Ativismo judicial: o que é, o que não é e como lidar

Judicial activism: what it is, what it is not, and how to deal with it

Fernando Cerqueira Cardoso[1]
Vidal Serrano Nunes Júnior[2]

RESUMO: Enquanto manifestação histórica, política e jurídica, o constitucionalismo ganha especial evidência na transição da Idade Moderna para a Idade Contemporânea. Em razão de suas conquistas, o poder da monarquia absolutista é paulatinamente mitigado, vindo a lume as primeiras feições de uma democracia constitucional. Em meio à estruturação do novo modelo, o princípio da separação de poderes ocupa espaço de destaque, dado seu potencial comprometimento com a preservação da liberdade individual, a instalação de regime de fiscalização e responsabilização recíprocos e a colaboração entre representantes estatais. Entretanto, sobretudo a partir do período pós-bélico que caracterizou o século XX, o Poder Judiciário, destacando-se dos demais poderes, assume papel de protagonismo, por vezes invadindo searas alheias à prescrição constitucional. A postura, não raro imersa em ares de normalidade, é recorrentemente denunciada como ativista e especialmente atentatória da consagrada separação de funções entre os órgãos estatais. Percorrer, ainda que superficialmente, o trajeto mais recente do movimento constitucionalista, lançar bases seguras do que se pode entender como ativismo judicial e apresentar propostas destinadas à sua desarticulação institucional, francamente atentatórias do Estado Democrático de Direito, é o que se propõe neste artigo.

PALAVRAS-CHAVE: democracia constitucional; separação de poderes; jurisdição constitucional; ativismo judicial; diálogo institucional

***ABSTRACT**: As a historical, political and legal manifestation, constitutionalism gains special evidence in the transition from the Modern Age to the Contemporary Age. Due to its achievements, the power of the absolutist monarchy is gradually mitigated, with the first features of a constitutional democracy coming to light. Amidst the structuring of the new model, the principle of separation of powers occupies a prominent space, given its potential commitment to the preservation of individual freedom, the installation of a regime of reciprocal inspection and accountability, and collaboration between state representatives. However, especially from the post-war period that characterized the 20th century, the Judiciary, standing out from the other powers, assumes a leading role, sometimes invading areas alien to the constitutional prescription. The posture, often immersed in an air of normality, is repeatedly denounced as activist and especially offensive to the consecrated separation of functions between state bodies. Traversing, albeit superficially, the most recent path of the constitutionalist movement, laying secure foundations for what can be understood as judicial activism and presenting proposals aimed at its institutional dismantling, frankly offensive to the Democratic State of Law, is what is proposed in this article.*

***KEYWORDS**: constitutional democracy; separation of powers; constitutional jurisdiction; judicial activism; institutional dialogue.*

[1] Doutorando em Direito Constitucional pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Advogado e Professor de Direito Constitucional no Centro Universitário Adventista de São Paulo, UNASP.
[2] Professor de Direito Constitucional e Diretor da Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, PUC-SP. Procurador de Justiça do Ministério Público do Estado de São Paulo.

INTRODUÇÃO

O tema proposto é de amplo e quase ilimitado alcance, sendo passível de composições diversas, atreladas a este ou aquele pressuposto teórico, filosófico ou dogmático.

Por esta razão, ante o desafio, propõe-se prévio recorte da matéria, a partir do qual confere-se ênfase ao protagonismo titularizado pelo Poder Judiciário no arquétipo político-jurídico contemporâneo: a democracia constitucional.

Identifica-se, a partir desta moldura, que não obstante os reconhecidos progressos civilizatórios advindos da prestação jurisdicional, sobretudo no período pós-bélico que caracterizou o século XX, a atuação do órgão tem assumido viés político e ativista, o que redundaria em grave risco às democracias que reconhecem a separação de poderes como precioso trunfo na vindicação de direitos fundamentais e contenção de arbitrariedades estatais.

Assim, a fim de cumprir o trajeto reflexivo proposto, e observadas as limitações deste ensaio dissertativo, inicia-se os trabalhos com breve digressão histórica, destinada a lastrear o cenário que fez emergir o ideário democrático-constitucional, assim como o princípio da separação de poderes, especialmente vocacionado, tanto para a colaboração e consenso da democracia representativa, quanto para promoção de regime de fiscalização e responsabilidades recíprocas.

Na sequência, como desdobramento da tentativa de limitação e racionalização do poder, advindos deste esforço democrático, descreve-se a criação e potencialização da jurisdição constitucional, amparada pela independência advinda da separação de poderes e tentada a primazia ativista que destoa da supremacia constitucional como estandarte civilizatório.

Por fim, reconhecidas as inegáveis conquistas advindas do caráter altivo, independente e intervencionista do Poder Judiciário, reflete-se sobre os efeitos colaterais de sua atuação, tanto para as pretensões democráticas, necessariamente dependentes de legitimação popular, quanto para o próprio órgão, que sob o pretexto de cumprir sua missão constitucional, talvez esteja por minar as bases que asseguram sua independência e autoridade.

1 DO ABSOLUTISMO AO CONSTITUCIONALISMO: QUANDO, COMO E PORQUE

Para melhor compreensão da democracia constitucional advinda das efervescentes revoluções ocorridas no trânsito entre a Idade Moderna e a Idade Contemporânea,[3] útil é deslindar o antecedente histórico que conferiu ao novo modelo de distribuição social e territorial, atributos determinantes para a composição de vida civilizada amparada por soberania interna e independência externa.[4][5]

O modelo que parece óbvio na atualidade e talvez fosse impensável ante o caráter expansionista dos impérios babilônico, medo-persa, grego e romano que o antecederam,[6] criou e trouxe para a vida pública a figura do cidadão, que passa, paulatinamente, não obstante o caráter censitário dos primeiros esforços,[7] a participar e influenciar nas decisões que afetam a coletividade.[8] O discurso de outrora, exclusivamente fundado em autoridade, status e violência,

[3] COMPARATO, Fábio Konder. **Afirmação Histórica dos Direitos Humanos**. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 89, 95 e 124.
[4] POGGI, Gianfranco. **A Evolução do Estado Moderno**. Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1981, p. 71.
[5] DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de Teoria Geral do Estado**. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 80.
[6] DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de Teoria Geral do Estado**. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 62 -70.
[7] COMPARATO, Fábio Konder. **Afirmação Histórica dos Direitos Humanos**. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 45.
[8] POGGI, Gianfranco. **A Evolução do Estado Moderno**. Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1981, p. 52 - 53.

ilumina-se pelo dever de racionalização e fundamentação da vontade pública, apto a conter o mero capricho do soberano.[9]

Entre um e outro momento, isto é, entre os impérios mundiais da antiguidade e a criação dos estados modernos, está a chave para compreensão do modelo instituído. A derrocada do império romano, que teve sua unidade especialmente vilipendiada pelas invasões bárbaras, lançou a Europa no mais profundo caos.[10] Insegurança, descomercialização dos processos econômicos, baixo nível de alfabetização, nutrição, saúde e conforto, foram as tônicas do mundo de então, sucedido por alianças feudais que pulverizaram o poder e lançaram a maior parte da população em condições de submissão e ignorância.[11]

Não obstante o período feudal tenha representado algum progresso, seja por estabelecer ordem na distribuição de territórios, seja por algum tempo nutrir princípios e virtudes nas relações entre senhores e vassalos, que redundaram em conquistas civilizatórias,[12] é certo que a inamovibilidade social, intelectual e econômica lançou a população em geral no mais perturbador ostracismo, capaz de deslustrar a figura humana em nível ontológico.[13]

É o êxodo rural, conjugada às novas possibilidades de acúmulo de riquezas móveis, advindas da agremiação urbana,[14] que passa a conferir voz e vez àqueles que já não se sujeitavam a discurso de autoridade desvinculado de fundamentos de razão e justiça. Desamparados por credenciais reais ou clericais, em franca ascensão, a classe burguesa trouxe para a mesa de deliberações a força do trabalho acumulado, o poderio econômico e a capacidade de financiar o poder, que outrora opressor, por sobrevivência, se fez aliado.[15]

Em razão desta influência, que redundou numa dezena de revoluções e movimentos significativos, paulatinamente, o regime absolutista foi cedendo espaço, admitindo limitações e integrando deveres próprios de pactos constitucionais.[16]

Numa maratona pelos séculos, a supremacia absolutista, emergente do período feudal,[17] franqueou possibilidades mais brandas aos seus súditos, seja por assumir a condição de monarquia constitucionalista, seja por não ser capaz de resistir a supremacia do parlamento[18] - ou ainda, a supremacia da Constituição, embora esta, por vezes, desvirtuada pela supremacia judicial.

