

ATIVISMO JUDICIAL E JURISTOCRACIA

Murillo Gutier¹

| | |
|--|---|
| ATIVISMO JUDICIAL E JURISTOCRACIA | 1 |
| 1. Contexto | 1 |
| 2. Agigantamento do Judiciário e Juristocracia | 2 |
| 3. Judicialização | 3 |
| 4. Ativismo judicial | 3 |
| 5. Judicialização e ativismo político | 5 |
| 6. Há um ativismo bom? | 6 |
| 7. O problema da “Ministrocracia” | 7 |
| Considerações finais | 9 |

1. Contexto

O debate sobre democracia e sua relação com os poderes constituídos é imprescindível. Ao se analisar os precedentes dos últimos anos do Supremo Tribunal Federal, percebe-se que houve uma *transferência do debate político*, antes reservado ao Poder Legislativo – órgão político por excelência em qualquer país democrático – ao Poder Judiciário. Verifica-se a *captura* deste debate pelo Judiciário, notadamente o Supremo Tribunal Federal, culminando no *agigantamento deste poder* e, curiosamente, substituindo o Legislador no papel criador do Direito.

¹ Advogado. Mestre em Direito pela PUC-MG. Professor da Faculdade de Direito da UNIPAC e UNIFACTHUS.
E-mail: murillo@gutier.adv.br

2. Agigantamento do Judiciário e Juristocracia

“Judicial review”, ou revisão judicial, é um princípio fundamental do direito constitucional que permite ao Poder Judiciário analisar e determinar a constitucionalidade das leis ou atos do governo.²

A ideia elementar do *judicial review* é da manutenção da integralidade da Supremacia da Constituição, denominado de *controle de constitucionalidade* das leis e atos do Poder Público, propiciando a sua manutenção, o que é essencial para o resguardo do Estado Democrático de Direito. Em outras palavras, quando uma lei ou ato administrativo é questionado perante um Tribunal, através do processo de revisão judicial, os juízes irão examinar se tal norma ou ato está em conformidade com a Constituição. Caso o tribunal decida que a norma ou ato é inconstitucional, a consequência é a sua anulação ou invalidação.³

Hirschl⁴ tem uma obra célebre denominada de *Juristocracia* e, basicamente, descreve o processo de *transferência* da tomada de decisões políticas dos *órgãos deliberativos* para os órgãos judiciais. Para tanto, analisa a realidade do Canadá, Israel, Nova Zelândia e África do Sul, ressaltando que o constitucionalismo atual, do pós-guerra, é marcado pela ampliação do rol de direitos fundamentais e pela expansão do sistema de *judicial review*.

O termo *Juristocracia* também é utilizado pelo norte-americano Jeremy Waldron,⁵ em que traduz a ideia de “governo de juízes” e, como tal, trata-se de uma forma de degeneração da democracia (Abboud),⁶ uma vez que o Judiciário *invade* esferas de competência

² Sobre o tema: ABBOUD, Georges. **Processo Constitucional Brasileiro**. 5ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais/Thomson Reuters, 2021. ABBOUD, Georges. **Direito Constitucional Pós-Moderno**. São Paulo: Revista dos Tribunais/Thomson Reuters, 2021. SCAVUZZI, Maira. **Os Juízes Fazem Justiça?** Belo Horizonte: Letramento/Casa do Direito, 2021. LEITE, George Salomão. **Juristocracia**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2020. PEREIRA, Mateus Costa. **Introdução ao Estudo do Processo: Fundamentos do Garantismo Processual Brasileiro**. Belo Horizonte: Letramento/Casa do Direito, 2020 (Coleção Devido Processo Legal [Coordenação Antonio Carvalho Filho e Eduardo José da Fonseca Costa]).

³ Cabe ressaltar que a forma e o alcance da revisão judicial podem variar bastante dependendo do sistema jurídico de cada país. Por exemplo, nos Estados Unidos, a Suprema Corte possui uma competência ampla para realizar a revisão judicial de qualquer lei ou ato do governo, conforme estabelecido no histórico caso *Marbury v. Madison*. Já em outros países, o processo de revisão judicial pode ser mais limitado ou regulado de forma diferente.

