

ARQUIVO JURÍDICO

REVISTA JURÍDICA ELETRÔNICA DA UFPI

VOLUME 8, N. 2

ISSN 2317-918X
PERIÓDICO ACADÊMICO
SEMESTRAL. TERESINA - PI, V.8,
N. 2 JULHO/ DEZEMBRO 2021.

JURISTOCRACIA NO BRASIL: UMA ABORDAGEM INTRODUTÓRIA

JURISTOCRACY IN BRAZIL: AN INTRODUCTORY APPROACH

Cleber de Deus Pereira da Silva

Pós-Doutor em Ciência Política pelo *Ibero-Amerikanisches Institut* em Berlin, Alemanha. Possui Doutorado em Ciência Política (Ciência Política e Sociologia) pelo Instituto Universitário de Pesquisas do Rio de Janeiro e Mestrado pela mesma instituição. É Professor Associado III da Universidade Federal do Piauí (UFPI). Coordenador do Núcleo de Estudos Políticos e Eleitorais (NEPE), Pesquisador do Programa de Mestrado em Direito (PPGD/UFPI) e Professor da Graduação em Ciência Política/UFPI. *E-mail*: dideus@ufpi.edu.br.

Saul Ferreira Alves

Mestrando e Graduado em Direito pela Universidade Federal do Piauí (UFPI). Advogado. Procurador do Estado do Piauí. Foi Procurador da Fazenda Nacional, Procurador do Estado do Rio Grande do Sul, Analista Judiciário – Área Judiciária do Superior Tribunal de Justiça (STJ) e Consultor Jurídico Especial de Gabinete de Desembargador do Tribunal de Justiça do Piauí (TJPI). E-mail: saulemmanuefferreiraalves@gmail.com.

Deborah Dettmam

Professora Adjunta de Direito da Universidade Federal do Piauí. Possui Graduação em Direito pela Universidade de Brasília (2003), Mestrado em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco (2006) e Doutorado em Direito pela Universidade Federal do Paraná (2017). Foi visiting scholar na University of Utah (2016). Atuou como presidente da Comissão de Estudos Constitucionais da Ordem dos Advogados do Brasil, Seção Piauí (2016-2018) e como Subcoordenadora do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFPI (2019-2021). É Coordenadora-geral do Instituto de Estudos Políticos e Constitucionais e Pró-Reitora de Extensão e Cultura da UFPI.

Resumo: Este artigo analisa a tese da preservação hegemônica, apresentada por Ran Hirschl na tentativa de descrever as causas políticas do estabelecimento da juristocracia. Em seguida, delinea uma visão panorâmica das manifestações de ativismo judicial no Brasil. Ao final, empreende-se uma análise crítica da aplicabilidade do modelo descritivo proposto por Hirschl ao caso brasileiro.

Palavras-chave: juristocracia – ativismo judicial – Brasil.

Abstract: This article analyzes the thesis of hegemonic preservation presented by Ran Hirschl in an attempt to describe the political causes of the establishment of juristocracy. It then outlines an overview of the manifestations of judicial activism in Brazil. At the end, a critical analysis of the applicability of the descriptive model proposed by Hirschl to the Brazilian case is undertaken.

Keywords: juristocracy – judicial activism – Brazil.

Aprovado em janeiro de 2021.

1 Introdução

Para alguns autores, o Poder Judiciário assumiu, no início do século XXI, um protagonismo que pode ser considerado disfuncional. Tal fenômeno, muitas vezes referido como “ativismo judicial”, se caracteriza, segundo alguns,¹ por uma tendência de avanço do Poder Judiciário sobre áreas de atuação nas quais se apresentam turvos os limites de cada um dos Poderes.²

1 Uma definição similar é adotada por Bruno Meneses Lorenzetto e Clèmerson Merlin Clève: “A presença recorrente de temas políticos no Judiciário ficou conhecida como a judicialização da política. Esta, contudo, não pode ser confundida com o ativismo judicial, o qual caracteriza decisões expansivas, as quais cruzam as fronteiras traçadas anteriormente para a atuação do Judiciário. Trata-se de uma atuação mais intensa nos espaços desenhados para a atuação dos outros Poderes (BARROSO, 2009, p. 75), em uma definição sumária, caracterizando-se por uma propensão acentuada dos tribunais para declarar um maior número de leis inconstitucionais. Logo, uma Corte mais ativista exerce de maneira mais recorrente e com maior liberdade o controle de constitucionalidade, chegando, até mesmo, a produzir, diante omissões do legislativo, soluções normativas para casos controversos” (LORENZETTO, Bruno Meneses; CLÈVE, Clèmerson Merlin. O Supremo Tribunal Federal e a autoridade constitucional compartilhada. *Revista Brasileira de Direito*, Passo Fundo, vol. 13, n. 3, pp. 142-162, Set.-Dez., 2017, p. 147. Disponível em: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=6233925>. Acessado em 26 de janeiro de 2022).

