

O ativismo judicial do supremo tribunal federal e a democracia

O fenômeno histórico, político, econômico e jurídico ao qual corresponde a judicialização da política tem colocado à mostra a já antiga problemática do ativismo judicial do Supremo Tribunal Federal, apesar de não ser sua única causa. Nesse contexto, o direito passa a regulamentar cada vez mais questões e setores sociais e econômicos.

A “invasão” do direito pode ser observada em relação a vários aspectos da vida. Assim, o Direito, “[...]como parte do aparato regulador da sociedade, ocupa hoje um lugar de destaque. Sobre quase tudo é possível encontrar uma legislação que aborde, ordene ou regule”. Além disso, surgiu uma participação nunca antes vista do poder Judiciário na vida social.¹

Especialmente no Brasil, o Poder Judiciário passou a assumir o papel não apenas de guardião das promessas da modernidade, como, também, de sua concretização, em decorrência as omissões dos demais Poderes. Essa situação é especialmente identificável no controle de constitucionalidade.

Até porque “[...] basta que uma ideia política cuja reivindicação seja agradável, dúctil e que todos possam facilmente se colocar a seu favor para que se torne uma tese jurídica a ser defendida implacavelmente como objeto de ação constitucional”, situação que faz surgir o Estado de Coisas Inconstitucional para julgamento pelo Supremo Tribunal Federal.²

Mas, “[...] se a Constituição não é uma carta de intenções, o Brasil é um país inconstitucional” e, se o STF não desenha as políticas públicas, bastaria reconhecer sua “tutela estrutural”³. Observa-se, porém, que a referida Corte passou a se substituir ao legislador e, até mesmo, ao constituinte reformador.

Deveras, “[...] Por outro lado, mesmo quando a decisão judicial “ativista” pode ser considerada correta para um dado caso particular, ainda assim é importante ter em mente o risco que tal prática comporta: é possível que, no longo prazo, tal prática contribua para disseminar uma imagem de “irrelevância” do processo político eleitoral em benefício de instâncias judiciais. Se isso ocorre, então ainda tais decisões contribuam para sanar injustiças no curso prazo, elas podem gerar o efeito

1 TOMIO, Fabrício Ricardo de Limas; CARVALHO Ernani. Dossiê política, direito e judiciário: uma introdução. **Revista de Sociologia Política**, v. 21, n. 45, p. 07-11, mar., 2013, p. 7.

2 STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição constitucional**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018, p. 500.

3 Ibid., p. 500.

indesejado de esvaziar progressivamente a autoridade das instituições políticas sobre as quais os cidadãos podem aspirar efetivos controle e participação, em benefício da autoridade de instituições judiciais sobre as quais, ao contrário, os cidadãos possuem reduzida (se alguma) influência [...]⁴.

Tal forma de tratar as omissões dos legisladores a administradores, entretanto, é capaz de prejudicar o diálogo entre os Poderes públicos, prejudicando a própria evolução da democracia, retirando dos representantes eleitos a possibilidade de procederem à interpretação legítima da Constituição.

Neste viés, o processo judicial de tomada de decisão passa a ser tratado como um conjunto de interações entre atores institucionais, que produzem um conjunto de resultados dependentes de variáveis institucionais e políticas⁵, em substituição aos Poderes democraticamente legitimados.

Ocorre que o Poder Judiciário também não pode deixar de se preocupar com a concretização dos direitos fundamentais constitucionalmente consagrados. Dessa forma, não há uma limitação precisa do que poderia ser tido como ativismo judicial, ou vanguardismo, a prejudicar o diálogo institucional e, consequentemente, a evolução da democracia.

Neste prisma, como objeto para a presente proposta de pesquisa, elege-se o tratamento dos limites da atuação judicial voltada a concretizar a Constituição. A título de problema, delineia-se o seguinte: *quais limites objetivos se impõem para que a prestação jurisdicional não se converta em ativismo judicial, em prejuízo da democracia?*

Destarte, o objeto eleito pela presente proposta de pesquisa demonstra relevância no atual cenário político-institucional brasileiro, especialmente em decorrência das cada vez mais constantes críticas feitas ao Poder Judiciário, notadamente ao Supremo Tribunal Federal, quanto às práticas que podem ser consideradas ativismo judicial.