⁴ HIRSCHL, Ran. **Rumo à Juristocracia – As Origens e Consequências do Novo Constitucionalismo**. São Paulo: Editora EDA, 2020.

⁵ WALDRON, Jeremy **Contra el gobierno de los jueces** / Jeremy Waldron.- 1ª ed.- Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Siglo XXI Editores Argentina, 2018. (Derecho y Política) (Spanish Edition) . Siglo XXI Editores. Edição do Kindle.

⁶ Cf. ABBOUD, Georges. **Direito Constitucional Pós-Moderno**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2021. Segundo ele “Se conseguirmos demonstrar que a degeneração do direito é a degeneração da própria

constitucional dos outros poderes, de modo que, dita “invasão” seria sem autorização constitucional, culminando no agigantamento do Judiciário e tendo como sintoma a afetação dos direitos de liberdade individuais. Basicamente, a supremacia judicial com infiltração em assuntos do *reduto* político de outros poderes, acaba por incorrer em uma *anomalia política*, daí se falar em *Juristocracia*. Para melhor explicar esse fenômeno, vamos traçar um paralelo entre *judicialização* e *ativismo*.

3. Judicialização

A Judicialização pode ser traduzida como o *aumento exponencial de demandas* perante o *Judiciário*. Com o passado reprimido de direitos – pela Ditadura Militar – e, com o advento da Constituição de 1988, generosa de direitos e garantias fundamentais, em que assegurou a *cláusula da inafastabilidade do controle jurisdicional*, tivemos uma abertura para a disputa de conflitos no Judiciário, o que recebeu a denominação de *judicialização*. Esta judicialização dos conflitos de interesse soa como algo até natural, ante o passado de *direitos sonegados* e da “natureza bélica” da nossa cultura ocidental capitalista. O problema se mostra, com maior intensidade, é no *ativismo judicial*.⁷

4. Ativismo judicial⁸

Ativismo judicial é uma expressão cunhada por jornalistas estadunidenses fazendo cobertura dos julgamentos da Suprema Corte Americana. Tal se deu, uma vez que no *léxico*, ativismo é “qualquer doutrina ou argumentação que privilegie a prática efetiva de

democracia, a ação de juízes julgando contrariamente ao direito passa a ser claramente um mecanismo de condução à degeneração da democracia. Essa degeneração pode produzir uma juristocracia em que o Judiciário se agigante em face da autonomia dos demais poderes ou ainda algo pior ser elemento estruturante de abertura para regime de exceção em que o nacional-socialismo foi o antiparadigma”.

⁷ Como ressaltam Abboud-Scavuzzi-Fernandes, “Discutir os limites que se colocam à atividade jurisdicional e os critérios que devem conduzi-la” [...]. Atuação do STF na pandemia da COVID-19. Fine line entre aplicação da Constituição Federal e ativismo judicial. In **Revista dos Tribunais** | vol. 1020/2020 | p. 77 - 97 | Out / 2020. DTR\2020\11413

⁸ ABBOUD, Georges; Lunelli, Guilherme. *Ativismo judicial e instrumentalidade do processo: diálogos entre discricionariedade e democracia*. **Revista de Processo** | vol. 242/2015 | p. 21 – 47 | abr / 2015.

transformação da realidade em detrimento da atividade exclusivamente especulativa, freq. subordinando sua concepção de verdade e de valor ao sucesso ou pelo menos à possibilidade de êxito na ação”.⁹

Como é do conhecimento de todos, o direito é estruturado em linguagem formal, em que as normas estão contidas em textos e, assim sendo, necessita de interpretação para retirar o sentido e alcance.

Em uma primeira percepção, quem deve definir o que é Direito e o que não é Direito são as Leis e a Constituição, que devem ser construídas pelo Legislativo, que é o reduto político por excelência em uma democracia, em que ali é composto por representantes do povo, eleitos, retratando o pluralismo político da nossa sociedade.

