

ATIVISMO JUDICIAL E LEGITIMIDADE DEMOCRÁTICA

**KINDLOVITS, Raphael ¹; FRAGOSO, Jusemar Pinheiro
Coquito ²; RESGALA JÚNIOR, Renato Marcelo ³**

Resumo

O presente trabalho aborda aspectos ontológicos do fenômeno que se denominou ativismo judicial, analisando eventuais consequências e influências de sua ocorrência no regime político-democrático pátrio, especialmente quanto à questão da legitimidade e meios relativos ao exercício do poder. Analisa-se também institutos jurídicos específicos, como o modelo da “separação de poderes”, proposto por Montesquieu. Aborda-se o sistema jurídico no viés de serem evidenciadas circunstâncias jurídicas, em tese, de permissividade para ocorrência do fenômeno do ativismo judicial, tratando-se de um suposto déficit democrático presente no Poder Legislativo nacional. Por fim, busca-se possíveis ferramentas de contenção dessa atuação política do Poder Judiciário, e se evidenciam seus impactos para a garantia ou não da legitimidade democrática.

Palavras-chave: ativismo judicial; democracia; legitimidade.

Abstract

This article addresses ontological aspects of the phenomenon called judicial activism, analysing its eventual consequences and influences that lead to its occurrence in the national democratic political regime, especially regarding its legitimacy and means related to the exercise of power. Also, specific legal institutes will be analysed, such as the "separation of powers" principle, proposed by Montesquieu. The legal framework will

¹ Discente; Centro Universitário Redentor, Direito, Itaperuna - RJ, raphakin@yahoo.com.br

² Mestre; UNIFLU, Direito, Campos dos Goytacazes - RJ, jusemar.fragoso@redentor.edu.br

³ Mestre, Universidade Federal de São João Del Rey, Letras, São João Del Rey – MG, renatoresgalajr@gmail.com

be approached in search of legal circumstances, in theory, that would legitimate the occurrence of the judicial activism, when facing a supposed democratic deficit present in the Legislative branch. At last, we will seek instruments to contain this political action of the Judiciary and its impacts to the assurance or not of the democratic legitimacy.

Keywords: judicial activism; democracy; legitimacy.



1 INTRODUÇÃO

A ontologia do assunto-objeto deste trabalho propõe um estudo interdisciplinar, com objetivo teleológico do entendimento de suas significações e formas. Primeiramente, relevantes considerações acerca da formação da sociedade e estrutura do estado devem ser evidenciadas. Para Bannwart (2018, p. 1152), as origens históricas da estrutura estatal e da sociedade, traduzindo a visão de Aristóteles, perfaz-se pela “razão prática”, tendo como fim (telos) a concretização da Justiça, que pode ser buscada pela (a) Ética (Ethos), (b) Política, e/ou (c) Direito, tendo as diferentes formas de ação humana influência direta nessa estruturação.

A Ética avalia a ação na perspectiva individual; a Política, na perspectiva coletiva; e o Direito, na perspectiva normativa. Ética é a forma de mensuração da ação do indivíduo dentro da coletividade a que pertence. Na medida em que o indivíduo se relaciona com o outro, forma-se uma inter-ação social, que é o campo da Política. E as normas que se impõem politicamente sobre o comportamento da coletividade, a saber, as normas jurídicas, são objeto de reflexão do Direito. (BANNWART, 2018, p. 1152).

Como a ação humana, em âmbito coletivo, dá-se por meio da política, há de serem elaboradas regras específicas de convívio social. Bannwart (2018, p. 1153) assevera que, diferentemente da natureza, que traz a ideia de previsibilidade, o homem, por diversas vezes, toma decisões imprevisíveis. Assim, “o preço que o homem paga pela sua liberdade é a indeterminabilidade e a imprevisibilidade dos seus atos” (BANNWART, 2019, p. 1152). Por isso, como forma de se conter a dimensão imprevisível da ação humana, os gregos antigos buscaram fortalecer, individual (ética) e coletivamente (política), seus valores, costumes e tradições, para congruente normatização (direito) social das condutas de seu povo, de forma justa (justiça), por meio de uma macroestrutura que se denominou Estado e que, a posteriori, influenciaria as correlações entre as contemporâneas instituições estatais, tais quais as conhecemos hodiernamente.

Considerando-se as formas de estruturação estatal, no decorrer da história, surgiu o fenômeno do constitucionalismo. “A ideia essencial que permeia o constitucionalismo é a de limitação do poder” (BINENBOJM, 2014, p. 2). Ou seja, tal fenômeno está diretamente ligado à limitação de eventuais imposições por regimes políticos autocráticos, já que, de certa forma, esvazia e delimita a ingerência do poder por parte do Estado. Os moldes atuais do que conhecemos como constitucionalismo, segundo Binenbojm (2014, p. 3), tiveram forte influência a partir do Iluminismo e do Jusnaturalismo Racionalista, trazendo a ideia de

separação de poderes do Estado. Quando há a invasão de um Poder em esfera de competência de outro Poder, de forma indevida, há o que se denomina ativismo judicial.

Uma das possíveis origens do que veio a ser conhecido por ativismo judicial foi, primeiramente, a institucionalização da capacidade de normatizações por parte de magistrados no judicial *review* estadunidense, “relacionando-se às dificuldades hermenêuticas na interpretação e aplicação da Constituição Americana, sabidamente sintética e abstrata” (ABBOUD; LUNELLI, 2015). Em razão de a Constituição norte-americana ser sintética, abre-se considerável espaço interpretativo de suas disposições, especialmente no exercício, pelos juízes, do controle de constitucionalidade (*judicial review*).

Quando começaram a ocorrer os primeiros fenômenos de ativismo judicial, essa nomenclatura não era ainda conhecida. Moraes (2017, p. 550) pontua que a expressão “ativismo judicial” foi utilizada pela primeira vez apenas em 1947 por Schlesinger Júnior., em artigo sobre a Corte Suprema dos EUA, mesmo sendo sabido que interferências do Poder Judiciário, em diversas esferas, já ocorriam. Moraes (2017, p. 550) aprofunda o raciocínio, indicando que alguns doutrinadores norte-americanos consideravam o fenômeno como sendo uma ignorância quanto aos precedentes, violando-se a Constituição; contudo, outra parte da doutrina discute se não era meramente a colmatação de lacunas deixadas por eventuais omissões de outros Poderes, sendo assim legítimo dever jurisdicional do Poder Judiciário o preenchimento de tais lacunas.

Fato é que, em um primeiro momento não havia espaço para interpretações elásticas. A posteriori, o direito norte-americano incorporou elementos metajurídicos à hermenêutica constitucional, tornando-a uma espécie de modelo de não-intervenção legislativa do Estado na Economia, até mesmo se eventual parte hipossuficiente estivesse nitidamente sendo prejudicada; o que prevalecia era a não intervenção, inclusive a judicial. Barroso (2012, p. 26) traz a registro que havia certo caráter conservador nessa primeira fase do ativismo judicial.

Os juízes, ainda, aproveitando-se da falta de detalhamento, da generalidade, da abstração, e do caráter aberto do texto constitucional norte-americano, conforme Abboud e Lunelli (2015) apregoam, passaram a ter ampla margem interpretativa, até mesmo discricionária, o que refletia “a sua própria visão de mundo e justiça”, abrindo de forma definitiva espaço para os debates que envolvem o ativismo judicial. Apesar disso, Barroso (2012, p. 26) assevera que, dos anos de 1950 até aproximadamente 1973, houve um avanço de jurisprudência progressista quanto a direitos fundamentais na mais alta Corte norte-americana, como exemplo de decisões vanguardistas envolvendo racismo, direito à privacidade, interrupção de gestação, entre outros.