Um julgamento pode ser mais ou menos dialógico, a depender das escolhas do Tribunal em relação a três componentes da decisão: conteúdo; soluções; e mecanismos de monitoramento. Existem grandes diferenças entre os tribunais ativistas (e entre as decisões da mesma quadra) em cada uma das três dimensões.⁶

4 Oliveira, C. L. de. **Democracia e ativismo judicial: algumas considerações sobre suas causas e consequências.** *Revista De Direitos E Garantias Fundamentais*, 16(1), 183-216. 2015. <https://doi.org/10.18759/rdgf.v16i1.642>, acesso em 21 set 2020.

5 TOMIO, Fabrício Ricardo de Limas; KANAYAMA, Rodrigo Luís. Comparative studies of constitutional courts: the role of abstract judicial review and consensualism in decisional process and in democratic stability. *Revista Jurídica*, v. 21, n. 45, p. 155-188, maio-ago., 2017, p. 161.

6 NOVAIS, Jorge Reis. **Em defesa do Tribunal Constitucional:** resposta aos críticos. Coimbra: Almedina, 2014, p. 56.

Essa caracterização permite uma avaliação do caráter monológico ou dialógico de certa decisão ou tribunal. A maior parte das decisões dialógicas em casos estruturais demandam uma afirmação clara da justificativa do direito em questão⁷, fazendo-se necessário delinear, da maneira mais objetiva possível, o que seria o ativismo judicial.

Nesse sentido, o direito constitucional acumulou conhecimento descritivo e analítico sobre a participação do Supremo Tribunal Federal brasileiro nas dinâmicas social, política e jurídica por meio do julgamento de milhares de Ações Diretas de Inconstitucionalidade.⁸

Não bastasse, questão relevante “[...] reside no impacto dessa forma de controle sobre as autonomias dos entes públicos subnacionais”⁹, de maneira que a temática proposta é relevante tanto para o direito quanto para a ciência política, especialmente no que se relaciona à preservação das possibilidades de evolução da democracia no Brasil.

A atuação do Poder Judiciário no sentido do suprimento das omissões dos demais Poderes em relação à concretização dos direitos fundamentais, no contexto da judicialização da política passou a ser notória o suficiente para levantar críticas acerca do protagonismo jurisdicional, especialmente das Cortes Constitucionais após a 2ª Guerra Mundial.

Essa *juristocracia*, caracterizada pela quantidade de poder sem precedentes que é transferida das instituições representativas para judiciários, é um processo mais amplo do que a própria constitucionalização. Trata-se de uma interação estratégica entre as elites políticas hegemônicas, grupos de interesse economicamente poderosos e líderes judiciais.¹⁰

Nesse mesmo contexto, as cortes ocupam lugar privilegiado em relação à efetivação e garantias de direitos, utilizando-se do discurso de construção de uma democracia, na forma de uma constituição escrita, que nem mesmo um parlamento democraticamente eleito poderia alterar.¹¹

Fatores que facilitam a *juristocracia* são o nível de certeza suficiente entre aqueles que dela participam de que seus interesses serão atendidos, mantendo o poder das elites políticas, o controle

7 Ibid., p. 56-57.

8 TOMIO, Fabricio Ricardo de Limas; ROBL FILHO, Ilton Norberto; KANAYAMA, Rodrigo Luís. Controle de constitucionalidade abstrato e concentrado no Brasil, Espanha, Itália, México e Portugal. **Instituto de Investigaciones Jurídicas-UNAM**, p. 301-325, 2017, p. 304.

9 Ibid., p. 304.

10 HIRSCHL, Ran. **Towards juristocracy: the origins and consequences of the New Constitutionalism**. Harvard: Harvard University Press, 2004, p. 2-3.

11 Ibid., p. 12.

sobre a composição e a formação da Suprema Corte, bem como a confiança pública generalizada na imparcialidade política do judiciário.¹²

Nas principais transformações democráticas ocorridas no final do Século XXI, o poder judicial ampliou-se e estabeleceu-se, especialmente por meio da constitucionalização de direitos e estabelecimentos judiciário relativamente autônomos e da Suprema Corte, todos armados com práticas de revisão judicial.¹³

A juristocracia tem quatro pressupostos básicos: o apoio do Legislativo ao Judiciário e seu desenvolvimento pela constitucionalização de direitos, que ocorreu paralelamente aos aspectos sociais, políticos e econômicos que moldam o sistema político. Além disso, há fatos que não ocorreram e as escolhas políticas que não foram feitas pelos agentes políticos durante o processo de constitucionalização.¹⁴

Mais do que isso, as instituições políticas e judiciais privilegiam alguns grupos e indivíduos em detrimento de outros. Por último, a autolimitação voluntária ocorrerá por meio da transferência da autoridade de tomada de decisões políticas para as cortes parece ir contra os interesses dos detentores do poder no Legislativo e Executivo.¹⁵