Sendo boa ou ruim a deliberação legislativa, em sendo compatível com a Constituição Federal, a Lei deve ser aplicada pelo juiz, em respeito ao devido processo legislativo, de formação do Direito. Assim, nesta perspectiva, ativismo é o exercício da atividade jurisdicional em que se profere decisão *não pautada na Constituição*, Leis ou atos normativos, como tratados internacionais, decretos ou medidas provisórias.

Basicamente, o ativismo consiste em prática judicial interpretativa que adentra nos redutos da política, moral, ética, economia, “*invadindo*” outras esferas estatais. O *juiz acaba por decidir conforme sua visão de mundo*, sua valores morais e éticos, sua percepção social e política o que culmina em uma outra expressão muito falada, o *decisionismo*. Ressalta Lenio Streck que “O ativismo sempre é ruim para a democracia, porque decorre de comportamentos e visões pessoais de juízes e tribunais, como se fosse possível uma linguagem privada, construída à margem da linguagem pública”.¹⁰

⁹ Cf. **Dicionário Eletrônico Houaiss da Língua Portuguesa**. São Paulo: Editora Objetiva, 2009, verbete *ativismo*. Segundo o dicionário em comentário: é substantivo masculino, com as seguintes acepções: 1. Rubrica: *filosofia*. qualquer doutrina ou argumentação que privilegie a prática efetiva de transformação da realidade em detrimento da atividade exclusivamente especulativa, freq. subordinando sua concepção de verdade e de valor ao sucesso ou pelo menos à possibilidade de êxito na ação; 2. Rubrica: *literatura*. gênero de literatura com conteúdo político; literatura engajada; 3. Rubrica: *política*. propaganda a serviço de uma doutrina ideológica, partidária, sindical etc.; 4. Rubrica: *política*. trabalho desenvolvido esp. em meios revolucionários, políticos, estudantis, sindicais etc.; militância.

¹⁰ STRECK, Lenio. Entre o ativismo e a judicialização da política: a difícil concretização do direito fundamental a uma decisão judicial constitucionalmente adequada. In **Espaço Jurídico Journal of Law [EJLL]**. Joaçaba, v. 17, n. 3, p. 721-732, set./dez. 2016. Fonte: <http://dx.doi.org/10.18593/ejll.v17i3.12206>, acesso em 30/04/2022.

A *postura decisionista* é corretiva do Direito, em que o juiz aplica a sua “visão moral-política-social de mundo”. Caso fosse legislador, o justo seria a decisão X e, em destoando a Lei ou a Constituição daquilo que o juiz acha justo, age por “corrigir” o legislador, proferindo decisão que “conserta” o equívoco ou omissão legislativa. Em outras palavras, a decisão é tomada com base em senso de justiça, em um sentimento pessoal do julgador do “bom” e do “justo”, daí se falar em *decisionismo*. Talvez uma reminiscência da historicidade do vocábulo “sentença”, que significa *sentire*, sentimento do juiz frente ao caso concreto que lhe foi apresentado.

5. Judicialização e ativismo político

O silêncio do legislador também consiste em uma *posição política*. A expressão *silêncio eloquente*, utilizada pelo STF¹¹ vem bem a calhar nesta temática. Quando o Judiciário adentra dentro da esfera política, acaba por suprimir o debate político institucional a cargo do Legislativo. Mesmo pautas “justas”,¹² mas não regulamentadas pelo Legislativo, não deve ser objeto de deliberação pelo Judiciário, uma vez que o juiz não é antena da sociedade e nem está autorizado constitucionalmente a valer-se de sua visão moral-política-ideológica-econômica para corrigir o Direito.¹³

Vamos explicar o caso da *tutela penal da homofobia* que, obviamente é um instrumento de reconhecimento dos direitos das minorias sexuais. Por mais necessária que seja, por mais premente que seja a proteção criminal da homofobia, o Judiciário deve respeitar “as regras do jogo democrático”, como o princípio da estrita legalidade penal, que afirma que não há