No âmbito nacional, pode-se destacar “que, no início dos primeiros anos do século XX, o Supremo Tribunal Federal atuou na teoria do alargamento de habeas corpus, articulando, assim, com as demandas da sociedade pela proteção de seus direitos” (VIEIRA, 2009, p. 50). Registra-se, todavia, que há diferenças estruturais consideráveis da Constituição norte-americana em relação à brasileira. Tais diferenças impactam diretamente nas formas de exercício de poder, na estruturação das instituições e na própria maneira em que os Poderes se valem ou não de ativismo.

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB/1988) é analítica e extensa, possuindo 250 artigos em seu corpo permanente e 114 em seus Atos das Disposições Constitucionais Transitórias - ADCT. No caso brasileiro houve excessiva constitucionalização de matérias, inclusive as de cunho político, que, em tese, não deveriam ser decididas no âmbito do Poder Judiciário, mas na esfera Política. Tal fato parte da característica essencialmente analítica da Carta Constitucional vigente, que não se verificou presente apenas no ordenamento jurídico nacional, mas também em países como Portugal (1976) e Espanha (1978). Nos ditames de Barroso (2012, p. 24), “constitucionalizar uma matéria significa transformar Política em Direito”. Nesse sentido, serão abordados institutos previstos no ordenamento jurídico pátrio que impactam diretamente no fenômeno do ativismo judicial e, em última instância, na própria legitimidade democrática.

2 DESENVOLVIMENTO

A ordem jurídica pátria, partindo-se dos ensinamentos de Montesquieu, adotou o sistema de separação de poderes, tendo previsão na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 – CRFB/1988, em seu artigo 2º, *in verbis*: “São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário” (BRASIL, CRFB, Art. 2º, 1988). Nos ditames do autor: “Para que não se possa abusar do poder, é preciso que, pela disposição das coisas, o poder freie o poder” (MONTESQUIEU, 1997, p. 200). Nesse sentido, Mendes e Branco (2017, p. 57), afirmam que “o regime político moderado ganha a predileção de Montesquieu, que o define como aquele cuja Constituição é capaz de manter poderes diferenciados e, ao mesmo tempo, equilibrados. Somente sob um regime moderado haveria a liberdade política”.

Assim, deve-se conceber de que forma será instalada tal liberdade política e definir os limites de autorregulação de cada poder após “separados”. Para isso, adotaram-se os *checks and balances*; no Brasil, sistema de freios e contrapesos. Dessa maneira, nenhum dos poderes se

sobreporia a algum outro de forma excessiva, tendo todos eles a capacidade mútua de controle e fiscalização sobre os demais. Padilha (2020, p. 581), entretanto, alerta que “medidas restritivas geram interpretação, da mesma forma, restritivas”. Logo, esse sistema de interferências mútuas deve ser utilizado apenas de forma excepcional, sob pena de indevida invasão de um Poder na esfera de competência de outro, podendo se caracterizar alguma forma de ativismo.

Uma particularidade a ser tratada é que o sistema da ordem jurídica pátria é fundado essencialmente na legalidade expressa do *Civil Law*, ou seja, em um primeiro momento, “a lei seria suficiente para garantir a igualdade. A segurança jurídica dependeria da estrita aplicação da lei” (MARINONI *et al.*, 2017, p. 102). Todavia, a busca pela certeza do direito, nesses moldes, acaba por trazer certo caráter utópico e irrealizável. Tradicionalmente, o sistema romano-germânico era atrelado ao *Civil Law*, enquanto o sistema anglo-saxônico se relacionava ao *Common Law*.

Gonçalves (2017, p. 84) pontua que mesmo antes da promulgação do atual Código de Processo Civil - CPC, já havia no ordenamento pátrio traços de elementos do *Common Law*, apesar da evidente prevalência da norma escrita. Contudo, após a promulgação dessa lei, mitigou-se, em parte, o sistema do *Civil Law*, em razão, especialmente, da adoção do sistema de precedentes vinculantes do novo código processual. Assim, o sistema atualmente adotado “passou a ser, de certa forma, híbrido, já que, tal como nos países da *Common Law*, os precedentes e súmulas vinculantes se erigem em verdadeira fonte formal do direito. Mas apenas nos casos em que eles são vinculantes” (GONÇALVES, 2017, p. 84). A essência do *Common Law* apregoava maior valor à jurisdição exarada pelo magistrado. Nesse sentido “não há dúvida que o papel do atual juiz da tradição de *Civil Law* e, principalmente, o do juiz brasileiro, a quem é deferido o dever-poder de controlar a constitucionalidade da lei no caso concreto, muito se aproxima da função exercida pelo juiz do *Common Law*” (MARINONI *et al.*, 2017, p. 103).

Sob crescente influência do *Common Law* e interpretações jurisdicionais criacionistas, “a solução encontrada para evitar o problema foi determinar aos tribunais que uniformizem a sua jurisprudência e a mantenham estável, íntegra e coerente” (GONÇALVES, 2017, p. 1143). Marinoni *et al.* (2017, p. 326) detalham a dialética, pontuando que o juiz do *Civil Law* é o idealizado a partir do princípio da separação de poderes, sendo ele mais voltado à interpretação restritiva, enquanto o juiz do *Common Law* é, de fato, um juiz mais criacionista, mais interventor quanto ao direito em si. Nesse sentido se faz mais necessário ater atenção quanto a práticas ativistas. Contemporaneamente, no entanto, tem-se discorrido sobre eventual superação, no mundo contemporâneo, dos sistemas da *Common* e *Civil Law* e da separação em

três Poderes (Legislativo, Executivo e Judiciário), discussão tratada em inovador artigo intitulado “Adeus, Montesquieu” (2014), de Bruce Ackerman, exigindo-se, doravante, o enfrentamento de novos desafios normativos.

Somado ao que foi abordado, considerando-se o caráter extenso e analítico do Texto Maior, verifica-se que, além de ter em sua composição normas materialmente constitucionais (ou seja, aquelas que a doutrina considera típicas de uma constituição), há na Constituição Federal enorme gama de normas apenas formais, aquelas que não possuem matéria de constituição, apesar de constarem expressamente nela.

Portanto, poderá o Supremo Tribunal Federal (STF), guardião da Constituição, se pronunciar com legitimidade acerca dos mais variados assuntos, já que, para isso, basta a positivação da norma constar no Texto Maior, independentemente se se trata de matéria constitucional propriamente dita, *stricto sensu*, ou não. Em suma, o impacto que a ampla positivação de direitos na Constituição produz é essa vasta seara de normatizações coadjuvantes expressas; é o alto potencial de demandas judicializáveis, verificando-se, assim, o que a doutrina denominou “força irradiadora da Constituição” (FACHIN, 2015, p. 148) ou “constitucionalização abrangente” (BARROSO, 2012, p. 24).

Além disso, muitas dessas normas são expressas não sob a forma de normas-regra, mas como normas-princípio, ou seja, dotadas de profundo caráter de abstração principiológico-cogente. Essa obscuridade semântica abrangente, faz tornar embaçada a hipotética linha-limite entre o que poderia ser o normal exercício regular de competência constitucionalmente atribuído a um dos três Poderes do Estado *versus* o que se configuraria como exercício de poder além desse limite, podendo-se partir para análise de eventual ativismo. Alexy (2008, p. 87-90) trata do critério da generalidade como sendo um dos principais quando da definição do que seria um princípio; ou seja, quanto maior o grau de generalidade, mais a norma se aproximaria de um “estado principiológico”, sendo os princípios verdadeiros “mandamentos de otimização” normativos.

Ao serem somados todos os elementos supramencionados, desenha-se assim um cenário político-jurídico propício para que o juiz que tenha certa tendência ativista intervenha indevidamente em Poder alheio ou decida o caso concreto não pautado na imparcialidade, mas em convicções moralmente desviadas. Nesse sentido, há de se falar na possibilidade de aumento de decisões judiciais criacionistas (e, eventualmente, ativistas), já que “o juiz que trabalha com conceitos indeterminados e regras abertas está muito longe daquele concebido para unicamente aplicar a lei” (MARINONI *et al.*, 2017, p. 103).