Neste processo civilizatório, a separação das funções estatais em distintos órgãos desempenhou papel de destaque, porquanto promoveu a preservação da liberdade individual, desatrelando-a de eventuais abusos e arbitrariedades decorrentes de governo ilimitado.[19]

Com a separação de funções, além de se buscar a colaboração e consenso da democracia representativa, aos poucos, estabeleceu-se regime de fiscalização e responsabilização recíproca, sendo o Judiciário, amparado por jurisdição constitucional e a partir de certa quadra histórica,[20] o ator político destacado para zelar pela manutenção das regras do jogo e tutelar direitos e garantias fundamentais.[21]

---

[9] POGGI, Gianfranco. **A Evolução do Estado Moderno**. Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1981, p. 110 – 111.
[10] DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de Teoria Geral do Estado**. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 68.
[11] POGGI, Gianfranco. **A Evolução do Estado Moderno**. Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1981, p. 32.
[12] POGGI, Gianfranco. **A Evolução do Estado Moderno**. Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1981, p. 45.
[13] POGGI, Gianfranco. **A Evolução do Estado Moderno**. Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1981, p. 32.
[14] POGGI, Gianfranco. **A Evolução do Estado Moderno**. Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1981, p. 49.
[15] COMPARATO, Fábio Konder. **Afirmação Histórica dos Direitos Humanos**. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 45 - 47.
[16] COMPARATO, Fábio Konder. **Afirmação Histórica dos Direitos Humanos**. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 45 - 52.
[17] POGGI, Gianfranco. **A Evolução do Estado Moderno**. Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1981, p. 76.
[18] COMPARATO, Fábio Konder. **Afirmação Histórica dos Direitos Humanos**. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 48.
[19] BOBBIO, Norberto. **A Teoria das Formas de Governo**. Brasília: Universidade de Brasília, 1980, p. 125 - 127.
[20] BARROSO, Luís Roberto. **Os Grandes Julgamentos da História**: **Marbury contra Madison**. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2018, p. 381.
[21] ABBOUD, Georges. **Processo Constitucional Brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019, p. 95 - 97.

Se o órgão tem sido fiel à sua missão, zelado pela supremacia constitucional e respeitado a separação de poderes, é o que se perscruta nos itens seguintes.

2 JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL E SEPARAÇÃO DE PODERES: SUPREMACIA CONSTITUCIONAL OU JUDICIAL?

A transição do absolutismo para o constitucionalismo é condição primária para a formação da jurisdição constitucional. Na perspectiva de Hobbes, quando do absolutismo, a legitimidade do poder estava resguardada ao soberano, o que mantinha necessária conexão com a interpretação conferida ao Direito. Integrados ao Poder Executivo, os juízes não decidiam investidos de independência e legitimidade, mas em nome do soberano.[22]

Mesmo em Montesquieu, a separação de poderes não é equivalente a um Estado Constitucional. Quando de sua obra, não se tinha a noção de lei moderna,[23] que surge apenas no século XIX como desdobramento do movimento constitucionalista. Só então se distingue a atividade legislativa, própria do parlamento, do poder exercido pelo executivo, então limitado a decretos.[24]

O Poder Judiciário deixa de ser instrumento do soberano à medida que avança o ideário iluminista, alterando-se os próprios fundamentos da legitimidade regente. Antes assentada em premissas jusnaturalistas, que conferiam ao monarca uma espécie de outorga divina, a legitimidade passa a ser justificada a partir de um contrato social, ainda que fictício.[25]

Deste alinhamento ideológico emerge a figura do cidadão, elevado à condição de parceiro fictício no contrato social.[26] É a necessidade de participação popular para a formação da vontade pública, assim como o dever do Estado de zelar por sua liberdade e propriedade,[27] que lança as bases da legitimação da atividade parlamentar.[28]

Como entreato entre o absolutismo e fase mais consolidada do constitucionalismo, identifica-se a formação de monarquias constitucionais. Nestes regimes, não obstante a justiça ainda permaneça nas mãos do monarca soberano, seu poder de ação passou a estar sujeito ao direito.[29] Os magistrados, que já não podiam ser destituídos livremente, passaram a dispor de compromisso apenas com o direito, a partir de então, imbuído de autonomia.[30]

Ocorre transição do estado absolutista para o estado abstrato, fundado no contratualismo. O detentor da justiça já não é o soberano, mas o Estado. Logo, os juízes interpretam em nome do Estado e não em nome do soberano.[31]

A revolução de 1789 ocupa papel de destaque nesta fase de transição. O poder então conferido ao monarca é encampado pelo parlamento, representante da vontade popular.[32] Neste alinhamento, cabe ao Judiciário interpretar e aplicar as leis, cenário que suscita reflexões sobre os limites de sua atuação.[33]

---

[22] ABBOUD, Georges. **Processo Constitucional Brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019, p. 439 - 440.
[23] BOBBIO, Norberto. **A Teoria das Formas de Governo**. Brasília: Universidade de Brasília, 1980, p. 118 - 119.
[24] ABBOUD, Georges. **Processo Constitucional Brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019, p. 440.
[25] COMPARATO, Fábio Konder. **Afirmação Histórica dos Direitos Humanos**. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 146.
[26] POGGI, Gianfranco. **A Evolução do Estado Moderno**. Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1981, p. 52.
[27] COMPARATO, Fábio Konder. **Afirmação Histórica dos Direitos Humanos**. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 147 - 148.
[28] ABBOUD, Georges. **Processo Constitucional Brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019, p. 440.
[29] POGGI, Gianfranco. **A Evolução do Estado Moderno**. Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1981, p. 111 - 112.
[30] ABBOUD, Georges. **Processo Constitucional Brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019, p. 440.
[31] ABBOUD, Georges. **Processo Constitucional Brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019, p. 441.
[32] COMPARATO, Fábio Konder. **Afirmação Histórica dos Direitos Humanos**. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 147.
[33] ABBOUD, Georges. **Processo Constitucional Brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019, p. 442.

Concomitantemente, a partir do constitucionalismo estadunidense, insere-se a judicial review ao modelo, firmando-se controle de constitucionalidade em nível formal.[34] Após as Guerras Mundiais, o controle material também é admitido. É a partir deste paradigma que é criada a jurisdição constitucional.[35] O que era da competência do soberano é transmitido para o Tribunal Constitucional.[36]

Amparando-se nestas premissas, observa-se que a independência do Poder Judiciário e o exercício da jurisdição constitucional é desdobramento da autonomia conferida ao Direito, livre do voluntarismo do soberano. Neste novo modelo, não é o soberano que influi e controla as decisões judiciais, mas o próprio Judiciário, que resguardado pela autonomia do Direito e pela abstração legal, pode interpretá-lo e aplicá-lo ao caso concreto, sempre fiscalizando a constitucionalidade da atividade exercida pelo Legislativo e Executivo.