¹¹ Na ADI 347-SP, o STF utilizou a expressão *silêncio eloquente* na ausência de previsão do cabimento de ADI tendo por objeto *lei municipal* confrontada em face da *Constituição Federal*. Entendeu que por nada ser dito nos artigos 102, I, “a”, e no 125, § 2.º, não cabe *controle concentrado originário por ADI genérica*, podendo apenas ser analisada via controle difuso, chegando ao STF via recurso extraordinário. Segundo Lenza, “Esse silêncio acerca da hipótese do aludido controle concentrado no âmbito do STF, de forma proposital, é chamado de silêncio eloquente a traduzir uma regra, qual seja, a de que não cabe ADI genérica no STF tendo por objeto lei municipal confrontada em face da Constituição Federal”. (LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado** - 25ª São Paulo: Saraiva Jur, 2021, p. 601. Edição do Kindle).

¹² Como a *tutela penal da homofobia*.

¹³ Cf. CARVALHO, Antonio. **Processo como Direito Fundamental**. São Paulo: PUC-SP, 2021 (tese de doutoramento).

crime sem lei anterior que o defina e a da proibição de *analogia in malam partem* que, igualmente, são valores constitucionais específicos da intervenção estatal penal.

O Judiciário, quando atua politicamente, se coloca em posição de substituição do legislador, como uma “antena”¹⁴ que capta os anseios da sociedade, como se fosse seu representante.

Cria-se um “atalho” antidemocrático, quando se autoriza o Judiciário a substituir o Legislativo, arvorando-se como um *parlamento judiciário*, corrigindo o direito ou as omissões legislativas. O Judiciário pode dizer o que é conveniente ou oportuno para a Sociedade? A Constituição permite isso? Ao agir assim, age como órgão representativo da *maioria*, avocando uma legitimação que não possui, ferindo a sua essência de *órgão contramajoritário*, de resguardo dos direitos fundamentais.

Quando se fala que o *silêncio do legislador* é uma posição política, tem-se que determinados assuntos ainda não estão prontos politicamente para serem regulados ou desregulamentados, como o caso da descriminalização das drogas. Não é porque na Holanda se descriminalizou e foi bom que aqui também será. Este é um reduto de debate parlamentar e não Judiciário.

6. Há um ativismo bom?

Todo ativismo é ruim, mesmo quando concordamos moralmente ou/politicamente com o que foi decidido *de forma ativista*. Não é raro vermos “*ativismo de ocasião*”, pugnando por *pautas justas* perante o Judiciário, alçando-o como *um superego da sociedade*, como bem explicado por Ingeborg Maus. Interessante que os defensores do ativismo, quando o juiz decide baseado em valores distintos daquilo que se espera, acusam o mesmo juiz de ativista (em sentido pejorativo ou negativo). Daí se falar em ativismo de ocasião ou oportunista: o defensor do ativismo acusa de ativista a decisão ao qual não concorda, em uma relação maniqueísta de ativismo do bem e do mal.

¹⁴ Cf. CARVALHO, Antonio. **Processo como Direito Fundamental**. Tese de Doutorado. PUC-SP, 2021.

Salienta Lenio Streck que “O ativismo judicial, por outro lado, liga-se à resposta que o Judiciário oferece à questão objeto de judicialização. No caso específico da judicialização da política, o ativismo representa um tipo de decisão na qual a vontade do julgador substitui o debate político (seja para realizar um pretensão “avanço”, seja para manter o *status quo*). Ativismo é, assim, um behaviorismo judicial”.¹⁵

7. O problema da “Ministrocracia”

Em uma visão tradicional – talvez até *romântica* – vislumbra-se a *Suprema Corte* como instituição contramajoritária em uma Democracia, de modo a salvaguardar *direitos fundamentais* contra as *vontades* de uma maioria episódica. Contudo, Supremo Tribunal Federal possui, atualmente, intensa atuação *monocrática* e, o termo *ministrocracia*¹⁶ busca *descrever* este âmbito de atuação “solitário” dos juízes da Suprema Corte na revisão judicial (*judicial review*) de atos normativos.