Para agravar a situação, adota-se a teoria de Peter Häberle, que conceitua a “Sociedade Aberta dos Intérpretes”, dando margem para que qualquer pessoa possa interpretar o Texto Maior. Segundo Lenza (2019, p. 289), “ao afirmar que a interpretação não mais deve ficar confinada dentro de uma sociedade fechada, Häberle propõe a ideia de que a interpretação não possa ficar restrita aos órgãos estatais, mas que deve ser aberta para todos os que “vivem” a norma (a Constituição)”. Häberle (2002, p. 13), assim, apregoa que “quem vive a norma acaba por interpretá-la ou pelo menos por cointerpretá-la”. Para a concretização da teoria, Tavares (2020, p. 257) destaca a importância de uma operacionalização do Texto constitucional da forma mais próxima possível de seu povo, devendo-se empregar a linguagem comum, de fácil entendimento. Binenbojm (2014, pp. 282-283) traz, destarte, a ideia de “cidadania constitucional”, evitando-se que “a Corte Constitucional não se torne uma instância autoritária de poder, compondo um governo de juízes” (BINENBOJM, 2014, p. 282-283). Ainda, o preceito democrático “guarda sintonia com uma concepção dinâmica de democracia, típico de uma sociedade aberta, ativa e inclusiva” (SARLET; MARINONI; MITIDIERO, 2017, p. 294).

Embora à Corte Constitucional se cometa a palavra final sobre a interpretação da Constituição, suas decisões devem ser amplamente fundamentadas e expostas ao debate público, pois a crítica advinda da esfera pública (juristas, operadores do direito, políticos, jornalistas, profissionais liberais em geral) possui um potencial racionalizador e legitimador. (BINENBOJM, 2014, p. 115-116).

Um dos principais instrumentos de legitimidade dessa sociedade aberta de intérpretes é a figura do *amicus curiae*, o “amigo da corte”, que, nos termos legais, poderá ser invocado de acordo com a relevância da matéria e a representatividade dos postulantes, tendo a finalidade de favorecer a pluralização do debate. Sua posição, entretanto, “não será de parte nem de auxiliar dela, mas de auxiliar do juízo” (GONÇALVES, 2017, p. 322).

Assim como a pluralização do debate se coaduna com a figura do *amicus curiae*, para que o processo judicial seja imparcial, amparado por contraditório e ampla defesa, e possa-se atingir a verdadeira justiça, deve-se enfatizar a importância de decisões judiciais bem fundamentadas, conforme apregoa o disposto no inciso IX, do artigo 93, da CRFB/1988. Portanto, em caso de discordância quanto às referidas decisões, haveria a efetiva possibilidade de contra-argumentação referente a pontos específicos de divergência, o que também dificulta possibilidades da prática de ativismo judicial.

Além disso, com o intuito de se evitar o fenômeno da fossilização constitucional, ou seja, para que a legislação vigente consiga acompanhar, na maior proximidade possível, as

alterações sociais do modo de viver do dia a dia, certos dispositivos constitucionais, mesmo que ainda positivados exatamente como originalmente o foram, acabam por sofrer alterações. Tais mudanças podem se dar (i) de forma legislativa *scritto sensu*, pelos representantes eleitos que compõem o parlamento, ou (ii) “no âmbito da chamada mudança informal (em que), não há, a rigor, alteração do texto normativo, mas sim alteração no que diz com a aplicação concreta de seu conteúdo a situações fáticas que se modificam no tempo” (SARLET; MARINONI; MITIDIERO, 2017, p. 118); portanto, há a finalidade de que o referido dispositivo se adapte e ressignifique a verdadeira realidade contemporânea da sociedade, sob pena de a constituição jurídica ou escrita ser, na prática, “uma mera folha de papel se não espelhar a realidade social (ou, nas palavras de Lassale, os fatores reais de poder)” (MARTINS; NUNES JUNIOR, p. 133). A esse fenômeno de ressignificação se atribui o nome de mutação constitucional. Contudo, um dos problemas apontados pela comunidade jurídica quanto à mutação constitucional, é que se amplia enormemente o poder ativista dos juízes, visto que se oferece elástica margem interpretativa de dispositivos jurídicos, indo algumas interpretações até mesmo em sentido contrário ao que pugnou o legislador originário da norma. Exemplo polêmico é o que se estabeleceu quanto à Teoria da Transcendência dos Motivos Determinantes ou Teoria da Abstrativização do Controle Difuso de Constitucionalidade.

O STF é o principal responsável pelo controle de constitucionalidade das normas, que no caso brasileiro é, segundo Barroso (2012, p. 24), híbrido ou eclético, combinando elementos dos sistemas americano e europeu, fornecendo-se ampla margem de possibilidades de atuação quanto ao controle por parte da Suprema Corte. Para que fique ainda mais claro, o efeito vinculante, em controle concentrado-abstrato de constitucionalidade, se divide em: Teoria Restritiva e Teoria Extensiva (também chamada de Teoria da Transcendência dos Motivos Determinantes). A Teoria Restritiva considera que possui efeito vinculante apenas a parte do dispositivo da sentença. Já a Teoria Extensiva considera que tem efeito vinculante, não apenas a parte do dispositivo da sentença, mas também a parte da fundamentação relativa a *ratio decidendi* (sendo desconsiderado o *obiter dictum*).

Ocorre que o STF passou a adotar com efeito vinculante e *erga omnes*, dentro do controle concentrado-abstrato, a *ratio decidendi* da fundamentação de questão prejudicial a esse controle concentrado-abstrato, em análise do controle difuso-incidental. Em suma, passou-se a ser admitido controle difuso-incidental dentro do controle concentrado-abstrato, tornando vinculantes e *erga omnes* os efeitos do primeiro, que antes eram apenas não vinculantes e inter partes. Famoso exemplo foi o julgado nas ADI 3406 e ADI 3470, o “caso do amianto crisotila”.

Ainda, o STF impôs ao Senado Federal o dever de publicação de tal decisão no Diário do Congresso, violando, na opinião de parte da comunidade jurídica a separação de poderes, sendo verdadeiro caso de ativismo judicial, ao ser invadida indevidamente a competência privativa do Senado Federal, prevista no artigo 52, da CRFB (BRASIL, 1988).

Como brasileiros, somos capazes de compreender todas as críticas relacionadas ao Senado Federal, que no passado recente teve um senador preso em flagrante, vários senadores investigados criminalmente, dentre eles o próprio Presidente do Senado. Todavia, nada, absolutamente nada, justifica a criação de uma interpretação que retira uma atribuição constitucional de um órgão como o Senado. (MARTINS; NUNES JR, 2017, p. 594).

Por outro lado, há juristas que enxergam nesse tipo de atuação a legítima aplicação do fenômeno da mutação constitucional, desvinculando-a da prática de ativismo judicial.

Possível, sem qualquer exagero, falar-se aqui de uma autêntica mutação constitucional em razão da completa reformulação do sistema jurídico e, por conseguinte, da nova compreensão que se conferiu à regra do art. 52, X, da Constituição de 1988. Valendo-se dos subsídios da doutrina constitucional, a propósito, da mutação constitucional, poder-se-ia cogitar aqui de uma autêntica ‘reforma da Constituição sem modificação expressa do texto’. (MENDES, 2004, p. 162).

Independentemente das controvérsias, fato é que houve aproximação dos efeitos do controle difuso-incidental dos efeitos do controle concentrado-abstrato. Barroso (2012, p. 27) alerta que é comum, em tribunais constitucionais com competência para o exercício do controle de constitucionalidade, que se verifique o binômio ativismo-autocontenção judicial. E acrescenta que “o movimento entre as duas posições costuma ser pendular e varia em função do grau de prestígio dos outros dois Poderes” (BARROSO, 2012, p. 27), mas assevera que “poucas críticas são mais desqualificantes para uma decisão judicial do que a acusação de que é política e não jurídica” (BARROSO, 2012, p. 29). Questões políticas devem ser resolvidas no âmbito político, concretizando-se o preceito democrático.