² Nelson Juliano Cardoso Matos, ao realizar uma análise minuciosa das diversas acepções em que são empregadas as expressões “ativismo judicial” e “judicialização da política” na literatura especializada, chama atenção para a confusão terminológica que impera nesse campo: “O uso indiscriminado dessas duas expressões – judicialização da política e ativismo judicial – tem provocado ainda mais confusão e ambiguidade. Particularmente no Brasil, os termos são empregados em tal proporção e com tanto desacordo semântico que não parece possível identificar duas definições consensualmente aceitáveis” (MATOS, Nelson Juliano Cardoso. *Judicialização da política e a alternativa republicana: no contexto do dilema da liberdade*. 2020, p. 122, no prelo. Essa obra se constitui na versão atualizada (gentilmente cedida pelo autor) da tese de Doutorado aprovada pela Faculdade de Direito da Universidade Federal de Pernambuco, Recife, 2007, disponível em <https://repositorio.ufpe.br/handle/123456789/4146>, acessado em 23 de novembro de 2020). Diante desse cenário, Nelson Juliano Cardoso Matos oferece três diferentes propostas de sistematização terminológica, considerando a terceira delas como a mais rigorosa, em que “a expressão judicialização da política ficaria reservada apenas à (...) situação em que um órgão judicial atuasse como árbitro das decisões políticas e constitucionais; aqui o rigor terminológico é mais preciso, pois literalmente descreve a interferência de um órgão judicial na esfera política propriamente dita (dos atos superiores de governo). A expressão ativismo judicial ficaria reservada apenas à (...) situação em que os órgãos judiciais determinassem políticas públicas no âmbito mais geral (substituindo o legislativo) ou no âmbito mais particular (substituindo o executivo); aqui a expressão ativismo poderia ser entendida no sentido mais livre como expansão ou ampliação da esfera de atuação do judiciário para além do que lhe é convencionalmente aceitável.” (*Idem, ibidem*, pp. 125-126). Embora essa sofisticada proposta terminológica seja a mais rigorosa, no presente artigo, a expressão “ativismo judicial” assume um alcance dilatado, para dar conta de um maior número de situações: designa toda e qualquer atuação do Poder Judiciário que se situe fora dos limites da jurisdição, tais como apresentados em MACHADO, Fábio Cardoso. *A autonomia do direito e os limites da jurisdição*. Londrina-PR: Thoth, 2020, especialmente pp. 311-440. Nada obstante, o presente trabalho incorpora as seis premissas elencadas por Georges Abboud na tentativa de elaboração de um conceito de ativismo judicial: “i) a realização de controle de constitucionalidade das leis não caracteriza, necessariamente, ativismo judicial; ii) do mesmo modo, não é ativismo judicial a atuação contramajoritária do Judiciário para assegurar a proteção dos direitos fundamentais face à sociedade civil ou o próprio Estado; iii) juízes somente podem aplicar o direito mediante atividade interpretativa. Logo, não ser *literal* não é sinônimo de ativismo judicial. O fato de o juiz não buscar a vontade da lei ou do legislador não caracteriza ativismo. Conforme expusemos no Cap. 1, esse é o paradigma contemporâneo de decisão. iv) juiz pode ser ativista exercendo a *judicial review* ou praticando o *self-restraint*; v) ativismo judicial não é questão de ideologia. Ou

Essa “supremacia”¹ do Poder Judiciário já foi descrita como “juristocracia”, a exemplo do que faz Ran Hirschl, ao examinar as revoluções constitucionais ocorridas no Canadá, em Israel, na Nova Zelândia e na África do Sul.² A partir do estudo dos casos selecionados, o referido autor se propõe tanto a descrever as causas que levaram ao estabelecimento da juristocracia, como a avaliar se os resultados satisfazem a uma agenda progressista, que o autor explicitamente assume como desejável.³

O presente artigo se propõe analisar criticamente o trabalho de Hirschl, para, em seguida, realizar uma descrição panorâmica das formas mediante as quais o ativismo judicial tem se manifestado no Brasil, a fim de verificar se a tese daquele autor tem alguma aplicabilidade para explicar o caso brasileiro.

2 “Juristocracia”: resenha de um modelo descritivo

A “supremacia”⁴ do poder judiciário é descrita por Ran Hirschl como “juristocracia”, ao examinar as revoluções constitucionais ocorridas no Canadá, em Israel, na Nova Zelândia e na África do Sul.⁵ Pelo estudo de caso dessas quatro diferentes experiências constitucionais, o referido autor não apenas tenta descrever as causas que levaram ao estabelecimento da juristocracia, mas também se põe a avaliar a eficácia dessa situação para o objetivo de implementação de uma agenda progressista, em relação à qual o autor não esconde a sua preferência.⁶

Após descrever o que denomina de “revoluções constitucionais” ocorridas naqueles quatro países, Hirschl atribui o estabelecimento da juristocracia, primordialmente, ao fenômeno que denomina de “constitucionalização”, consistente na adoção de declarações de direitos explícita ou implicitamente dotadas de superioridade hierárquica em relação às leis ordinárias, associado à implantação de mecanismos de *judicial review*, ou seja, de controle da constitucionalidade de atos legislativos por órgãos integrantes do Poder Judiciário ou com funcionamento típico de órgão judicante. Em outras palavras, para Hirschl, a juristocracia é o resultado da adoção de leis escritas que, por serem dotadas de supremacia hierárquica dentro do ordenamento jurídico, passam a ser empregadas como

seja, tanto posturas mais progressistas quanto conservadoras podem ser ativistas; e vi) em termos de validade da decisão, todo ativismo incorrerá em algum tipo de ilegalidade ou inconstitucionalidade.”
ABBOUD, Georges. *Processo Constitucional Brasileiro*. 5ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2021, versão eletrônica Thomson Reuters Proview, <https://next-proview.thomsonreuters.com/launchapp/title/rt/monografias/111488027/v5/page/RB-10.1>.

