda guerra e com o advento do neoconstitucionalismo. Como apontado, Hans Kelsen, na primeira edição da sua “Teoria Pura do Direito”, em 1936, já afirmava que a Constituição era a maior norma do ordenamento jurídico, que dá conteúdo e validade às demais. O mesmo se diga do baiano Ruy Barbosa, na sua obra “Os Actos Inconstitucionaes do Congresso e do Executivo ante a Justiça Federal”, de 1839.

Diante desse cenário, é de se reconhecer que o exercício da atividade jurisdicional já pressupõe que o magistrado, ao interpretar e aplicar as normas ao caso concreto, deve respeitar a supremacia constitucional. E onde a supremacia constitucional é respeitada, os direitos fundamentais também o são. Portanto, efetivação de direitos fundamentais e concretização da Constituição são pressupostos da jurisdição, e não consequências do ativismo judicial.

Relembremos o exemplo dado no tópico 3.1 – “O Judiciário no Centro do Debate Político” –, em que abordamos o julgamento da Arguição de Descumprimento Fundamental nº 347/DF, na qual o Supremo Tribunal Federal reconheceu o “estado de coisas inconstitucional” no Brasil.

Mais precisamente, conforme explanado naquele tópico, o Partido Socialismo e Liberdade (PSOL) ingressou com a supracitada ação perante o Supremo Tribunal Federal no sentido de reconhecer um “estado de coisas inconstitucional” no ambiente carcerário brasileiro, notadamente em razão da superlotação e as condições degradantes do sistema prisional, situação causada, dentre outras coisas, pela omissão da União em não repassar os recursos do Fundo Penitenciário Nacional aos Estados e Distrito Federal; omissão dos Estados e Distrito Federal ao não criarem o número de vagas prisionais suficiente ao tamanho da população carcerária, de modo a viabilizar condições adequadas ao encarceramento; omissão de membros do Judiciário, que não estariam adotando os direitos previstos no Pacto dos Direitos Civis e

¹⁵⁰ TASSINARI, Clarissa. *Op. Cit.*, n/p.

Políticos e na Convenção Interamericana de Direitos Humanos – principalmente a realização de audiências de custódia; etc.

Na decisão proferida em sede de medida cautelar, o Supremo Tribunal Federal reconheceu um quadro de violação massiva e persistente de direitos fundamentais. Em sua fundamentação, o Ministro Marco Aurélio analisou a situação fática dos detentos no sistema carcerário brasileiro, os quais convivem com a superlotação dos presídios, torturas, homicídios, violência sexual, celas imundas e insalubres, proliferação de doenças infectocontagiosas, etc. Todas essas situações, assentou o ministro, afrontam diversos dispositivos constitucionais, como por exemplo o princípio da dignidade da pessoa humana (artigo 1º, inciso III); a proibição de tortura e tratamento desumano ou degradante de seres humanos (artigo 5º, inciso III); a vedação da aplicação de penas cruéis (artigo 5º, inciso XLVII, alínea “e”); o dever estatal de viabilizar o cumprimento da pena em estabelecimentos distintos, de acordo com a natureza do delito, a idade e sexo do apenado (artigo 5º, inciso XLVIII); a segurança dos presos à integridade física e moral (artigo 5º, inciso XLIX); e os direitos à saúde, educação, alimentação, trabalho, previdência e assistência social (artigo 6º).

Do mesmo modo, considerou que outras normas igualmente reconhecedoras dos direitos dos presos eram afrontadas, como o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, a Convenção contra a Tortura e outros Tratamentos e Penas Cruéis, Desumanos e Degradantes e a Convenção Americana de Direitos Humanos.

Diante desse cenário, a Suprema Corte brasileira, em caráter de medida cautelar, proferiu decisão no sentido de determinar, dentre outras coisas, que os juízes e tribunais, observados os artigos 9.3 do Pacto dos Direitos Civis e Políticos e 7.5 da Convenção Interamericana de Direitos Humanos, passassem a realizar audiências de custódia, além de determinar à União que liberasse o saldo acumulado do Fundo Penitenciário Nacional para utilização com a finalidade para a qual foi criado – qual seja, proporcionar recursos e meios para financiar e apoiar as atividades e os programas de modernização e aprimoramento do sistema penitenciário nacional.

O que fez o Supremo Tribunal Federal foi identificar que diversas normas do Ordenamento Jurídico – especialmente aquelas firmadas em âmbito constitucional – estavam sendo violadas por todos os Poderes da República, de modo que foi necessário impor o cumprimento dos ditames constitucionais, notadamente aquelas que tratam de direitos fundamentais.

Não houve, pois, nesse caso, ativismo judicial. A decisão do Supremo não foi uma “escolha por uma atitude mais proativa” ou uma opção pela proteção da pessoa humana, aplicando diretamente a Constituição e extraindo da Lei Fundamental todas as suas potencialidades. O que o Supremo fez foi exercer tecnicamente a sua atividade jurisdicional, que tem como pressuposto a noção de que a Constituição é a maior norma do Ordenamento Jurídico, que condiciona a validade das demais e a atuação de todos os agentes políticos.

Se o ativismo fosse “uma escolha” de uma postura a ser adotada, então se teria o esdrúxulo cenário em que o juiz/tribunal poderia “optar” por não dar efetividade às normas constitucionais – ideia que, como dito à exaustão, já não condizia com doutrina do período anterior à Segunda Guerra Mundial e que, com certeza, não condiz com os pilares que formam o Estado Democrático de Direito, como a vinculação à Constituição como instrumento de garantias jurídicas e o Império da Lei.

É dizer: a aplicação dos comandos constitucionais, inclusive diante de eventuais omissões do Poder Público, não é uma “vontade proativa” ou postura “ativista” do juiz, mas sim um pressuposto do Estado Democrático de Direito e uma obrigação do magistrado. Ainda que haja violações por parte dos Poderes da República, quando o Judiciário determina o cumprimento da Constituição, ele não está assumindo uma postura ativista, mas sim cumprindo seu papel dentro da Separação dos Poderes e controlando os atos dos demais agentes para conformá-los à Constituição. A determinação de que o Poder Público cumpra normas constitucionais, ao contrário do que defende autores pró-ativismo, como Dirley da Cunha Júnior, não é um “destacado dinamismo ou ativismo na efetivação dos preceitos constitucionais”¹⁵¹, mas pressuposto do exercício regular da atividade jurisdicional.

Outrossim, deve-se igualmente afastar a equivocada concepção de que “o parâmetro para caracterizar uma decisão como ativismo ou não reside numa controvertida posição sobre qual é a correta leitura de um determinado dispositivo constitucional”.¹⁵²

Diante da complexidade linguística dos nossos tempos e das inúmeras técnicas hermenêuticas – a título de exemplo, cite-se o método gramatical, histórico, teleológico, sistemático, normativo-estruturante, a técnica da proporcionalidade etc. –, é temerário afirmar que há uma única interpretação correta. Ora, até mesmo a opção pela adoção de um desses

¹⁵¹ CUNHA JÚNIOR, Dirley da. Ativismo Judicial e Concretização dos Direitos Fundamentais. **Revista Baiana de Direito**, Salvador, v. 5, ps. 23-28, 2011, p. 26.

¹⁵² VALLE, Vanice Regina Lírio do (org.). **Ativismo Jurisdicional e o Supremo Tribunal Federal**: laboratório de análise jurisprudencial do stf. Curitiba: Juruá, 2012, p. 21.

critérios de interpretação passa pelo crivo da discricionariedade do juiz/tribunal. Mas a opção pela adoção de determinada técnica interpretativa – que pode levar a diversos resultados – não se confunde com a situação em que o magistrado quer impulsionar transformações sociais – ou retardá-las – de acordo com sua visão subjetiva acerca do que é justo, correto, conveniente, moral etc., passando por cima do Império da Lei e da Separação dos Poderes.

Vejamos, para ilustrar o quanto dito, o caso da possibilidade de início da prisão após condenação proferida em segundo grau de jurisdição – tema enfrentado pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento das Ações Declaratórias de Constitucionalidade nº 43, 44 e 54.

Acerca da prisão propriamente dita, a Constituição Federal não prevê expressamente no seu texto que esta somente se dará após o trânsito em julgado. Com efeito, o inciso LVII do seu artigo 5º determina que ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória. A expressão é “considerado culpado”, e não preso.

Quanto à ordem de prisão, o inciso LXI do mesmo dispositivo preconiza que ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente, salvo nos casos de transgressão militar ou crime propriamente militar, definidos em lei.

Não há, pois, expressa vedação à prisão antes do trânsito em julgado da decisão condenatória. É por isso que a prisão preventiva e a cautelar não são inconstitucionais: elas podem ser proferidas porque a Constituição permite a prisão quando exarada por ordem escrita e fundamentada – sendo que os fundamentos para esse tipo de prisão estão previstos no Código de Processo Penal e na Lei nº 7.960/89.

Mas e quanto à prisão após a condenação em si? Muito embora a prisão não seja taxativamente proibida, o inciso LVII expõe que ninguém será considerado culpado antes do trânsito em julgado. Daí a dúvida: a expressão “considerado culpado” atinge a possibilidade de prisão? Ou “considerado culpado” tem outro significado que não abarque a possibilidade da prisão?

A dúvida é legítima e fundamentos jurídicos que apontem para um lado ou para outro dificilmente serão considerados, de per si, como a única “resposta correta”.

“Quando, então, será possível identificar uma decisão ativista?”, perguntará o leitor. O ativismo judicial se manifestará quando o juiz/tribunal se utilizar de argumentos que vão além do Direito, isto é, que tocam questões que dizem respeito a moral, justiça, economia etc. para alterar o cenário sociopolítico de acordo com sua visão particular de mundo. Aplica ele a

“interpretação moral subjetiva”, solapando o Direito e sua segurança com as questões particulares do magistrado, tudo no intuito de promover mudanças sociais que ele reputa serem as desejáveis.

Voltando ao caso da prisão após condenação em segunda instância, há ministros que se utilizaram da “interpretação moral subjetiva” para decidir o caso.

A título de exemplo, pode-se citar a posição de Luiz Fux, que se valeu de sentimentos morais e noções particulares de justiça para proferir seu voto: aduziu que seria injusto deixar pessoas que cometeram crimes bárbaros aguardar a prisão somente depois de muitos anos de trâmite processual. “Não me parece justo”, sustentou o ministro. Ademais, alegou que, no cenário financeiro, os investidores internacionais sempre analisam o grau de efetivação da legislação de um país. Defendeu o ministro que quanto mais a lei penal é verdadeiramente aplicada para punir os infratores, mais confiança terão os investidores naquela nação para aplicar seu capital, de modo que o Brasil ficaria para trás se não permitisse a execução antecipada da pena.

Ao refutar uma interpretação literal do inciso LVII do artigo 5º da Constituição Federal – “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória” –, o ministro se posicionou da seguinte forma:

Estamos diante de uma questão jurídica que é saber se é possível determinar-se o início do cumprimento da prisão antes do trânsito em julgado da sentença penal. Então aqui há manifestações no sentido de que só se pode iniciar a execução após o trânsito em julgado e há algumas manifestações no sentido de que em uma análise contextual do ordenamento constitucional é possível também que haja um início de uma execução antes do trânsito em julgado.

Aí, senhor Presidente, o que me levou a seguir o perfil que eu tenho no ato de votar foi trazer aqui alguns casos práticos em relação aos quais nós vamos verificar se era razoável se as pessoas que participaram desses fatos pudessem aguardar somente o trânsito em julgado da decisão para iniciar o cumprimento da pena, tendo em vista que é de sabença que, no sistema processual brasileiro, uma decisão para transitar em julgado leva muitos anos. E nem se pode acusar os advogados porque na verdade eles estão no exercício do múnus deles, e se utilizam de todos os recursos possíveis [...].

Então, senhor Presidente, eu gostaria de fazer esse teste, para o meu convencimento, sobre se essas questões passariam pelo crivo da afirmação de que só se deveria iniciar a execução dessas penas, desses fatos, só depois do trânsito em julgado anos a fio.

Por exemplo, senhor Presidente, a menina brasileira Isabella de Oliveira Nardoni, de cinco anos de idade, foi jogada do sexto andar do edifício [...]. Antecedeu a esse fato a constatação de que ela fora esganada pela mãe¹⁵³, e o pai, imaginando que estivesse morta, abriu uma fresta numa rede de uma

¹⁵³ O ministro aqui cometeu um erro material. Não foi a mãe que participou do crime, mas sim a madrasta.

janela e jogou a menina ainda viva lá embaixo. Houvesse essa tese, esse casal, que matou a filha e a enteada, no caso, estaria ainda gozando de liberdade porque só se poderia iniciar o cumprimento da pena depois do trânsito em julgado.

São Paulo tem o caso famoso do Champinha. O Cahmapinha, ele se aproveitou que um jovem e sua namorada, que faziam acampamento, em uma mata lá em São Paulo, a menina jovem e o rapaz também, na faixa de dezessete a dezoito anos, ele se aproveitou desse fato e ele então tornou esses jovens reféns, um grupo de amigos abusou da moça o quanto pôde, mas para que assim pudesse fazê-lo matou o jovem, e posteriormente ao estupro coletivo mataram a moça também. Houvesse essa regra de iniciar a execução somente após o trânsito em julgado, esse Champinha estaria livre.¹⁵⁴

Veja que Luiz Fux manifesta que o que conduz o seu voto acerca da interpretação de que a execução da pena somente pode se dar após o trânsito em julgado da sentença condenatória é o seu sentimento de justiça para com situações de crimes bárbaros, e não se a interpretação do dispositivo normativo em questão está em sintonia com a Constituição.

Continuou o ministro:

Isso é justiça? Será que é essa a justiça que se espera de um tribunal? Vamos contemplar essas situações e só depois do trânsito em julgado iniciar a execução da pena? Senhor Presidente, um dos maiores teóricos da justiça foi Hans Kelsen [...] e diz ele, “o importante não é saber a resposta. É não parar de perguntar”. E há determinados conceitos que não sabemos fazê-los de pronto, mas nós chegamos ao conceito do instituto por legação, ou seja, nós sabemos aquilo que não é justo [...] Isso, efetivamente, na minha concepção, não é justo.

[...]

Senhor Presidente, o sistema jurídico não vive isolado no mundo. Na verdade hoje, em todo o mundo, se analisa a higidez de um sistema de Direito para que esse país possa ser considerado um país capaz de atrair investidores estrangeiros [...] Um sistema jurídico penal é eficiente quando impõe a pena após a condenação em segunda instância. Esses países passam a integrar o banco mundial do Ranking – Doing Business. Eles [os investidores] prestam atenção. E como o Brasil não está isolado no mundo, e nem pode, é a oitava maior economia do mundo, que agora tende a crescer, todos nós estamos torcendo para isso...

Ora, a convicção particular do magistrado, de que não é justo um perigoso infrator aguardar anos de trâmite processual para ser preso – “não me parece justo” –, bem como a imagem do Brasil no cenário econômico internacional, foram razões para que Luiz Fux votasse na constitucionalidade da prisão após condenação em segunda instância.

O interessante é o seguinte: quando se questiona a constitucionalidade de uma norma, o que se quer analisar é se há uma afronta a comando constitucional. O discurso de Fux

¹⁵⁴ A manifestação oral de Luiz Fux pode ser encontrada em vídeo no YouTube, disponível em <https://www.youtube.com/watch?v=ukdRC-3I4E>, acesso em 03/12/2021.

não foi nesse sentido, mas baseado em convicções pessoais da necessidade de alterar o estado de coisas – a jurisprudência era firme no sentido de que a Constituição Federal não autorizava o início da execução da pena antes do trânsito em julgado.

Não houve, portanto, vinculação à Constituição, mas sim ao sentimento particular do magistrado.

Assim, uma “interpretação moral subjetiva” foi empregada pelo ministro com a intenção de atingir objetivo que está em consonância com suas convicções privadas. O Direito é utilizado como instrumento de política. É uma posição ativista.

É claro que numa decisão ativista dificilmente se encontrará algo como “não acho justo, indefiro”. Mas a presença da “interpretação moral subjetiva” e a invocação dos “predadores externos do Direito” demonstra que este foi utilizado como instrumento para alcançar objetivos que estão em harmonia com as convicções subjetivas do juiz/tribunal: no caso em questão, a possibilidade de iniciar a execução penal após decisão de segunda instância.