Sob esta lógica, quando o Judiciário assume postura ativista, que evidencia sua própria supremacia em detrimento da supremacia constitucional, acaba por abalar os fundamentos do que assegura sua independência: a autonomia e abstração do Direito.[37]

3 O QUE É E O QUE NÃO É ATIVISMO JUDICIAL: FACES DE UMA MESMA MOEDA

De certa forma, a locução "ativismo judicial" é utilizada sem maior zelo terminológico. É comum ler e ouvir manifestações a respeito do tema nos mais diversos canais de comunicação, nem sempre alinhadas a terminologia adequada. Banalizou-se a ideia de que eventual e suposto excesso jurisdicional, alheio à estrita prescrição do dispositivo legal, necessariamente redundaria em ativismo. Porém, dada a limitação desta compreensão para o entendimento do fenômeno, própria ao fomento de equívocos críticos, razoável que se identifique o que é e o que não é ativismo judicial. Este exercício de prudência terminológica é útil à composição de reflexão e posicionamento legítimo sobre a matéria.

3.1 O QUE NÃO É ATIVISMO JUDICIAL

Sob amparo desta premissa, e tendo em perspectiva a limitação do poder como a primeira das missões da jurisdição constitucional, firma-se, de antemão, que decisões judiciais com impacto e alcance político não correspondem, necessariamente, a ativismo judicial, porquanto é próprio da função jurisdicional promover a limitação e racionalização do poder. Quando assim o faz, não está se imiscuindo em função alheia ou atentando contra o princípio da separação de poderes, pelo contrário, o órgão jurisdicional está no exercício de legítimo dever constitucional.[38]

Inclusive, daí a necessidade de bem compreender a lógica de distribuição das funções estatais, compromissadas com a limitação e racionalização do poder, e não com repartição taxada e inflexível de atribuições. Para que o modelo cumpra seu propósito, indispensável a admissão de zonas de confluência entre os poderes, aptas a promover, ainda que em exercício essencialmente legislativo, a interpretação final dos direitos fundamentais conduzidos à

[34] BARROSO, Luís Roberto. **Os Grandes Julgamentos da História**: **Marbury contra Madison**. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2018, p. 383.
[35] BARROSO, Luís Roberto. **Contramajoritário, representativo e iluminista: os papéis das supremas cortes e tribunais constitucionais nas democracias contemporâneas**. Revista Interdisciplinar de Direito: Faculdade de Direito de Valença, v. 16, 2018, p. 220.
[36] ABBOUD, Georges. **Processo Constitucional Brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019, p. 442.
[37] ABBOUD, Georges. **Processo Constitucional Brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019, p. 443.
[38] ABBOUD, Georges. **Processo Constitucional Brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019, p. 453.

apreciação da jurisdição constitucional. Não por outra razão, sustentou Ackerman, em obra amplamente divulgada entre juristas brasileiros, que embora a democracia seja o tema mais caro ao constitucionalismo moderno, sua limitação, especialmente destinada à atividade judicante, é igualmente determinante para sua própria sobrevivência.[39]

Numa segunda perspectiva, correspondente àquilo que não é ativismo judicial, a função contramajoritária desempenhada pela jurisdição constitucional desperta especial atenção. É a partir desta que os direitos fundamentais se fazem trunfos francamente destinados à preservação das minorias em detrimento de forças majoritárias eventuais.[40] Sem esta margem de ação, que assegura posições jurídicas constitucionalmente assentadas, minorias seriam perseguidas e suprimidas, criando-se, artificialmente, não apenas discurso majoritário, mas uníssono.[41]

A bem da verdade, a proteção de posições jurídicas constitucionalmente assentadas - o que se reitera por ênfase, ainda que correndo-se o risco de ser redundante - é a razão de ser da jurisdição constitucional. Daí o perigo do Judiciário render-se à opinião popular. Se a preocupação consistir em agradar a população, o próprio sentido de existência da jurisdição constitucional restará desvirtuado. No fim do dia, o rompimento do pacto constitucional pelo império da força majoritária redundará em violência e barbárie.[42]

Por óbvio, numa democracia é necessário conhecer a vontade da maioria, e, em regra, isso ocorre mediante voto popular. É a partir desta maioria, devidamente representada, que as leis são feitas. Porém, justamente por esta razão, seria incoerente que a jurisdição constitucional também estivesse especialmente atenta à vontade da maioria. Não é este seu papel. Pelo contrário, se o caso, a fim de fazer prevalecer o pacto constitucional, sua missão é contrariar a maioria. Não fosse assim, a eliminação de divergências tão logo redundaria na eliminação dos divergentes.[43]

Zelar pela jurisdição constitucional consiste em vindicar a força normativa da Constituição, levando-a a sério. Corresponde à preservação da dignidade da pessoa humana. É neste sentido que os direitos fundamentais se fazem trunfos contra a maioria, porquanto os poderes constituídos não podem desprezar direitos fundamentais.

A vontade da maioria nunca deve ser razão para fundamentar uma decisão da jurisdição constitucional. Pode até ser que a sociedade esteja alinhada com a Corte, o que sugere amadurecimento dos valores democráticos, mas é certo que as razões destacadas para fundamentação da decisão devem ser necessariamente jurídico-constitucionais, sob pena de se incorrer em decisionismo e arbitrariedade.[44]

Mesmo Peter Häberle, o entusiasta da sociedade aberta dos intérpretes da Constituição, não admite a premissa da vontade majoritária para defender a influência da maioria sobre as decisões do Tribunal Constitucional. Quando fala em ampliação dos atores legitimados para interpretação da Constituição, o que Häberle pretende é aperfeiçoar os mecanismos de acesso do cidadão à jurisdição constitucional, de modo que todos possam influenciar a sedimentação da jurisprudência constitucional - ideário que se alinha com os valores pluralistas da sociedade democrática.[45]

---

[39] ACKERMAN, Bruce. **A nova separação dos poderes**. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2009.

[40] NOVAIS, Jorge Reis. **Direitos como trunfos contra a maioria – sentido e alcance da vocação contramajoritária dos direitos fundamentais no Estado de Direito Democrático**. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2007, p. 90.

[41] ABBOUD, Georges. **Processo Constitucional Brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019, p. 453.

[42] ABBOUD, Georges. **Processo Constitucional Brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019, p. 453.

[43] RODRIGUES, Lêda Boechat. **A Corte Suprema e o Direito Constitucional Americano**. Rio de Janeiro: Forense, 1958, p. 261.

[44] ABBOUD, Georges. **Processo Constitucional Brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019, p. 458 - 459.

[45] HÄBERLE, Peter. **El Tribunal Constitucional Federal como modelo de una jurisdicción constitucional autônoma**. In: Peter Häberle, Estudios sobre la jurisdicción constitucional, p. 166.

O que o jurista alemão idealiza é conferir voz à sociedade civil perante a jurisdição constitucional, munindo-a, para tanto, com os instrumentos que franqueiem este canal de comunicação. No caso brasileiro, por exemplo, caso o Supremo Tribunal Federal tivesse a pretensão de contar com o assentimento popular, ou ainda, sua influência para prolatar decisões, deveria abandonar sua reconhecida jurisprudência defensiva, e não se transformar em suposto porta-voz dos anseios da população majoritária. Certamente não é este o seu papel constitucional.[46]

No caso do Tribunal Constitucional Federal Alemão, por exemplo, observa-se reconhecidos esforços para a ampliação dos canais de comunicação entre a sociedade civil e a jurisdição constitucional, conferindo-se legitimidade à participação das mais diversas organizações e confederações, que ao promover diálogo plural, elastecem o alcance e a efetividade da jurisdição constitucional.[47]

De fato, se o objetivo for vivenciar os desdobramentos políticos de um Estado Democrático de Direito, defensor de direitos fundamentais e assentado em valores plurais, não há como renegar amplo acesso à jurisdição constitucional, ponto catalisador da preservação de vontade contramajoritária alinhada com preceitos constitucionais.[48] O próprio controle abstrato de constitucionalidade é um exercício contramajoritário. É exatamente o que se destina realizar.[49]

Pois bem, feito este aporte inicial, que destaca o que não é ativismo judicial, conferindo-se destaque às funções contramajoritária e de limitação e racionalização do poder, avança-se então para a compreensão daquilo que de fato é ativismo judicial, atitude capaz de minar as contribuições da jurisdição constitucional e as próprias bases do Estado Democrático de Direito.