O regime político adotado pelo Estado nacional é a democracia. Bobbio (1986, p. 9) assevera que “para um regime democrático, o estar em transformação é seu estado natural: a democracia é dinâmica, o despotismo é estático e sempre igual a si mesmo”. Sendo assim, em regimes democráticos, o poder não se encerra em si mesmo. Assim, “o ideal democrático se funda na noção de soberania popular, fonte última do poder político” (BINENBOJM, 2014, p. 2). Contudo, fundamental ser aprofundado o raciocínio. Segundo Barroso (2012, p. 28), deve-se estabelecer, além do jogo democrático, a proteção dos direitos fundamentais, mesmo que em

papel contra-majoritário, ou seja, contra a circunstancial vontade do grupo que configura a maioria dos votos. Logo, apesar de obediência à soberania popular, não é tolerada a tirania da maioria, uma espécie de opressão de minorias. Nesse sentido, pode-se afirmar que “injustiça é o que ocorre quando os direitos ou interesses da minoria são indevidamente subordinados àqueles da maioria” (WALDRON, 2006, p. 1397).

Ressalta-se, ademais, que historicamente a magistratura é composta, de forma relativamente engessada, por membros de uma elite, detentora e influenciadora de poder. Apesar do atual ingresso na carreira ser, geralmente, mais democratizado em razão do concurso público, exige-se altíssimo nível de preparação, o que torna extremamente dificultoso o processo de ingresso por pessoas que não detentoras de razoável poder aquisitivo.

O poder judicial não cai do céu; ele é politicamente construído. Acredito que a constitucionalização dos direitos e o fortalecimento do controle de constitucionalidade das leis resultam de um pacto estratégico liderado por elites políticas hegemônicas continuamente ameaçadas, que buscam isolar suas preferências políticas contra mudanças em razão da política democrática, em associação com elites econômicas e jurídicas que possuem interesses compatíveis. (HIRSCHL, 2004, p. 49).

Ainda assim, na democracia, juízes devem buscar, independentemente de suas vocações pessoais, promover a igualdade social. Logo, liberdades civis devem ser amplamente defendidas por governos democráticos, já que “a liberdade de imprensa, a liberdade de reunião e de associação, são vias através das quais o cidadão pode se dirigir aos governantes para solicitar vantagens, benefícios, facilidades, uma mais justa distribuição dos recursos” (BOBBIO, 1986, p. 36). Quando eventualmente tais vias democráticas forem surrupiadas do povo, legítimo titular do poder, é dever do Poder Judiciário intervir.

Quanto à democratização do processo judicial, na visão de Theodoro Jr. (2017, p. 550), exemplos de mecanismos que auxiliam a busca de maior justeza são o contraditório pleno, a rigorosa e adequada fundamentação de decisões, o controle democratizado pelo duplo grau de jurisdição, a busca pelo princípio da cooperação, entre outros institutos que poderiam combater eventual autoritarismo judicial. Além disso, tem-se: transmissão de julgamentos pela TV Justiça; expansão da atuação do Ministério Público para além exclusivamente de sua função criminal; e crescente implementação e valorização da Defensoria Pública nos estados.

No período da redemocratização, o Congresso Nacional optou por aprovar leis penais mais rigorosas, em vez de colocar como foco uma reforma institucional propriamente dita. Ou seja, o legislador nacional optou por preservar, em termos estruturais, o esqueleto estatal ora

implementado, dando-se prioridade por se legislar ativamente no sentido do rigor punitivo em detrimento de uma efetiva reforma institucional que pudesse limitar abusos ou desvios de poder. Contudo, no decorrer do tempo, todos os Poderes da República sofreram alterações em maior ou menor grau.

O Poder Judiciário sofreu significativas modificações em sua estrutura e formas de atuação, por meio da Emenda Constitucional n. 45/2004, que instituiu, entre outras medidas, a possibilidade de promulgação de súmulas pelo Supremo Tribunal Federal, com efeito vinculante (Art. 103-A, CRFB/1988), servindo, destarte, de acordo com parte da doutrina, como verdadeiro legislador quanto a temas recorrentes e não pacificados pelos Tribunais. Mas, mais do que isso, “os debates públicos sobre a reforma do Judiciário estão estreitamente relacionados com o processo de redemocratização do país. [...] O debate vai muito além do Poder Judiciário, tratando-se, na verdade, de uma discussão sobre a reforma da justiça” (SINHORETTO; ALMEIDA, 2013, p. 208).

Dito isso, no âmbito do atual Judiciário, necessária, portanto, a distinção em maiores detalhes entre alguns conceitos, a começar por judicialização versus ativismo judicial. A judicialização é um fenômeno moderno em que se leva cada vez mais demandas ao Poder Judiciário, a fim de que as mesmas sejam resolvidas por ele, enquanto ativismo judicial diz respeito à suposta atuação jurisdicional de forma política, moralmente viciada, com desvio de finalidade ou abuso de poder, eivada de vício que a afaste da imparcialidade e da justiça material do caso concreto. Segundo Luís Roberto Barroso (2012, p. 25) “a judicialização, no contexto brasileiro, é um fato, uma circunstância que decorre do modelo constitucional que se adotou, e não um exercício deliberado de vontade política”. Em contrapartida, “um juiz ou tribunal pratica ativismo quando decide a partir de argumentos de política, de moral, enfim, quando o direito é substituído pelas convicções pessoais de cada magistrado (ou de um conjunto de magistrados)” (STRECK, 2011, p. 598). Por fim, Cittadino (2002, p. 136) apregoa que “na origem da expansão do poder dos tribunais, percebe-se uma mobilização política da sociedade. Não é por outra razão que esse vínculo entre democracia e ativismo judicial vem sendo designado como judicialização da política”.

Parte da doutrina tem se alinhado, de forma positiva, a certa dose, desde que moderada, de ativismo judicial, mormente quando da defesa de direitos que restaram desprotegidos por omissão Legislativa. Padilha (2020, p. 47) afirma que “modernamente, tem-se admitido o chamado “ativismo judicial”, no qual as decisões do órgão judicante têm força para implementar políticas públicas”. Abboud e Lunelli (2015, p. 2) enfatizam a aceção positiva do

ativismo judicial, relacionando-a à proteção de direitos fundamentais, à supremacia da Constituição, e seu embasamento em princípios constitucionais. No entanto, os mesmos autores também alertam para o fato de se aferir em que medida se é democrático que, “no momento de construção da norma, o julgador se utilize dos seus valores, convicções e ideologias, impondo-os a toda a sociedade” (ABBOUD; LUNELLI, 2015, p. 2). Sabe-se que, em menor ou menor intensidade, decisões judiciais possuem força normativa, como aponta Alexy: “em virtude do princípio da universalizabilidade, é possível retirar de toda decisão do Tribunal Constitucional Federal uma regra de decisão mais ou menos concreta relativa ao caso decidido.” (ALEXY, 2008, p. 556).

Quanto a eventuais normatizações advindas da esfera dos tribunais, Marinoni et al (2017, p. 103) advertem que, em relação ao *Common Law* não há consenso se a natureza da jurisdição é criadora de direitos ou não; no entanto, quanto à evolução do *Civil Law*, pode-se afirmar que se aproximou a criação judicial do direito da mera interpretação judicial; notável embate reflexivo entre Herbert Hart e Ronald Dworkin ilustra o assunto:

A questão de se os juízes criam direito foi um dos focos principais do célebre debate travado entre Herbert Hart – que sustenta em parte o papel criativo da jurisdição – e Ronald Dworkin – que o nega. Enquanto aquele (Hart) afirma, sem titubear, que o juiz cria o direito na falta de regra que permita a solução ao caso, esse (Dworkin) (...) argumenta que, “mesmo quando nenhuma regra regula o caso, uma das partes pode, ainda assim, ter o direito de ganhar a causa” e “o juiz continua tendo o dever, mesmo nos casos difíceis, de descobrir quais são os direitos das partes, e não de inventar novos direitos retroativamente”. (MARINONI *et al.*, 2017, p. 103).