Um detalhe acerca da “interpretação moral subjetiva”. É obvio que o juiz, como qualquer ser humano, tem desejos, sentimentos, memória, paixões, etc. Juiz é cargo ocupado por gente, e não por máquina.

Entretanto, não é em toda e qualquer atividade humana que os desejos, sentimentos etc. podem interferir. Um músico pode usar de tais aspectos para expressar as mais belas – ou não – formas de arte, assim como o escritor, o pintor, o ator de uma peça de teatro, etc.

Mas um médico que é convocado à sala de emergência para tentar salvar a vida de um ladrão que trocou tiros com a polícia não pode abandonar sua função porque acredita que “bandido bom é bandido morto”. Ele pode até ter essa concepção particular, mas ela não pode interferir no exercício da medicina.

Um árbitro de futebol torcedor ferrenho do Esporte Clube Bahia não pode, durante um jogo do adversário Esporte Clube Vitória, se recusar a apitar os pênaltis sofridos pelos jogadores deste último. Ele pode ser torcedor do Bahia, mas tem que marcar as faltas sofridas pelos jogadores de qualquer time.

O mesmo se dá com o juiz. Ele pode ser contra ou a favor o aborto, legalização de drogas, redução da maioria penal, etc. Enquanto ser humano que vive em sociedade, ele é livre para ter seus pensamentos e, inclusive, expressá-los. Mas deverá fazê-lo fora do exercício da atividade jurisdicional. Assim, não é porque ele é contra o aborto que irá tipificar como crime

o aborto praticado por mulher que foi estuprada e não quer manter a gestação – o inciso II do artigo 128 do Código Penal exclui a ilicitude desta conduta. Do mesmo modo, não é porque ele é a favor do aborto que poderá afastar a tipicidade de tal conduta nos três primeiros meses de gestação, notadamente sob a argumentação de que “praticamente nenhum país democrático e desenvolvido do mundo trata a interrupção da gestação durante o primeiro trimestre como crime, aí incluídos Estados Unidos, Alemanha, Reino Unido [...]” – fundamentação utilizada em julgamento no qual a primeira Turma do Supremo Tribunal Federal afastou a tipicidade do aborto, conforme se verá mais à frente.

No caso de desejar que quaisquer dessas pautas sejam debatidas e rejeitadas e/ou aprovadas no meio social, deve o magistrado fazê-lo na condição de cidadão e por meio dos mecanismos que permitem a este exercer o poder político – nos termos do parágrafo único do artigo 1º da Constituição Federal, o cidadão deverá fazê-lo por meio dos representantes eleitos ou pela participação direta, como plebiscito, referendo e iniciativa popular de leis. Quando veste a toga, o juiz não pode deixar que seus sentimentos e desejos criem, extingam ou modifiquem direitos de forma contrária à Lei.

Com o ativismo judicial, o Direito, portanto, vai cedendo sua autonomia e abrindo espaço às convicções particulares do magistrado. E com tal situação, a própria democracia vai se corroendo e abrindo espaço ao governo dos juízes.

5 O ATIVISMO JUDICIAL COMO MAZELA AO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

Conforme analisado no subtópico 2.2.1, a democracia é um regime político que conta com inclusão de todos os adultos de uma dada comunidade para, na condição de cidadão, expressarem sua vontade – diretamente ou por meio de seus representantes – acerca da tomada de decisões relevantes para a comunidade, sendo que tal processo de tomada de decisão se dá por escrutínio no qual todos têm igual poder de voto, além de se possibilitar aos membros que participam do processo a oportunidade de buscar informações acerca dos temas debatidos e, também, facultar-lhes o controle do programa de planejamento, isto é, possibilidade de decidirem quando e quais matérias serão objeto de deliberação.

Mas, para que os critérios de um processo democrático sejam respeitados e efetivamente empregados, faz-se necessária a adoção dos mecanismos denominados por Robert Dahl de poliarquia, quais sejam: os representantes do povo devem ser eleitos e investidos do controle político das decisões governamentais; tais eleições precisam ser livres, justas e frequentes; além do direito de votar, deve-se também facultar aos adultos interessados o direito de concorrer a cargos eletivos no governo ; tudo isso num processo que garante aos participantes a liberdade de se associarem e buscarem informações alternativas àquelas trazidas por eventuais autoridades, além de se garantir a liberdade de expressão.

Assim é que, ainda no subtópico 2.2.1 foi afirmado que a escolha livre, justa e periódica de representantes para participar do debate político-governamental, por meio de eleições que permitem todos os adultos a votarem em seus representantes – e também a se candidatar como representante do povo –, em uma sociedade que protege a liberdade de expressão e a busca de informações alternativas e a livre associação de pessoas (poliarquia), leva a uma comunidade cujo processo de tomada de decisões políticas se dá por meio da efetiva participação do povo, com igualdade de votos e de oportunidade de manifestação esclarecida, que possui o controle da agenda política a ser debatida (democracia).

Isso tudo é ilustrado na tabela então construída, tomada por base nos ensinamentos de Dahl:

OS INSTITUTOS DA POLIARQUIA....	...LEVAM AO ATENDIMENTO DOS REQUISITOS DA DEMOCRACIA
Funcionários escolhidos por eleições livres e justas	Igualdade de voto
Funcionários escolhidos por eleições livres e justas, por meio de sufrágio inclusivo que permite aos adultos concorrer aos cargos eletivos, valendo-se da liberdade de expressão e informação e da livre associação	Participação efetiva
Liberdade de expressão associada ao direito de busca de informação e autonomia associativa	Compreensão esclarecida
Funcionários escolhidos por eleições livres e justas, por meio de sufrágio inclusivo que permite aos adultos concorrer aos cargos eletivos, valendo-se da liberdade de expressão e informação e da livre associação	Controle da agenda política
Sufrágio inclusivo de todos os adultos aptos a participar do processo eletivo, valendo-se da liberdade de expressão e informação e da livre associação.	Inclusão de adultos.

Relembrando-se, pois, os institutos da poliarquia e os requisitos de um processo democrático, pode-se agora afirmar por que razão os membros do Poder Judiciário não exercem poder político representativo, e o porquê de a jurisdição ser atividade a ser desempenhada tecnicamente, e não através da vontade do magistrado que deseja promover mudanças sociais a partir de suas concepções particulares de mundo.

5.1 O JUDICIÁRIO NÃO EXERCE PODER POLÍTICO REPRESENTATIVO NO DESEMPENHO DA FUNÇÃO JURISDICIONAL

Conforme dito em linhas acima, nos dias de hoje, quando alguém fala em “democracia”, na maioria das vezes a palavra é *gourmetizada* para traduzir os mais variados valores do emissor do discurso. A palavra em si carrega sentimentos e assinala que quem é democrático é alguém “do bem”, de bons valores e caráter. Deixa-se de lado aquilo que é a democracia – tomando-se por base os ensinamentos de Robert Dahl – isto é, um regime político em que as decisões mais relevantes para a sociedade são tomadas por meio de um processo de participação efetiva do povo, que pode se associar livremente, de forma direta ou por meio de seus representantes eleitos de forma livre, justa e periódica, com direito de livre expressão e acesso à informação e controle da agenda política a ser debatida.

Nada obstante, em razão de sua *gourmetização*, há quem considere inadequado e até mesmo um insulto afirmar que um órgão público não exerce função representativa. É o caso de quem defende que o Judiciário exerce esse poder político-representativo em nome do povo em razão da natureza democrática da atividade jurisdicional.

A começar pelo exercício de poder político, há quem afirme que “quando invalida atos do Legislativo ou do Executivo ou impõe-lhes deveres de atuação, o Judiciário desempenha um papel que é inequivocadamente político”.¹⁵⁵ Aduz-se que a maior parte dos Estados democráticos do mundo reserva uma parcela de poder político para ser exercido pelo Judiciário, notadamente quando o Judiciário atue em disputas que envolvem a validade de atos estatais ou nos quais o Estado seja parte. Para essa visão, isso ocorre

quando [o Judiciário] declara inconstitucional a cobrança de um tributo, suspende a execução de uma obra pública por questões ambientais ou determina a um hospital público que realize tratamento experimental em paciente que solicitou tal providência em juízo. Nesses casos, juízes e tribunais sobrepõem sua vontade à de agentes políticos de outros Poderes, eleitos ou nomeados para o fim específico de fazerem leis, construírem estradas ou definirem as políticas de saúde.¹⁵⁶

E defendem que o Judiciário exerça esse poder político, sobrepondo sua vontade à de agentes políticos de outros Poderes, porque “o poder de juízes e tribunais, como todo poder político em um Estado democrático, é representativo. Vale dizer: é exercido em nome do povo

¹⁵⁵ BARROSO, Luís Roberto. **A Judicialização da Vida e o Papel do Supremo Tribunal Federal**. Belo Horizonte: Fórum, 2018, (Edição do Kindle), n/p.

¹⁵⁶ *Ibidem*, n/p.

e deve contas à sociedade”.¹⁵⁷ Nesse ponto, “a legitimidade democrática do Judiciário, sobretudo para interpretar a Constituição, está associada à sua capacidade de corresponder ao sentimento social. Cortes constitucionais, como os tribunais em geral, não podem prescindir do respeito, da adesão e da aceitação da sociedade”.¹⁵⁸

Por fim, sustenta-se que “é possível estabelecer uma correlação entre Judiciário e opinião pública e afirmar que, quando haja desencontro de posições, a tendência é no sentido de o Judiciário se alinhar ao sentimento social”.¹⁵⁹

São esses, basicamente, os fundamentos por trás de quem defende que o Judiciário exerce poder político representativo-democrático.

As ideias são manifestadas por meio de palavras bonitas, fortes, que apelam ao sentimento dos mais apaixonados e românticos acerca da natureza do Poder Judiciário. Mas, do mesmo modo que a embalagem não faz o conteúdo do presente ser igualmente belo – bem diria aqueles que receberam o Cavalo de Troia –, ideias apresentadas por palavras bonitas, em frases de efeito, não necessariamente guardam em si conteúdo bonito.

Pois bem. Os erros apresentados pelas ideias acima começam com o fato de não se definir bem o espaço entre a Política e o Direito, bem como qual a sua relação.

Com efeito, a Política é o exercício do poder por meio do qual a autoridade impõe determinados comportamentos sociais aos membros de uma comunidade. É um poder de fato, e ele se legitima de acordo com as tradições de um povo. Com a superação das atrocidades totalitárias da Segunda Guerra Mundial, o mundo (ocidental) abraçou a ideia de que a Política deveria ser exercida pelo meio democrático – daí o advento do Estado Democrático de Direito.

O Direito, por sua vez, é cria da Política. É seu filho, que nasce com funções próprias: garantir a previsibilidade, estabilidade e segurança no trato das relações sociais. Quando a Política (mãe) quer que um dado comportamento social seja reprovado – proibido matar alguém – ou, ao contrário, incentivado – a proteção do meio ambiente –, ela gera o Direito (seu filho), que estabelecerá de forma previsível, estável e segura a adoção de tal comportamento. Assim é que o Direito – no caso, brasileiro – irá punir com pena privativa de liberdade aquele que cometer homicídio, ou então irá impor ao Poder Público e à coletividade

¹⁵⁷ *Ibidem*, n/p.

¹⁵⁸ *Ibidem*, n/p.

¹⁵⁹ *Ibidem*, n/p.

o dever de defender e preservar o meio ambiente para as presentes e futuras gerações, estabelecendo os meios necessários para tanto.

Diante desse cenário, os indivíduos daquela comunidade política já podem, de certa forma, prever o comportamento social dos seus concidadãos, sabendo que eles não estão autorizados a, por exemplo, tomar sua propriedade forçadamente. A estabilidade se dá em razão de as pessoas poderem prever com segurança o comportamento dos demais membros porque sabem que há procedimentos próprios para a alteração das normas jurídicas, que não estão sujeitas à paixão e ímpeto de uma autoridade que, da noite para o dia, pode modificá-las – tal qual ocorria nos regimes monárquicos. A segurança, por fim, é garantida por meio de sanções impostas pelo próprio Direito, no sentido de punir o agente infrator, ou de impor a ele a obrigação de indenizar o prejuízo ou, então, de anular o ato ilícito.

Outro não é, a propósito, o ensinamento de Calmon de Passos, para quem o Direito é produzido socialmente através do confronto e da cooperação entre indivíduos, grupos, instituições etc., por meio de processo político institucionalizado.¹⁶⁰ O seu papel não é o de formar e predeterminar a própria convivência social – isto compete à Política –, mas sim de emprestar-lhe o máximo de previsibilidade, estabilidade e segurança.

Resumindo: quando a Política estabelece qual tipo de comportamento social quer que a comunidade adote, ela cria o Direito para que este garanta a previsibilidade, estabilidade e segurança das relações sociais, também dando-lhe a condição de punir quem violar tais regras.

Mas a Política, como toda mãe, é sábia. Ela conhece seu temperamento e reconhece que há momentos em que a volatilidade de suas paixões – no caso, imagine que as paixões da “mãe Política” sejam as vozes do corpo social que muitas vezes gritam por mudanças radicais nas regras de convívio social – a impulsionará a tomar medidas que compromete o projeto de sociedade que ela quer criar. Assim, ela pré-determina ao Direito o poder de contê-la sempre que o projeto de sociedade desejado restar ameaçado – e é aqui que surge a autonomia do Direito para influenciar a Política.

Eis aí, em linhas gerais, a relação de Política e Direito, e eis aí como o Direito pode influenciar a Política: por meio de normas estabelecidas pela própria sociedade que assume um compromisso pré-determinado de que o Ordenamento Jurídico possa frear os impulsos passionais e momentâneos.

¹⁶⁰ PASSOS, José Joaquim Calmon de. **Direito, poder, justiça e processo**: julgando os que nos julgam. Rio de Janeiro: Forense, 2000, p. 81.

Um conto grego pode ajudar a ilustrar essa pré-determinação. Na Odisséia, Ulisses precisava realizar viagem a barco sobre determinado local, e lá sabia que havia sereias. Diferentemente dos contos da *Disney*, a sereia não é uma mulher bonita que fica à espera do amor de sua vida. Em verdade, são criaturas terríveis que iludem os navegadores, seduzindo-os com uma beleza e cantos ilusórios e atraindo-os maliciosamente para as rochas, onde as embarcações naufragam e, então, as sereias podem atacar suas vítimas.

Sabendo desse risco, Ulisses pede que, antes de chegar ao local onde as sereias costumam aparecer, ele seja amarrado com fortes cordas ao mastro do barco. Desse modo, mesmo seduzido pelo canto das sereias, ele não se atiraria aos seus braços para lá encontrar o fim. Ele ficaria seguro. Resistiria à tentação e, quando tudo terminasse, poderia voltar a si.

Ulisses assumir o compromisso prévio de se amarrar no mastro do barco para não ser atraído pelo canto sedutor das sereias é aqui utilizado como analogia para enfatizar o que é o pré-compromisso: com receio de prejudicar o projeto de sociedade almejado, a Política permite que o Direito a influencie por meio de regras criadas anteriormente para frear os impulsos e paixões momentâneas. Passado o momento da euforia, a questão social pode ser discutida, mas desta vez com mais cautela.

Tendo esclarecido como se dá a relação entre Política e Direito, pode-se agora apontar os erros daqueles que acreditam que o Judiciário exerce poder político no desempenho normal de suas atividades; e que o faz na condição de representante do povo.

Quanto ao primeiro ponto, e conforme visto, afirma-se que o Judiciário exerce poder político quando declara inconstitucional a cobrança de um tributo, suspende a execução de uma obra pública por questões ambientais ou determina a um hospital público que realize tratamento experimental em paciente que solicitou tal providência em juízo, porque nesses casos, juízes e tribunais sobrepõem sua vontade à de agentes políticos de outros Poderes.¹⁶¹

Tal afirmação revela uma grave incompreensão acerca da natureza do controle de constitucionalidade.