3.2 O QUE É ATIVISMO JUDICIAL

Basicamente, o ativismo judicial ocorre quando a prestação jurisdicional desempenha funções atribuídas a outros poderes, sem que para tanto disponha de lastro constitucional. O controle de constitucionalidade de normas, por exemplo, é uma atividade essencialmente legislativa, ainda que desempenhada sob viés negativo, porém, não representa ativismo, pois trata-se de função constitucionalmente assegurada ao Judiciário.[50] Por outro lado, caso o controle empreendido se valha de fundamentação extraída de fontes estranhas à Constituição e as leis vigentes, a postura assumida pelo julgador será ativista, desatrelada de sua missão institucional.[51]

Sob esta ótica, o que se pode deduzir, é que a postura do julgador incorre em ativismo à medida que se afasta do Direito. A decisão ativista é subjetivista e pérfida porque, egoisticamente, frauda o regime democrático, conferindo imperatividade à cosmovisão política, filosófica, econômica ou mesmo religiosa do intérprete, que ignorando o produto advindo do Estado Democrático de Direito, sem qualquer legitimidade, opta por impor sua própria opinião à sociedade política organizada.

O que se observa, mediante exercício reflexivo, é que a jurisdição constitucional não se destina à promoção de transformação da realidade social. O juiz não é um justiceiro, logo, não

[46] ABBOUD, Georges. **Processo Constitucional Brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019, p. 461.
[47] CAMAZANO, Joaquín Brage. **Estudio introductorio: El Tribunal Constitucional en Alemania, com particular referencia al pensamiente de Peter Häberle y Konrad Hesse**. In: Peter Häberle, Estudios sobre la jurisdicción constitucional, p. 105.
[48] NEVES, Marcelo. **Entre Têmis e Leviatã**: uma relação difícil. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 149.
[49] ABBOUD, Georges. **Processo Constitucional Brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019, p. 464.
[50] BARROSO, Luís Roberto Barroso. **Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática**. Thesis, Rio de Janeiro, vol.5, nº 1, 2012, p. 28.
[51] ABBOUD, Georges. **Processo Constitucional Brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019, p. 1317.

cabe a ele fazer justiça. A função do Judiciário consiste em tutelar o direito democraticamente produzido, não se sujeitando à tentação de incutir sua própria compreensão de mundo, desvinculada de fontes normativas, na demanda conduzida à sua apreciação.[52]

Na defesa das regras do jogo democrático, a jurisdição constitucional, como já esclarecido, pode até mesmo assumir posição contramajoritária, destinada à preservação de direitos e garantias fundamentais, sem que com isso incorra em ativismo. Neste caso, porém, não é a vontade do julgador que está em evidência, mas a vontade da Constituição. Pode ser que em âmbito privado, o julgador filie-se a posição diversa, alheia à prescrição constitucional, mas nem por isso é lícito que se valha da estrutura jurisdicional para criação de seu "pequeno reino".

Ponderando, é possível notar, que seja para o que é, seja para o que não é ativismo, o exercício jurisdicional se vale da mesma moeda, essencialmente política. Quando do seu uso legítimo, a face contramajoritária, não obstante política, emerge como poderoso trunfo contra maiorias eventuais que colocam em risco o pacto constitucional. Porém, quando do seu uso ilegítimo, reconhecido como ativismo, ocorre exatamente o inverso, pois, amparado por "justiça" subjetiva, autoritária e exclusivista, afronta-se o Estado Democrático de Direito, textualmente organizado pela Constituição.

4 BARROSO E ABBOUD EM DOIS ASSALTOS: SOBRE O RINGUE DEMOCRÁTICO, QUEM VAI A NOCAUTE?

No ano de 2018, Luís Roberto Barroso, ministro do Supremo Tribunal Federal, publicou artigo que ganhou especial repercussão no meio acadêmico. Neste artigo, devotado ao estudo do ativismo judicial, Barroso lista os papéis das supremas cortes e tribunais constitucionais nas democracias contemporâneas.[53] Seu esforço argumentativo, costurado a partir de experiências vivenciadas pelas principais cortes do mundo, parece revelar, que para além das funções costumeiramente atribuídas à jurisdição constitucional, como a limitação e racionalização do poder, outras tantas, essencialmente políticas, lhe são impostas pela realidade da vida.

De outro vértice, na linha do que se tem sedimentado até aqui, Georges Abboud, professor da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, num aprofundado estudo sobre separação de poderes, ativismo judicial e juristocracia, didaticamente compõe classificação tipológica do ativismo que permeia a realidade nacional. Em certa perspectiva, suas figuras e exemplos práticos, ainda que sem intencionalidade, estabelecem paralelo comparativo com os papéis das supremas cortes e tribunais constitucionais enunciados pelo ministro Barroso. O estudo concomitante dos textos sugere interessante embate entre os autores, que, de forma respeitosa e amistosa, merece apuração sobre o "ringue democrático".

Enquanto Barroso aponta as atitudes contramajoritária, representativa e iluminista como papéis das supremas cortes, Abboud destaca sete tipos de ativismo: i. performático; ii. contra os limites do texto; iii. messiânico; iv. ideológico-moralista; v. populista; vi. puramente consequencialista; e vii. por inação.[54] Numa projeção conjugada de arquétipos é possível identificar convergências e divergências, as quais, sucintamente, se passa a apresentar a seguir.

[52] SCAVUZZI, Maira. **Juízes fazem justiça?** São Paulo: Casa do Direito, 2021.
[53] BARROSO, Luís Roberto. **Contramajoritário, representativo e iluminista: os papéis das supremas cortes e tribunais constitucionais nas democracias contemporâneas**. Revista Interdisciplinar de Direito: Faculdade de Direito de Valença, v. 16, 2018.
[54] ABBOUD, Georges. **Processo Constitucional Brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019, p. 1330.

4.1 PRIMEIRO ASSALTO: PAPEL REPRESENTATIVO VERSUS ATIVISMOS PERFOMÁTICO, IDEOLÓGICO-MORALISTA E POPULISTA

De antemão, vale dizer, que tanto Barroso quanto Abboud reconhecem a função contramajoritária da jurisdição constitucional. Para ambos, a possibilidade de contrariar e conter eventual ditadura das maiorias é um dos deveres das supremas cortes, amplamente assegurado pelo próprio pacto constitucional. A chamada "dificuldade contramajoritária" deve ser superada, firmando-se a compreensão de que o ideário democrático transcende a opinião e vontade da maioria. Em outros termos, a democracia constitucional não se resume à sua dimensão procedimental, apurada por soma de unidades, mas também acampa dimensão substantiva, ponderada a partir de princípios de igualdade, liberdade e justiça.[55]

Em moldes tipológicos, as semelhanças de compreensão entre os autores limitam-se a esta perspectiva do fenômeno. Os papéis representativo e iluminista postulados por Barroso, ainda que indiretamente, sofrem com incisivos golpes de Abboud. Tomando-se a democracia constitucional por critério, parâmetro institucional aparentemente caro a ambos, resta observar quem sobrevive ao duelo.

Ao tecer comentários sobre as características identificadas no regime democrático contemporâneo, pontua Barroso que este pode ser observado a partir de três perspectivas.[56]

Primeiro, sob a perspectiva de uma democracia representativa, a qual revela a vontade popular a partir do voto e tem nos Poderes Legislativo e Executivo seu principal hábitat. É por intermédio da democracia representativa que a vontade da maioria é identificada, ditando-se o rumo das posições políticas a serem assumidas por seus representantes.

Numa segunda perspectiva, Barroso reconhece a democracia constitucional, atenta à efetivação de direitos fundamentais e especialmente devotada à proteção de hipossuficientes e minorias em detrimento das maiorias. Em composição conceitual que lembra a função contramajoritária, já aqui pontuada, o Poder Judiciário assume o protagonismo desta fração do modelo democrático.