Ministrocracia tem sido entendida como uma *característica* do STF nos últimos anos, em que seus ministros têm dado *decisões monocráticas cautelares* afetando o funcionamento dos demais poderes, sem que fosse submetida a questão ao plenário da Corte, ou seja, sem referendo posterior do plenário, culminando em um *judicial review* de um só membro da Corte.¹⁷ Em outras palavras, é feito o controle de constitucionalidade individual (por um só ministro), solitariamente, sem que este controle seja analisado pela composição plenária do Tribunal, incorrendo o que Streck denomina de *solipsismo*.

Segundo Godoy, “a ministrocracia, o *judicial review* individual, o Supremo como tribunal de solistas, colocam abaixo as qualidades e benefícios de um órgão colegiado e que deve(ria) deliberar – trocar razões, desafiar argumentos, construir consensos. Esse modo de atuar viola

¹⁵ STRECK, Lenio. Entre o ativismo e a judicialização da política: a difícil concretização do direito fundamental a uma decisão judicial constitucionalmente adequada. In **Espaço Jurídico Journal of Law [EJLL]**. Joaçaba, v. 17, n. 3, p. 721-732, set./dez. 2016. Fonte: <http://dx.doi.org/10.18593/ejll.v17i3.12206>, acesso em 30/04/2022.

¹⁶ Cf. ARGUELHES, Diego Werneck; RIBEIRO, Leandro Molhano. ‘Ministrocracia’? O Supremo Tribunal Individual e o processo democrático brasileiro. In: *Novos Estudos Cebrap (Online)*, v. 37, p. 13-32, 2018; GODOY, Miguel Gualano de. **STF e processo constitucional: caminhos possíveis entre a ministrocracia e o plenário mudo**. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2021. Edição do Kindle.

¹⁷ GODOY, Miguel Gualano de. **STF e processo constitucional: caminhos possíveis entre a ministrocracia e o plenário mudo**. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2021. Edição do Kindle.

as normas do processo constitucional, desnatura o STF ao violar a colegialidade e a regra da maioria que deveria o reger e, por fim, socava a própria democracia que deveria proteger”.¹⁸

Assim, a função contramajoritária tem sido subvertida pela *atuação monocrática dos seus membros*, tais como:

- (a) Suspensão de lei ou ato normativo por um só Ministro, que arvora, para si, o poder de dizer o que é ou não constitucional em detrimento do respeito à deliberação feita pelo parlamento. Em outras palavras, o Parlamento aprova Lei ou Emenda à Constituição, conforme o *processo legislativo constitucional* vigente, para apenas uma pessoa suspender este ato;
- (b) O poder de agenda (poder de por em pauta), de por em pauta apenas assuntos que interessam ou de ocasião, “engavetando” os que não ostentam o mesmo status.

Godoy menciona ainda o conceito de “plenário mudo”, uma crítica direcionada ao plenário virtual do Supremo Tribunal Federal. Nesse modelo, os votos são acumulados progressivamente, e muitos casos de relevância significativa são julgados dessa maneira. Um exemplo recente refere-se ao julgamento da constitucionalidade do poder de requisição da Defensoria Pública. Esta crítica questiona a efetividade e a transparência deste método de julgamento, já que o debate e a deliberação públicos são reduzidos ou inexistentes.

Portanto, o que temos é a predominância de uma modalidade de “judicial review” individual no Supremo Tribunal Federal, caracterizada por um excesso de decisões monocráticas em sede de controle de constitucionalidade. Essa observação, uma crítica pertinente, aponta para uma violação ao princípio da colegialidade, com os ministros adotando posturas cada vez mais individualizadas na tomada de decisões.