Com efeito, a Constituição é o núcleo, o centro do Ordenamento Jurídico, e isso não é nenhuma novidade advinda do movimento constitucionalista posterior à Segunda Guerra Mundial. Conforme visto em tópicos acima, desde 1936 Hans Kelsen já defendia a Constituição como a norma mais importante do Ordenamento Jurídico, de qual todas as outras buscam seu

¹⁶¹ BARROSO, Luís Roberto. *Op. Cit.* n/p.

fundamento de validade. Ruy Barbosa, em 1893, escreve obra defendendo que os atos do Executivo e do Legislativo que transgridam a Constituição são nulos, devendo ser afastados pelo Poder Judiciário. E ainda em 1803, ainda que em razão de um conflito político-partidário, a doutrina do controle de constitucionalidade foi desenhada nos Estados Unidos a partir do caso *Marbury vs Madison*.

Pois então. Quando o Poder Constituinte – considerado inicial ao próprio Direito, sendo autônomo, incondicional e ilimitado – determina os limites de atuação dos poderes constituídos – seja o Legislativo, o Executivo ou até mesmo o Judiciário –, ele também cria mecanismos para que estes limites sejam respeitados e, no caso de um ato exorbitá-los, ser rechaçado pelo controle de constitucionalidade.

Assim é que a Constituição Federal de 1988 garante ao Supremo Tribunal Federal, na via do controle concentrado de constitucionalidade, a competência para, em um processo judicial, declarar a inconstitucionalidade de atos que violem os preceitos constitucionais. Não só ao Supremo Tribunal Federal é garantido o controle jurisdicional de constitucionalidade, como também a todos os demais membros do Judiciário – o chamado controle difuso.

Diante desse cenário, quando o Judiciário declara inconstitucional a cobrança de um tributo, ele não está sobrepondo sua vontade política sobre os demais Poderes. Em verdade, ele está fazendo cumprir a pré-determinação estabelecida pelo Poder Constituinte.

Um exemplo ilustrará bem o caso.

Em 1993, por meio da Emenda Constitucional nº 3, o Congresso nacional aprovou a criação do Imposto Provisório sobre Movimentações Financeiras. Para que tal tributo fosse viável, o mesmo diploma normativo determinou que ao referido imposto não se aplicaria a proibição prevista alínea “b” do inciso III do artigo 150 da Constituição – o chamado princípio da anterioridade tributária, por meio do qual veda-se ao Poder Público cobrar tributo no mesmo exercício financeiro em que haja sido publicada a lei que os instituiu ou aumentou –; e tampouco o inciso IV do mesmo dispositivo constitucional – no caso, a proibição de utilização de tributo para fins de confisco.

A Confederação Nacional dos Trabalhadores no Comércio propôs Ação Direta de Inconstitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal, sustentando a inconstitucionalidade da supracitada Emenda Constitucional e, conseqüentemente, da criação do Imposto Provisório sobre Movimentação Financeira. Trata-se da ADI 939/DF, que, em seu julgamento, ficou determinado o seguinte:

DIREITO CONSTITUCIONAL E TRIBUTÁRIO. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE DE EMENDA CONSTITUCIONAL E DE LEI COMPLEMENTAR. I.P.M.F. IMPOSTO PROVISÓRIO SOBRE A MOVIMENTAÇÃO OU A TRANSMISSÃO DE VALORES E DE CRÉDITOS E DIREITOS DE NATUREZA FINANCEIRA - I.P.M.F. ARTIGOS 5., PAR. 2., 60, PAR. 4., INCISOS I E IV, 150, INCISOS III, "B", E VI, "A", "B", "C" E "D", DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. 1. Uma Emenda Constitucional, emanada, portanto, de Constituinte derivada, incidindo em violação a Constituição originária, pode ser declarada inconstitucional, pelo Supremo Tribunal Federal, cuja função precípua e de guarda da Constituição (art. 102, I, "a", da C.F.). 2. A Emenda Constitucional n. 3, de 17.03.1993, que, no art. 2., autorizou a União a instituir o I.P.M.F., incidiu em vício de inconstitucionalidade, ao dispor, no parágrafo 2. desse dispositivo, que, quanto a tal tributo, não se aplica "o art. 150, III, "b" e VI", da Constituição, porque, desse modo, violou os seguintes princípios e normas imutáveis (somente eles, não outros): 1. - o princípio da anterioridade, que e garantia individual do contribuinte (art. 5., par. 2., art. 60, par. 4., inciso IV e art. 150, III, "b" da Constituição); 2. - o princípio da imunidade tributária recíproca (que veda a União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios a instituição de impostos sobre o patrimônio, rendas ou serviços uns dos outros) e que e garantia da Federação (art. 60, par. 4., inciso I, e art. 150, VI, "a", da C.F.); 3. - a norma que, estabelecendo outras imunidades impede a criação de impostos (art. 150, III) sobre: "b"): templos de qualquer culto; "c"): patrimônio, renda ou serviços dos partidos políticos, inclusive suas fundações, das entidades sindicais dos trabalhadores, das instituições de educação e de assistência social, sem fins lucrativos, atendidos os requisitos da lei; e "d"): livros, jornais, periódicos e o papel destinado a sua impressão; 3. Em consequência, e inconstitucional, também, a Lei Complementar n. 77, de 13.07.1993, sem redução de textos, nos pontos em que determinou a incidência do tributo no mesmo ano (art. 28) e deixou de reconhecer as imunidades previstas no art. 150, VI, "a", "b", "c" e "d" da C.F. (arts. 3., 4. e 8. do mesmo diploma, L.C. n. 77/93). 4. Ação Direta de Inconstitucionalidade julgada procedente, em parte, para tais fins, por maioria, nos termos do voto do Relator, mantida, com relação a todos os contribuintes, em caráter definitivo, a medida cautelar, que suspendera a cobrança do tributo no ano de 1993. (STF. ADI 939, Relator(a): SYDNEY SANCHES, Tribunal Pleno, julgado em 15/12/1993, DJ 18-03-1994 PP-05165 EMENT VOL-01737-02 PP-00160 RTJ VOL-00151-03 PP-00755)

O que fez o Supremo Tribunal Federal? Por meio dos poderes que lhe foram conferidos pelo Poder Constituinte, ele afastou o ato normativo porque este ia de encontro aos projetos e objetivos da sociedade esboçados pela Constituição Federal de 1988, no qual ficou expressamente determinada a limitação ao poder de tributar do Estado. Assim, não pode o Estado exigir a cobrança de tributo no mesmo ano em que criada e tampouco poderá ter efeitos de confisco. Tais garantias dão suporte aos direitos fundamentais do contribuinte/cidadão.

Quando o Supremo declarou a inconstitucionalidade do ato normativo, ele o fez com base em seus critérios políticos? Exerceu uma vontade política que “sobrepôs” à do Legislativo? Óbvio que não. Ele cumpriu sua função técnica de guarda da Constituição, mantendo previsível, estável e seguro o projeto de sociedade traçado pelo Poder Constituinte. Agiu tal qual as amarras de Ulisses no barco: não foram as cordas que deliberaram segurar o navegador, mas este, previamente, e sabendo dos riscos passageiros das paixões, que decidiu usar das cordas para se prender ao mastro e assim resistir às tentações das sereias.

Não houve, pois, “vontade política” do Judiciário, mas sim uma decisão que resguardou e aplicou os limites pré-determinados pela Constituição. Aplicou-se tecnicamente o Direito, e não as concepções particulares de modo de vida dos membros do Tribunal.

Aliás, o argumento de que “há uma vontade política que se sobrepõe à dos Poderes Representativos” demonstra justamente aquilo que aqui se defende: o ativismo judicial é um fenômeno no qual o Direito é utilizado como instrumento, retorcido à vontade política do Judiciário, que busca alcançar modificações sociais. Se o Judiciário declara a inconstitucionalidade de um ato não porque este viola preceitos constitucionais – lembrando que o conceito de inconstitucionalidade é justamente este: um ato que viola as normas oriundas da Constituição –, mas sim por conta de sua vontade política, aí sim teremos o problema do ativismo judicial.

Foi esse o caso, a propósito, da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.650/DF, na qual o STF teve que se debruçar sobre a constitucionalidade das doações de campanha eleitoral feitas por pessoas jurídicas.

Com efeito, a Lei nº 9.504, desde quando entrou em vigor, em 1997, autorizava tanto a pessoas físicas quanto a jurídicas a doação às candidaturas eleitorais. E isso não é de se espantar porque, numa democracia consolidada e saudável, as pessoas podem participar do processo político, seja por meio do voto, seja financiando/incentivando os candidatos que reputam ser os mais qualificados.

Imagine o caso de um candidato que tem propostas acerca da educação de nível superior no país. Se instituições de ensino ou sindicatos de professores possuem interesse de que este candidato seja vencedor, é natural que auxiliem em seus esforços na disputa eleitoral, realizando doações para que, com os recursos, o candidato possa fazer a melhor campanha possível, podendo levar suas propostas ao maior número de interessados.

O mesmo se dá com a pessoa física. Se membros de um determinado bairro de um município desejam que um de seus membros, candidato a vereador, possa se eleger, não é de se espantar que alguns o ajudem na campanha, realizando doações para ele.

Pois bem. Por meio dos artigos 23 e 81 da Lei nº 9.504/97, tais doações eram consideradas lícitas. No caso, pessoas físicas podem fazer doações em dinheiro ou estimáveis em dinheiro para campanhas eleitorais, sendo que estas ficam limitadas a dez por cento dos rendimentos brutos auferidos pelo doador no ano anterior à eleição (§1º do artigo 23 do diploma legal). Já para as pessoas jurídicas, doações e contribuições eram igualmente permitidas,

ficando limitadas a dois por cento do faturamento bruto do ano anterior à eleição (§1º do artigo 81 então vigente).

Sabendo, porém, da forte influência econômica das pessoas jurídicas, a lei, além de impor um limite quantitativo maior às suas colaborações, também impunha que a doação de quantia acima do limite sujeitaria a pessoa jurídica ao pagamento de multa no valor de cinco a dez vezes a quantia em excesso, bem como que, caso infringissem o limite legal, estaria sujeita à proibição de participar de licitações públicas e de celebrar contratos com o Poder Público pelo período de cinco anos (§§2º e 3º do artigo 81 então vigente).

Além do mais, caso a doação feita à campanha pudesse ser configurada como algo indevido, com o intuito de obter vantagem, restaria configurado o ilícito denominado “abuso de poder econômico”, caracterizado quando há oferta de valores a candidato com o intuito de “comprar” sua candidatura em troca de favores; ou quando há negociação de apoio político mediante o oferecimento de vantagens de conteúdo econômico.

Nessas hipóteses, além das sanções aplicadas à pessoa jurídica acima listadas, o candidato que abusa do poder econômico poderia ser alvo de ação de impugnação de mandato eletivo, perdendo não apenas o mandato, mas estando também sujeito às penas da Lei de Inelegibilidade, como a perda da possibilidade de se candidatar a qualquer cargo político pelos próximos oito anos.

E mais. Caso, nessa “troca de favores econômicos”, houvesse a prática de crimes – como lavagem de dinheiro, prevaricação etc. –, todos estariam sujeitos às respectivas sanções penais, tanto o candidato quanto os sócios/gestores da pessoa jurídica que incorreram nos delitos.

A intenção do legislador, pois, foi de proteger o livre exercício do sufrágio popular contra as interferências econômicas reputadas como abusivas, mas não de toda e qualquer doação financeira. O combate a eventuais ilicitudes deve ocorrer pela oposição ao abuso do poder econômico e político, não sendo “a proibição do financiamento empresarial de campanhas, por si só, o meio mais viável para se acabar com a corrupção eleitoral e política”, como bem pontua Jaime Barreiros Neto.¹⁶²

É dizer: a Política manifestou seu desejo de que tanto pessoas físicas quanto jurídicas pudessem participar no apoio financeiro às campanhas de seus candidatos prediletos,

¹⁶² BARREIROS NETO, Jaime. **Temas Controversos da Reforma Política no Brasil**. Salvador: Faculdade Baiana de Direito, 2018, 104.

incumbindo ao Direito a tarefa de assegurar a previsibilidade, estabilidade e segurança de tal comportamento. Quando há afronta ao desejo – como o abuso do poder econômico –, o Direito impõe sanções aos infratores.

Ocorre que, fato público e notório, mesmo com todas essas sanções, o número de pessoas jurídicas que realizavam financiamento como forma de “comprar favores” de candidatos, ou até mesmo para lavar dinheiro, era bastante grande no Brasil. Em 2014, ano de eleições gerais, circulou na imprensa notícias de que as empresas investigadas no âmbito da Operação Lava-Jato realizavam doações de campanha eleitoral como “mera estratégia de lavagem de capitais”¹⁶³ ou então para obter favores.¹⁶⁴

O ano de 2014 foi de grandes turbulências no Brasil. Além de a população ter saído às ruas um ano antes numa das maiores manifestações populares da história do país, proclamando palavras de ordem contra o *establishment* político – manifestações de junho de 2013 –, o que já causou espanto em muitos políticos, também uma crise econômica de grandes proporções foi se manifestando. Além disso, esquemas ilícitos bilionários envolvendo importantes agentes do governo de então e seus estratagemas criminosos com grandes empresários ensejaram o surgimento da Operação Lava-Jato – que, para o bem ou para o mal, mudou a história do Brasil.

O Brasil ficou em choque e inconformado com o megalomaniaco projeto criminoso que se praticava. E o STF achou por bem dar uma resposta à sociedade.

Diante desse cenário conflituoso é que o Supremo Tribunal Federal, no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.650/DF, declarou inconstitucional a doação de valores a candidatos feitas por pessoas jurídicas. Ocorre que não há no texto da Constituição nenhum enunciado normativo do qual possa se extrair a interpretação de que a doação de campanha seja vedada. E um ato só pode ser declarado inconstitucional se ele viola norma constitucional. Se não há violação, o ato pode ser até indesejável, inconveniente etc., mas inconstitucional ele não é.

Nesse ponto, destacou o relator do processo, Luiz Fux, que:

¹⁶³ SALOMÃO, Lucas. Propina pode ter virado doação legal a partidos para lavar dinheiro, diz MP. **G1**. 2014. Matéria disponível em <http://g1.globo.com/politica/operacao-lava-jato/noticia/2014/11/propina-pode-ter-virado-doacao-legal-partidos-para-lavar-dinheiro-diz-mp.html>, acesso em 23/12/2021.

¹⁶⁴ ROCHA, Marcelo e COUTINHO, Filipe. Empreiteiros confessam ter pago R\$ 20 milhões de propina ao PT por contratos com a Petrobras. **Época**. 2014. Matéria disponível em <https://epoca.oglobo.globo.com/tempo/noticia/2014/12/empreiteiros-confessam-ter-pago-r-b20-milhoes-de-propinab-ao-pt-por-contratos-na-petrobras.html>, acesso em 23/12/2021.

A Constituição de 1988 não contém, em qualquer de suas disposições constitucionais, um tratamento específico e exaustivo no que concerne ao financiamento de campanhas eleitorais. Deveras, diversamente do elevado grau de detalhamento com que cuidou de inúmeros aspectos da vida, o constituinte originário não entregou ao legislador um modelo pré-elaborado de arrecadação de fundos para as campanhas eleitorais. Poderia fazê-lo, mas, verdadeiramente, não o fez.