Os agentes políticos que apresentam ou não impedem as reformas constitucionais compreendem que será favorável abdicar dos limites impostos pelo crescimento da intervenção judicial na esfera política. Em uma juristocracia, os agentes políticos, com o crescimento do poder do judiciário, compreendem que sua situação será mais benéfica sob o crivo judicial.¹⁶

A partir dos processos de consolidação da juristocracia, observa-se o surgimento de um discurso em favor da democracia e da proteção dos interesses das minorias sob a influência das elites políticas, situação que conduz a um Judiciário atuante em reação às questões políticas, contrariando a lógica de atuar para controlar sua atuação.¹⁷

O Poder Judiciário, assim, passa a ser parte integrante da preservação hegemônica, por intermédio da Juristocracia¹⁸. Trata-se de situação que pode resultar em um substancial

12 Ibid., p. 68.

13 Ibid., p. 126.

14 Ibid., p. 167.

15 Ibid., p. 202.

16 Ibid., p. 234.

17 Ibid., p. 251.

18 Ibid., p. 251-252.

comprometimento da representatividade política, exercida por intermédio dos representantes legislativos e executivos eleitos.

No Brasil, além disso, identifica-se “[...] uma falsa percepção de que o ativismo é uma prática própria das esquerdas - o que se justifica, em certo sentido, pelo fato de o ativismo ter sido utilizado em solo pátrio, muitas vezes, como ferramenta de combate ao regime ditatorial militar iniciado em 1964”.¹⁹

Ocorre que as primeiras manifestações da prática do ativismo judicial nos EUA, “[...] foram no sentido de restringir direitos, como observado na “Era Lochner”, com o caso *Lochner vs. New York* de 1905, período no qual a Suprema Corte, aderindo ao liberalismo econômico ortodoxo, fulminou leis garantidoras de direitos sociais”.²⁰

Tratava-se, assim, “[...] de uma postura politicamente conservadora, aniquiladora das tentativas de regulação do mercado e de introdução de direitos trabalhistas. A mudança de direção do ativismo judicial veio a ocorrer com a chamada Corte de Warren, que procurou, em sentido inverso, expandir direitos civis, liberdades políticas e o poder jurisdicional”.²¹

Um dos casos mais emblemáticos foi julgado sob a presidência de Earl Warren. Trata-se de *Brown vs. Board of Education*, de 1954, que “[...] proibiu a segregação racial nas escolas públicas. Esta medida, depois expandida para outras ações do Estado, afastou a segregação racial em vários campos públicos”.²²

O ativismo presente nas decisões *expansivas*, manifesta-se em situações de déficit de atuação dos demais Poderes, “[...] especialmente para a proteção de grupos minoritários ou vulneráveis. Contudo, em diversas oportunidades, o STF decidiu de maneira diversa, optando pela deferência diante dos outros Poderes, em situações que envolviam casos difíceis”.²³

Mesmo diante da aposta constitucional na democracia representativa e no protagonismo do Legislativo, sua inércia acaba por deixar espaços de poder *vazios*, “[...] que são preenchidos pelo Judiciário, tanto que algumas justificativas do ativismo judicial são tecidas em torno das omissões dos demais Poderes”.²⁴

19 CLÈVE, Clèmerson Merlin; LORENZETTO, Bruno Meneses. **Governo democrático e jurisdição constitucional**. Belo Horizonte: Fórum, 2016, p. 16.

20 Ibid., p. 16.

21 Ibid., p. 16.

22 Ibid., p. 16-68.

23 Ibid., p. 68.

24 Ibid., p. 70.

O ativismo ou iluminismo da Corte Suprema, entretanto, “[...] não deve ser confundido com o de todo o Judiciário”, pois a Constituição é uma Ordem Fundamental que resguarda princípios substantivos, de modo que não é apenas uma “Lei Quadro”, e a defesa dos direitos e princípios fundamentais é tarefa do Judiciário.²⁵

Referida tarefa “[...] reclama, muitas vezes, o uso de novas técnicas de decisão para fazer face à complexidade social nacional e promover sentidos de justiça constitucional”. Nesse sentido, “[...] o ativismo da Corte é subsidiário, aparecendo apenas nas circunstâncias de inércia dos demais Poderes”.²⁶

Mais do que isso, o ativismo pode ser, em certa conjuntura histórica, “[...] uma peça fundamental para promover direitos civis, mas o mesmo discurso pode ser também manejado para a desconstrução de conquistas alcançadas duramente. A defesa do enfraquecimento do papel da Corte aparenta ser uma medida radical de um contexto que nos é estranho”.²⁷

Essa postura “[...] decorre da longa duração de uma Corte conservadora nos Estados Unidos que vai moldando, através de suas sucessivas decisões, aspectos determinantes da comunidade política americana”²⁸.