1 BARROSO, Luís Roberto. Constituição, Democracia e Supremacia Judicial: Direito e Política no Brasil Contemporâneo. *Revista Jurídica da Presidência*, Brasília, v. 12, n. 96, Fev.-Mai., 2010, p. 5 a 43.

2 HIRSCHL, Ran. *Rumo à Juristocracia* – As origens e consequências do novo constitucionalismo. Tradução de Amauri Feres Saad. 1ª ed. Londrina-PR: Editora E.D.A – Educação, Direito e Alta Cultura, 2020.

3 *Idem, ibidem*, pp. 29-51.

4 BARROSO, Luís Roberto. Constituição, Democracia e Supremacia Judicial: Direito e Política no Brasil Contemporâneo. *Revista Jurídica da Presidência*, Brasília, v. 12, n. 96, Fev.-Mai., 2010, p. 5 a 43.

5 HIRSCHL, Ran. *Rumo à Juristocracia* – As origens e consequências do novo constitucionalismo. Tradução de Amauri Feres Saad. 1ª ed. Londrina-PR: Editora E.D.A – Educação, Direito e Alta Cultura, 2020.

6 *Idem, ibidem*, pp. 29-51.

parâmetro para o controle da validade das leis editadas por órgãos parlamentares, compostos por representantes eleitos.¹

Ao investigar as teorias que buscam explicar as origens políticas do fenômeno que denomina de constitucionalização, Hirschl agrupou as diversas propostas descritivas em três diferentes blocos, que podem ser assim sintetizados:

a) teorias evolucionistas – buscam explicar a adoção de declarações de direitos pela valorização dos direitos humanos e da democracia no segundo pós-guerra, assim como pelos esforços de minorias organizadas para se protegerem de caprichos da maioria e para interferirem na formulação de políticas públicas;

b) teorias funcionalistas – explicam a transferência de poder ao Judiciário como uma alternativa para um sistema político fragmentado, marcado por polarização e, portanto, travado;

c) modelos econômicos institucionalistas – descrevem o fortalecimento do Judiciário como uma mudança institucional que se implementa na busca por maior segurança jurídica e estabilidade institucional, necessárias a um ambiente propício ao crescimento econômico sustentável.²

No entanto, para Hirschl, todas essas teorias descritivas são insuficientes. Por isso, ele propõe uma “abordagem estratégica”, para formular “a tese da preservação hegemônica”. Nas palavras do referido autor, “uma abordagem estratégica realista sobre o fortalecimento judicial concentra-se nos incentivos egoísticos dos vários detentores do poder político para a deferência ao poder judiciário.”³

Essa abordagem está baseada em “quatro hipóteses preliminares”:

a) a constitucionalização e o conseqüente fortalecimento do poder judiciário se desenrolam como conseqüência do contexto de lutas sociais, políticas e econômicas concretas;

b) o estudo das origens políticas da constitucionalização deve considerar “eventos que não ocorreram e a motivação dos detentores do poder político para não se comportarem de certas maneiras”⁴;

c) agentes políticos, econômicos e judiciais proeminentes tendem a dar suporte a estruturas institucionais que lhes sejam mais benéficas, assim como as instituições políticas e jurídicas privilegiam certos grupos e indivíduos em detrimento de outros, produzindo, assim, “efeitos distributivos diferenciais”;

d) as instâncias políticas “majoritárias” (Poderes Legislativo e Executivo) promovem uma “autolimitação voluntária”, mediante a transferência de poder para o Judiciário, ainda que as constituições e a revisão judicial limitem a flexibilidade institucional dos formuladores de políticas públicas, os quais apenas aparentemente são contrariados, pois as autoridades judiciais não detêm controle sobre o orçamento público nem poder de execução independente.⁵

1 *Idem, ibidem*, pp. 53-73.

2 *Idem, ibidem*, pp. 75-87.

3 *Idem, ibidem*, pp. 87-88.

4 *Idem, ibidem*, p. 88.

5 *Idem, ibidem*, p. 88.