Esta constatação tem importantes implicações práticas: em matéria relativa ao financiamento de campanhas eleitorais, a Constituição não encerra uma ordem-fundamento em sentido quantitativo (ALEXY, Robert. Teoria dos Direitos Fundamentais. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 583-84), que institua deveres, imposições ou proibições ao legislador. Ao contrário: pode-se dizer, sem incorrer em equívocos, que o constituinte conferiu uma competência decisória autônoma ao legislador para tratar da temática. No ponto, a consequência disso é que existe uma ampla margem de conformação legislativa na formulação de um modelo constitucionalmente adequado de financiamento.¹⁶⁵

Mas o que fez, então, a Suprema Corte para declarar a “inconstitucionalidade” da doação privada por pessoa jurídica? Em linhas gerais, aduziu que os limites previstos pela legislação de regência para a doação de pessoas jurídicas para as campanhas eleitorais se afiguravam assaz insuficientes a coibir, ou, ao menos, amainar, a captura do político pelo poder econômico, de maneira a criar indesejada “plutocratização” do processo político. Vejamos:

[...] 1. A postura particularista do Supremo Tribunal Federal, no exercício da judicial review, é medida que se impõe nas hipóteses de salvaguarda das condições de funcionamento das instituições democráticas, de sorte (i) a corrigir as patologias que desvirtuem o sistema representativo, máxime quando obstruam as vias de expressão e os canais de participação política, e (ii) a proteger os interesses e direitos dos grupos políticos minoritários, cujas demandas dificilmente encontram eco nas deliberações majoritárias. 2. O funcionamento do processo político-eleitoral, conquanto matéria deveras sensível, impõe uma postura mais expansiva e particularista por parte do Supremo Tribunal Federal, em detrimento de opções mais deferentes e formalistas, sobre as escolhas políticas exercidas pelas maiorias no seio do Parlamento, instância, por excelência, vocacionada à tomada de decisão de primeira ordem sobre a matéria. 3. A Constituição da República, a despeito de não ter estabelecido um modelo normativo pré-pronto e cerrado de financiamento de campanhas, forneceu uma moldura que traça limites à discricionariedade legislativa, com a positivação de normas fundamentais (e.g., princípio democrático, o pluralismo político ou a isonomia política), que norteiam o processo político, e que, desse modo, reduzem, em alguma extensão, o espaço de liberdade do legislador ordinário na elaboração de critérios para as doações e contribuições a candidatos e partidos políticos. 4. O hodierno marco teórico dos diálogos constitucionais repudia a adoção de concepções juriscêntricas no campo da hermenêutica constitucional, na medida em que preconiza, descritiva e normativamente, a inexistência de instituição detentora do monopólio do sentido e do alcance das disposições

¹⁶⁵ A íntegra do voto pode ser encontrada acessando o inteiro teor dos autos da Ação Declaratória de Inconstitucionalidade nº 4.650/DF, disponível no portal de pesquisa de jurisprudências do STF, <http://portal.stf.jus.br/>

magnas, além de atrair a gramática constitucional para outros fóruns de discussão, que não as Cortes. 5. O desenho institucional erigido pelo constituinte de 1988, mercê de outorgar à Suprema Corte a tarefa da guarda precípua da Lei Fundamental, não erigiu um sistema de supremacia judicial em sentido material (ou definitiva), de maneira que seus pronunciamentos judiciais devem ser compreendidos como última palavra provisória, vinculando formalmente as partes do processo e finalizando uma rodada deliberativa acerca da temática, sem, em consequência, fossilizar o conteúdo constitucional. 6. A formulação de um modelo constitucionalmente adequado de financiamento de campanhas impõe um pronunciamento da Corte destinado a abrir os canais de diálogo com os demais atores políticos (Poder Legislativo, Executivo e entidades da sociedade civil). 7. Os limites previstos pela legislação de regência para a doação de pessoas jurídicas para as campanhas eleitorais se afigura assaz insuficiente a coibir, ou, ao menos, amainar, a captura do político pelo poder econômico, de maneira a criar indesejada “plutocratização” do processo político. [...] (STF. ADI 4650, Relator(a): LUIZ FUX, Tribunal Pleno, julgado em 17/09/2015, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-034 DIVULG 23-02-2016 PUBLIC 24-02-2016)

Não houve, em verdade, controle de constitucionalidade. Houve controle de conveniência política. Querendo dar respostas à sociedade e alterar o *status quo* de então, o Supremo, muito embora alegue que não há ofensa à constituição, resolve declarar “inconstitucional” (?) a doação de pessoas jurídicas, já que tal ato vem conduzindo a uma miríade de irregularidades e desequilíbrios no pleito eleitoral.

Nesse sentido, e mais uma vez trazendo-se à tona a doutrina de Jaime Barreiros Neto¹⁶⁶, não há que se falar em afronta às normas constitucionais ou aos princípios democráticos no que diz respeito ao modelo de financiamento privado de campanha, de modo que a atuação do Supremo foi eminentemente ativista, no plano político, e isso ocorre porque o Judiciário se valeu do Direito como instrumento de sua vontade para implementar as mudanças sociais que desejava.

Tudo o que foi dito até agora foi para afastar o argumento daqueles que afirmam que o Judiciário exerce poder político no desempenho normal de suas atividades, notadamente ao declarar inconstitucional determinado ato. Não é uso de poder político, é simples aplicação de preceitos constitucionais. Quando o Judiciário se usa de política para declarar inconstitucional uma norma, aí mora o perigo do ativismo judicial – como ocorreu acima, em que se declarou “inconstitucional” norma que, pelos dizeres do próprio relator, não contraria a Constituição.

Avancemos ao segundo ponto, aquele que afirma que o Judiciário é representante do povo.

¹⁶⁶ BARREIROS NETO, Jaime. *Op. Cit*, p. 102.

Tal argumento pode ser rechaçado tanto pela via do argumento jurídico normativo, quanto do argumento social, ligado à realidade dos fatos.

O argumento jurídico normativo que refuta a afirmação de que o Judiciário é “representante do povo” é o parágrafo único do artigo 1º da Constituição Federal, que preconiza que todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente.

Ora, pelo que diz a Constituição, os representantes do povo são eleitos. Os membros do Judiciário não são eleitos. Isso já seria o suficiente para afastar a falácia de “poder representativo do povo”.

E mais, dizer que o Judiciário não exerce função representativa não é uma ofensa. É que o Judiciário é órgão que exerce função técnica, e não política.

Imaginemos com o seguinte exemplo. No filme *Don't Look Up* – “Não Olhe para Cima”, na tradução em português –, um grupo de cientista descobre um asteroide gigante que está em rota de colisão com a Terra. Caso siga seu rumo, o asteroide destruirá o planeta. O grupo, portanto, assume a responsabilidade de, com seus conhecimentos técnicos, impedir a catástrofe.

Veja, para impedir o asteroide, é necessário o conhecimento técnico dos cientistas. Conhecimentos que envolvem física – as leis da gravidade, o comportamento dos astros no espaço sideral, o comportamento de um corpo de acordo com as regras da velocidade etc. –, bem como engenharia – qual meio utilizado para se chegar perto do asteroide e alterar sua rota ou, então, em como destruí-lo sem que isso cause grandes impactos à Terra.

Não há aqui uma eleição com o maior número possível de candidatos para que se adote qual decisão a ser tomada. O asteroide precisa ser destruído e para tanto são necessários conhecimentos técnicos, e não um processo democrático de tomada de decisão por meio de representantes eleitos pelo povo adulto e incluído na sociedade.

Caso a decisão fosse tomada a partir de um processo democrático, ter-se-ia que realizar eleições para que as pessoas escolhessem seus representantes, aceitando os resultados do processo seletivo. Isso teria que incluir, a propósito, os adeptos da teoria da Terra Plana, que afirmariam ser desnecessário proteger o planeta porque o “Domo” que envolve a Terra seria mais que o suficiente para afastar o asteroide.

Enfim, para além do argumento jurídico normativo – parágrafo único do artigo 1º da Constituição Federal –, existe a questão fática: os membros do Judiciário não são escolhidos por meio de eleições livres e periódicas, por meio de um sufrágio inclusivo no qual todos os adultos podem participar do processo – tanto para votar no juiz quanto para ser escolhido como juiz. Em verdade, os magistrados assumem seu cargo por meio de concurso público de provas e títulos. É uma seleção técnica, e não política.

“Mas e os membros de Tribunal? Eles não são escolhidos pelos representantes do povo? Isso não faz com que, ainda que indiretamente, eles sejam também a voz do povo”, indagará o leitor. E a resposta só pode ser esta: de jeito nenhum.

Relembremos os institutos que permitem que o processo democrático seja plenamente efetivado (poliarquia):

1. *Funcionários eleitos*. Os funcionários eleitos são constitucionalmente investidos do controle político das decisões governamentais.
2. *Eleições livres e justas*. Os funcionários são escolhidos em eleições frequentes, conduzidas de modo justo, nas quais a coerção é relativamente rara.
3. *Sufrágio inclusivo*. Praticamente todos os adultos têm o direito de votar na eleição dos funcionários do governo.
4. *Direito de concorrer a cargos eletivos*. Praticamente todos os adultos têm o direito de concorrer a cargos eletivos no governo, embora os limites de idade possam ser mais altos para ocupar o cargo do que para o sufrágio.
5. *Liberdade de expressão*. Os cidadãos têm o direito de se expressar, sem o perigo de punições severas, quanto aos assuntos políticos de uma forma geral, o que inclui a liberdade de criticar os funcionários do governo, o governo em si, o regime, a ordem socioeconômica e a ideologia dominante.
6. *Informação alternativa*. Os cidadãos têm o direito de buscar soluções alternativas de informação. Ademais, existem fontes de informação alternativa protegidas por lei.
7. *Autonomia associativa*. Para alcançar seus vários direitos, inclusive aqueles relacionados acima, os cidadãos também têm o direito de formar associações ou organizações relativamente independentes, inclusive partidos políticos independentes e grupos de interesse (destaques no original).¹⁶⁷

Pois bem, nesse processo de escolha de membro de Tribunal, pergunta-se: os funcionários (no caso, o magistrado) são eleitos frequentemente, ou o seu cargo é vitalício? A própria ideia de o cargo ser vitalício vai de encontro ao instituto da eleição frequente para renovação do corpo político representativo.

Continuando: há sufrágio inclusivo, onde todos os adultos têm o direito de votar na eleição e de concorrer a um desses cargos? Não. A bem da verdade, nem mesmo os membros do Legislativo e do Executivo gozam da prerrogativa de votar no candidato que acreditam ser

¹⁶⁷ DAHL, Robert A. *Op. Cit.*, ps. 350-351

o mais bem qualificado. Como se sabe, para a escolha de membro de Tribunal (seja ele Estadual, Federal ou Superior), o próprio Tribunal elaborará uma lista dos três candidatos que ele, Tribunal, reputa serem os mais bem qualificados, e a encaminha ao Poder Executivo. O chefe do Executivo escolherá somente um desses três apontados pelo Tribunal – o processo de escolha para Ministro do Supremo é ainda mais exclusivo, pois o Presidente da República escolhe candidato a ser sabatinado pelo Senado Federal independentemente de deliberação da Corte.

É dizer: não há eleição livre e periódica na qual há um sufrágio inclusivo e possibilidade de todos os adultos concorrerem ao cargo eletivo. Logo, não se trata de um procedimento democrático de escolha de representante, mas sim de um procedimento de escolha de um técnico.

Ademais, o processo de tomada de decisões no exercício da jurisdição segue um critério técnico, no qual o magistrado proferirá a sentença de acordo com as normas do Ordenamento Jurídico, e não de acordo com a vontade do povo. Como destaca Eros Roberto Grau, “o intérprete está vinculado pela objetividade do direito. Não a minha ou a sua justiça, porém o direito. Não ao que grita a multidão enfurecida, porretes nas mãos, mas ao direito”.¹⁶⁸

E, novamente, não há problema ou ofensa em dizer que a jurisdição se exerce tecnicamente. Quando o magistrado aplica a Lei – aqui considerada em sentido lato – ele está dando fiel aplicação e respeito à vontade da Política, que instituiu o Direito para garantir previsibilidade, estabilidade e segurança nas relações sociais. Assim, quando o povo, por meio de seus representantes, estabelece as normas que vão reger a sociedade, o juiz é o seu guardião, mantendo firme o projeto social politicamente desenhado através da instituição do Direito. Isso ocorre, lembre-se, até mesmo no controle de constitucionalidade: o critério a ser adotado é se o ato impugnado viola ou não os comandos constitucionais impostos pelo Poder Constituinte (que é político), de modo que, caso haja afronta à Constituição, o magistrado igualmente agirá como seu guardião, fazendo valer a força normativa constitucional.

Assim, em seu processo de decisão, o magistrado irá, diante do conflito posto, interpretar as nuances fáticas e como a Lei dá resposta a elas. É verdade que pode haver mais de uma resposta possível, pois as relações sociais são voláteis e a Lei nem sempre fornece por meio de uma linguagem clara qual a resolução a ser dada ao caso. Mas, de qualquer forma, ainda que haja ambiguidade e imprecisão, dentre de um Estado Democrático de Direito, o juiz

¹⁶⁸ GRAU, Eros Roberto. **Por Que Tenho Medo Dos Juízes**: a interpretação/aplicação do direito e os princípios. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2017, p.22

deve aplicar a Lei para dar resposta ao caso, e não a sua visão particular de mundo. Caso faça valer “a sua vontade” ao invés da Lei, pois julga que a sua moral é maior e/ou mais conveniente do que a resposta encontrada na Lei, o magistrado estará usurpando o poder democrático exercido pelo povo e fazendo impor a sua vontade, tal qual os monarcas de antigamente. Esse cenário enseja o abandono do Império da Lei/Vinculação à Constituição, conquista dos movimentos constitucionalistas, e promove o retorno ao Império do Homem – no caso, do juiz.

Ainda que esteja carregado de boas vontades, ainda que repete ter “a melhor resposta moralmente possível” e que está agindo de acordo com “a vontade popular”, o juiz que se vale de seus valores pessoais para proferir decisões, longe de respeitar o processo democrático e servir como seu guardião, ignora o Direito para fazer valer os seus desígnios.

Até mesmo quem defende que o juiz deve proferir suas decisões com base no sentimento popular – e por isso estaria exercendo função de representante e atuando de forma democrática – apresenta fundamentação contraditória, pois as conclusões a que se chegam não se alinham com as premissas levantadas.

Vejamos. Luís Roberto Barroso afirma que:

a legitimidade democrática do Judiciário, sobretudo quanto interpreta a Constituição, está associada à sua capacidade de corresponder ao sentimento social. Cortes constitucionais, como os tribunais em geral, não podem prescindir do respeito, da adesão e da aceitação da sociedade. A autoridade para fazer valer a Constituição, como qualquer autoridade que não repouse na força, depende da confiança dos cidadãos.¹⁶⁹

Conclui o autor aduzindo que há uma correlação entre Judiciário e opinião pública, de modo que, “quando haja desencontro de posições, a tendência é no sentido de o Judiciário se alinhar ao sentimento social”.¹⁷⁰

Ocorre que essa ligação da interpretação e aplicação da Lei com o sentimento social vai de encontro aos próprios limites pré-determinados pelo Ordenamento Jurídico, e, tal qual Ulisses, acaba sendo seduzido pelo canto das sereias que, na vida real, simboliza as opiniões e paixões passageiras da vontade popular.

De novo um exemplo. A Constituição Federal proíbe a pena de morte – ressalvados os casos de crime militar praticado em período de guerra.

¹⁶⁹ BARROSO, Luís Roberto. *Op. Cit.*, n/p

¹⁷⁰ *Ibidem*, n/p.

Ocorre que uma pesquisa realizada pelo instituto Datafolha¹⁷¹ revelou que mais de 57% da população brasileira é a favor da pena de morte. Isso quer dizer que, caso houvesse plebiscito para consulta popular acerca de eventual reforma hábil a permitir a pena de morte, é quase certo que a população brasileira iria a ela aderir.

Pois bem. Diante desse cenário, os casos citados típicos acima, do criminoso Champinha, que assassinou um casal de namorados, ou então de Isabela Nardoni, assassinada pelo pai e madrastra – todos esses casos, lembre-se, invocados por Luiz Fux em seu voto para suscitar um sentimento social de necessidade de se aprovar a prisão após condenação criminal em segunda instância –, caso a visão de que o juiz deve proferir decisões em harmonia com “o sentimento popular” fosse aplicada, todos esses criminosos poderiam ser punidos até mesmo com a morte – o que, obviamente, violaria completamente a Constituição Federal de 1988.

Nenhum dos culpados foi condenado à pena de morte em razão da expressa proibição constitucional. Mas o que diria Barroso sobre isso? A maioria da população é a favor da pena de morte – e não foram poucos os gritos populares reivindicando a vida desses criminosos. Deveria o Judiciário, com a sua “legitimidade democrática”, corresponder ao sentimento social? Ou, ao invés disso, aplicar a Lei, que determina pena privativa de liberdade, sendo vedada a pena capital? Parece certo que deve o juiz aplicar a Lei, e não o que diz a multidão enfurecida que clama o sangue dos réus.

Aliás, a vedação à pena de morte é uma escolha Política que foi positivada no Direito brasileiro para permitir não apenas a ressocialização dos culpados, mas também que erros em condená-los possam ser corrigidos. Somente um poder divino fará com que alguém punido à morte possa retornar à vida caso a condenação tenha sido equivocada.

Mas continuemos nos exemplos. Como apontado acima, para Luís Roberto Barroso, a legitimidade democrática do Judiciário está em interpretar a Constituição de forma a corresponder ao sentimento social.