A crítica brasileira ao ativismo é deveras vaga, pois “[...] acaba por reproduzir o mesmo equívoco da aposta em uma ‘última palavra’ e olvida a estrutura institucional em que os poderes estão inseridos”. Ocorre que o Poder Judiciário, nos últimos anos, passou para uma clara posição de protagonismo, em decorrência dos diferentes episódios de ativismo judicial.²⁹

Essa transformação deu-se, “[...] muitas vezes, como decorrência da judicialização da política e da ascensão de uma possível ‘juristocracia’”. Esses fatores passaram a ser constantes “[...] na articulação de críticas sobre a postura dos juízes na decisão de casos controvertidos”³⁰, determinando, assim, a necessidade de se fixar limites claros para essa atuação.

Até porque demonstra-se uma abertura do Poder Judiciário às possíveis reclamações sobre violações de direitos, por meio dos controles concentrado e difuso, por meio dos intervenientes

25 Ibid., p. 70-71.

26 Ibid., p. 71.

27 Ibid., p. 73.

28 Ibid., p. 73.

29 Ibid., p. 128-154.

30 Ibid., p. 154-221.

obrigatórios, órgãos ou autoridades da qual emanou a lei ou ato normativo, o Procurador Geral da República e o Advogado Geral da União.³¹

Além deles, há os terceiros requerentes, o *amicus curiae* e os informantes convocados, a critério do Relator, para esclarecer sobre a matéria ou circunstâncias de fato³², instrumentos que propiciam uma abertura dialógica ao controle de constitucionalidade, todavia, de maneira que não supre o déficit democrático ocasionado pelo ativismo judicial.

Os fundamentos do Estado de Direito, mesmo os de caráter liberal, vinculados fortemente a uma omissão estatal, “[...] vem sendo fragilizados, excetuados, olvidados por uma nova forma de populismo”, por meio de uma gramática populista, pelos membros do Poder Judiciário, ameaçando os direitos fundamentais e a democracia.³³

Nesse sentido, “[...] a denúncia desse novo inimigo responde a uma timidez nas análises das atuações dos magistrados para além de suas funções constitucionalmente determinadas, consequência de uma modesta aproximação crítica da teoria jurídica em face das decisões judiciais”.³⁴

A questão do uso da moralidade e da linguagem populista pelos magistrados é enfrentada pela utilização de aportes teóricos sobre o fenômeno do populismo como ameaça às democracias. Ocorre que, no Brasil, o messianismo e o populismo deixaram de ser exclusivos nos espaços de luta eleitoral.³⁵

O discurso moralista está além da tentativa de conquista de votos ou da intenção de macular a imagens dos adversários em propagandas e debates. A estratégia do populismo confia no “desencantamento” e na desilusão em larga escala quanto à maioria dos partidos políticos pelos eleitores.³⁶

O ativismo judicial para além dos limites constitucionais, fundado em argumentações extrajurídicas, sugere que o messianismo e o populismo se deslocaram. Se o medo do discurso moral, contrário à Constituição, antes se relacionava aos Poderes Executivo e Legislativo, “[...] agora a preocupação é com os salvadores da pátria togados”.³⁷

31 GODOY, Miguel Gualano de. **Devolver a constituição ao povo: crítica à supremacia judicial e diálogos interinstitucionais**. Belo Horizonte: Fórum, 2017, p. 67.

32 Ibid., p. 67-68.

33 SALGADO, Eneida Desiree. Populismo judicial, moralismo e o desprezo à Constituição: a democracia entre velhos e novos inimigos. **Revista Brasileira de Estudos Políticos**, n. 117, p. 193-217, jul.-dez., 2018, p. 195.

34 Ibid., p. 195-196.

35 Ibid., p. 196-203.

36 Ibid., p. 203.

37 Ibid., p. 212.

Nesse contexto, os julgadores, especialmente os juízes das Cortes Constitucionais, substituem-se aos representantes eleitos como agentes capazes de transformar a realidade social por intermédio da concretização forçada dos direitos sociais, contudo, em detrimento da representatividade democrática.