Ao articular essas quatro hipóteses, Hirschl sintetiza a tese da preservação hegemônica nos seguintes termos:

Salvo prova em contrário, a explicação mais plausível para o fortalecimento, voluntário e auto-imposto, do poder judicial é, portanto, que os detentores de poder político, econômico e jurídico que iniciam ou se abstêm de bloquear tais reformas estimam que servirá aos seus interesses respeitar os limites impostos por uma maior intervenção judicial na esfera política.¹

Em outras palavras, para Hirschl, o fortalecimento do judiciário apenas ocorre porque isso beneficia as elites políticas, econômicas e jurídicas de muitas maneiras. Por exemplo, os membros de executivo e do legislativo não têm que suportar os custos políticos da tomada de certas decisões. Ou, ainda, certos grupos políticos podem se beneficiar da delegação de questões polêmicas ao Judiciário, a fim de que órgãos judiciais de cúpula resolvam o impasse valendo-se da "reputação" de corpos "profissionais e apolíticos".

Essa voluntária transferência de poder pode, ainda, ser promovida "quando um partido que está no poder tem uma baixa expectativa de permanecer em tal condição".² Desse modo, tal partido assegura "que o próximo partido no poder não possa utilizar o judiciário para atingir seus objetivos políticos".³

Em um segundo momento, Hirschl submete a um "teste" as consequências do que chama de "constitucionalização": indaga se o estabelecimento de juristocracias produziu "real impacto" nas "atitudes interpretativas das cortes supremas nacionais, em face de noções progressistas de justiça distributiva".⁴ Em outras palavras, Hirschl submeteu a juristocracia a um teste de progressismo. Os resultados são por ele assim sumarizados:

Em muitos países (como Israel, Nova Zelândia e África do Sul), o fortalecimento intencional do judiciário por forças políticas ameaçadas mas ainda dominantes tem sido fortemente apoiado por coalizões influentes de forças econômicas neoliberais domésticas que veem a constitucionalização de direitos como um meio de promover a desregulamentação econômica, e por tribunais superiores nacionais que buscam aumentar sua influência política e reputação internacional. De fato, a simultânea emergência de uma ordem econômica neoliberal e o movimento em direção à constitucionalização nesses países é tudo menos acidental ou fortuita. Pelo contrário, as duas tendências andam de mãos dadas e de fato se complementam; elas compartilham uma adesão comum a uma visão de mundo de "Estado mínimo", um compromisso com uma concepção ampliada da esfera privada e uma atitude desconfortável, até de hostilidade, em relação à pouco previsível esfera política.⁵

Enfim, para Hirschl, a juristocracia é o resultado de "uma estratégia consciente empreendida por elites políticas ameaçadas que buscam preservar ou aprimorar sua hegemonia". Para tanto, isolam "a formulação de políticas públicas das pressões políticas populares", mediante o apoio de "elites econômicas e judiciais com interesses compatíveis". Porém, tais reformas constitucionais terminaram por promover "uma agenda essencialmente individualista". Por isso, conclui que a constitucionalização de direitos "muitas vezes não é

1 *Idem*, *ibidem*, p. 88.

2 *Idem*, *ibidem*, p. 91.

3 *Idem*, *ibidem*, p. 91.

4 *Idem*, *ibidem*, p. 35.

5 *Idem*, *ibidem*, p. 181.

tanto a causa ou o reflexo de uma revolução progressista em uma determinada comunidade".¹

3 Uma visão panorâmica das manifestações de ativismo judicial no Brasil

Georges Abboud caracteriza o ativismo judicial, no Brasil, como o fenômeno em que "os pré-compromissos democráticos (Constituição e leis) são suspensos pelo julgador e substituídos por sua subjetividade/discricionariedade."²

A partir dessa perspectiva, constata-se que, no Brasil, os sintomas do ativismo judicial se manifestam em, pelo menos, quatro diferentes escalas de conflito institucional. No nível mais concreto, o ativismo se manifesta no desenvolvimento de uma dogmática que compreende os âmbitos de discricionariedade do administrador público como campos muito restritos, impondo ao Poder Executivo uma vinculação a pautas materiais definidas de maneira casuística por órgãos jurisdicionais, a partir de fundamentações que invocam textos normativos ou tópicos retóricos com elevado grau de abstração e generalidade.

Apenas ilustrativamente, pode-se recordar, como exemplo, que o Ministro Alexandre de Moraes, do Supremo Tribunal Federal, por decisão unipessoal e em juízo de cognição sumária, no exame de medida liminar em mandado de segurança (via processual em que a cognição é severamente limitada no plano horizontal), suspendeu os efeitos da nomeação de um delegado da Polícia Federal para ocupar a função de Diretor-Geral desse mesmo órgão, praticada pelo Presidente da República no desempenho de uma competência expressamente prevista em lei como exclusiva do chefe do Poder Executivo federal.

A fundamentação desse pronunciamento monocrático encontra-se baseada na premissa segundo a qual:

O Poder Judiciário [...] deverá exercer o juízo de verificação de exatidão do exercício da discricionariedade administrativa perante os princípios da administração pública (CF, art. 37, caput), verificando a realidade dos fatos e também a coerência lógica do ato administrativo com os fatos.³

Ao se desincumbir desse "dever" do "Poder Judiciário", o Ministro fundamentou sua decisão em declarações prestadas por ex-Ministro da Justiça, de que aquela nomeação tinha por motivo a intenção da autoridade nomeante de realizar "interferência política" sobre o órgão detentor da atribuição de polícia judiciária da União, a Polícia Federal.⁴

1 *Idem, ibidem*, p. 181.