Ainda, segundo Hart (1961, p. 338), esse exercício da atividade judicial que, por vezes, faz quase um papel de suposto legislador é “o preço necessário que se tem de pagar para evitar o inconveniente de métodos alternativos de regulamentação desses litígios, tal como o reenvio da questão ao órgão legislativo” (HART, 1961, p. 338). Assim, por esse raciocínio, já que, até o momento da judicialização da demanda, o Legislativo não exerceu o seu papel de legislar, que o magistrado então o faça; o importante é que haja a pacificação social, por meio da resolução do conflito. Nesse sentido, há o perigo de uma espécie de criacionismo que seja provocado por ativismo judicial.

Pode-se considerar que o ativismo judicial privilegia o alcance dos resultados condizentes com a vontade pessoal do julgador, aqueles que mais lhe agradam pessoalmente, passando a ser o direito não o instrumento concretizador da vontade democrático-jurisdicional, mas um instrumento meramente justificador de decisão fática já previa e mentalmente definida

no dolo do juiz. Em outras palavras, o juiz ativista julga já tendo eleito mentalmente, de antemão, um resultado ao qual será dada a razão, e se utilizará de argumentos jurídicos meramente para que essa arbitrária escolha seja justificada. Cittadino (2002, p. 141) chega a botar em pauta eventual exercício da magistratura concretizado por uma atuação “como profetas ou deuses do direito”, perfazendo-se uma verdadeira espécie de “teologia constitucional”, ao serem elevados os juízes a patamares que supostamente os tornam imunes a críticas.

O juiz ativista é um corpo estranho à lógica constitucional da estabilidade e segurança, ameaçando-a, já que insuflado de ideologias próprias para além do seu intrínseco âmbito reflexivo-mental, devendo ser sempre combatido. Não se deve, por isso, ser exaltada nenhuma espécie de ativismo judicial, nem mesmo quando a decisão se alinha às próprias convicções ideológicas de quem a analisa. “Daí não haver sentido em se falar acerca de bom ou mau ativismo. O ativismo é uma degeneração ideológica da atividade interpretativa/aplicativa do Judiciário” (ABBOUD; LUNELLI, 2015, p. 5).

Assim, ativismos devem ser evitados, o que não se aplica à judicialização, que se alinha ao Princípio da Inafastabilidade do Controle Jurisdicional, previsto constitucionalmente. Segundo Barroso (2012, p. 31), “a judicialização não decorre da vontade do Judiciário, mas sim do constituinte”. Tal afirmação encontra amparo, de acordo com o autor, no modelo de constituição analítica e controle de constitucionalidade abrangente, que vigoram no Brasil, transformando embates de amplo alcance político e moral em toda sorte de ações judiciais, concretizando esse alargado fenômeno de judicializações no país.

Tavares (2020, p. 1269) apregoa que as lides devem ser resolvidas por sua devida esfera de competência decisória, seja em âmbito administrativo, legislativo, ou qualquer outro, já que “nosso modelo não é sempre e universalmente o de supremacia judicial”. Tal reflexão pode ser justificada sendo observado como exemplo casos em que, hipoteticamente, haja prisão de parlamentar: “a decisão final, nesse setor, é da Casa Legislativa, nunca do STF. No Brasil, neste ponto específico, a instância final, de última palavra, é inequivocamente a legislativa. (...) Propor ou sugerir o ativismo judicial em temas estruturais como esse seria um escândalo” (TAVARES, 2020, p. 1269).

Todavia, quando da esfera judicial, é por meio do garantismo processual que se traça a linha teleológica da jurisdição como concretizadora da justiça. O garantismo se busca, porque “a publicização do processo teria reduzido a liberdade de ação dos litigantes, tornando o juiz – como comandante supremo do procedimento e da pesquisa probatória – um agente autoritário da justiça, um verdadeiro ditador judicial” (THEODORO JUNIOR, 2017, p. 546-547). Juízes

autoritários ameaçam a ordem democrática na medida em que o Judiciário “ao incorporar um sentido prospectivo nas suas decisões, passou a partilhar da formulação de políticas públicas ao lado do Executivo e do Legislativo” (SINHORETTO; ALMEIDA, 2013, p. 202), havendo um verdadeiro processo de judicialização da política. Há os que ressaltam os receios por uma hipotética ditadura do Judiciário. Ilustrativamente, cita-se famosa frase atribuída a Ruy Barbosa: “A pior ditadura é a do Poder Judiciário; contra ela não há a quem recorrer”.

Sobre a questão, para Mendes e Branco (2017, p. 335), “alternando momentos de maior e menor ativismo judicial, o Supremo Tribunal Federal, ao longo de sua história, tem entendido que a discricionariedade das medidas políticas não impede o seu controle judicial, desde que haja violação a direitos assegurados pela Constituição”. No entanto, partindo-se do cerne abstrato-principiológico que muitos desses direitos constitucionais apresentam, torna-se demasiado complexo, não raras vezes, estabelecer o limiar do que seria o exercício regular de um direito versus a certeza de que houve sua violação.

Uma proposta que poderia tentar limitar a jurisdição ativista é utilização em maior escala da técnica legislativa das normas explicativas, empregadas, por exemplo, no direito penal. No ordenamento jurídico-penal pátrio, além das normas penais incriminadoras, há as normas penas não incriminadoras, normas que possuem em sua essência caráter explicativo em relação ao significado e limites de aplicabilidade de expressões jurídicas presentes no texto jurídico-penal. O maior emprego legislativo de normas explicativas objetivaria evitar, assim, dúvidas ou ambiguidades acerca das condições e interpretações possíveis da norma positiva, limitando-se, com isso, desviadas interpretações extensivas e ativistas que, porventura, pudessem vir a ser adotadas quando da atividade jurisdicional.

A constante ausência de certeza para que se classifique se há ou não ativismo judicial faz tornar a discussão ainda mais acalorada, já que, “os limites funcionais aparentemente se revelam cada vez mais fluidos e relativos, (...) à vista do número de casos que foram levados ao STF e que, segundo muitos, indicam uma crescente intervenção do Poder Judiciário na esfera reservada aos demais poderes” (SARLET, MARINONI, MITIDIERO, 2017, p. 245). Há de se considerar também que cada Poder exerce não apenas suas funções típicas, mas, atipicamente, as funções dos demais Poderes, tornando-se a discussão ainda mais nebulosa.

Vale registrar que o oposto ao ativismo judicial é a autocontenção judicial (BARROSO, 2012, p. 26), ambos fenômenos que são espécies do gênero judicialização. Para ficar ainda mais claro, Didier (2017, p. 50) estabelece que deva existir um “ativismo judicial equilibrado”, em que haja maior tendência ao acerto do que ao erro, especialmente quando da intervenção judicial

em casos de omissão ou inércia na atuação dos Poderes políticos (Legislativo e Executivo). Contudo, nota-se que, por preceito democrático, “todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição”, previsão do parágrafo único do artigo 1º, da Carta Magna de 1988. Faz-se, portanto, necessário evidenciar que o povo exerce seu poder decisório em questões políticas, por meio de seus representantes eleitos pelo voto direto. Ocorre que o sufrágio popular não abarca membros do Poder Judiciário, não sendo eleitos democraticamente. Por isso, a democracia não se perfaz pelo Judiciário, mas pelo Executivo e Legislativo, que concentram representantes eleitos democraticamente pelo povo e que, em tese, tomam decisões como se o próprio povo fosse. Logo, quando o Judiciário adentra na esfera decisória dos demais Poderes, não estaria ele violando, em certa medida, preceitos da própria democracia?