Pois bem. Pesquisa do Datafolha¹⁷², realizada em 2018, aponta que 59% dos brasileiros são contrários ao aborto, admitindo apenas as hipóteses de aborto em caso de risco de morte à gestante, de estupro ou de feto anencéfalo. Além disso, 58% dos entrevistados

¹⁷¹ Para mais, vide 57% dos brasileiros são favoráveis à pena de morte, diz pesquisa. **Veja**. 2018. Matéria disponível em <https://veja.abril.com.br/brasil/57-dos-brasileiros-sao-favoraveis-a-pena-de-morte-diz-pesquisa/>, com acesso em 23/12/2021.

¹⁷² Pesquisa Datafolha: 59% dos brasileiros são contrários a mudanças na atual lei sobre o aborto. **G1**. 2018. Matéria disponível em <https://g1.globo.com/bemestar/noticia/2018/08/22/pesquisa-datafolha-59-dos-brasileiros-sao-contrarios-a-mudancas-na-atual-lei-sobre-o-aborto.ghtml>, com acesso em 23/12/2021.

avaliariam que os responsáveis pelo aborto devem ser processados e ir para a cadeia, independentemente da situação. O número de pessoas contrárias ao aborto, em verdade, reduziu, porque até 2015, segundo dados da pesquisa, 67% eram contrários a prática.

Desse modo, no caso de aborto, em que não há risco de morte à gestante, não decorreu de estupro ou que não envolve feto anencéfalo, o juiz que punir os responsáveis criminalmente estará não apenas aplicando a Lei, como também “correspondendo ao sentimento social”.

Mas parece que Barroso não concorda com isso. Nesse caso, ele defende que não se deve atender à voz das ruas, mas sim ao caráter contramajoritário da jurisdição. É dizer: ainda que a vontade popular, consubstanciada em um diploma legal, criminalize o aborto, o ministro do STF posicionou-se ferrenhamente contra tal situação, conferindo, no Habeas Corpus nº 124.306/RJ a ordem vindicada a mulher e médico que participaram de procedimento de aborto. O ministro, além de invocar argumentos que encontram guarida dentro do próprio Ordenamento Jurídico, como o direito à autonomia sexual, à liberdade reprodutiva, violação à proporcionalidade etc., valeu-se também de sua visão particular sobre o que seria melhor para a sociedade, pois reputou que “praticamente nenhum país democrático e desenvolvido do mundo trata a interrupção da gestação durante o primeiro trimestre como crime”. É dizer: entende o magistrado que se o Brasil precisa ser reconhecido como país democrático e civilizado, então o aborto dentro dos três primeiros meses de gestação deve ser reputado lícito.

Por outro lado, ao proferir voto no julgamento das ADC nº 43, 44 e 54 – que tinham como objeto a declaração de constitucionalidade da prisão após condenação em segunda instância e antes do trânsito em julgado –, Luís Roberto Barroso posicionou-se no sentido de que a interpretação da Constituição, a ser feita pela Corte, deveria estar atenta a sentimento de justiça social, senão vejamos:

Gostaria ainda, e por fim, de desfazer o que considero um equívoco: esse debate não tem nada a ver com opinião pública. Uma das formas que se tem encontrado de desqualificar os que defendem a manutenção da execução da condenação depois do segundo grau é afirmar que se trata de tese para agradar a opinião pública, que constitui populismo judicial, que constitui punitivismo ou que constitui moralismo. Essa é apenas uma das faces da intolerância, da inaceitação do outro [...] Pois bem. Opinião pública é um conceito volátil que muda como as nuvens. Ela não serve de fundamento para interpretação de coisa alguma. E muito menos serve o clamor público.

Os conceitos relevantes aqui são outros. São: justiça, direitos fundamentais e interesse público. E eles precisam estar presentes em qualquer sociedade que não sede regredir ao estado de natureza. Quando um cidadão de bem se sente indignado com a morte de uma criança por tiro de fuzil, com o estupro ou

violência doméstica contra uma mulher, com o grileiro que toca fogo na floresta ou com o desvio de milhões de reais por agentes públicos corruptos, não é de opinião pública que se trata. É a justa indignação, do natural sentimento de justiça que todas as pessoas trazem dentro de si e que unem as pessoas de bem e distinguem as sociedades civilizadas das primitivas.

[...]

Ainda algumas palavras sobre esse tópico porque ele mobiliza a teoria constitucional em todo o mundo. Numa democracia, todo poder é representativo, ninguém exerce poder em nome próprio ou em interesse próprio. Todo poder em uma democracia é exercido em nome e no interesse da sociedade. E, portanto, compilando as ideias desenvolvidas na teoria constitucional em todo o mundo, ideias pacíficas, temos primeiro: o juiz não é um ser isolado do mundo, encastelado em uma torre de marfim, intérprete de textos abstratos e indiferente à vida lá fora. Juízes tem o dever de ter janelas para o mundo, ter olhos para a realidade e a capacidade de identificar o sentimento social passando-o pelo filtro da Constituição.

[...]

Não preciso relembrar aqui o que ocorre com o prestígio e a credibilidade de uma instituição que repetida e prolongadamente frustra as demandas legítimas da sociedade.¹⁷³

As palavras são bonitas, mas, se nos atentarmos ao seu conteúdo, acabam revelando uma contradição. Inicialmente, o magistrado afirmou que a opinião pública é um conceito volátil e que não serve de fundamento para interpretação de coisa alguma. Nada obstante, empós, sustenta que o juiz deve estar atendo à justa indignação e sentimento de justiça social do cidadão de bem, não podendo frustrar as demandas legítimas da sociedade, sob pena de a instituição – no caso, o Poder Judiciário – acabar perdendo prestígio e credibilidade. Se o juiz aplica o Direito levando em consideração a justa indignação e sentimento de justiça social do “cidadão de bem” para não frustrar as demandas da sociedade, não estará ele analisando a opinião pública?

Perceba-se que não se está aqui questionando a constitucionalidade da prática do aborto ou da prisão após condenação em segunda instância – há bons fundamentos para sustentar tanto a constitucionalidade quando a inconstitucionalidade. O que se está apontado é para o fato de que, em um momento, defende-se a função “democrática” do Judiciário quando este interpreta e aplica a Constituição de acordo com os sentimentos populares. Nada obstante, também afirma que “o Judiciário não pode ser escravo da opinião pública. Muitas vezes, a decisão correta e justa não é a mais popular. Nessas horas, juízes e Tribunais não devem hesitar

¹⁷³ A manifestação de Luís Roberto Barroso pode ser encontrada em <https://www.youtube.com/watch?v=1pEDCzYJafM>, acessada em 23/12/2021.

em desempenhar um papel contramajoritário. O populismo judicial é tão pernicioso à democracia quanto o populismo em geral”¹⁷⁴ – palavras do próprio Luís Roberto Barroso.

Nada obstante, o supracitado autor não aponta de forma precisa quando que o Judiciário deve exercer sua atividade “associada à sua capacidade de corresponder ao sentimento social” ou quando “não pode ser escravo da opinião pública” e proferir decisão correta e justa, embora impopular.

E por que não se aponta precisamente o critério para definir quando se atua “democraticamente” ou “contramajoritariamente”? Porque o argumento primeiro, de exercício da atividade jurisdicional em sintonia com a vontade popular, é um sofisma. Ele é utilizado apenas quando convém. Se o juiz reputa por bem exarar uma decisão que reputa ser a melhor e que não encontra guarida na Lei, ele afirma agir como representante do povo e que está dando voz ao sentimento popular. Se, porém, o juiz reputa por proferir decisão que vá até mesmo de encontro à vontade popular, aí o fundamento já muda, sustentando que sua atividade é contramajoritária.

O que tudo isso quer dizer? Que o discurso da “legitimidade democrática” e atendimento ao sentimento popular só é utilizado quando convém ao magistrado proferir a decisão ativista que lhe interessa.

Ante o exposto, há de se afirmar que, num Estado Democrático de Direito, a atuação do magistrado é técnica, no sentido de aplicar a Lei e guardando previsibilidade, estabilidade e segurança das regras de convívio social escolhidas no processo democrático. O juiz pode até decretar inconstitucionais os atos normativos que violem a Constituição, mas não em razão de sua vontade ou valores pessoais de conveniência, mas sim porque o ato violou o pacto social desenhado pelo Poder Constituinte.

E é justamente por isso que o ativismo judicial é um mal ao Estado Democrático de Direito.

5.2 ATIVISMO JUDICIAL COMO ELEMENTO NEGATIVO À DEMOCRACIA BRASILEIRA

Os defensores do ativismo afirmam que o Estado brasileiro está submetido a um ideal de democracia substantiva, por meio do qual as inércias do Poder Legislativo e/ou

¹⁷⁴ BARROSO, Luís Roberto. *Op. Cit.*, n/p.

Executivo serão suprimidas pelo Judiciário, pois o “caráter voluntarista da atuação do legislador cede espaço para sua submissão ao império da Constituição”.¹⁷⁵

Não se está aqui para apontar a diferença entre no que consiste uma democracia substantiva (na qual há conteúdos normativos que são vinculativos e sequer podem ser objetos de deliberação por parte do Parlamento, cabendo ao Judiciário exercer esse controle) e a procedimentalista (na qual os conteúdos normativos podem ser objeto de deliberação, seja para reforçar ou para reduzir, pois o essencial é a garantia do procedimento deliberativo, assegurado pela atuação do Judiciário) – até porque, em qualquer desses modelos, o ativismo judicial pode se manifestar. O que se quer apontar aqui é que, para os defensores do ativismo judicial, a defesa da importância da legitimidade democrática do legislador é uma concepção de “um constitucionalismo débil”, pois o que é realmente importante é o exercício do ativismo “como via para a substancialização do regime democrático”.¹⁷⁶

Nesse sentido, afirmam que

o modelo neoconstitucionalista não parece coadunar-se com a perspectiva positivista, que se mostra tanto antiquada, por haver surgido no contexto do Estado liberal-individualista, quanto inadequada, por não incorporar os *standards* de moralidade ao estudo do direito.

O modelo de ciência jurídica que exige o neoconstitucionalismo contrasta também com aquele defendido pelo positivismo jurídico. Rejeitam-se, assim, as noções de distanciamento, neutralidade valorativa e função descritiva da ciência jurídica, para incorporar as ideias de compromisso, intervenção axiológica, prioridade prática e caráter político do conhecimento científico do direito.

[...]

A partir do momento em que alguns padrões de moralidade são incorporados às Constituições mediante os princípios ético-jurídicos, a tarefa de determinar o que o direito diz não pode ser concebida como uma atividade totalmente científica ou objetiva, visto que podem entrar em jogo as opiniões e as considerações morais, o que confere verdadeira natureza política à atividade do jurista.¹⁷⁷

Diante desse cenário, ressaltam que “normas jurídicas não são reveladas, mas, sim, criadas por decisões e escolhas políticas, tendo em vista determinadas circunstâncias e visando determinados fins”¹⁷⁸ e de que o juiz, ao decidir, busca também fatores extrajurídicos nos seus valores pessoais e ideológicos na aplicação do Direito.

¹⁷⁵ SOARES, Ricardo Maurício Freire. **Teoria Geral do Direito**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2019 (Edição do Kindle), n/p.

¹⁷⁶ *Ibidem*, n/p.

¹⁷⁷ *Ibidem*, n/p.

¹⁷⁸ BARROSO, Luis Roberto. *Op. Cit.*, n/p.

E é assim, com palavras bonitas, românticas e cheias de efeito, que a Democracia começa a ser corroída.

Deve-se entender, primeiramente, que desde a concepção moderna, de Estado de Direito, até a contemporânea, de Estado Democrático de Direito, um dos pilares que se fixa é o do Império da Lei, e não dos homens. Com isso, o comportamento a ser adotado no meio da comunidade é aquele previamente estabelecido por meio de convenções sociais que possuem força vinculativa, capazes de forçar o seu cumprimento ou punir quem as infringe (isto é, por meio da Lei), e não da vontade impetuosa e imprevisível de um monarca absoluto, que estipula as normas jurídicas posteriormente aos fatos já praticados.

E essas convenções sociais, deliberadas e aprovadas por meio dos representantes do povo, permitem que os cidadãos possam ter previsibilidade e estabilidade em suas relações sociais, além da segurança garantida pela força coercitiva do Direito.

Quando, porém, o juiz/tribunal soluciona um conflito social por meio dos seus valores e preferências políticas, dá-se adeus à participação efetiva do povo no processo de deliberação das escolhas essenciais à sociedade, que são exercidas pelos funcionários escolhidos por eleições livres por meio de sufrágio inclusivo que permite aos adultos concorrer aos cargos eletivos, valendo-se da liberdade de expressão e informação. Dá-se adeus ao Direito e saúda-se a imposição unilateral dos valores de um sujeito (juiz) ou grupo de sujeitos (tribunal).

Retomemos a polêmica questão do aborto. Os artigos 124 a 127 do Código Penal tipificam a conduta de quem provoca aborto em si mesma ou que provoca em outra pessoa. É, portanto, crime. As hipóteses de excludente de ilicitude estão previstas no artigo 128, onde se assenta que não se pune o aborto praticado por médico se não há outro meio de salvar a vida da gestante ou se a gravidez resulta de estupro e o aborto é precedido de consentimento da gestante ou, quando incapaz, de seu representante legal – além da excludente criada pela jurisprudência do STF, no caso, o aborto de feto anencéfalo.

Pois bem. Como referido acima, no julgamento do no Habeas Corpus nº 124.306/RJ, a primeira turma do Supremo Tribunal Federal, seguindo o voto exarado por Roberto Barroso, declarou ser inconstitucional a criminalização do aborto, aduzindo que até os três primeiros meses de vida a conduta deveria ser reputada atípica. No voto condutor, pode-se ver que, para além de critérios jurídicos – invoca-se o direito à autonomia, dignidade, liberdade, igualdade etc. –, são também invocadas convicções subjetivas e morais, aduzindo o ministro que nenhum país democrático e desenvolvido do mundo trata a interrupção da gestação durante

o primeiro trimestre como crime – de modo que para ele é preciso permitir o aborto para que o Brasil se desenvolva.

Assim, ao menos naquele caso, foi afastada a tipicidade da conduta dos agentes envolvidos no processo criminal.

Imaginemos agora um cenário distinto. Imaginemos que o caso fosse submetido à apreciação da outra turma do Supremo e, que nessa turma, os ministros consideram que a tipificação do aborto é uma forma de tutelar a vida e autonomia humana (do feto), a liberdade (do feto), a integridade física (do feto) e a dignidade humana (do feto). Os mesmos direitos apontados pela primeira turma são também invocados na segunda, só que com a tutela recaindo sobre o ser humano que está para nascer.

Prosseguindo em seu julgamento, e reputando que a vida humana daquele que não tem qualquer responsabilidade sobre o ato de sua concepção (o feto) deve ser tutelada, a segunda turma resolve não só manter a tipificação do aborto, como declarar não recepcionada pela Constituição de 1988 o artigo 128, que trata das excludentes de aborto necessário e no caso de gravidez resultante de estupro.

Nesse exemplo, temos que o conflito moral e político envolvendo a situação fazem com que um órgão julgador exerça sua atividade jurisdicional no sentido de descriminalizar a conduta, enquanto que o outro, por questões que também tratam da moral e política, exerça a atividade no sentido de declarar compatível com a Constituição a criminalização do aborto e, para além disso, resolve ampliar o rol de hipóteses que se enquadra no tipo penal ao afastar as excludentes de ilicitude do artigo 128.

Nesse caso, não foi o Direito, criado a partir da deliberação política democrática do povo, que foi aplicado, mas sim a visão particular de mundo dos membros do Tribunal.

Ainda a propósito, em relação ao caso hipotético de a segunda turma afastar o artigo 128 do Código Penal, o leitor pode afirmar que isso é juridicamente inviável em razão do inciso XXXIX do artigo 5º da Constituição Federal, pois do contrário estaria a Suprema Corte ampliando o rol de condutas que se amolda à figura típica sem lei previamente aprovada. Caso apresente este questionamento, a resposta é: sim, isso é verdade, caro leitor.