2 ABOUD, Georges. *Processo Constitucional Brasileiro*. 5ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2021, versão eletrônica Thomson Reuters *Proview*, <https://next-proview.thomsonreuters.com/launchapp/title/rt/monografias/111488027/v5/page/RB-10.2>.

3 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Segurança n. 37.097/DF. Relator: Ministro Alexandre de Moraes. Brasília-DF, 29 de abril de 2020, DJe-107, divulgado em 30/4/2020, publicado em 4/5/2020. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15342983750&ext=.pdf>. Acessado em 21 de novembro de 2020.

4 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Segurança n. 37.097/DF. Relator: Ministro Alexandre de Moraes. Brasília-DF, 29 de abril de 2020, DJe-107, divulgado em 30/4/2020, publicado em 4/5/2020. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15342983750&ext=.pdf>. Acessado em 21 de novembro de 2020.

Em outro patamar, o ativismo judicial se apresenta por ocasião do controle da juridicidade de políticas públicas,¹ no qual o Poder Judiciário tem assumido, francamente, a condução da elaboração de programas de governo, não apenas com base nas normas que disciplinam o processo jurisdicional coletivo, mas também a partir da adoção de uma série de práticas que têm sido reunidas sob o epíteto de “processos estruturais”. Pelo emprego dessas formas especiais de exercício da jurisdição, se pretende transladar do Poder Executivo para o Poder Judiciário a competência para a concepção de políticas públicas, fazendo do processo jurisdicional (necessariamente presidido por uma autoridade judicial) a instância decisória última no exercício de atribuições eminentemente governamentais.

Mesmo os defensores do processo estrutural para a conformação e execução de políticas públicas reconhecem que isso significa a subversão da ideia de processo jurisdicional:

Como se percebe, parece ocorrer uma inversão entre a relação causa-efeito e a relação meio-fim. Se no processo não estrutural, numa fase de conhecimento, se verifica/conhece de uma causa ocorrida que implica efeitos, no processo estrutural, numa fase de conhecimento, se verifica/conhece de um fim (não ocorrido, muito pelo contrário) a ser perseguido e cuja busca implica meios que “causarão”, como efeito, o alcance do fim. Lá (relação causa-efeito) se efetiva o efeito com base na causa, aqui (relação meio-fim) se efetiva a causa (meios) com base no efeito que se pretende (fim).²

José Eduardo da Fonseca Costa desenvolve dez críticas contundente contra o processo estrutural, que encontram unidade na demonstração da inexistência de fundamento jurídico-constitucional para deslocar a elaboração de políticas públicas para um processo jurisdicional. Entre outras, Costa denuncia as seguintes deficiências na defesa que se faz à ideia de processo estrutural no Brasil:

os estruturalistas precisam explicar como se pode teorizar a interferência judicial sobre os outros poderes sem se teorizar a fundo a própria separação de poderes. A rigor, não há previsão constitucional expressa sobre o controle judicial de políticas públicas. A intromissão judicial em escolhas discricionárias indevassáveis excepciona a separação de poderes em sua concepção mais tradicional. Por isso, aos teóricos do processo estrutural não basta acusar essa concepção de «atrasada», nem bradar aos quatro ventos a necessidade de uma concepção mais «avançada»: eles precisam de uma vez por todas apresentar essa teoria «avançada» e minudenciar dogmaticamente essa «nova» separação de poderes em seus aspectos analíticos, hermenêuticos e pragmáticos, derivando dela a possibilidade de o Judiciário readequar instituições e políticas. Contudo, a tarefa não é fácil. À Constituição cabe estabelecer os limites positivos e negativos do poder; logo, só a ela cabe prever quando há negligência de determinado poder [= regra de conduta] e quando se autoriza que ele seja substituído pontualmente por outro [= regra de sanção]. Por força da garantia da separação de poderes [CF, artigos 2º e 60, § 4º, III], é necessário que essas regras sejam excepcionais, claras, objetivas e expressas. Daí por que a Constituição não prevê sanção para

1 BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz; KOZICKI, Kátya. Judicialização da política e controle judicial de políticas públicas. *Revista Direito GV*, v. 15, p. 59-86, Jan-Jun., 2012, p. 61. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/revdireitogv/article/view/23970/22728>. Acessado em 23 de novembro de 2020.

2 GALDINO, Matheus Souza. *Elementos para uma compreensão tipológica dos processos estruturais*. 2019. 166p. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2019, p. 59. Disponível em: <https://repositorio.ufba.br/ri/bitstream/ri/30432/1/MATHEUS%20SOUZA%20GALDINO.pdf>. Acessado em 12 de julho de 2021.

toda e qualquer negligência. Ademais, nem sempre a sanção consiste na substituição *ad hoc* de um poder por outro. Vigem regimes fragmentários, pois: visto que a interferência de um poder sobre outro deve ser mínima, as hipóteses constitucionalmente qualificadas de negligência e de conseqüente substituição *ad hoc* se reservam a situações graves selecionadas com pudor pela própria Constituição.¹

Em um terceiro plano, o ativismo se faz sentir no exercício do poder de polícia, inclusive nas suas fases de elaboração normativa e de fiscalização. Na realidade, o Poder Judiciário, a título de controle de juridicidade, às vezes interfere até mesmo sobre as decisões adotadas por agências reguladoras, que, no Brasil, foram introduzidas para o exercício de discricionariedade técnica, com autonomia jurídica e orçamentária, independência funcional de certos agentes e, em alguns casos, poder normativo primário, compreendido como competência normativa outorgada diretamente pela Constituição da República.