Todas as democracias enfrentam algum nível de ameaça de autoritarismo, inércia ou retrocesso. Assim, precisam ser adaptáveis e robustas, e sua proteção e manutenção devem ser voltadas para o futuro. Assim, o desafio populista sugere uma revisitação do debate sobre a legitimidade democrática dos juízes com poder de revisão constitucional.³⁸

Um dos principais aspectos desse debate público é a possibilidade de os tribunais intervirem especificamente em processos políticos para corrigi-los, protegê-los ou evitar que incorram em erro. A intervenção judicial é democraticamente custosa, mas a democracia deve ser protegida sempre que possível.³⁹

O papel judicial recomendado é denominado como “tribunais protegendo a democracia”, inspirada em uma separação de poderes que se coloca em defesa da revisão constitucional, todavia, mediante princípios de contenção judicial e regras profiláticas. O desafio populista faz com que os tribunais devam retardar a degradação democrática.⁴⁰

Ante o exposto, deve-se evitar que o STF se substitua aos representantes eleitos pelo povo (Deputados, Senadores, Vereadores, Presidente, Governadores e Prefeitos), impedindo a evolução da nossa democracia, trazendo a necessidade urgente de fixação de critérios constitucionais objetivos para sua atuação, evitando o ativismo judicial, especialmente no controle de constitucionalidade.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABBOUD, Georges. **Processo constitucional brasileiro**. 2. ed. São Paulo: RT, 2018.

BARROSO, Luis Roberto. A razão sem voto: o Supremo Tribunal Federal e o governo da Maioria. **Revista Brasileira de Políticas Públicas**. Vol. 5, n. 2, págs. 23-50, 2015.

BERNARDI, Bruno Boti. **O conceito de dependência da trajetória (path dependence): definições e controvérsias teóricas**. Perspectivas, São Paulo, v. 41, p. 137-167, jan./jun., 2012.

BOBBIO, Norberto. **O Positivismo Jurídico - Lições de Filosofia do Direito**. 1995. São Paulo: Ícone

38 PRENDERGAST, David. The judicial role in protecting democracy from populism. **German Law Journal**, n. 20, p. 245-262, 2019, p. 246.

39 Ibid., p. 246.

40 Ibid., p. 246.

CLÈVE, Clèmerson Merlin; LORENZETTO, Bruno Meneses. **Governo democrático e jurisdição constitucional**. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

DAHL, Robert A. **Sobre a democracia**. Brasília: UnB, 2001.

GODOY, Miguel Gualano de. **Devolver a constituição ao povo: crítica à supremacia judicial e diálogos interinstitucionais**. Belo Horizonte: Fórum, 2017.

HIRSCHL, Ran. **Towards juristocracy: the origins and consequences of the New Constitutionalism**. Harvard: Harvard University Press, 2004.

NOVAIS, Jorge Reis. **Em defesa do Tribunal Constitucional: resposta aos críticos**. Coimbra: Almedina, 2014.

Oliveira, C. L. de. **Democracia e ativismo judicial: algumas considerações sobre suas causas e consequências**. *Revista De Direitos E Garantias Fundamentais*, 16(1), 183-216. 2015. <https://doi.org/10.18759/rdgf.v16i1.642>, acesso em 21 set 2020.

PRENDERGAST, David. The judicial role in protecting democracy from populism. **German Law Journal**, n. 20, p. 245-262, 2019.

SALGADO, Eneida Desiree. Populismo judicial, moralismo e o desprezo à Constituição: a democracia entre velhos e novos inimigos. **Revista Brasileira de Estudos Políticos**, n. 117, p. 193-217, jul.-dez., 2018.

STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição constitucional**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. **Deliberação Pública, Constitucionalismo e Cooperação Democrática, in Filosofia e Teoria Constitucional Contemporânea**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2009.

TOMIO, Fabrício Ricardo de Limas; CARVALHO Ernani. Dossiê política, direito e judiciário: uma introdução. **Revista de Sociologia Política**, v. 21, n. 45, p. 07-11, mar., 2013.

TOMIO, Fabrício Ricardo de Limas; KANAYAMA, Rodrigo Luís. Comparative studies of constitutional courts: the role of abstract judicial review and consensualism in decisional process and in democratic stability. **Revista Jurídica**, v. 21, n. 45, p. 155-188, maio-ago., 2017.

TOMIO, Fabricio Ricardo de Limas; ROBL FILHO, Ilton Norberto; KANAYAMA, Rodrigo Luís. Controle de constitucionalidade abstrato e concentrado no Brasil, Espanha, Itália, México e Portugal. **Revista Mexicana de Derecho Constitucional**, v. 1, p. 301-325, 2017.