Em fugindo do que diz a Constituição e as Leis, com esse *judicial review individualista*, temos, no STF, “onze visões de mundo” retratadas nas decisões monocráticas, em que cada “juiz (a) supremo (a)” apresenta sua perspectiva moral, ética, econômica, filosófica, política, ideológica e, é claro, seu “senso de justiça” próprio, corrigindo o Direito posto e colaborando, dia após dia, pela perda da autonomia do Direito, aumentando o *mal-estar* já existente.

¹⁸ GODOY, Miguel Gualano de. **STF e processo constitucional: caminhos possíveis entre a ministocracia e o plenário mudo**. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2021. Edição do Kindle.

Considerações finais

Quando o Judiciário decide um assunto criando uma norma, em substituição ao Legislativo, suprime uma esfera de debate político institucional, fragilizando a democracia.

É interessante ponderar que o *silêncio do legislador* também consiste em uma *manifestação política*. Nem todos os assuntos estão “maduros” na sociedade para receber uma regulação (regime jurídico) por Lei e, como o Parlamento é o espaço de deliberação público-político por excelência em uma democracia, a *não deliberação* ou não formação de um consenso parlamentar majoritário sobre o assunto também tem que ser respeitado, como *dever de submissão ao jogo democrático*.

As nossas convicções pessoais sobre determinadas pautas não reguladas legislativamente ou insuficientemente regulamentadas não podem ser *autorizativas* para buscá-las perante o Judiciário, em *fishing expedition* normativo, ao sabor do postulante. A cláusula da inafastabilidade do controle jurisdicional não permite a busca de uma visão política particular encampada pelo juiz. Há certas pautas políticas que ensejam um amadurecimento social e oportunização política para aprovação parlamentar. Se acho que deve haver descriminalização de drogas leves ou a criminalização da homofobia, são pautas que devem ser circunscritas ao reduto legislativo, com o devido tempo de amadurecimento do debate público.

O silêncio do legislador também consiste em uma *posição política*. A expressão *silêncio eloquente*, utilizada pelo STF¹⁹ vem bem a calhar nesta temática. O “silêncio” do parlamento em regular determinado assunto também é uma “decisão política” e não pode ser suprimido pelo Judiciário (exceto nos casos de cabimento do Mandado de Injunção, por autorização Constitucional para tanto). Ressalte-se:

¹⁹ Na ADI 347-SP, o STF utilizou a expressão *silêncio eloquente* na ausência de previsão do cabimento de ADI tendo por objeto *lei municipal* confrontada em face da *Constituição Federal*. Entendeu que por nada ser dito nos artigos 102, I, “a”, e no 125, § 2.º, não cabe *controle concentrado originário por ADI genérica*, podendo apenas ser analisada via controle difuso, chegando ao STF via recurso extraordinário. Segundo Lenza, “Esse silêncio acerca da hipótese do aludido controle concentrado no âmbito do STF, de forma proposital, é chamado de silêncio eloquente a traduzir uma regra, qual seja, a de que não cabe ADI genérica no STF tendo por objeto lei municipal confrontada em face da Constituição Federal”. (LENZA, Pedro. Direito Constitucional Esquematizado - 25ª São Paulo: Saraiva Jur, 2021, p. 601. Edição do Kindle).

- (a) o Judiciário não tem legitimidade democrática para tanto;
- (b) ao tratar de assuntos não regulados pelo Legislador, valerá dos seus valores morais, políticos, éticos, econômicos ou ideológicos;
- (c) O juiz não é “antena” dos anseios sociais e, fugindo da legalidade-constitucionalidade, do binômio *lícito-ilícito*, age o magistrado como justiceiro – por valer-se de seu “senso de Justiça para “Dizer o Direito” – que é reduto parlamentar.

Ao se autorizar o Judiciário a se arvorar em assuntos políticos, acaba-se por enfraquecer a deliberação pública dos temas, ficando circunscritas a um reduto de sábios, que atuam como *superego da sociedade*.²⁰

²⁰ Como denunciado por Ingeborg Maus. **O Judiciário como Superego da Sociedade.**