Entretanto, lembremos que, malgrado o inciso XXXIX do artigo 5º da Constituição Federal expressamente proíba a criação de crimes sem lei formal, previamente aprovada pelo Congresso, o próprio Supremo Tribunal Federal, no julgamento da Ação Declaratória de

Inconstitucionalidade por Omissão nº 26 e do Mandado de Injunção nº 4.733, verdadeiramente criminalizou a homofobia e LGBTfobia, sem prévia lei aprovada pelo Congresso.

E agora, leitor? Deve-se concordar com a possibilidade de o STF criar tipos penais por meio de sua livre atuação, ou exigir o respeito aos preceitos constitucionais?

E um outro ponto acerca dessa atividade “criativa” da jurisdição. É comum encontramos na doutrina quem afirme que “o magistrado não pode ser reduzido à condição subalterna de um mero aplicador mecânico e neutro das regras emanadas pelo legislador [...], em verdade, deve ser reconhecido como um verdadeiro criador de um direito vivo e atual, ao explicitar o sentido e o alcance da normatividade jurídica”.¹⁷⁹

É verdade que o juiz/tribunal, ao aplicar o Direito, acaba por criá-lo. Mas essa atividade criativa deve ser corretamente entendida para não se confundir com arbitrariedade.

Com efeito, o Direito é um constructo social, isto é, ele não faz parte da realidade em si – ele não está no mundo tal qual as árvores, pedras, animais, seres humanos etc. Ele é uma realidade criada. O que isso quer dizer? Que ele não integra o mundo do ser, do real, mas, quando um grupo de pessoas passa a imaginar uma dada realidade e a ela conferir efetividade, o Direito migra do imaginário coletivo e passa a afetar a própria existência e as relações sociais.

Exemplos para facilitar a compreensão. Dentro das condições normais de temperatura e pressão, a água congela quando atingir a temperatura de zero graus celsius, independentemente do querer humano. A realidade, aqui manifestada nas leis da química e física, fará com que a água migre do estado líquido para o sólido. Não é necessária a atividade humana.

Mudemos agora o exemplo para uma relação social. Kratos e Atreus, de livre e espontânea vontade, unem seus esforços para asfixiar Baldur, levando-o à morte. Nos termos do inciso III do §2º do artigo 121 do Código Penal, os dois primeiros cometeram um homicídio qualificado, cuja pena vai de doze a trinta anos de reclusão.

Mas quem determinou isso? Com certeza não foram as leis que regem a física, química ou biologia. Não há nada na realidade palpável, do mundo do ser, que traduza tal punição. Em verdade, a pena para tal comportamento foi uma criação humana, que sai do imaginário das pessoas e, após convencionarem acerca da matéria, resolvem punir tal

¹⁷⁹ SOARES, Ricardo Maurício Freire. *Op. Cit.*, n/p.

comportamento mediante a Lei. Os valores e sentimentos da comunidade saem do seu imaginário e passam a fazer valer em suas convenções sociais.

Mas e agora? Apenas porque no Código Penal há tal previsão é que, automaticamente, Kratos e Atreus serão recolhidos ao cárcere privado? Esse processo ocorre de forma automática, tal qual o congelamento da água?

Óbvio que não. É necessário um agir humano. Nesse caso, é necessário que seja instaurado o devido processo legal que, ao final, o juiz responsável pelo caso fixará a pena aos agentes. E com a ordem de prisão exarada pelo juiz é que os agentes policiais recolherão Kratos e Atreus e os levarão à prisão.

Veja, se não houvesse a atividade humana, nenhum deles seria punido pelo assassinato de Baldur. Ora, sem a atividade humana, sequer haveria previsão de tal punição.

Então o que o juiz fez foi retirar a previsão de punição ao homicídio qualificado do imaginário coletivo e transferi-la ao mundo concreto, ao mundo do ser, que permite que Kratos e Atreus sejam presos.

É aqui que se encontra a atividade criativa. O juiz transporta aquilo que está no imaginário coletivo (a Lei) e a faz ser concretizada no mundo do ser, dos fatos. Não foram as leis da termodinâmica que prenderam os agentes, mas sim a atuação do juiz por meio do exercício da atividade jurisdicional. O Direito só foi verdadeiramente aplicado a partir de um agir humano que influenciou na realidade, qual seja: a atividade criativa do juiz.

Isso não quer dizer, contudo, que o juiz pode “criar” conteúdos normativos arbitrariamente. Isso não quer dizer que, a partir de suas convicções pessoais sobre o que é certo, justo, moral, belo etc., ele possa criar uma matéria nova.

É o caso do músico. Se um violonista, com o movimentar de suas mãos em um certo ritmo e frequência, pressiona as cordas do violão em um Fá com Sétima Maior (F7m), depois um Sol com Sétima Maior (G7) e um Sol Menor com Sétima (Gm7), e canta “olha que coisa mais linda, mais cheia de graça, é ela menina que vem e que passa”, ele estará cantando “Garota de Ipanema”.

Perceba que o violão e as cordas, sem o agir do violonista, não alteram o mundo dos fatos. Somente quando o violonista passa a agir com os movimentos das mãos e cordas vocais é que ele transporta a música “Garota de Ipanema” do imaginário para o mundo do ser.

Ele, de fato, criou o som e a música, ao migrá-la do mundo das ideias para o mundo sensível (podemos ouvir os sons).

Mas isso não quer dizer que aquele músico “criou” o conteúdo “Garota de Ipanema”, pois o conteúdo (as cifras, o ritmo e frequência do movimento das cordas, a letra etc.) já foram criados antes por Tom Jobim e Vinícius de Moraes.

E é entendendo essa diferença que podemos compreender o que se quer dizer que o juiz “cria” o Direito. Tal qual o violonista, ele é responsável por transportar aquilo que habita apenas o imaginário e o mundo das ideias, coletivamente construído, para o mundo sensível do ser. Nada obstante, o conteúdo em si do que está sendo transportado não se encontra ao livre arbítrio do juiz, assim como o violonista não pode, no meio da música, tocar um Mi (E), Dó (C) e Ré menor (Dm), ao som de “que país é esse?” e chamar isso de “Garota de Ipanema” – no caso, ele estará cantando outra música, “Que País É Esse”, da banda Legião Urbana.

E a fronteira dessa atividade criativa jurisdicional se encontram nos limites linguísticos do enunciado normativo da Lei. Portanto, se o inciso XXXIX do artigo 5º da Constituição Federal determina que somente por meio de lei formal aprovada pelo Congresso é que se poderá criar novos tipos penais, não pode o juiz/tribunal, com base nos seus valores sobre o que quer que seja, rasgar a Constituição e criar novas figuras penais, ainda que com boas intenções – que fique expresso, a propósito, que quando se critica a conduta do STF em tipificar um crime por meio de decisão judicial, não se está defendendo a atitude preconceituosa da homofobia, mas sim a norma constitucional que veda a tipificação de conduta sem lei que previamente assim o faça.

Quando o Judiciário, pois, passa a ultrapassar o que está no Direito e começa a solucionar conflitos com suas convicções pessoais de justiça, valor, economia, moral, etc., age que nem os monarcas absolutistas de antigamente, que faziam da “Lei” a sua vontade, e não as convenções sociais deliberadamente aprovada pelo povo e seus representantes num processo democrático.

Ora, se a Lei não é aplicada, mas sim o subjetivismo do magistrado, então joga-se fora a atuação dos funcionários escolhidos por eleições livres e justas, por meio de sufrágio inclusivo que permite aos adultos concorrer aos cargos eletivos, valendo-se da liberdade de expressão e informação e da livre associação para participar do processo de tomada de decisões políticas da comunidade. É dizer: com o ativismo judicial, joga-se fora a Democracia.

É por isso que não há que se falar em “bom ativismo” – figura que aparece em discursos de magistrados quando a decisão proferida, ainda que viole a Separação dos Poderes é considerada “moralmente boa” e aceita socialmente – ou “mau ativismo” – quando o Judiciário profere decisões que, mesmo violando a Separação dos Poderes, são polêmicas.

Todo ativismo é “mau” à democracia porque viola os requisitos de um Estado Democrático de Direito (Participação efetiva do povo; Igualdade de voto; Inclusão de adultos; Controle da agenda política e Compreensão esclarecida) bem como os mecanismos que permitem que tais requisitos se desenvolvam (falamos aqui, obviamente, da poliarquia: Eleições Livres, Justas e Periódicas para a escolha de Funcionários Eleitos; por meio de um Sufrágio inclusivo que permite a todos os adultos concorrer aos cargos eletivos, valendo-se da liberdade de expressão e associativa).

Ora, se um agente (ativismo judicial) afeta os as condições necessárias para o desenvolvimento de um corpo e os mecanismos pelos quais essas condições são asseguradas (requisitos da democracia e os institutos da poliarquia), é claro que este agente (ativismo judicial) é um mal ao corpo (democracia).

Eis a razão pela qual, pois, o ativismo judicial há de ser encarado como algo essencialmente negativo à Democracia. Com efeito, ainda que o juiz/tribunal tenha boas intenções e esteja(m) carregado de valores morais, quando rompe o Império da Lei para aplicar suas vontades, fere-se a Democracia e abre-se espaço a uma Juristocracia – literalmente, ao governo dos juízes.

6 CONCLUSÃO

Na era dos Estados Modernos vigorava o “Império dos Homens”, por meio do qual a vontade do soberano era o que valia para toda a comunidade sujeita ao seu poderio. As relações sociais, eventuais “direitos” e os inúmeros “deveres” eram impostos por meio dos desígnios do monarca, que, por serem manifestação de sua vontade soberana, não encontravam limites.

O movimento constitucionalista, iniciado no século XVIII por meio das revoluções liberais burguesas, veio para combater esse Estado Moderno e, assim, implementar um Estado de Direito, conforme trabalhado na segunda seção desta dissertação. O novo modelo de Estado é marcado pelo a) Império da lei, que passa a reger governantes e cidadão – mas não qualquer lei, senão aquela que é produto da livre participação popular; b) pela divisão de poderes entre legislativo, executivo e judiciário – havendo (ao menos nessa época) predomínio do poder legislativo, primeiro no nível constitucional e logo mais no próprio parlamento, o que é concretizado pela criação de normas jurídicas; pela c) fiscalização dos atos da Administração Pública – uma atuação que permite que todos os níveis da Administração possam ser controlados, bem como os órgãos constitucionais e jurisdicionais; e pela d) proteção dos direitos e liberdades fundamentais, que constituem a base para uma real dignidade e progressiva igualdade entre os homens.

Todos esses fatores são importantes para impor limites ao poder absoluto do monarca, bem como para garantir direitos dos cidadãos, inclusive contra o próprio Estado.

Outrossim, foi apresentado como esse Estado de Direito, inicialmente marcado por ideias do liberalismo clássico, evolui para um Estado Social de Direito, que demanda, para além do abstencionismo do Poder Público em certas áreas, que em outras ele intervenha para promover uma maior igualdade social, oferecendo oportunidades aos desfavoráveis.

Nada obstante, as ideias e conquistas que caracterizam o Estado de Direito (Liberal e/ou Social) não foram o suficiente para frear as atrocidades cometidas no período da Segunda Guerra Mundial, marcada pelo genocídio de milhões de pessoas com base em ideias preconceituosas que tornavam a vida humana inferior e insignificante diante de um ideal maior – “a raça”, para o nazismo; “a nação”, para o fascismo; e a “ditadura do proletariado”, para o comunismo.

Com a derrota dos Estados Totalitários, o período após a Segunda Grande Guerra exigiu uma nova transformação do Estado de Direito, para que, assim, as atrocidades outrora cometidas não tornem a se repetir.

Adota-se, então, o modelo do Estado Democrático de Direito, que se vincula a uma Constituição como instrumento de garantia jurídica; adota um modelo de organização democrática da sociedade; protege os direitos fundamentais individuais e coletivos por meio de um sistema de jurisdição constitucional forte e efetivo; promove a Justiça Social como meio de corrigir desigualdades; além de reforçar a Separação dos Poderes – ganhando ainda maior evidência por meio da expansão do controle jurisdicional de constitucionalidade dos atos emanados do Poder Público.

Tudo isso foi apresentado na segunda seção deste trabalho, que também analisou a própria ideia de Democracia, regime de exercício de poder político – e não mera palavra bonita e carregada de “bons sentimentos” –, bem como a forma como tal regime era concebido na Grécia Antiga e como é nos dias atuais.

Com base nos ensinamentos de Robert Dahl, apontou-se que, para se reputar que uma comunidade vive num regime político democrático, são necessários os seguintes requisitos: igualdade de voto; participação efetiva; compreensão esclarecida e a inclusão de adultos. Outrossim, demonstrou-se que há mecanismos que permitem que os requisitos de um processo democrático sejam efetivamente atendidos. A esses mecanismos chama-se “poliarquia”, e são eles: existência de funcionários escolhidos por eleições livres, justas e periódicas, por meio de sufrágio inclusivo que permite aos adultos concorrer aos cargos eletivos, valendo-se da liberdade de expressão e informação e da livre associação

Conjugando os mecanismos da poliarquia e os requisitos da democracia, foi apresentado o seguinte quadro:

OS INSTITUTOS DA POLIARQUIA....LEVAM AO ATENDIMENTO DOS REQUISITOS DA DEMOCRACIA
Funcionários escolhidos por eleições livres, justas e periódicas;	Igualdade de voto;
Funcionários escolhidos por eleições livres, justas e periódicas, por meio de sufrágio	Participação efetiva;

inclusivo que permite aos adultos concorrer aos cargos eletivos, valendo-se da liberdade de expressão e informação e da livre associação;	
Liberdade de expressão associada ao direito de busca de informação e autonomia associativa;	Compreensão esclarecida;
Funcionários escolhidos por eleições livres, justas e periódicas, por meio de sufrágio inclusivo que permite aos adultos concorrer aos cargos eletivos, valendo-se da liberdade de expressão e informação e da livre associação;	Controle da agenda política;
Sufrágio inclusivo de todos os adultos aptos a participar do processo eletivo, valendo-se da liberdade de expressão e informação e da livre associação.	Inclusão de adultos.

Tais questões foram analisadas para se chegar ao estudo da Judicialização da Política. Com efeito, na terceira seção, apresentou-se a Judicialização da Política como um evento decorrente do conjunto de fatores que marcam o Estado Democrático de Direito, no qual o Poder Judiciário é invocado para solucionar situações que, anteriormente, eram deixadas para serem tratadas no debate político, como temas envolvendo moral, economia, costumes, etc.

Nesse ponto, foram apresentadas como causas do fenômeno: a) expansão dos regimes democráticos; b) a concretização do princípio da separação dos poderes; c) a ampliação de direitos fundamentais; d) o interesse de certos grupos em acionar Cortes Constitucionais para a tomada de decisões quando, num cenário de debate público, é mais difícil a implementação de seus interesses; e) do uso desta mesmas Cortes para fazer oposição ao governo; f) a inoperância dos Poderes representativos; e g) a delegação deliberada de certas questões para tomada de decisão por parte do Judiciário.

As causas da Judicialização da Política, estudadas naquele tópico, revelam que tal fenômeno, portanto, independe da vontade do Poder Judiciário, sendo fruto da dimensão estrutural vivenciada pelas democracias contemporâneas.

Tal cenário pode levar à uma Juristocracia, isto é, governo dos juízes, pois as novas mudanças no cenário constitucional – como um grande catálogo de direitos e garantias fundamentais implementados e passíveis de exigência através da jurisdição constitucional – transferiram uma grande monta de poder do cenário político-representativo para o Judiciário. Nesse ponto, as mais altas cortes se tornam cada vez mais atuantes no contexto de tomada de decisões anteriormente deixadas apenas no campo do debate político. É difícil encontrar alguma matéria envolvendo debate e controvérsia moral ou política que não acabe, cedo ou tarde, sendo discutida judicialmente.

Em que pese haja quem defenda que essa maior atuação do Poder Judiciário seja um “fortalecimento da democracia” e do caráter “contramajoritário”, vimos que há autores, como Ran Hirsch e Ocar Vilhena Vieira, que afirmam que o fortalecimento dos órgãos jurisdicionais não se deu apenas em razão de uma concepção romântica da afirmação dos direitos fundamentais, mas também como uma estratégia dos agentes políticos capazes de “entrincheirar” seus desejos e ambições na Constituição e, assim, protegê-los de eventuais mudanças reivindicadas pela sociedade.

