

RESUMO

Ativismo Judicial: entre o mito e a juristocracia velada

É bastante comum a confusão entre duas expressões totalmente distintas: judicialização da política e ativismo judicial. A primeira refere-se a um processo social onde o Juiz-Estado é instado a resolver as mais variadas questões desde contendas entre vizinhos na seara privada a questões políticas no âmbito da esfera pública. A judicialização da política é a sequência desse processo, cujo poder constituinte originário potencializou ao dotar o Supremo Tribunal Federal com dois tipos de controle de constitucionalidade, ampliando o leque das instituições que podem acioná-lo e ao estabelecer a Suprema Corte como última voz sobre o Texto Constitucional. A segunda refere-se à atuação dos próprios juízes e tribunais em geral, e à atuação da Suprema Corte em especial, quando ultrapassam a tênue linha que separa as competências dos três poderes da República. Esse artigo apresenta um debate teórico no intuito de esclarecer as diferenças entre ambas expressões.

Palavras-chave: judicialização; política; ativismo; judicial; diferença; teoria

ABSTRACT

The confusion between two totally different expressions is quite common: judicialization of politics and judicial activism. The first refers to a social process where the Judge-State is urged to solve the most varied issues from disputes between neighbors in private, to political issues in the scope of the public sphere. The judicialization of politics is the sequence of this process, whose original constituent power has potentiated by endowing the Federal Supreme Court with two types of constitutional control, expanding the range of institutions that can trigger it, and by establishing the Supreme Court as the final voice over the Constitutional text. The second refers to the performance of the judges and courts in general, and to the work of the Supreme Court in particular, when they go beyond the tenuous line separating the powers of the three branches of the Republic. This article presents a theoretical debate in order to clarify the differences between both expressions.

Keywords: judicialization; politics; activism, judicial; difference; theory

Ativismo Judicial: entre o mito e a juristocracia velada

Leon Victor de Queiroz Barbosa¹

Ernani Carvalho²

A melhor arte de interpretação das leis, e mesmo o uso da mais simples e precisa linguagem legislativa, sempre deixam, de qualquer modo, lacunas que devem ser preenchidas pelo juiz e sempre permitem ambiguidades e incertezas que, em última análise, devem ser resolvidas na via judiciária. Em outros termos, o juiz sempre será forçado a ser livre dadas as dificuldades enfrentadas pela ciência da interpretação. (Cappelletti, Mauro, 1993, p. 20)

INTRODUÇÃO

O objetivo deste artigo é distinguir a judicialização da política do ativismo judicial, dois termos que erroneamente são tratados como um só. A judicialização é um fenômeno ligado às atribuições dos tribunais, pois deles depende para que haja espaço para contendas específicas, tendo sido potencializado pela autorização da revisão judicial e demais permissivos legais (que constam do rol do que chamamos de empoderamento institucional), mas depende de outros órgãos já que o Judiciário é inerte.

No Brasil, o STF vem sendo levado a decidir questões da arena política, por uma série de fatores formais: 1) revisão judicial e controle de constitucionalidade (inclusive preventivo); 2) obrigação legal de ter de se posicionar sobre os assuntos que lhe são apresentados, principalmente quando há lacuna normativa; 3) competências mistas, quando o STF age como Suprema Corte na revisão judicial de maneira ampla e direta, e quando age como tribunal recursal em casos específicos (desde que comprovada a repercussão geral); 4) instância originária para abusos cometidos pelos políticos, através de mandados de segurança, etc.

Na visão clássica de Tate e Vallinder (1995), a judicialização é um termo curto para explicar o processo de protagonismo dos tribunais em dois níveis: 1) normativo, através da

1 Professor Adjunto da Universidade Federal de Campina Grande (UFCG). Email: leon.victor@ufcg.edu.br

2 Professor Associado da Universidade Federal de Pernambuco (UFPE). Email: ernani.carvalho@ufpe.br

revisão judicial (que inclui o desenho institucional das Cortes ou Conselhos, o processo de recrutamento dos membros, suas garantias individuais e institucionais, as prerrogativas e competências e os autorizados a acionar o mecanismo de revisão), 2) empírico, através do uso efetivo da revisão judicial (como forma de driblar [by-pass] o Executivo e o Legislativo na elaboração de políticas públicas, como forma de reforçar o papel da oposição, como revisor do processo legislativo, ao aperfeiçoar as leis e como implementador da Constituição Federal).