A situação é agravada, como aponta Cittadino (2002, p. 137), em razão da inafastabilidade do controle judicial, já que o acesso popular às instituições judiciais é quase sempre mais facilitado do que aos próprios representantes politicamente eleitos, trancados em seus gabinetes e sendo blindados por seus partidos políticos, fortalecendo-se a atual crise de representatividade da classe política. Ainda, há de se refletir se não seria o caso de problemas de ordem política serem solucionados também na própria esfera política. Aprofundando, vale explicar que a expressão “crime de responsabilidade” não é a configuração de um crime em si, porém, a prática de uma infração político-administrativa. Logo, quando do acontecimento de eventual “crime de responsabilidade” cometido por Presidente da República, isto é, nesse caso, como exemplo, um problema advindo da execução de más decisões políticas, sendo, portanto, um problema político *stricto sensu*, a responsabilização por tal fato também se dá na via política, pelo processo de *impeachment*, com votação pela(s) respectiva(s) Casa(s) Legislativa(a), e não pela via judicial. Ou seja, problemas políticos devem ter previsão de resolução também na via política, com novas ferramentas punitivas e de controle para tanto, assim como disfunções jurídicas devem ser satisfeitas por meio da via judicial. A ideia de ativismo judicial se perfaz, nesse caso, quando da intromissão do Judiciário para a resolução de problemas essencialmente políticos.

O plano da justificação política lida, substancialmente, com a questão da separação de Poderes e da legitimação democrática das decisões judiciais. (...) Essa tensão se instaura tanto quando o Judiciário invalida atos dos outros dois Poderes (...) como quando atua na ausência de manifestação expressa do legislador, por via da construção jurídica, da mutação constitucional ou da integração das omissões constitucionais. É nesse ambiente que se colocam discussões como ativismo judicial e autocontenção, supremacia judicial,

supremacia legislativa e populismo constitucional, dificuldade contra-majoritária [sic] e soberania popular. (BARROSO, 2010, p. 324).

Assim como o magistrado deve operar o direito, o político eleito deve arcar com o ônus por eventual má gestão ou por atos que contrariem a própria vontade do povo que o elegeu em eleições futuras; deve o político ser responsabilizado também na via política pelo déficit democrático, fruto de um mandato mal-conduzido. Não havendo violação legislativa que leve ao controle judicial, o Judiciário não deve interferir em má condução de mandato político. A magistratura deve ser exercida por juízes, não por justiceiros. Correções político-administrativas devem ser feitas, como regra, na própria seara política, evitando-se indevidos ativismos. Barroso (2012, p. 28) conclui que, “com exceção do que seja essencial para preservar a democracia e os direitos fundamentais, em relação a tudo mais, os protagonistas da vida política devem ser os que têm votos” (BARROSO, 2012, p. 28).

Esse ambiente de tensão entre Poderes é sobremaneira agravado em razão de, conforme Cittadino (2002, p. 136), “diversas investigações voltadas para a elucidação dos casos de corrupção a envolver a classe política, fenômeno já descrito como criminalização da responsabilidade política”, o que faz com que esses agentes políticos passem a concentrar esforços não em prol da sociedade, mas na direção de suas próprias defesas judiciais, relativas às acusações que pesam contra si.

A crise de representatividade política há tempos assola a democracia brasileira. Verifica-se que “o Brasil iniciou o regime democrático com um imenso déficit de cidadania, que os sociólogos diagnosticam como um processo inverso ao dos países europeus” (SINHORETTO; ALMEIDA, 2013, p. 200). Tal déficit de cidadania, ou déficit democrático, resulta, segundo Barroso (2012, p. 27), em persistente crise de representatividade, legitimidade e funcionalidade no Legislativo, sendo extremamente prejudicial para as instituições, alimentando-se o Judiciário, que passa a se expandir por meio de decisões que supram eventuais omissões, mas acabam por inovar na ordem jurídica.

Fato que pode justificar, em parte, o ativismo judicial aqui posto em análise é a atuação da classe política em contrariedade ao que se era esperado por quem a elegeu, seja por eventual falta de domínio técnico ou despreparo no exercício da função política, seja por meio de supostas atuações que objetivam fins pessoais e contrários ao interesse público. Conforme Barroso (2012, p. 25), o ativismo judicial estaria diretamente relacionado à “retração do Poder Legislativo” e ao “deslocamento entre a classe política e a sociedade civil”; assim, o Judiciário age de forma a intervir em maior grau para que sejam concretizados os valores e fins

constitucionais. Ainda, o Poder Judiciário ganhou protagonismo frente a uma evidente ala conservadora do Congresso Nacional, para que se garantisse judicialmente a defesa de direitos de minorias sem voz legislativa, mormente em relação à defesa de direitos fundamentais.

Com efeito, oscila-se entre um constitucionalismo débil, que reivindica a importância da legitimidade democrática do legislador e das pautas formais inerentes ao Estado de Direito (a certeza, a igualdade formal e a separação dos poderes), e um neoconstitucionalismo que valoriza o ativismo judicial como via para a substancialização do regime democrático. (SOARES, 2019, p. 171).

Ainda, tal crise de representatividade legislativa também está associada à opção pessoal dos parlamentares em não se pronunciarem acerca de temas polêmicos ou socialmente controvertidos, com receio de acabarem por perder parte de sua base eleitoral, em caso de tais pronunciamentos serem social e eleitoralmente malvistas. Esse é um tipo específico de demanda de ordem política, por serem controvérsias que envolvem o “desacordo social” em relação a temas moralmente polêmicos e que a própria sociedade não chegou a um consenso evidente.

Portanto, em síntese, a referida crise de representatividade da classe política, que se perfaz em prejudicial déficit democrático, corrobora o crescente protagonismo assumido pelo Poder Judiciário, e possui como seus principais fatores, entre outros: a) em razão da inafastabilidade do controle judicial, o acesso popular às instituições judiciais é quase sempre mais facilitado do que aos próprios representantes politicamente eleitos, isolados em seus gabinetes; b) surgimento de diversas investigações que elucidam casos de corrupção envolvendo agentes políticos; c) omissões quanto ao dever do exercício das funções típicas às quais os agentes políticos estão submetidos, seja por meio da omissão parlamentar (Legislativo) quando da promulgação de leis, seja pela omissão administrativa (Executivo) quando da passividade estatal quando o mesmo deveria atuar; d) exercício do poder desviado da finalidade funcional do órgão público, eivado de vícios, ética e moralmente questionáveis, com abuso ou desvio de poder; e) não cumprimento, durante o mandato, das promessas eleitorais feitas ou, pior, atuação por meio do cargo público em linha inversa e oposta ao que foi prometido; f) falta de posicionamento político e omissão de atuação em relação a assuntos polêmicos, contudo, urgentes, por receio de críticas e perda de eleitores; g) falta de capacidade técnica ou política para ocupar o cargo, ou más decisões políticas *stricto sensu* durante o mandato, dando a sensação à sociedade de incompetência na gestão do cargo público eletivo.

Destarte, é verificado um esvaziamento da própria cidadania, um descrédito político da população em relação à classe política, após a percepção de que as demandas da sociedade não estão sendo atendidas pelos detentores do voto. Isso faz com que a população passe a ter como última esperança o Poder Judiciário. E a situação se agrava ainda mais quando o Judiciário pugna sua jurisdição justamente em desacordo com o socialmente esperado, de forma ativista, com desvio de finalidade; em consequência, o sentimento generalizado na sociedade é de impotência e, em última análise, é verificado o descrédito institucional como um todo, não apenas dos Poderes políticos, mas em todas as esferas estatais de poder. O povo passa a não confiar mais em suas próprias instituições, levando a outras graves consequências para a democracia. Há aumento do distanciamento e desinteresse popular quanto a questões públicas, sendo uma delas o próprio processo eleitoral e a escolha do candidato em que se votará; e, por fim, votando-se em qualquer um, alimentando-se essa desesperança de que não ocorrerão modificações para que se melhore a legitimidade da representatividade política, elege-se, em consequência, não necessariamente o mais preparado ou o que é possuidor das melhores propostas. Alimenta-se, então, um círculo vicioso de déficit democrático generalizado.