Caso digno de atenção é aquele submetido ao Supremo Tribunal Federal por meio da propositura da Ação Originária Cível n. 3.451, em que o Estado do Maranhão pede à Corte Suprema brasileira que obrigue a Agência Nacional de Vigilância Sanitária (Anvisa) a deferir a “autorização para importação da vacina Sputnik V”. Por sua vez, a Anvisa obtemperou que tal agência reguladora devia “[...] conferir se o registro concedido pela autoridade sanitária internacional alcançou os requisitos mínimos de qualidade, segurança e eficácia [...]”. Ao deferir a tutela provisória postulada pelo Estado do Maranhão, o Ministro Ricardo Lewandowski determinou que a Anvisa se pronunciasse sobre o pleito daquele ente federativo no prazo de 30 (trinta) dias, ao fim do qual estaria “o Estado do Maranhão autorizado a importar e a distribuir o referido imunizante à população local, sob sua exclusiva responsabilidade, e desde que observadas as cautelas e recomendações do fabricante e das autoridades médicas”.²

Finalmente, o ativismo judicial se manifesta no desempenho da jurisdição constitucional (tanto na fiscalização abstrata quanto no controle concreto da constitucionalidade). Nesse contexto, o exercício desmesurado da função jurisdicional algumas vezes se expressa na declaração da inconstitucionalidade de atos normativos primários, produzidos principalmente pelo Poder Legislativo – o que, a partir de uma análise acurada, se revela como um exercício de verdadeiro poder de veto à lei aprovada pelo Parlamento³, ou, pelo menos, como severa restrição ao espaço de liberdade de conformação legislativa.

Nesses diversos níveis, uma estratégia argumentativa frequentemente empregada com vistas à usurpação de funções legislativa e administrativa consiste na imputação de uma omissão inconstitucional aos poderes políticos. Argumenta-se, por exemplo, que o

1 COSTA, Eduardo José da Fonseca. *Dez senões do processo estrutural*. Disponível em: <https://emporiadireito.com.br/leitura/abdpro-181-dez-senoes-do-processo-estrutural>, acessado em 12 de julho de 2021. O referido artigo científico foi publicado também na Revista Brasileira de Direito Processual (RBDPro), Belo Horizonte, ano 29, n. 115, jul./set. 2021.

2 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Cível Originária n. 3.451. Relator: Ministro Ricardo Lewandowski. Brasília-DF, 13 de abril de 2021. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ACO3451Sputnik.pdf>. Acessado em 12 de julho de 2021.

3 MATOS, Deborah Dettmam. *Concentração, divisão e controle do Poder Legislativo: a separação de poderes no constitucionalismo equilibrado e no constitucionalismo popular*. 2017. 294 p. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2017. Disponível em: <https://acervodigital.ufpr.br/handle/1884/49483>. Acessado em 23 de novembro de 2020.

Poder Legislativo contraria a Constituição ao deixar de editar uma lei com um certo conteúdo, que se supõe exigido pela Constituição da República. Ou, ainda, alega-se que o Poder Executivo se abstém da concepção, planejamento e execução de uma política pública com as características adequadas à realização de alguma “promessa constitucional”.

Em todas essas modalidades, o ativismo judicial maximiza os problemas de legitimidade democrática suscitados pela inevitável judicialização da política, entendida como a expansão da interferência do Poder Judiciário sobre o debate político¹. Desse modo, mesmo em sua modalidade aparentemente mais concreta (relacionada com a redução do espaço de discricionariedade do administrador público), a postura ativista do Poder Judiciário termina por produzir atritos entre os órgãos de cúpula das “instituições”, com impactos inegáveis sobre o que se vem denominando de “megapolítica” ou “macropolítica”.²

4 A inadequação do modelo descritivo de Hirschl ao caso brasileiro

O modelo descritivo de Hirschl não se presta a explicar o caso brasileiro, em que a juristocracia se firmou não apenas como consequência de uma voluntária delegação de poderes pelos membros do Legislativo e do Executivo, no que seria uma estratégia para a promoção de uma agenda “neoliberal”.

Ao contrário, no Brasil, como se extrai dos episódios citados ilustrativamente, o Poder Judiciário, principalmente o Supremo Tribunal Federal, paulatinamente, expandiu sua atuação para muito além das competências previstas na Constituição da República, afirmando, em favor de sua própria esfera de atuação funcional, a ampla possibilidade de controle dos atos praticados por qualquer órgão ou entidade públicos, ou de qualquer particular, nas mais diversas matérias.