Por fim, assentando a ideia de que a democracia contemporânea transcende a legitimação eleitoral obtida mediante votação popular, aos direitos, Barroso acresce as razões, premissa basilar de uma democracia deliberativa. Nesta, o debate público é contínuo, sendo a sociedade civil considerada e ouvida a partir dos seus mais diversos segmentos. Não obstante os órgãos legislativo e executivo sejam os espaços comumente utilizados para este tipo de diálogo e alinhamento de vontades, não se nega excepcional manifestação em juízo, ambiente que, segundo o ministro, também pode ser admitido para aproximação entre a sociedade civil e a autoridade pública.

Para Barroso, assim o é, pois o modelo de separação de poderes tradicional não atende os desafios da democracia contemporânea, devendo o formato estanque evoluir para confluência que franqueie pontos de contato entre as funções estatais. Argumenta o ministro que nem sempre o órgão eletivo, como é o caso do Legislativo, representa a vontade da maioria; ao passo que por vezes, mesmo não dispondo de legitimidade eleitoral, o Judiciário melhor representa os interesses e anseios sociais.[57]

---

[55] BARROSO, Luís Roberto. **Contramajoritário, representativo e iluminista: os papéis das supremas cortes e tribunais constitucionais nas democracias contemporâneas**. Revista Interdisciplinar de Direito: Faculdade de Direito de Valença, v. 16, 2018, p. 241 - 242.

[56] BARROSO, Luís Roberto. **Contramajoritário, representativo e iluminista: os papéis das supremas cortes e tribunais constitucionais nas democracias contemporâneas**. Revista Interdisciplinar de Direito: Faculdade de Direito de Valença, v. 16, 2018, p. 243 - 246.

[57] BARROSO, Luís Roberto. **Contramajoritário, representativo e iluminista: os papéis das supremas cortes e tribunais constitucionais nas democracias contemporâneas**. Revista Interdisciplinar de Direito: Faculdade de Direito de Valença, v. 16, 2018, p. 244.

Prova disso seria a insatisfação da sociedade civil com a classe política, seja por se abster do sufrágio em países que conferem ao voto caráter facultativo, seja por não acompanhar e conhecer o candidato eleito que recebeu seu voto por ocasião das eleições. Para Barroso, tais constatações seriam evidências do déficit democrático da representação política, cenário que redunda no fortalecimento do Poder Judiciário, composto por profissionais com qualificações técnicas, vitalícios e por vezes selecionados mediante rígido crivo de provas e títulos. Isso sem mencionar a inércia que caracteriza a jurisdição, bem como a necessária motivação das decisões, que em tese, inibem posicionamentos discricionários.[58]

Assentado sobre estas premissas, e perfilhando entendimento de Robert Alexy, o qual reconhece o Judiciário como representante argumentativo da sociedade – promotor de constitucionalismo democrático que institucionaliza a razão e a correção como modelo decisório - Barroso elenca uma série de decisões que embora não contassem com o acolhimento da política majoritária, teriam angariado o apoio da maioria da população, tais como: i. o reconhecimento da constitucionalidade do nepotismo;[59] ii. a declaração de inconstitucionalidade do financiamento privado das campanhas eleitorais;[60] e iii. a prisão após confirmação da decisão pelo tribunal de segunda instância, mesmo quando ainda cabíveis recursos especial e extraordinário para os tribunais superiores.[61]

Em contraste ao papel representativo das cortes e tribunais constitucionais postulado por Barroso, numa conjugação de tipos de ativismo prefigurados por Georges Abboud, a exemplo do performático, ideológico-moralista, populista e consequencialista, observa-se persuasivo argumento contrário à compreensão de que o Poder Judiciário tenha qualquer legitimidade para representar a maioria, sobretudo em detrimento do pacto constitucional. Em seu entender, a postura serviria tão somente para minar a autoridade, credibilidade e legitimidade do órgão julgador, comprometendo, inclusive, o exercício da função contramajoritária.

No caso do ativismo performático,[62] expressões semânticas vagas são utilizadas para aparentar legalidade, quando em realidade visam apenas escamotear o decisionismo, voluntarismo e subjetividade do órgão julgador, que em razão do artifício, resta imune a necessário controle intersubjetivo.

Decisões com essa espécie de vício costumam fundar-se em déficit legislativo, supostamente suficiente para justificar e estimular a ação do Judiciário. Entretanto, como lembra Abboud, já há estrutura normativa destinada a tutelar omissões legislativas: a ação direta de inconstitucionalidade por omissão, julgada em via principal e abstrata; e o mandado de injunção, julgado em via incidental e concreta. Para o caso, não há uma terceira via de controle. Até porque, déficit por déficit, as três funções estatais estariam inadimplentes no cumprimento de suas atribuições e deveres constitucionais. Como não cabe ao Executivo ou Legislativo se imiscuírem em atividades tipicamente jurisdicionais, não é razoável supor o contrário quando identificado déficit normativo.[63]

Quando o juiz se vale de subterfúgios espúrios para redigir sua decisão, apropriando-se de locuções meramente retóricas, como "princípio republicano", "proporcionalidade" ou "justiça", viola a Constituição, o Estado Democrático de Direito e pratica ativismo performático, pois, descumprindo seu dever de fundamentação, impede o controle da decisão

---

58 BARROSO, Luís Roberto. **Contramajoritário, representativo e iluminista: os papéis das supremas cortes e tribunais constitucionais nas democracias contemporâneas**. Revista Interdisciplinar de Direito: Faculdade de Direito de Valença, v. 16, 2018, p. 245 - 246.

59 STF, Pleno, ADC 12, rel. Min. Ayres Brito, DJe, 18.12.2009.

60 STF, Pleno, ADI 4650, rel. Min. Luiz Fux, Pleno DJe, 24 fev. 2016.

61 STF, Pleno, HC 126.292, DJe, 07.02.2017.

62 ABBOUD, Georges. **Processo Constitucional Brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019, p. 1330 - 1339.

63 ABBOUD, Georges. **Processo Constitucional Brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019, p. 1332.

sob parâmetros de racionalidade. É o caso da decisão que declarou a situação dos presídios brasileiros como "estado de coisas inconstitucional", locução fluída e vaga, útil para ensejar a prática de toda espécie de ativismo.[64]

Ataque semelhante, que também estabelece paralelo com o papel representativo dos tribunais constitucionais apregoado por Barroso, decorre do chamado ativismo ideológico-moralista.[65] Neste, embora vestido de legalidade e imparcialidade, o julgador enxerta preceito ideológico, moralista e subjetivista no julgamento. A pretexto de julgar em nome do povo que legitima as leis promulgadas pelo Estado Democrático de Direito, julga em seu próprio nome, com suas próprias convicções ideológicas, políticas, filosóficas ou religiosas. É o que teria ocorrido, por exemplo, na decisão que "legalizou" o aborto até o terceiro mês de gestação.[66]

É claro que o juiz pode ter suas próprias convicções sobre a matéria, o que é especialmente natural quando estão em pauta desacordos morais razoáveis. Porém, não é sua convicção a protagonista ou a coadjuvante de uma decisão legítima, mas sim, o alinhamento desta com o Estado Democrático de Direito organizado pela Constituição e suas leis.

Ainda mantendo por referência o papel representativo das cortes, outra modalidade de ativismo suscitada por Abboud, é o populista.[67] Neste caso, como esclarecido em itens anteriores, o Judiciário negocia sua independência - que lhe franqueia margem para decidir até mesmo de forma contramajoritária - para decidir em consonância com o clamor popular. É verdade que decisões assim favorecem sua popularidade e estreitam suas relações com a massa, porém, além de não ser esta sua missão institucional, a postura acaba por corroer a autoridade e legitimidade dos seus julgamentos.

É a coerência e obediência às regras do jogo democrático que a longo prazo inspiram a respeitabilidade do órgão jurisdicional perante a opinião pública; postura diversa, numa tentativa de agradar, embora provoque contentamento imediato, trai o pacto que, por fim, assegura as prerrogativas jurisdicionais. É o que se viu na decisão que autorizou prisão após julgamento de segunda instância,[68] resposta agradável à massa, mas atentatória de regime fundado na democracia e no direito.