Waldron (2006, p. 1353) ressalta que quando juízes, não eleitos pelo voto popular, interferem na órbita política, retira-se propriamente a legitimidade dos cidadãos comuns, afastando-se os princípios de representatividade e igualdade política. Entretanto, ressalta-se que, em muitos casos, esses temas polêmicos envolvem direitos fundamentais. Nesse sentido, e em contraponto a Waldron e Fallon (2008, p. 1699) assevera que “alguns direitos merecem ser protegidos por múltiplas salvaguardas ou poderes de veto”. É melhor que, na visão do autor, ocorram erros por superproteção do que erros por deficiente proteção a direitos fundamentais, já que estes são erros moralmente mais sérios.

As ferramentas institucionais para controle da boa gestão política devem ser melhoradas. A opção democrática mais óbvia continuaria sendo a renovação desses agentes, por meio do voto. No entanto, isso implica no ônus de se esperar até o fim do mandato político vigente. Logo, há de se pensar em outra(s) forma(s) de se reerguer a representatividade política dos democraticamente eleitos em relação ao povo que os elegeu, e a consequente retomada da legitimidade da classe política como um todo. Nessa linha, fala-se em aprovação legislativa de uma rigorosa reforma política que forneça meios de controle e fiscalização mais facilitados e efetivos dos que os que existem atualmente. Segundo Barroso (2012, p. 27), a reforma política a) fomentaria a autenticidade partidária, b) estimularia vocações, e c) reaproximaria a classe política da sociedade civil, não havendo “democracia sólida sem atividade política intensa e

saudável, nem tampouco sem Congresso atuante e investido de credibilidade” (BARROSO, 2012, p. 27). Contudo, isso ainda não ocorreu.

Percebe-se que a razão da ineficácia das reformas está, em primeiro lugar, na insistência em reformas constitucionais e legislativas de pouca penetração no funcionamento cotidiano das instituições de justiça. Em segundo lugar, na concentração das decisões sobre a gestão e a reforma da justiça em grupos de elites profissionais e burocráticas, tendo como resultado, para a sociedade civil, a ausência de canais para participar da definição das políticas judiciais. (SINHORETTO; ALMEIDA, 2013, p. 216).

Política de qualidade dotada de credibilidade e democracia estão intimamente correlacionadas. Barroso (2012, p. 27), aprofundando a questão, apresenta três principais problemas em relação ao ativismo judicial, quais sejam, “riscos para a legitimidade democrática”, “politização indevida da justiça” e “limites da capacidade institucional do Judiciário”. O ativismo judicial, continuando nos ditames de Barroso (2012, p. 31), potencializa as normas para ir além do legislador, contornando-as, fazendo-se “bypassar o processo político majoritário quando ele tenha se mostrado inerte, emperrado ou incapaz de produzir consenso”. Para piorar a situação, a forma aparentemente desleixada do agir por parte dos Poderes políticos faz gerar uma percepção social de compadrio entre Poderes, e não de verdadeiro controle mútuo, como é o caso da “sabatina” pelo Senado Federal quando da nomeação de novo Ministro do STF, que se dá de forma meramente protocolar e sem rigor avaliativo, sendo considerada uma vicissitude esse [...] “papel desinteressado que tem desempenhado o Senado Federal, ao longo de toda a República, na sua participação no processo de escolha dos integrantes do Tribunal, limitando-se a chancelar, acriticamente, o ungido do Presidente da República” (BINENBOJM, 2014, sem paginação - prefácio por Luís Roberto Barroso).

Por fim, “o ativismo judicial, até aqui, tem sido parte da solução, e não do problema. Mas ele é um antibiótico poderoso, cujo uso deve ser eventual e controlado. Em dose excessiva, há risco de se morrer da cura” (BARROSO, 2012, p. 32). É urgente a necessidade de efetiva reforma política e reestruturação dos mecanismos de controle dos Poderes, concretizando-se a boa gestão pública, a diminuição de ativismos e a reaproximação da sociedade civil em relação não só à classe política, mas às instituições como um todo.

3 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente trabalho se apresentou de forma a traçar um contexto histórico que abordou, entre outros, temas relativos às origens da formação da sociedade e do Estado. A posteriori,

apresentaram-se algumas das principais origens do ativismo judicial, notadamente no âmbito do ordenamento jurídico norte-americano.

Adiante, tratou-se do fenômeno do constitucionalismo, significativo meio de limitação do poder estatal, e suas principais influências para o ativismo judicial. Abordou-se a característica analítica, desconfiada, e extensa da Carta Constitucional pátria e seus reflexos quanto a ampliação de possibilidades ativistas. Tratou-se acerca da separação de poderes, e seu decorrente sistema de freios e contrapesos (*checks and balances*).

A seguir, debateu-se acerca da diferenciação entre os sistemas *Civil Law* e *Common Law*, considerando-se a predominância histórica do primeiro no ordenamento pátrio e a recente hibridização dos sistemas. Ademais, foi explicado acerca do caráter expansivo das normas constitucionais, sendo elas, em grande parte, não apenas materialmente constitucionais, como também formalmente constitucionais, dando ampla margem para judicializações perante o STF. Soma-se a isso, o caráter principiológico da constituição.

Além disso, desenvolveu-se análise sobre a Teoria da Sociedade Aberta dos Intérpretes, de Peter Häberle. Tratou-se, ainda, da figura do *amicus curiae* e do instituto da mutação constitucional, buscando-se evitar o fenômeno da fossilização constitucional.

Analisou-se, a posteriori, acerca da alta abrangência do modelo híbrido de controle de constitucionalidade pátrio, mormente em relação à Teoria da Transcendência dos Motivos Determinantes, e seu suposto impacto ativista.

Passou-se, então, a analisar eventuais correlações entre os institutos: política, democracia, direito, justiça e ativismo judicial. A comunidade jurídica deve operar o direito; questões políticas devem ser decididas pelos representantes do povo, eleitos pelo sufrágio popular, concretizando-se o regime político pátrio, que é a democracia. Ressaltou-se que a tirania da maioria não deve ser tolerada, apesar da legitimidade do governo da maioria.

Verificou-se a opção do parlamento em elaborar leis punitivas mais rigorosas em vez de cuidar de uma efetiva reforma burocrático-institucional que pudesse limitar abusos ou desvios de poder, mas se tratou da Emenda Constitucional n. 45 (BRASIL, 2004), que modificou significativamente o Poder Judiciário.

A seguir, diferenciou-se judicialização de ativismo judicial. Somado a isso, evidenciou-se a ausência de legitimidade democrática do Poder Judiciário, já que seus membros não são eleitos pelo sufrágio popular. Destacou-se, ademais, embate doutrinário entre contrapontos reflexivos de Dworkin e Hart acerca da possibilidade ou não de o juiz exercer papel criativo-normativo quando da jurisdição.

Discorreu-se também sobre a questão da legitimidade democrática dos agentes políticos. Debateu-se, em seguida, quanto a evidente crise de representatividade da classe política, configurando-se um déficit democrático, e o conseqüente aumento de judicializações. Como resultado, um Judiciário assoberbado de demandas para além das de ordem jurídica, sobrecarrega-se, excede sua própria capacidade funcional, prejudicando a eficiência de seu funcionamento como instituição.

Por fim, sugeriu-se uma proposta que poderia se consagrar eficiente quanto à correção da inversão de percepção de legitimidade da representatividade política, que é a aprovação legislativa de uma rigorosa reforma política que forneça meios de controle e fiscalização mais facilitados e efetivos dos que os que existem hoje, reaproximando a classe política da sociedade civil.