A propósito, Fábio Cardoso Machado adverte ser “preciso reconhecer que o Supremo Tribunal Federal não demonstra nenhuma deferência pelo Legislativo ou pelo Executivo e desconhece o exercício da autocontenção”. Segundo esse autor, o Supremo Tribunal Federal “substitui-se, sem nenhum pudor, aos demais poderes, pelo simples fato de preferir as próprias escolhas”.³

No Brasil, a postura do legislativo e do executivo nem sempre foi ou é de auto-amputação, por razões estratégicas. Embora as situações descritas por Hirschl possam ser

1 MATOS, Nelson Juliano Cardoso. *O Dilema da Liberdade: alternativas republicanas à crise paradigmática no direito (o caso da judicialização da política no Brasil)*. 2007. 476 p. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal de Pernambuco, Recife, 2007. Disponível em <https://repositorio.ufpe.br/handle/123456789/4146>. Acessado em 23 de novembro de 2020.

2 Também a esse respeito, conf. LORENZETTO, Bruno Meneses; CLÈVE, Clèmerson Merlin. O Supremo Tribunal Federal e a autoridade constitucional compartilhada. *Revista Brasileira de Direito*, Passo Fundo, vol. 13, n. 3, p. 142-162, Set.-Dez., 2017, p. 147. Disponível em: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=6233925>. Acessado em 23 de novembro de 2020.

3 MACHADO, Fábio Cardoso. *O “neoconstitucionalismo” e a erosão da juridicidade: notas acerca do problema pré-metodológico da indistinção entre princípios jurídicos e objetivos políticos*, p. 2. Comunicação apresentada em 30/06/2021, no evento “O Direito e o Tempo - VII Encontro de Investigadores Doutorandos”, promovido pelo Instituto Jurídico da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, pp. 25. Texto inédito, generosamente enviado pelo autor.

verificadas também na conjuntura brasileira desde as origens da Constituição de 1988, não há como negar que os avanços constantes e persistentes do Poder Judiciário, notadamente do Supremo Tribunal Federal, sobre o conjunto de competências do Legislativo e do Executivo vieram a estabelecer uma situação de permanente instabilidade institucional.

Tanto assim que já se verificaram alguns episódios de reação legislativa do Congresso Nacional contra decisões mediante as quais o Supremo Tribunal Federal havia declarado a inconstitucionalidade de atos normativos pelo Parlamento brasileiro, quer no exercício do Poder Constituinte derivado, quer na edição de instrumentos normativos infraconstitucionais, no desempenho das competências legislativas. Nessas ocasiões, o Supremo Tribunal Federal, adotando a teoria dos diálogos institucionais, afirmou que as reações legislativas são, a princípio, inválidas, sendo necessário que o Congresso Nacional, ao editar leis contrárias à jurisprudência do STF, se desincumba do ônus argumentativo indispensável à superação do entendimento da Corte Suprema, contrário ao ato normativo em questão.¹

A partir dessa compreensão, é evidente que existem embates reais dos poderes Executivo e Legislativo contra o Poder Judiciário, em reação ao comportamento ativista, principalmente do Supremo Tribunal Federal, com vistas à usurpação de atribuições constitucionais dos poderes eleitos. Além disso, em tais embates, o Supremo Tribunal Federal arroga a condição de árbitro do conflito em que ele mesmo é parte, lançando, ademais, sobre os outros poderes o ônus argumentativo, estabelecido pela Corte Suprema em seu próprio favor.

Atento aos problemas suscitados pela adoção de uma postura maximalista pelas Cortes Supremas, Luiz Guilherme Marinoni assevera serem essencialmente provisórias as decisões desses tribunais, especialmente se proferidas no exame de questões que envolvam desacordos morais razoáveis. Segundo o referido autor, tais decisões são, sempre, suscetíveis de negação pelo Parlamento.²

Adicionalmente, a proposta descritiva de Hirschl se afigura enviesada quanto às conclusões relacionadas às consequências da juristocracia. No caso brasileiro, o Poder Judiciário, na fundamentação das decisões que suscitam debates a respeito da separação de poderes, jamais escondeu que a prática do ativismo judicial é realizada para a promoção de um modelo de Estado social, como única opção possível, com base no “senso comum teórico” de que a Constituição Federal instituiu direitos sociais que precisam ser

1 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 5.105, Relator(a): LUIZ FUX, Tribunal Pleno, julgado em 01/10/2015, Dje-049, divulgado em 15-03-2016, publicado em 16-03-2016).