Por fim, ainda tendo em vista os riscos advindos do papel representativo das cortes e tribunais constitucionais, há que se reconhecer seu viés puramente consequencialista. É o que ocorre quando a decisão cede espaço a discursos alheios à seara jurídica, a exemplo do discurso economicista ou cientifista.[69]

A lógica epistemológica do direito reside na caracterização do que é lícito ou ilícito. O direcionamento decisório em moldes distintos, apurados sob parâmetros do lucro ou prejuízo, por exemplo, supostamente representativas dos anseios populares, corresponde a postura ativista, devendo ser igualmente rechaçada.

Abboud exemplifica esta espécie de ativismo com a decisão que admitiu a Associação Brasileira de Gays, Lésbicas e Transgêneros como entidade de classe para fins de propositura de constitucionalidade. Ressalta que, embora considere um avanço - porquanto torna a jurisdição constitucional mais acessível – a decisão imprime visão particularizada da missão institucional da Corte, o que, por fim, também corresponde a ativismo.[70]

---

64 STF, ADPF 347/DE ECL.

65 ABBOUD, Georges. **Processo Constitucional Brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019, p. 1343 - 1346.

66 STF: HC 124.306.

67 ABBOUD, Georges. **Processo Constitucional Brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019, p. 1346 - 1354.

68 STF – ADC's 43 e 44.

69 ABBOUD, Georges. **Processo Constitucional Brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019, p. 1354 - 1357.

70 STF – MC/ADPF 527.

Não obstante o emprego adequado da lógica conceitual à sua própria tipologia, neste ponto, em especial, discorda-se de seu entendimento. A ampliação da legitimidade ativa para provocar controle normativo abstrato não equivale a ativismo consequencialista. Afinal, se o próprio texto constitucional não impõe limites à compreensão do que pode ser classificado como entidade de classe, sendo o critério profissional e econômico, desprovido de amparo legal, justificado apenas em razão da jurisprudência defensiva da Corte, nada impede que se acampe interpretação que melhor se coadune com os valores democráticos consagrados pela sistemática constitucional. Por esta vereda, os mais diversos segmentos da sociedade civil, defensores de direitos fundamentais, podem assumir papel ativo e representativo junto à jurisdição constitucional.

4.2 SEGUNDO ASSALTO: PAPEL ILUMINISTA VERSUS ATIVISMOS MESSIÂNICO E CONTRA OS LIMITES DO TEXTO

Rumando-se para o desfecho deste exame comparativo, suscita-se o terceiro e último papel das cortes e tribunais constitucionais anunciado por Barroso: o iluminista. Em seu artigo, numa breve digressão histórica, o ministro relembra progressos institucionais que não teriam ocorrido sem a iluminação decisória das Cortes Constitucionais.

No seu entender, a abolição da escravidão, proteção de mulheres, negros, homossexuais, transgêneros e minorias religiosas, não teriam ocorrido ao tempo que ocorreram, sem a coragem iluminada das cortes para assegurar decisões pautadas pela razão, mesmo que desamparadas das leis vigentes ou da vontade majoritária da sociedade. [71]

Barroso reconhece que atitude neste sentido é perigosa, mas por vezes necessária, a fim de fazer prevalecer o "espírito do tempo". Segundo o ministro, é possível que este espírito de justiça e sensatez, com o tempo, seja reconhecido pela própria sociedade que recepcionou a decisão, mas, por vezes, apenas as gerações do futuro serão gratas pela sábia intervenção judicial no curso da história.[72]

Amparando-se em premissas filosóficas e históricas, o ministro acentua que, embora excepcionais, decisões desta ordem estabelecem perfeito alinhamento com o ideário constitucionalista do século XVIII, amadurecido no curso dos anos. Seriam desdobramentos da própria limitação do poder, democratização do Estado e da sociedade, que criaram documento constitucional imbuído de tensão potencial entre vontade majoritária e razão iluminista. Sob esta ótica, mesmo hoje, caberia às supremas cortes de Estados democráticos observarem os preceitos do contratualismo, iluminismo e liberalismo, "valores subjacentes a esses movimentos políticos e filosóficos que conformaram a condição humana na modernidade, assim como suas instituições".[73]

Para sustentar o último elemento de seu arquétipo, Barroso faz menção dos seguintes julgados do Supremo Tribunal Federal: i. reconhecimento da união homoafetiva como entidade familiar, estendendo-lhe o regime jurídico aplicável às uniões heteroafetivas;[74] ii. declaração de inconstitucionalidade de normas que regulavam a vaquejada, garantindo-se que os animais

[71] BARROSO, Luís Roberto. **Contramajoritário, representativo e iluminista: os papéis das supremas cortes e tribunais constitucionais nas democracias contemporâneas**. Revista Interdisciplinar de Direito: Faculdade de Direito de Valença, v. 16, 2018, p. 250.

[72] BARROSO, Luís Roberto. **Contramajoritário, representativo e iluminista: os papéis das supremas cortes e tribunais constitucionais nas democracias contemporâneas**. Revista Interdisciplinar de Direito: Faculdade de Direito de Valença, v. 16, 2018, p. 254.

[73] BARROSO, Luís Roberto. **Contramajoritário, representativo e iluminista: os papéis das supremas cortes e tribunais constitucionais nas democracias contemporâneas**. Revista Interdisciplinar de Direito: Faculdade de Direito de Valença, v. 16, 2018, p. 256.

[74] STF, Pleno, ADI 4277, Rel. Min. Ayres Brito, DJe, 14.10.2011.

não recebessem tratamento cruel;[75] iii. declaração de inconstitucionalidade do crime de aborto até o terceiro mês de gestação, o que se decidiu com fundamento nos direitos sexuais e reprodutivos das mulheres, em seu direito à autonomia, à integridade física e psíquica e à igualdade.[76]

A isso que o ministro Barroso chama de papel iluminista das cortes e tribunais constitucionais nas democracias contemporâneas, Abboud, ao que tudo indica, chama de ativismo messiânico. Considere-se suas próprias palavras a respeito:

> Nessa modalidade de ativismo, a que chamaremos de messiânico, o julgador assume a capa do herói para conduzir o restante dos mortais ao paraíso terreno. É que ele, abençoado, acredita poder enxergar o fim da história, com a lucidez de um profeta laico, filho esquecido do iluminismo. O julgador messiânico, por enxergar além das contingências terrenas e das circunstâncias dos casos concretos, volta-se a um conhecimento que somente se iluminou para ele. Assim, como Raskólnikov, ele se sente à vontade para ignorar as regras legais da democracia constitucional, pois isso é necessário para alcançar um bem maior. Essa espécie de ativista é mais do que um juiz; é, antes de tudo, um agente transformador da história e um sacerdote do processo civilizatório. Em sua versão extremada, aos seus olhos, as regras do jogo democrático são apenas empecilhos, preciosismos dispensáveis (ABBOUD, 2019, p. 1342 – 1343).

Para Abboud, comprometido com o pacto constitucional, nada justifica o exercício de judicatura iluminista. Ainda que a decisão seja correta, a atitude sempre será incorreta, pois não observa as regras do jogo democrático e não se compromete com o plano normativo que assegura a própria função jurisdicional, o que, por consequência, mina a legitimidade, credibilidade e autoridade do órgão julgador.

Numa outra vertente tipológica, que também combate o iluminismo jurisdicional, Abboud faz menção ao ativismo contra os limites do texto. Como já esclarecido, é certo que a jurisdição constitucional dispõe de função contramajoritária, podendo até mesmo nulificar texto legal desalinhado do texto constitucional, mas isso não corresponde à renúncia da literalidade de conjunto normativo consonante com a Constituição. Segundo o autor, a espécie ativista ocorreu com a relativização da coisa julgada,[77] ou ainda, com a modificação de entendimento acerca da cassação automática de mandato parlamentar.[78]

Assim, numa série de dois assaltos, tendo por referência o embate entre os papéis das cortes proposto por Barroso, os tipos de ativismo elencados por Abboud e as mais recentes decisões do Supremo Tribunal Federal, entre jabs, cruzados e ganchos, ambos os boxeadores parecem ter permanecido de pé, ao solo, nocauteada e inconsciente, a democracia, ainda abraçada à sua Constituição.