REFERÊNCIAS

ABBOUD, G.; LUNELLI, G. Ativismo judicial e instrumentalidade do processo: diálogos entre discricionariedade e democracia. **Revista dos Tribunais Online | Thomson Reuters**, São Paulo, v. 242, p. 21-47. abr. 2015.

ACKERMAN, B. Adeus, Montesquieu. *In*: **RDA – Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 265, jan/abr. 2014.

ALEXY, R. **Teoria dos direitos fundamentais**. 5. ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2008.

BANNWART, C. Filosofia do direito. *In*: LENZA, P. (coord.). **OAB primeira fase: volume único**. 3. ed. São Paulo: Editora Saraiva Educação, 2018.

BARROSO, L. R. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. **Revista [Syn]Thesis**, Rio de Janeiro, v. 5, n. 1, p. 23-32. 2012.

BINENBOJM, G. **A nova jurisdição constitucional brasileira: legitimidade democrática e instrumentos de realização**. 4. ed. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2014.

BOBBIO, N. **O futuro da democracia: uma defesa das regras do jogo**. 6. ed. São Paulo: Editora Paz e Terra, 1986.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, de 05 de outubro de 1988. Website Planalto, Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm. Acesso em: 07 jun. 2020.

CITTADINO, G. Poder judiciário, ativismo judicial e democracia. *In*: **Revista da Faculdade de Direito de Campos**, Ano LI, n. 2 e Ano 111, n. 3. 2001-2002.

- COELHO, I. M. Apontamentos para um debate sobre o ativismo judicial. **Revista Brasileira de Políticas Públicas**, Brasília, v. 5, Número Especial, p. 2-22. 2015.
- CROSS, F.; LINDQUIST, S. A. **The scientific study of judicial activism**. Minnesota Law Review, Forthcoming; Vanderbilt Law and Economics Research Paper, n. 06-23; University of Texas Law, Law and Economics Research Paper, n. 93. 2006.
- DIDIER JUNIOR, F.; ZANETTI JUNIOR, H.; OLIVEIRA, R. A. de. Notas sobre as decisões estruturantes. **Civil Procedure Review**, [S.L.], v. 8, n. 1, p. 50-59. jan/abr.2017.
- DONIZETTI, E. **Curso didático de direito processual civil**. 20. Ed. São Paulo: Editora Atlas, 2017.
- DWORKIN, R. **Levando os direitos a sério**. São Paulo: Editora Martins Fontes, 2002.
- FACHIN, L. E. **Direito civil: sentidos, transformações e fim**. Rio de Janeiro: Renovar, 2015.
- FALLON JUNIOR, R. H. The Core of na Uneasy Case For Judicial Review. **Harvard Law Review**, Cambridge, v. 121, n. 7, p. 1693-1736. maio. 2008.
- GODOY, M. G. de. **Devolver a constituição ao povo: crítica à supremacia judicial e diálogos institucionais**. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2017.
- GONÇALVES, M. V. R. **Direito processual civil esquematizado**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.
- GRANJA, C. A. *et al.* O ativismo judicial no Brasil como mecanismo para concretizar direitos fundamentais sociais. **Revista do Instituto do Direito Brasileiro**, Lisboa/Portugal, ano 3, n. 5, p. 3464-3490. 2014.
- HÄBERLE, P. **Hermenêutica constitucional: a sociedade aberta dos intérpretes da constituição: contribuição para a interpretação pluralista e procedimental da constituição**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 2002.
- HART, H. H. L. **O conceito de direito**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbekian, 1961.
- HIRSCHL, R. **Towards juristocracy: the origins and consequences of the new constitutionalism**. Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 2004.
- LENZA, P. **Direito constitucional esquematizado**. 23. ed. São Paulo: Editora Saraiva Educação, 2019.
- MARINONI, L. G.; ARENHART, S. C.; MITIDIERO, D. **Novo curso de processo civil – volume 1**. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017.
- MARTINS, F.; NUNES JUNIOR, A. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017.
- MENDES, G. F.; BRANCO, P. G. G. **Curso de direito constitucional**. 12. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2017.

MENDES, G. F. O papel do senado federal no controle de constitucionalidade: um caso clássico de mutação constitucional. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, v. 41, n. 162, p. 149-168, abr./jun. 2004.

MONTALVÃO, B. **Descomplicando a filosofia do direito - resolução 75 do CNJ**. Salvador: Editora Juspodivm, 2017.

MONTESQUIEU. **O espírito das leis**. São Paulo: Editora Nova Cultural, 1997.

MORAES, A. de. **Direito constitucional**. 33. ed. São Paulo: Editora Atlas, 2017.

PADILHA, R. **Direito constitucional**. 6. ed. São Paulo: Editora Método, 2020.

RADBRUCH, G. **Introdução à filosofia do direito**. São Paulo: Editora Martins Fontes, 1999.

SARLET, I. W.; MARINONI, L. G.; MITIDIERO, D. **Curso de direito constitucional**. 6. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2017.

SILVEIRA, C. F. G. C. da.; SALLES, S. S. **Elementos de filosofia do direito**. Petrópolis: Universidade Católica de Petrópolis - UCP, 2009.

SINHORETTO, J.; ALMEIDA, F. de. Reforma do judiciário: entre legitimidade e eficiência. *In*: SILVA, F. G.; RODRIGUEZ, J. R. (coord.). **Manual de sociologia jurídica**. São Paulo: Saraiva, 2013.

SOARES, R. M. F. **Hermenêutica e interpretação jurídica**. 4. ed. São Paulo: Editora Saraiva Educação, 2019.

STRECK, L. L. **Verdade e consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

SUNDFELD, C. A. **Fundamentos de direito público**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

SUNSTEIN, C. R. Social and Economic Rights? Lessons from South Africa. *In*: **John M. Olin Law & Economics Working Paper**, Chicago, v. 124, p. 2-3. 2001.

TAVARES, A. R. **Curso de direito constitucional**. 18. ed. São Paulo: Editora Saraiva Educação, 2020.

THEODORO JUNIOR, H. **Curso de direito processual civil – vol. I**. 58. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

TUSHNET, M. How Different are Waldron's and Fallon's Core Cases For and Against Judicial Review?. **Oxford Journal of Legal Studies**, [S.L.], v. 30, n. 1, p. 49–70. 2010.

VIANNA, L. W. *et al.* **A judicialização da política e das relações sociais no Brasil**. Rio de Janeiro: Revan, 1999.

VIEIRA, J. R. *et al.* Verso e reverso: A judicialização da política e o ativismo judicial no Brasil. **Revista Estação Científica** (Ed. Especial Direito), Juiz de Fora, v. 1, n. 4, p. 44-57, out./nov. 2009.

WALDRON, J. The Core of the Case Against Judicial Review. New Haven. *In: Yale Law Journal*, HeinOnline, v. 115, n. 6, p. 1346-1407. abr. 2006.

COMO CITAR ESTE ARTIGO

ABNT: KINDLOVITS, R.; FRAGOSO, J. P. C. RESGALA JUNIOR, R. M. Ativismo judicial e legitimidade democrática. **Revista Interdisciplinar do Pensamento Científico**, Itaperuna, v. 06, n. 2, p. 1-26. 2020. DOI: <http://dx.doi.org/10.20951/2446-6778/v6n2a5>.

AUTOR CORRESPONDENTE

Nome completo: Raphael Kindlovits

e-mail: raphakin@yahoo.com.br

Nome completo: Jusemar Pinheiro Coquito Fragoso

e-mail: jusemar.fragoso@redentor.edu.br

Nome completo: Renato Marcelo Resgala Junior

e-mail: renatoresgalajr@gmail.com

RECEBIDO

07. junho. 2020.

ACEITO

20. dezembro. 2020.

PUBLICADO

30. junho. 2021.

TIPO DE DOCUMENTO

Revisão de Literatura