A judicialização é, portanto, consequência da expansão do modelo de revisão judicial e de sua frequente utilização por atores políticos. O ativismo, por outro lado, pode ser consequência inevitável da judicialização, ou condição suficiente para interferência dos tribunais na arena política. A Assembleia Nacional Constituinte brasileira (1986 a 1988), manteve a revisão judicial americana, já institucionalizada em constituições anteriores, mas não importou a regra do precedente (a súmula vinculante só chegou 18 anos depois). Importou a revisão judicial austríaca (mais restrita), mas ampliou o rol de legitimados a propor as ações que questionam a constitucionalidade. Some-se a isso uma constituição hiper-dirigente (ampla e detalhada) ao controle de constitucionalidade por omissão e tem-se o ambiente institucional perfeito, ou o nível de poder institucional adequado, para que o Judiciário se torne protagonista no processo decisório.

2. ATIVISMO JUDICIAL OU JUDICIALIZAÇÃO?

Roosevelt III (2006) entra no debate entre conservadores (para os quais a Constituição é imutável) e progressistas (que defendem uma reinterpretação atualizada com base em novos contextos culturais). A pergunta principal de seu livro é como nós podemos definir se uma decisão judicial é legítima (essencialmente o exercício apropriado da autoridade judiciária). “Cidadãos ou oficiais do governo podem discordar de uma decisão legítima, mas ela não abre espaço para acusar o juiz de exceder seu papel³” (Roosevelt III, 2006, pos. 327 de 2464). Se a Suprema Corte toma uma decisão razoável ao (in)deferir uma ação do governo sob sua revisão, seja do Executivo ou do Legislativo, e essa decisão está dentro do comportamento aceitável de seus membros, o Tribunal não pode ser condenado por essa decisão. O autor enxerga o ativismo judicial como algo nocivo através do qual juízes extrapolam o papel delimitado pela Constituição.

As pessoas chamam o Tribunal de ativista, porque elas discordam das decisões. Mas o tipo de pessoas que usa o termo ‘ativista’ está geralmente discordando por questões políticas; as decisões que ele vê como ilegítimas são aquelas cujos resultados ele não gosta. Se o Direito Constitucional não fosse nada além de política, esse criticismo poderia fazer sentido, embora também não seja persuasivo para qualquer um que não compartilhe as crenças políticas dos críticos. Mas decisões em questões constitucionais envolvem mais do que política, e nós podemos usar padrões não políticos para julgar o Tribunal⁴ (Roosevelt III, 2006, pos 2155 de

3 Citizens or government officials may disagree with a legitimate decision, but it provides no basis for charging that the judges have exceeded their proper role.

4 People call the Court activist because they disagree with its decisions. But the kind of people who used the word “activist” are generally disagreeing on political grounds; the decisions they see as illegitimate are the ones whose results they do not like. If constitutional law was nothing more than politics, these criticisms might make sense, though they would also be unpersuasive to anyone who did not share the critic’s political beliefs. But constitutional decision-making involves more than politics, and we can use nonpolitical stan-

2464).

O cerne de suas preocupações é saber se a Suprema Corte assumiu mais poderes do que a Constituição lhe deu. Para Roosevelt III, a Suprema Corte dos Estados Unidos vem cumprindo com seu papel, ao analisar seis casos emblemáticos: Direitos homossexuais (Romer, Lawrance e Goodridge), Aborto (Roe e Casey), Desapropriações (Kelo vs. Cidade de New London), Laicidade do Estado, Pena de Morte (Roper e Atkins) e Reforma do financiamento de campanha. Portanto, o autor conclui que o ativismo judicial nos Estados Unidos é um mito.