Isso faz com que situações que poderiam ser discutidas e travadas num cenário político e democrático maduro acabem cedendo a uma “infantilização” da Política e dos políticos, pois aqueles que não aceitam perder no debate político recorrem ao Judiciário para manter os seus interesses. Citou-se, ainda na terceira seção, os casos envolvendo o Senador da República Renan Calheiros, que não aceitou a votação realizada pelo plenário da Casa para que a escolha do presidente do Senado fosse feita de forma aberta e nominal; bem como as diversas ações que questionam as reformas da previdência social e a trabalhista. Também foram trazidas à baila os episódios em que Aécio Neves ingressou com ação para cassação da chapa Dilma-Temer apenas para “encher o saco” do PT, além de ação do PDT que busca a interdição do atual Presidente da República, Jair Messias Bolsonaro, por achá-lo “louco”.

Não só por meio de litígios judiciais é que os membros dos Poderes representativos fomentam a “juristocracia”. Também o fazem por meio de consultas extraprocessuais aos magistrados como se estes fossem seus gurus, estrelas-guias na condução de questões públicas. Foram apresentados, a título de exemplo, as diversas “consultas” que os Presidentes da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, Arthur Lira e Rodrigo Pacheco, fizeram ao Presidente do

Supremo Tribunal Federal, Luiz Fux, buscando sua opinião acerca de propostas que visam alterar a agenda econômica e social do país.

O ativismo judicial propriamente dito foi estudado a partir da quarta seção, na qual se apresentou, inicialmente, a sua "origem"¹⁸⁰.

No campo da “origem prática”, cita-se o caso *Marbury v Madison*, no qual a fundamentação de que a Constituição é norma suprema e as demais devem a ela subordinação foi utilizada como instrumento neste caso para fazer uma estocada no poder político de um adversário. O centro do conflito foi marcadamente político, sendo que a técnica de interpretação jurídica foi apenas um meio desenvolvido para assegurar os interesses políticos conflitantes.

Quanto à “origem ideológica-documental” – isto é, a primeira vez que a expressão “ativismo judicial” foi apresentada num texto escrito para veicular determinada visão –, analisamos o trabalho publicado por Arthur Schlesinger Junior, historiador estadunidense que escreveu diversos livros e artigos acerca da política e história dos Estados Unidos. Schlesinger Jr. utilizou o termo *judicial activism* em artigo escrito em 1947 na revista *Fortune*, direcionado a um público muito mais amplo que apenas o de juristas. Mais precisamente, escreveu seu artigo fazendo uma abordagem analítica da atuação dos nove magistrados que compunham, à época, a Suprema Corte estadunidense. Na ocasião, chamou os juízes Black, Douglas, Murphy e Rutledge de “ativistas judiciais”, enquanto Frankfurter, Jackson e Burton como “campeões da autocontenção”.

Os detalhes pormenores do caso *Marbury v Madison* e as ideias veiculadas por Arthur Schlesinger Junior foram bastante debatidas no tópico 4.1, e foram relevantes para se compreender como a doutrina brasileira incorporou acriticamente e de forma bastante equivocada as ideias trabalhadas nos Estados Unidos e, de forma errônea, as importou para o Direito brasileiro.

No caso, nas quase vinte páginas do tópico 4.2, foi identificado que o contexto histórico, cultural e jurídico dos Estados Unidos é marcado pela (A1) necessidade de se recorrer a princípios morais que são consolidados no tempo e abraçados pela tradição de um povo – *common law* – (B1) para interpretar e aplicar enunciados normativos de linguagem ampla e

¹⁸⁰ Relembrando o que dito anteriormente, foi utilizada a expressão “origens do ativismo judicial” em razão de, na doutrina, “origem” ser o termo empregado, tanto para se referir à “origem prática” – o caso *Marbury vs Madison* – quanto à “origem documental” – o artigo escrito por Arthur Schlesinger Jr. Nada obstante, deve-se destacar que é possível que o ativismo judicial, da forma como aqui abordada, possa ter ocorrido em outras comunidades e em épocas distintas. Entretanto, como os episódios envolvendo a “origem prática” e a “origem documental” são paradigmáticos e de grande notoriedade nessa área, optou-se por manter a expressão “origem”.

abstrata (C1) que foram positivados a mais de dois séculos em uma Constituição de difícil processo de alteração. Mostramos como esse contexto é distinto do brasileiro, porquanto o Brasil vem de uma tradição da família do *civil law*, que apresenta uma Constituição bastante analítica – casuística, até – e cujo processos de alteração é muito mais simplificado e corriqueiro que aquele dos Estados Unidos.

Concluiu-se, naquele tópico, que a incorporação acrítica e desconexa do contexto estadunidense dos cenários A1B1C1 ensejam, aqui no Brasil, um cenário onde se tem (A2) a conduta de se interpretar os enunciados normativos da Constituição brasileira a partir de uma visão subjetiva e particular do magistrado acerca do que é moral – chamamos de “interpretação moral subjetiva” –, e não com base na moral que foi construída pela comunidade e incorporada à tradição do povo por meio de costumes aprovados ao longo do tempo – chamamos de “interpretação moral objetiva” –; (B2) a adoção desta “interpretação moral subjetiva” num contexto em que os enunciados normativos apresentam linguagem precisa e específica, e não nos amplos e abstratos, o que leva a decisões judiciais que contrariam o próprio texto normativo –; (C2) a sensação de poder transformar o Direito conforme suas convicções pessoais de justiça, ainda que o processo de alteração de normas constitucionais seja muito mais simples e corriqueiro do que no ambiente estadunidense – relembre-se que em pouco mais de trinta anos a Constituição Brasileira passou por mais de cem emendas.¹⁸¹

Formulou-se a seguinte tabela:

A ANÁLISE EQUIVOCADA DOS SEQUENTES ENSINAMENTOS...	...LEVA AO ATIVISMO JUDICIAL NO BRASIL
(A1) Emprego de princípios morais que são consolidados no tempo e abraçados pela tradição de um povo construída ao longo de décadas para interpretação e aplicação do Direito;	(A2) Interpretação dos enunciados normativos da Constituição brasileira a partir de uma visão subjetiva e particular do juiz/tribunal acerca do que é moral – aqui denominado de “interpretação moral subjetiva”;

¹⁸¹ Relembrando o que foi dito no respectivo capítulo, quando aqui se fala em “interpretação moral objetiva” e “interpretação moral subjetiva” não se está fazendo relação com o conceito de “moral objetiva” ou “moral subjetiva” à luz da filosofia kantiana. A “interpretação moral subjetiva”, como aqui definido, é a conduta por meio da qual o magistrado interpreta enunciados normativos a partir da sua visão subjetiva e particular acerca do que é moral, enquanto a “interpretação moral objetiva” é aquela em que o magistrado analisa os valores morais a partir daquilo que foi construída pela comunidade e incorporado à tradição do povo por meio de costumes aprovados ao longo do tempo.

(B1) Presença no texto constitucional de enunciados normativos de linguagem ampla e abstrata;	(B2) A adoção da “interpretação moral subjetiva” nos enunciados normativos de linguagem precisa e específica;
(C1) Necessidade de se interpretar e adequar uma Constituição de mais de dois séculos com difícil processo formal de alteração.	(C2) Sensação de poder transformar o Direito conforme a “interpretação moral subjetiva”, ainda que o processo de alteração de normas constitucionais possua rito formal mais simples.

Tudo o quanto estudado foi pressuposto lógico para se chegar ao tópico 4.3, no qual se define o ativismo judicial como a utilização política do Direito como instrumento de influência para atingir objetivos que estão em harmonia com as convicções subjetivas do juiz/tribunal. Desse modo, a decisão judicial será proferida não com base no Direito, mas na vontade do julgador de influenciar o contexto da sociedade a partir de seus valores pessoais acerca do que é certo, errado, justo, injusto, belo, feio, etc. O Direito só vem depois, sendo torcido e retorcido para dar ares de juridicidade e legitimidade.

Isso fica claro pelo próprio sentido da palavra “ativismo”, que traz em si a noção de movimento político. A expressão “judicial” é um adjetivo que qualifica o substantivo “ativismo”, de modo que qualifica em que ambiente – no caso, o Judiciário – o ativismo é exercido.

Tal conceito, de logo, já afasta a ideia romântica de que o ativismo judicial é uma atitude, uma escolha de um modo específico e proativo de interpretar a Constituição, especialmente no que se refere à concretização dos direitos fundamentais. Como dito nos tópicos das seções 2 e 3, a noção de que a Constituição é o centro do ordenamento jurídico não se deu no período-pós segunda guerra e com o advento do neoconstitucionalismo. Passando pelo caso *Marbury vs Madison*, pelos ensinamentos de Ruy Barbosa ou de Hans Kelsen, a concepção de que a Constituição é a norma suprema do Ordenamento Jurídico é algo que antecede o período das Grandes Guerras.

Diante desse cenário, é de se reconhecer que o exercício da atividade jurisdicional já pressupõe que o magistrado, ao interpretar e aplicar as normas ao caso concreto, deve respeitar a supremacia constitucional. E onde a supremacia constitucional é respeitada, os direitos fundamentais também o são. Portanto, efetivação de direitos fundamentais e

concretização da Constituição são pressupostos da jurisdição, e não consequências do ativismo judicial.

Para demonstrar que o ativismo judicial é um fenômeno que nasce na Política para depois desaguar no Direito, foram utilizados como exemplos diversos casos apreciados pelo Supremo Tribunal Federal, como a decisão cautelar que indeferiu a criação de novos Tribunais Regionais Federais; o voto do ministro Luiz Fux nas ações que buscaram firmar o posicionamento acerca da possibilidade de prisão após decisão condenatória em segunda instância; a possibilidade de pessoas jurídicas realizarem doações a campanhas eleitorais; etc. Com tais exemplos, e colhendo o quanto aduzido pelos magistrados, verificou-se que o ativismo judicial se manifesta quando o juiz/tribunal se utiliza de argumentos que vão além do Direito, isto é, que tocam questões que dizem respeito à sua convicção particular acerca da moral, justiça, economia etc. com o intuito de promover alteração/manutenção no *status quo* sociopolítico, usando o Ordenamento Jurídico como instrumento para tal finalidade.

Com o ativismo judicial, aplica-se, portanto, a visão particular do juiz/tribunal acerca do que é moral, justiça, econômico, belo, etc. A Lei fica para depois, sendo manuseada para corroborar o subjetivismo do magistrado.

Com base nessa concepção, afirma-se que o Direito, assim, vai cedendo sua autonomia e abrindo espaço às convicções particulares do magistrado. E com tal situação, a própria Democracia vai se corroendo e abrindo espaço ao governo dos juízes.

Tendo-se em conta os institutos da poliarquia e os requisitos de um processo democrático, chegou-se à conclusão de que os membros do Poder Judiciário não exercem poder político representativo-democrático, conforme exposto ao longo da quinta seção do trabalho.

Para tanto, ressaltou-se que quando alguém fala em “democracia”, na maioria das vezes a palavra é *gourmetizada* para traduzir os mais variados valores do emissor do discurso. A palavra em si carrega sentimentos e assinala que quem é democrático é alguém “do bem”, de bons valores e caráter. Deixa-se de lado aquilo que é a democracia – tomando-se por base os ensinamentos de Robert Dahl – isto é, um regime político em que as decisões mais relevantes para a sociedade são tomadas por meio de um processo de participação efetiva do povo, que pode se associar livremente, de forma direta ou por meio de seus representantes eleitos de forma livre, justa e periódica, com direito de livre expressão e acesso à informação e controle da agenda política a ser debatida.

Nada obstante, em razão de sua *gouermetização*, há quem considere inadequado e até mesmo um insulto afirmar que alguém não exerce a função representativa. É o caso de quem defende que o Judiciário exerce esse poder político em razão da natureza democrática da atividade jurisdicional.

Foi revelado que, para os defensores do ativismo judicial, o Judiciário exerce poder político quando invalida atos dos demais Poderes ou impõe-lhes determinadas obrigações, porque daí o Judiciário estaria sobrepondo sua vontade sobre o Legislativo e o Executivo, o que denotaria seu caráter eminentemente político e representativo – eis, mais uma vez, o motivo pelo qual neste trabalho se aponta que o ativismo é um problema de Política. Também defendem a correlação entre Judiciário e opinião pública para afirmar que, quando haja desencontro de posições, a tendência é de o Judiciário se alinhar ao sentimento social e assim proferir suas decisões.

Tais assertivas foram enfrentadas e seus equívocos demonstrados. Para tanto, mostrou a relação entre Política e Direito, sendo aquela a “mãe” e esta seu “filho”. A “mãe” traça um projeto de sociedade e os comportamentos sociais que deseja, ao passo que o “filho” garante a previsibilidade, estabilidade e segurança das relações sociais para que o projeto politicamente desejado não perca seu rumo.

Outrossim, demonstrou-se que a Política – tal qual Ulisses e suas cordas na saga da Odisséia –, pode fazer uma pré-compromisso, uma pré-determinação, no sentido de outorgar ao Direito poderes de freá-la sempre que suas paixões e impulsos passageiros comprometerem o projeto social almejado. Daí é que o Direito, mesmo sendo fruto da Política, ganha autonomia para também influenciá-la – para demonstrar essa ideia com um exemplo, citou-se o caso da ADI 939/DF, no qual o Supremo Constitucional Federal julgou inconstitucional a criação do Imposto Provisório sobre Movimentação Financeira.

E é por isso que quando o Judiciário declara inconstitucional/inválido atos emanados dos demais Poderes, ele o faz – ou deve fazê-lo – com base na Constituição e nas leis, e não na vontade subjetiva do magistrado. O simples fato de se pensar que o juiz/tribunal pode impor sua vontade particular sobre os agentes políticos denota um sentimento de que a Constituição e as leis estão abaixo do “desejo político” do magistrado, de modo que o “Império da Lei” cede espaço ao “Império do Juiz” – citou-se, dentre diversos exemplos, o julgamento da ADI 4.650/DF, por meio da qual o Supremo Tribunal Federal declarou “inconstitucional” a possibilidade de pessoas jurídicas fazerem doações a campanhas eleitorais, mesmo reconhecendo não haver afronta a preceitos constitucionais.

Do mesmo modo, afastou-se a ideia de que o Judiciário é “representante do povo”. Em primeiro lugar, o parágrafo único do artigo 1º determina que “todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição”, de modo que, por não serem eleitos, os membros do Judiciário não são representantes. Outrossim, o processo de tomada de decisões exaradas pelo Judiciário é um processo técnico, de aplicação das normas constitucionais/legais, e não da vontade da maioria dos adultos de uma dada comunidade.

Outro argumento hábil a afastar a ideia de que o juiz/tribunal é representante do povo é o de que os membros do Judiciário não são escolhidos por meio de eleições livres e periódicas, por meio de um sufrágio inclusivo no qual todos os adultos podem participar do processo – para votar ou ser escolhido como juiz. Em verdade, os magistrados assumem seu cargo por meio de concurso público de provas e títulos. É uma seleção técnica, e não política.

E os membros de Tribunal, eles não são escolhidos a partir dos representantes do povo? Isso não faria deles “representantes do povo indiretos”? A resposta que se deu foi: não.

Ora, os mecanismos de um processo democrático demandam funcionários escolhidos por eleições livres e periódicas, por meio de sufrágio inclusivo que permite aos adultos concorrer aos cargos eletivos, valendo-se da liberdade de expressão e informação e da livre associação. Os membros de Tribunal, por outro lado, não são escolhidos por meio de eleições frequentes, livres, diretas e periódicas, e nem todos os adultos podem participar desse processo.

Relembremos que nem mesmo os membros do Legislativo e do Executivo gozam da prerrogativa de votar no candidato que acreditam ser o mais bem qualificado. Como se sabe, para a escolha de membro de Tribunal (seja ele Estadual, Federal ou Superior), o próprio Tribunal elaborará uma lista dos três candidatos que ele, Tribunal, reputa serem os mais bem qualificados, e a encaminha ao Poder Executivo. O chefe do Executivo escolherá somente um desses três apontados pelo Tribunal – o processo de escolha para Ministro do Supremo é ainda mais exclusivo, pois o Presidente da República escolhe candidato a ser sabatinado pelo Senado Federal independentemente de deliberação da Corte.