5 ATIVISMO JUDICIAL E DIÁLOGO INSTITUCIONAL: COMO LIDAR COM O INIMIGO QUE ABRAÇA

Se bem esclarecido, dificilmente alguém, de bom grado, anuiria com o exercício da judicatura mediante atitude ativista. Ocorre que, não raro, a decisão ativista beneficia este ou aquele grupo, este ou aquele indivíduo, que deslumbrado com a fortuna que lhe sorri, ainda que

[75] STF, Pleno, ADI 4983, Rel. Min. Marco Aurélio, j. 16.12.2016.
[76] STF, Primeira Turma, HC 124.306, Rel. Min. Marco Aurélio.
[77] STF, RE 363.889.
[78] STF, MS 32-326/DF e AP 565.

aleatoriamente, dispõe-se a se manter ordeiro, passivo e cooperador. Na prática, renuncia seu status de cidadão, a fim de que outros, supostamente mais preparados, assumam o controle e ditem o rumo de sua vida. Por qualquer que seja o motivo, ante a tensão necessariamente instalada entre segurança e liberdade, a humanidade parece se inclinar para a primeira, o que, por vezes, consiste na terceirização da própria vida.

A passividade do eleitorado afeta o parlamento, que receoso de posicionar-se, sobretudo quando do debate de desacordos morais razoáveis, também opta por terceirizar o cumprimento de suas atribuições, o que se traduz em grave comprometimento das decisões públicas, não raro, alheias a qualquer legitimidade democrática.[79]

É nessa perspectiva, que o abraço do inimigo - isto é, o abraço do ativismo judicial – é admitido, num fenômeno que flerta com a torpeza bilateral. Afasta-se a supremacia da Constituição, que em última instância consiste na supremacia do povo, a fim de fazer prevalecer a supremacia judicial. Sem qualquer fundamento plausível, considera-se que pequeno grupo de magistrados disporia de iluminação para imposição de decisões verticalizadas, alheias ao debate público. Os "bons políticos" por temerem repercussão popular que comprometa sua reeleição;[80] o povo, ora por ignorância, ora por torpeza, ora pela cultura de submissão arraigada no inconsciente coletivo.

Para todos os casos, necessário é lembrar que o pressuposto basilar da democracia não é a autoridade, mas o diálogo;[81] a igualdade, e não a hierarquia. É certo que há contextos que demandam o exercício de autoridade e hierarquia, mas, essencialmente, não são estes os principais ingredientes de um regime democrático.

Amparado por esta cultura de passividade e submissão, o Judiciário foi hipertrofiado, desvirtuando-se o cumprimento de seus deveres institucionais. Tamanho foi o impacto do desequilíbrio institucional, que o órgão, e a própria sociedade, naturalizaram a imposição de decisões judiciais descompromissadas com o texto constitucional.[82] Ora por se considerarem os legítimos representantes do povo (papel representativo), ora por se considerarem superiores ao povo e aos demais poderes, verdadeiros luzeiros em meio à plebe (papel iluminista).

Em meio aos desafios contemporâneos da democracia, dentre os quais está a ameaça à separação de poderes, é preciso revitalizar a cultura do diálogo. Também em nível institucional, mas especialmente a partir do empoderamento do povo, que caso seja mais bem instruído – o que só se alcança com ousados e consistentes investimentos em educação -, muito provavelmente se atentará para seus deveres cívicos. Exercidos com maior acesso à informação, poder de reação e influência nas decisões administrativas, legislativas e judiciárias.[83]

Frise-se, não se quer com isso dizer que o Judiciário deve ceder às pressões populares em detrimento do pacto constitucional, mas que o próprio povo deverá contar com maiores possibilidades de acesso à jurisdição constitucional, de modo que sua voz e posição também seja objeto de consideração, igualmente destinada a assegurar a força normativa da Constituição.[84]

---

[79] MARINONI, Luiz Guilherme. **Controle de Constitucionalidade e Diálogo Institucional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2022, p. 129.
[80] MARINONI, Luiz Guilherme. **Controle de Constitucionalidade e Diálogo Institucional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2022, p. 129.
[81] ABBOUD, Georges. **Processo Constitucional Brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019, p. 1405.
[82] MARINONI, Luiz Guilherme. **Controle de Constitucionalidade e Diálogo Institucional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2022, p. 130.
[83] MARINONI, Luiz Guilherme. **Controle de Constitucionalidade e Diálogo Institucional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2022, p. 132.
[84] ABBOUD, Georges. **Processo Constitucional Brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019, p. 1405.

Sem isso, é no mínimo temerário - para não dizer falacioso - apregoar que se dispõe de uma democracia constitucional. A quebra do monopólio da interpretação constitucional é medida que se impõe.[85]

Assim, numa perspectiva propositiva, destinada a fomentar democracia constitucional legítima, estruturada a partir da lógica do diálogo e atenta às indevidas ingerências do ativismo judicial, na linha de Georges Abboud e Luiz Guilherme Marinoni, defende-se:

i. a preservação da autonomia do direito: decisões jurídicas devem ocorrer mediante regramento próprio, pautado por signo binário lícito/ilícito. Tanto hermeneutas quanto sistêmicos admitem que há conexão entre o direito e a política, ou entre o direito e a economia, porém, não há aí justificativa para que lógica eleitoreira ou lucrativa confiram o tom da prestação jurisdicional. Decisões judiciais que se pautam por influência extrajurídica são ativistas e discricionárias. É um ataque à Constituição, ao processo democrático e a própria democracia constitucional, porquanto, não se amparando em lastro jurídico ou mesmo assumindo viés híbrido, prejudica-se a realização de controle intersubjetivo, prerrogativa indispensável ao fomento de democracia legítima;[86]

ii. o respeito à legislação democraticamente instituída: a tomada de decisões públicas fundadas na lei não é conquista de somenos importância. Até então, trata-se do melhor arquétipo estrutural identificado pela humanidade para promoção de convivência possível entre seres, por vezes, muito diferentes. À luz desta premissa, qualquer alteração legislativa, que não conta com ampla margem para diálogo público e aberto, equivale a atentado ao Estado de Direito e a democracia. Por mais que as leis estejam sujeitas a alterações, o que é próprio de uma sociedade política mutante, jamais se deve olvidar o devido respeito à legislação democraticamente instituída. Enquanto a decisão judicial ocorre mediante análise de número reduzido de juízes, a legislatura é composta por centenas de parlamentares eleitos pelo povo. Logo, a legislatura é o ambiente mais adequado à promoção de diálogo, argumentação e apuração de razões. Por óbvio, dispõe de maior potencial para representar os mais diversos segmentos da sociedade, preservando-a do ativismo e discricionariedade, notas características de uma jurisprudência lotérica;[87]

iii. a observância das exigências da legitimidade: o Judiciário assegura a legitimidade de sua atuação ao manter suas decisões alinhadas com a Constituição e demais leis que regem o Estado. A referência normativa é o ponto de segurança da judicatura. É a medida que se aproxima dos domínios da política ou economia, que mais acentuadamente fragiliza-se perante a sociedade, ainda que a decisão, pontualmente considerada, atenda a majoritário ou minoritário clamor popular. A missão do prestador jurisdicional não é agradar este ou aquele grupo, mas identificar as melhores soluções disponibilizadas pelo referencial normativo. É daí que emerge a legitimidade de sua autoridade, bem como a ideia de moralidade constitucional, isto é, a submissão moral do Judiciário à Constituição. Investido deste espírito, o julgador é dotado de uma segunda natureza, esta sim, adequada ao exercício da judicatura, porquanto fiscal de suas próprias nuances subjetivistas. No exercício deste plano de atuação, o julgador se reconhece como instrumento da democracia, que embora funcionalmente independente, deve cultivar coerência metodológica e filosófica. Suas convicções pessoais devem ceder ante as convicções constitucionais, porquanto a decisão judicial é local adequado ou legítimo para exposição ou imposição de suas escolhas pessoais. Daí seu permanente compromisso de se manter íntegro e disposto a prestar contas a respeito de suas opções decisórias. Desta atitude e disposição decorrem a legitimidade de sua investidura para a função;[88]