² “Em princípio, uma Corte que produz apenas decisões maximalistas não quer compartilhar a interpretação constitucional. Porém, quando é prematuro decidir ou decidir de modo aprofundado, e se chega numa decisão que deixou de bem considerar os fatos e as reais intenções das pessoas, é certo que a população e o Parlamento podem discuti-la, apresentando razões capazes de justificar o desacerto da interpretação judicial. Enfim, a circunstância de a Corte não ter qualquer intenção em ouvir a população e dialogar com o Parlamento não é, nem poderia ser, obstáculo para a população e o Parlamento deliberarem e justificarem a possibilidade de a questão solucionada pela Corte ser compreendida de outra forma. Isso significa, portanto, que a interpretação da Corte, especialmente quando soluciona desacordos morais razoáveis, é essencialmente provisória, ou seja, é sempre sujeita à negação do Parlamento.” (MARINONI, Luiz Guilherme. *Processo Constitucional e Democracia*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2022, versão eletrônica Thomson Reuters *Proview*, <https://next-proview.thomsonreuters.com/launchapp/title/rt/monografias/275808369/v1/page/RB-7.3>, itálicos como no original).

concretizados ao máximo, independentemente de qualquer deliberação política pelos Poderes Legislativo e Executivo.

5 Conclusão

Apesar do inegável valor científico da obra de Ran Hirschl para a compreensão das causas políticas que conduziram à juristocracia nas quatro experiências constitucionais por ele estudadas, o modelo descritivo proposto por esse autor não dá conta do caso brasileiro, no qual se verifica que a supremacia do Judiciário se estabeleceu a partir de uma postura ativista, assumida e encorajada pelo órgão judiciário de cúpula, apesar de algumas reações por parte dos demais poderes.

Referências

- ABBOUD, Georges. *Processo Constitucional Brasileiro*. 5ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2021, versão eletrônica Thomson Reuters *Proview*.
- BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz; KOZICKI, Kátya. Judicialização da política e controle judicial de políticas públicas. *Revista Direito GV*, v. 15, p. 59-86, Jan.-Jun., 2012, p. 61. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/revdireitogv/article/view/23970/22728>.
- BARROSO, Luís Roberto. Constituição, Democracia e Supremacia Judicial: Direito e Política no Brasil Contemporâneo. *Revista Jurídica da Presidência*, Brasília, v. 12, n. 96, Fev.-Mai., 2010, p. 5 a 43.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Cível Originária n. 3.451. Relator: Ministro Ricardo Lewandowski. Brasília-DF, 13 de abril de 2021. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ACO3451Sputnik.pdf>.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 5.105, Relator(a): LUIZ FUX, Tribunal Pleno, julgado em 01/10/2015, Dje-049, divulgado em 15-03-2016, publicado em 16-03-2016.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Segurança n. 37.097/DF. Relator: Ministro Alexandre de Moraes. Brasília-DF, 29 de abril de 2020, Dje-107, divulgado em 30/4/2020, publicado em 4/5/2020. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15342983750&ext=.pdf>.
- COSTA, Eduardo José da Fonseca. *Dez senões do processo estrutural*. Disponível em: <https://emporiadodireito.com.br/leitura/abdpro-181-dez-senoes-do-processo-estrutural>.
- GALDINO, Matheus Souza. *Elementos para uma compreensão tipológica dos processos estruturais*. 2019. 166p. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2019, p. 59. Disponível em:

<https://repositorio.ufba.br/ri/bitstream/ri/30432/1/MATHEUS%20SOUZA%20GALDINO.pdf>.

HIRSCHL, Ran. *Rumo à Juristocracia* – As origens e consequências do novo constitucionalismo. Tradução de Amauri Feres Saad. 1ª ed. Londrina-PR: Editora E.D.A – Educação, Direito e Alta Cultura, 2020.

LORENZETTO, Bruno Meneses; CLÈVE, Clèmerson Merlin. O Supremo Tribunal Federal e a autoridade constitucional compartilhada. *Revista Brasileira de Direito*, Passo Fundo, vol. 13, n. 3, p. 142-162, Set.-Dez., 2017, p. 147. Disponível em: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=6233925>.

MACHADO, Fábio Cardoso. *A autonomia do direito e os limites da jurisdição*. Londrina-PR: Thoth, 2020.

MACHADO, Fábio Cardoso. *O “neoconstitucionalismo” e a erosão da juridicidade*: notas acerca do problema pré-metodológico da indistinção entre princípios jurídicos e objetivos políticos, p. 2. Comunicação apresentada em 30/06/2021, no evento “O Direito e o Tempo - VII Encontro de Investigadores Doutorandos”, promovido pelo Instituto Jurídico da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, pp. 25. Texto inédito, generosamente enviado pelo autor.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Processo Constitucional e Democracia*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2022, versão eletrônica Thomson Reuters *Proview*.

MATOS, Deborah Dettmam. *Concentração, divisão e controle do Poder Legislativo*: a separação de poderes no constitucionalismo equilibrado e no constitucionalismo popular. 2017. 294 p. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2017. Disponível em: <https://acervodigital.ufpr.br/handle/1884/49483>.

MATOS, Nelson Juliano Cardoso. *O Dilema da Liberdade*: alternativas republicanas à crise paradigmática no direito (o caso da judicialização da política no Brasil). 2007. 476 p. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal de Pernambuco, Recife, 2007. Disponível em <https://repositorio.ufpe.br/handle/123456789/4146>.

MATOS, Nelson Juliano Cardoso. *Judicialização da política e a alternativa republicana*: no contexto do dilema da liberdade. 2020, 218 p., no prelo.