É dizer: não há eleição livre e periódica na qual há um sufrágio inclusivo e possibilidade de todos os adultos concorrerem ao cargo eletivo. Logo, não se trata de um procedimento democrático de escolha de representante, mas sim de um procedimento de escolha de um técnico.

Outrossim, em relação à tese de que quando há desencontro de posições, a tendência é de o Judiciário se alinhar ao sentimento social, demonstramos que tal argumento é falacioso, sendo utilizado quando o juiz/tribunal quer proferir decisão que vai ao encontro de sua concepção política, mas encontra limites na Lei. Também demonstramos que, quando há um sentimento popular que vai de encontro à vontade do magistrado, esse alega o caráter “contramajoritário” da Jurisdição, aduzindo que deve ser aplicada a Constituição/Lei, e não a vontade do povo. Para ilustrar, trabalhamos com os exemplos do julgamento do Habeas Corpus nº 124.306/RJ – no qual se invoca o caráter contramajoritário da jurisdição na tutela dos direitos, ainda que na contramão do sentimento popular – e o julgamento das ADCs nº 43, 44 e 54 – na qual, dentre outras coisas, se fez alusão ao “justo sentimento de justiça” do cidadão de bem e à necessidade de se atender às demandas da sociedade na interpretação das normas jurídicas.

Ainda na quinta seção, afirmamos que, num Estado Democrático de Direito – e não em uma ditadura do Judiciário – a atuação do magistrado é técnica, no sentido de aplicar a Lei e guardando previsibilidade, estabilidade e segurança das regras de convívio social escolhidas no processo democrático. O juiz deve decretar inconstitucionais os atos normativos quando estes violem a Constituição, e não porque vão de encontro a suas convicções pessoais.

E é justamente por isso que o ativismo judicial é um mal ao Estado Democrático de Direito, pois o juiz/tribunal ativista, tal qual ensina Ronald Dworkin, ignora o texto da Constituição, aplicando a sua vontade particular, o seu subjetivismo, para impulsionar as mudanças sociais que reputa serem necessárias.

Ora, se a Lei não é aplicada, mas sim o subjetivismo do magistrado, então joga-se fora a atuação dos funcionários escolhidos por eleições livres e justas, por meio de sufrágio inclusivo que permite aos adultos concorrer aos cargos eletivos, valendo-se da liberdade de expressão e informação e da livre associação para participar do processo de tomada de decisões políticas da comunidade. É dizer: com o ativismo judicial, joga-se fora a Democracia.

Eis a razão pela qual, pois, o ativismo judicial há de ser encarado como algo essencialmente negativo à Democracia. Ainda que o juiz/tribunal tenha boas intenções e esteja(m) carregado de valores morais, quando se rompe com o Império da Lei, a Separação dos Poderes e a Vinculação à Constituição para aplicar suas vontades, os magistrados ferem a Democracia e abrem espaço a uma Juristocracia – literalmente, ao governo dos juízes.

7 REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2015.
Tradução de: Virgílio Afonso da Silva.

Áudios mostram versão de Aécio para pedido contra chapa Dilma-Temer. **G1**. 2017. Disponível em <http://g1.globo.com/jornal-nacional/noticia/2017/05/audios-mostram-versao-de-aecio-para-pedido-contra-chapadilma-temer.html>, acesso em 08/11/2021.

BARBOSA, Ruy. **Os Actos Inconstitucionales do Congresso e do Executivo ante a Justiça Federal**. Rio de Janeiro: Companhia Imprensora, 1893.

BARCELOS, Guilherme. **Judicialização da Política e Ativismo Judicial**. Florianópolis: Habitus, 2018.

BARREIROS NETO, Jaime. **Temas Controversos da Reforma Política no Brasil**. Salvador: Faculdade Baiana de Direito, 2018.

_____. **Teorias da Democracia**. Salvador: Faculdade Baiana de Direito, 2019.

BARROSO, Luís Roberto. A Americanização do Direito Constitucional e Seus Paradoxos: teoria e jurisprudência constitucional no mundo contemporâneo. **Cadernos da Escola de Direito e Relações Internacionais**, Curitiba, v. 9, n. 2, p. 258-301, nov. 2008.

_____. **A Judicialização da Vida e o Papel do Supremo Tribunal Federal**. Belo Horizonte: Fórum, 2018, Edição do Kindle.

_____. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 7. ed. Rio de Janeiro: Saraiva, 2018.

_____. Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática. **Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional**, Madrid, n. 3, p. 17-32. 200.

BLACKSTONE, William. **Commentaries of the Laws of England**: Book I - of the rights of persons. Oxford: Oxford University Press, 2016.

BONAVIDES, Paulo. **Do Estado Liberal ao Estado Social**. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

BONIN, Robson. Lira e Pacheco vão a Fux por agenda comum sobre economia e pandemia. **VEJA**. 2021. Disponível em <https://veja.abril.com.br/blog/radar/lira-e-pacheco-va-o-a-fux-por-agenda-comum-sobreeconomia-e-pandemia/>. Acesso em 08/11/2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Cível Ordinária nº 4650, Relator(a): Luiz Fux, Tribunal Pleno, julgado em 17/09/2015, Processo Eletrônico DJe-034, divulgado em 23-02-2016, publicado em 24-02-2016

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5367, Relator(a): Cármen Lúcia, Relator(a) p/ Acórdão: Alexandre De Moraes, Tribunal Pleno, julgado em 08/09/2020, Processo Eletrônico DJe-272, divulgado em 13-11-2020, publicado em 16-11-2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5367, Relator(a): Cármen Lúcia, Relator(a) p/ Acórdão: Alexandre De Moraes, Tribunal Pleno, julgado em 08/09/2020, Processo Eletrônico DJe-272, divulgado em 13-11-2020, publicado em 16-11-2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão nº 26. Relator(a): Celso de Mello, Tribunal Pleno, julgado em 13/06/2019, Brasília, Processo Eletrônico DJe-243, divulgado em 05-10-2020, publicado em 06-10-2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 347 MC, Relator(a): Marco Aurélio, Tribunal Pleno, julgado em 09/09/2015, Processo Eletrônico DJe-031, divulgado em 18-02-2016, publicado em 19-02-2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 855178 RG, Relator(a): Luiz Fux, Tribunal Pleno, julgado em 05/03/2015, Processo Eletrônico DJe-050, divulgado em 13-03-2015, publicado em 16-03-2015.

BATISTA, Eurico. STJ e TST julgam 500 processos por sessão. **Consultor Jurídico**, 2010. Disponível em <https://tecnoblog.net/247956/referencia-site-abnt-artigos/>, acesso em 03/12/2021.

CALGARO, Fernanda. "Novos tribunais serão criados em resorts", crítica Barbosa em audiência com juízes. Uol notícias, 2013. Disponível em <https://noticias.uol.com.br/politica/ultimas-noticias/2013/04/08/novotribunais-serao-criados-em-resorts-critica-barbosa-em-audiencia-com-juizes.htm>, acesso em 03/12/2021.

Cambridge Advanced Learner's Dictionary, disponível em <https://dictionary.cambridge.org/pt/dicionario/ingles/activism>, acesso em 22/11/2021.

Carta de Thomas Jefferson endereçada a John Dickson, disponível em <https://memory.loc.gov/master/mss/mtj/mtj1/025/0200/0291.jpg>, acesso em 22/11/2021.

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. Ativismo Judicial e Concretização dos Direitos Fundamentais. **Revista Baiana de Direito**, Salvador, v. 5, ps. 23-28, 2011.

DAHL, Robert A.. **A Democracia e seus críticos**. São Paulo: Martins Fontes, 2012.

_____. **Sobre a Democracia**. Brasília. Editora Universidade de Brasília, 2001. Tradução de: Beatriz Sidou.

Dicionário da Real Academia Española, disponível em <https://dle.rae.es/activismo?m=form>, acesso em 22/11/2021.

DIDIER JUNIOR, Fredie. **Curso de Direito Processual Civil**: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento. 21. ed. Salvador: Juspodivm, 2019.

Discurso de Antonin Scalia na Catholic University of America, disponível em <https://www.courtstv.com/archive/legaldocs/rights/scalia.html>, acesso em 22/11/2021.

DWORKIN, Ronald. **Freedom's Law: the moral reading of the american constitution**. Oxford: Oxford University Press, 1996.

_____. **Law's Empire**. Cambridge: Harvard University Press, 1986.

FERRAJOL, Luigi. Constitucionalismo Garantista e Neoconstitucionalismo. **Anais do IX Simpósio Nacional de Direito Constitucional**, Curitiba, v. 9, p. 95-113, maio 2010.

Fux vota a favor de prisão após 2º instância. Lewandowski vota contra. **Uol**. 2019, disponível em <https://www.youtube.com/watch?v=ukdRC-3I4E>, acesso em 03/12/2021.

GARAPON, Antoine. **O juiz e a democracia: o guardião das promessas**. Rio de Janeiro: Revan, 1999. Tradução de: Maria Luiza de Carvalho.

GARCÍA, Elías Díaz. Estado de derecho y democracia. **Anuario de La Facultad de Derecho. Universidad de Extremadura**, Badajoz, n. 19-20.

GIL, Antonio Carlos. **Como elaborar projetos de pesquisa**. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2017.

GOES, Severino. Judiciário preencheu vácuo de liderança na pandemia, diz Alexandre de Moraes **Consultor Jurídico**. 2021. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2021-abr-09/judiciario-preencheu-vacuolideranca-pandemia-alexandre>. Acesso em 01/11/2021.

GOLDSTONE, Lawrence. **The Activist: jhon marshall, marbury v madison, and the myth of judicial review**. New York: Bloomsbury Us, 2008.

GRAU, Eros Roberto. **Por Que Tenho Medo Dos Juízes: a interpretação/aplicação do direito e os princípios**. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2017

GUIMARÃES, Ana Cláudia. PDT pede ao STF a interdição de Bolsonaro. **O GLOBO**. 2021. Disponível em <https://blogs.oglobo.globo.com/ancelmo/post/pdt-pede-ao-stf-interdicao-de-bolsonaro.html>. Acesso em 08/11/2021.

HIRSCHL, Ran. **Towards Juristocracy: the origins and consequences of the new constitutionalism**. Cambridge: Harvard University Press, 2004.

HÜNING, Agnes Carolina. **Ativismo judicial e cidadania: das concessões ao retrocesso**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019.

Joaquim Barbosa se irrita com entidades de magistrados. **TV Brasil**. 2013, disponível em https://www.youtube.com/watch?v=lkLsX_3ygsY, acesso em 03/12/2021.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

KMIEC, Keenan D. The Origin and Current Meanings of "Judicial Activism". **California Law Review**, California, v. 92, p. 1442-1478.

LASSALE, Ferdinand. **A Essência da Constituição**. 9. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2015. Edição do Kindle.

LOCKE, John. **Segundo Tratado Sobre o Governo**. Lebooks Editora. Edição do Kindle.

Maduro toma posse e fala em 'democracia sólida e revolucionária' na Venezuela. **Opera Mundi**. São Paulo. 2019. Disponível em <https://operamundi.uol.com.br/politica-e-economia/54533/maduro-toma-posse-e-fala-em-democracia-solida-e-revolucionaria-na-venezuela>, acesso em 18/12/2021.

MARMELSTEIN, George. **Curso de Direitos Fundamentais**. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2019.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 13. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

MONTESQUIEU, Charles. **Do Espírito das Leis**. Edição do Kindle.

OLIVEIRA, Rafael Tomaz de et al. A Jurisdição Constitucional entre a Judicialização e o Ativismo: percursos para uma necessária diferenciação. **Anais do X Simpósio Nacional de Direito Constitucional**, Curitiba, v. 10, p. 266-306, 2013.

PASSOS, José Joaquim Calmon de. **Direito, poder, justiça e processo: julgando os que nos julgam**. Rio de Janeiro: Forense, 2000

Portal Transparência do Tribunal Regional Federal da 1ª Região, em <https://portal.trf1.jus.br/portaltf1/transparencia/transparencia.htm>, acesso em 03/12/2021.

Reforma da Previdência é alvo de ações judiciais. **Senado notícias**. 2020, disponível em <https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2020/01/02/reforma-da-previdencia-e-alvo-de-acoes-judiciais>, acesso em 01/11/2021.

ROCHA, Marcelo e COUTINHO, Filipe. Empreiteiros confessam ter pagado R\$ 20 milhões de propina ao PT por contratos com a Petrobras. **Época**. 2014. Matéria disponível em <https://epoca.oglobo.globo.com/tempo/noticia/2014/12/empreiteiros-confessam-ter-pago-r-20-milhoes-de-propinab-ao-pt-por-contratos-na-petrobras.html>, acesso em 23/12/2021.

SALOMÃO, Lucas. Propina pode ter virado doação legal a partidos para lavar dinheiro, diz MP. **G1**. 2014. Matéria disponível em <http://g1.globo.com/politica/operacao-lavajato/noticia/2014/11/propina-pode-ter-virado-daoacao-legal-partidos-para-lavar-dinheiro-diz-mp.html>, acesso em 23/12/2021.

SATHLER, André Rehbein; SATHLER, Malena Rehbein. **150 termos para entender política**. Brasília: Câmara dos Deputados: Edições Câmara, 2020.

SCRUTON, Roger. **Conservadorismo: Um convite à grande tradição**. Rio de Janeiro: Record, 2019. Tradução de: Alessandra Bonruquer.

SILVA, Enio Moraes da. O Estado Democrático de Direito. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, v. 42, n. 167, p. 213-229, jul. 2005.

SILVA, José Afonso da. O Estado Democrático de Direito. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 173, p. 15-24, jul. 1988.

SOARES, Ricardo Maurício Freire. **Teoria Geral do Direito**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2019.

STRAUSS, David A.. **The Living Constitution**. Oxford: Oxford University Press, 2010.

STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso**: constituição, hermenêutica e teorias discursivas. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José Luis Bolzan de. Estado Democrático de Direito. *In*: CANOTILHO, J. J. Gomes et al. **Comentários à Constituição do Brasil**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

_____. **Ciência Política & Teoria do Estado**. 8. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014.

Supremo e Judiciário atuam como "editores" do país, diz Dias Toffoli. *Consultor Jurídico*. 2020. Disponível em <https://www.conjur.com.br/2020-jul-28/dias-toffoli-stf-nao-abandonar-combate-fake-news>. Acesso em 01/11/2021.

TATE, Chester Neal; VALLINDER, Torbjörn. **The Global Expansion of Judicial Power**. New York: Nyu Press, 1995, Edição do Kindle.

TASSINARI, Clarissa. **Jurisdição e Ativismo Judicial**: limites da atuação do judiciário. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. Edição do Kindle.

Toffoli anula decisão sobre votação aberta e determina voto secreto na eleição do Senado. **G1**. 2019. Disponível em <https://g1.globo.com/politica/noticia/2019/02/02/toffoli-determina-votacao-secreta-na-eleicao-parapresidente-do-senado.ghtml>. Acesso em 08/11/2021.

Toffoli diz que falta de coordenação no combate à Covid prejudica retomada da economia. **Consultor Jurídico**. 2020. Matéria disponível em <https://conjur.com.br/2020-mai-19/toffoli-falta-coordenacao-combate-covid-prejudicaeconomia>. Acesso em 08/11/2021.

VALLE, Vanice Regina Lírio do (org.). **Ativismo Jurisdicional e o Supremo Tribunal Federal**: laboratório de análise jurisprudencial do STF. Curitiba: Juruá, 2012.

VIEIRA, Oscar Vilhena. **A Batalha dos Poderes**: da transição democrática ao mal-estar constitucional. São Paulo: Companhia das Letras, 2018.

100 maiores litigantes. **CNJ**. 2012, disponível em https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2011/02/100_maiores_litigantes.pdf, acesso em 01/11/2021.

57% dos brasileiros são favoráveis à pena de morte, diz pesquisa. **Veja**. 2018. Matéria disponível em <https://veja.abril.com.br/brasil/57-dos-brasileiros-sao-favoraveis-a-pena-de-morte-diz-pesquisa/>, com acesso em 23/12/2021.

59% dos brasileiros são contrários a mudanças na atual lei sobre o aborto. **G1**. 2018. Matéria disponível em <https://g1.globo.com/bemestar/noticia/2018/08/22/pesquisa-datafolha-59-dos-brasileiros-contrarios-a-mudancas-na-atual-lei-sobre-o-aborto.ghtml>, com acesso em 23/12/2021.