[85] ABBOUD, Georges. **Processo Constitucional Brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019, p. 1408.
[86] ABBOUD, Georges. **Processo Constitucional Brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019, p. 1374 - 1375.
[87] ABBOUD, Georges. **Processo Constitucional Brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019, p. 1376 - 1382.
[88] ABBOUD, Georges. **Processo Constitucional Brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019, p. 1383 - 1388.

iv. a virtude passiva: tendo por referência a realidade brasileira, afirma-se, que nem toda decisão do Supremo Tribunal Federal corresponde a precedente. Em regra, como se sabe, o precedente decorre de controle concentrado de constitucionalidade, observada maioria absoluta para formação da convicção da Corte. Por isso, é temerário que para além da repercussão geral, seja imputado efeito vinculante a decisões em recurso extraordinário. A decisão restringe-se ao caso concreto, não vinculando os demais poderes. Persuade o parlamento quando do trato da matéria, contribuindo com o diálogo institucional, mas não impõe aos poderes da República e aos cidadãos aquilo que ainda não foi objeto de deliberação e votação parlamentar. Em tese, ambiente com mais condições de exprimir a vontade do povo, legítimo detentor do poder. Se a matéria ainda não foi objeto de deliberação legislativa, isto é, se ainda não há lei, não há razão para que a Corte Constitucional assuma posição binária, seja pela constitucionalidade, seja pela inconstitucionalidade. A margem de ação da Corte em hipóteses similares decorre de omissão legislativa e não de item que ainda carece de amadurecimento em searas naturalmente dotadas de maior legitimidade democrática. Ante lide desta natureza, sobretudo em recurso extraordinário, pautado por caso concreto e restrito às partes, deve a Corte contar com a possibilidade de não decidir. Ensina Marinoni, que o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça não se destinam à resolução de litígios, mas a atribuição de sentido, respectivamente, à Constituição e às leis infraconstitucionais. Logo, o duplo grau de jurisdição seria mais do que suficiente para a oferta de resposta estatal à demanda, devendo ser absolutamente ordinário e justificável o silêncio dos tribunais superiores ante demandas ainda não sujeitas ao crivo eleitoral;[89]

v. o minimalismo: em termos práticos, o exercício do minimalismo consiste em abertura para o diálogo. Mesmo em sede de controle de constitucionalidade concentrado, nada impede que o julgador impeça a aplicação de efeito vinculante ou repercussão geral a toda a matéria conduzida à sua apreciação. Desta forma, julgando o caso constitucional com restrições, inclusive, se necessário, renunciando interpretação mais aprofundada, o julgador reconhece que a matéria apreciada ainda não conta com o amadurecimento oriundo do processo democrático, sendo mais prudente reservar o item para oportunidade futura;[90]

vi. a técnica do "second look": como desdobramento da virtude passiva e do minimalismo, considera-se a possibilidade conferir ao parlamento, e, por consequência, ao povo, a oportunidade de reavaliar os contornos imputados à matéria. Trata-se do reconhecimento de que a matéria ainda não está madura para julgamento, sendo precoce e temerária a intervenção judicial. Mesmo que o julgamento ocorra, declarando-se a inconstitucionalidade, por exemplo, nada impede que, mediante fundamentação, o Judiciário reenvie a matéria ao Legislativo, pontuando os benefícios que poderiam advir do aprimoramento da discussão, protagonizada por nova análise parlamentar. Nessa perspectiva, a admissão de um "segundo olhar", significa aceitar a provisoriedade da decisão constitucional, a ausência das melhores condições para tomada de decisão e o reconhecimento de sua própria falibilidade.[91]

Por certo, a apuração das matérias sob novas perspectivas minimiza o ativismo judicial, inspiram o diálogo institucional e potencializam a influência popular, fonte legítima e soberana da democracia.

CONCLUSÃO

A jurisdição constitucional é uma das maiores conquistas político-jurídicas da humanidade. Sua capacidade de amparar minorias e hipossuficientes quando do ataque das

[89] MARINONI, Luiz Guilherme. **Controle de Constitucionalidade e Diálogo Institucional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2022, p. 149 - 159.
[90] MARINONI, Luiz Guilherme. **Controle de Constitucionalidade e Diálogo Institucional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2022, p. 186 - 187.
[91] MARINONI, Luiz Guilherme. **Controle de Constitucionalidade e Diálogo Institucional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2022, p. 208 - 209.

maiorias, num esforço contramajoritário, consiste em fortuna civilizatória a ser usufruída pelas presentes e futuras gerações.

Entretanto, como tudo que nos é caro, o exercício desta potencialidade demanda temperança, a fim de que o bem não se converta em opressão, especialmente caracterizada por ataques velados à legitimidade democrática.

Para que isso ocorra, necessário é lembrar que o pressuposto basilar da democracia não é a autoridade, mas o diálogo; a igualdade, e não a hierarquia. O diálogo com pluralidade deve ser sempre a tônica do Estado escolhido, o Democrático de Direito.

A fim de materializar a proposta, ante a histórica hipertrofia do Poder Judiciário, útil é a institucionalização de mecanismos preventivos, verdadeiros anteparos ao ativismo judicial, a exemplo da preservação da autonomia do direito, o respeito à legislação democraticamente instituída, a observância das exigências da legitimidade, a virtude passiva, o minimalismo e a técnica do "second look", entusiasticamente apregoadas por Abboud e Marinoni.

REFERÊNCIAS

ABBOUD, Georges. **Processo Constitucional Brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019, p. 95 - 97.

ACKERMAN, Bruce. **A nova separação dos poderes**. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2009.

BARROSO, Luís Roberto. **Contramajoritário, representativo e iluminista: os papéis das supremas cortes e tribunais constitucionais nas democracias contemporâneas**. Revista Interdisciplinar de Direito: Faculdade de Direito de Valença, v. 16, 2018.

BARROSO, Luís Roberto Barroso. **Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática**. Thesis, Rio de Janeiro, vol.5, nº 1, 2012.

BARROSO, Luís Roberto. **Os Grandes Julgamentos da História**: **Marbury contra Madison**. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2018.

BOBBIO, Norberto. **A Teoria das Formas de Governo**. Brasília: Universidade de Brasília, 1980.

CAMAZANO, Joaquín Brage. **Estudio introductorio: El Tribunal Constitucional en Alemania, com particular referencia al pensamiente de Peter Häberle y Konrad Hesse**. In: Peter Häberle, Estudios sobre la jurisdicción constitucional.

COMPARATO, Fábio Konder. **Afirmação Histórica dos Direitos Humanos**. São Paulo: Saraiva, 2004.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de Teoria Geral do Estado**. São Paulo: Saraiva, 2007.

HÄBERLE, Peter. **El Tribunal Constitucional Federal como modelo de una jurisdicción constitucional autônoma**. In: Peter Häberle, Estudios sobre la jurisdicción constitucional.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Controle de Constitucionalidade e Diálogo Institucional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2022.

NEVES, Marcelo. **Entre Têmis e Leviatã**: uma relação difícil. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

NOVAIS, Jorge Reis. **Direitos como trunfos contra a maioria – sentido e alcance da vocação contramajoritária dos direitos fundamentais no Estado de Direito Democrático**. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2007.

POGGI, Gianfranco. **A Evolução do Estado Moderno**. Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1981.

RODRIGUES, Lêda Boechat. **A Corte Suprema e o Direito Constitucional Americano**. Rio de Janeiro: Forense, 1958.

SCAVUZZI, Maira. **Juízes fazem justiça?** São Paulo: Casa do Direito, 2021.