Entretanto, diferente da questão americana, onde os juízes têm mais liberdade para criar direitos, no Brasil o positivismo jurídico impede que os juízes possam ir além da norma posta. Nesse contexto, extrapolar seu papel atrairia mais críticas, como de fato vem atraindo. Mas essa maior atividade jurisdicional pode não significar algo negativo ou ruim para a democracia. “O termo ativismo judicial indica que a Corte está deixando de se restringir à atividade interpretativa, para estabelecer condutas, criando direito novo” (Soares, 2010, p. vi). O problema dessa discussão sobre ativismo judicial, é que ela termina com um exercício interpretativo, entre o que consta na Constituição e o que, de fato, os tribunais estão fazendo. O direito ao casamento por pessoas do mesmo sexo é um exemplo claro. A Constituição brasileira ao se referir a casamento, não obriga de forma direta aos nubentes serem de sexos opostos. Isso é feito em relação à União estável. Porém, nossa Carta Política é repleta de princípios explícitos e implícitos, princípios esses que são considerados norma, portanto, sendo válidos no exercício jurisdicional. Nesse caso, o ativismo judicial do STF em ir além do que continham os dispositivos não principiológicos, garantiu direitos por criação jurisprudencial. E não se viu nenhuma entidade defensora de direitos homossexuais reclamar que houve ativismo judicial (como algo negativo).

No Brasil, um estudo mais sofisticado que o de Roosevelt III buscou mostrar que não há um processo de judicialização, mas de representação política pelo exercício judicial corroborando a tese de Robert Alexy (2007), para quem as supremas cortes têm prerrogativa de representação do cidadão.

O estudo mais elaborado foi feito por Thamy Pogrebinski (2011), no qual procurou contestar o senso comum produzido pela mídia, de que o grande número de ADIs (Ação Direta de Inconstitucionalidade) seria um indicador para a judicialização da política. Com uma análise empírica sobre as ADIs, a autora mostra uma postura adequada e coerente por parte do STF, negando inércia ou deficiência por parte do Congresso. Segundo ela, a Suprema Corte brasileira vem exercendo sua função contra-majoritária de forma comedida, e fortalecendo a vontade majoritária (pela via do controle de constitucionalidade) expressa pelas instituições representativas. A tabela abaixo, de elaboração da autora, resume a atuação do STF.

Tabela 1 Atuação do STF pela via do Controle de Constitucionalidade entre 1989 e 2009

Número de Normas Promulgadas pelo Congresso	Tipo da Norma	Número de normas derubadas pelo STF	% do total
4541	Leis Ordinárias	37	0,814

dards do judge the Court.

76	Leis Complementares	4	5,263
62	Emendas à Constituição	5	8,064
8070	Decretos Legislativos	0	0
12749	Todas	46	0,360

Fonte: Pogrebinschi, 2011.

Pelos dados acima expostos, não é possível concluir que não haja judicialização. A questão é de natureza conceitual. A judicialização, enquanto processo de deslocamento da arena decisória de grandes questões políticas⁵ para o Poder Judiciário vem aumentando gradativamente no país, assim como vem aumentando gradativamente o poder institucional do Judiciário. O que se pode concluir dos dados acima, é que a atitude do STF, em exercer moderadamente seu poder contra-majoritário e ser deferente aos órgãos representativos, configura o que Roosevelt III chamou de “comportamento aceitável de seus membros”. Adaptando os dados acima ao modelo de Lijphart (2012), pode-se dizer que a revisão judicial no Brasil é fraca⁶, comparativamente aos demais países. Vale ressaltar que a revisão judicial brasileira tem pouco mais de duas décadas e vem sendo ampliada e estabilizada. Consequentemente ocorre uma maior institucionalização e consolidação do Poder Judiciário.

3. PROCESSO DE JUDICIALIZAÇÃO E O EMPODERAMENTO DAS SUPREMAS CORTES

A supremacia constitucional, conceito que há muito tempo é o maior pilar da ordem política dos Estados Unidos, é compartilhado hoje por mais de cem países. Da Ásia à América Latina, passando por países europeus como Alemanha, Espanha, Rússia e Turquia, houve forte aderência ao constitucionalismo durante suas respectivas transições democráticas. Há uma tendência global de constitucionalização, onde até Reino Unido, Israel e Nova Zelândia, considerados últimos bastiões da soberania do parlamento, aderiram ao constitucionalismo moderno. A maior parte desses países adotou recentemente uma Constituição ou sofreu uma revisão constitucional, para incorporar direitos humanos e para introduzir algum tipo de revisão judicial (Hirschl, 2008).

Uma das principais consequências dessas transformações, tem sido a judicialização de políticas – a dependência cada vez mais acelerada de meios judiciais, para abordar os principais dilemas morais, questões de políticas públicas e controvérsias políticas. “Armadas” com esse novo procedimento de revisão judicial, supremas cortes nacionais frequentemente são chamadas para resolver um amplo leque de assuntos, incluindo liberdade de expressão e de religião, direitos de privacidade e igualdade e políticas públicas sobre propriedade, comércio, educação, imigração, trabalho e proteção ambiental (Hirschl, 2008).

⁵ Como a cláusula de barreira, a distribuição das bancadas estaduais na Câmara dos Deputados, os critérios distributivos do Fundo de Participação dos Estados, as pesquisas com células tronco, o aborto de feto anencefálico, o casamento homoafetivo, a distribuição dos royalties do petróleo, o financiamento de campanha, entre outros.

⁶ Ver gráfico 2 para maiores detalhes.

É evidente a influência dos Estados Unidos, onde o legado da revisão judicial completa seu bicentenário, onde os tribunais têm um papel central no processo decisório. Em anos recentes, a judicialização da política foi além de questões jurídicas ou cooperação internacional, para abranger o que Hirschl chama de grandes políticas (questões de extrema e absoluta significância política que muitas vezes definem e dividem os políticos). Esse alcance vai de resultados eleitorais e apoio a mudanças no regime, a questões de paz e guerra e até à construção/manutenção do sistema político. Segundo Hirschl (2008, p. 95), “Aharon Barak, ex-presidente da Suprema Corte de Israel afirmou: ‘nada está fora do alcance da revisão judicial; o mundo está cheio de leis, qualquer um e qualquer coisa estão sujeitos aos tribunais’, e parece que esse mote se tornou mundialmente aceito pelas cortes”.

Hirschl argumenta que, enquanto os constitucionalistas dos Estados Unidos têm se preocupado em limitar os poderes do Executivo, em questões de guerra e terrorismo, a expansão global do poder judicial está em marcha. Embora muitas questões ainda estejam fora do alcance dos tribunais, há uma grande deferência legislativa ao Judiciário e à crescente (e frequentemente bem vinda) intrusão da Justiça, nas prerrogativas do Executivo e do Legislativo. A partir desse desenho institucional, surgiu uma grande confiança em meios judiciais para esclarecer e resolver controvérsias morais fundamentais e altos litígios políticos, transformando Tribunais nacionais em principais órgãos de decisão política.

Há muito tempo o grande tema da judicialização já deixou o que Hirschl chama de “Jurisprudência Jurídica”. A maior parte dos estudos ainda baseia-se no modelo americano de jurisprudência e ativismo judicial. Segundo o autor, esse modelo não é preciso e não capta o atual cenário da judicialização das grandes políticas. Para Hirschl, os trabalhos que procuram explicar (não apenas descrever) a judicialização da política, por uma questão de simplificação, podem ser agrupados em quatro abordagens:

- 1) Funcionalistas – atribuem a judicialização da política das décadas recentes à proliferação dos níveis de governo e a emergência correspondente à ampla variedade de agências administrativas regulatórias semiautônomas (Shapiro e Stone-Sweet, 2002). De acordo com essa abordagem, tribunais independentes munidos de revisão judicial são necessários devido à expansão da administração do estado. A expansão do poder desses órgãos administrativos ao elaborar políticas públicas, os coloca como passíveis de sofrerem demandas judiciais (Feeley e Rubin, 1998 apud Hirschl, 2008, p. 95). Alguns atribuem ao aspecto supranacional do Judiciário central, coordenando problemas complexos e regulando relações entre os estados membros;
- 2) Centrados no Direito – enfatizam a prevalência do discurso dos direitos ou a maior sensibilização para as questões de direitos. Isso acontece quando instituições judiciais são vistas por movimentos sociais, grupos de interesse e ativistas políticos como sendo mais respeitáveis, mais imparciais e efetivos órgãos decisórios, do que outras instituições vistas como extremamente burocráticas ou enviesadas (Tate e Vallinder, 1995).
- 3) Institucionalistas – algumas características institucionais (mantendo todas as demais constantes) são mais hospitaleiras à judicialização. No mínimo a judicialização da política requer o estado democrático de direito, algum nível de legitimidade do sistema le-

7 Aharon Barak, the former proactive president of the Supreme Court of Israel, once said that “nothing falls beyond the purview of judicial review; the world is filled with law; anything and everything is justiciable,” and it seems that this motto has become widely accepted by courts worldwide.

gal, relativa independência, e um tribunal respeitado dotado de alguma revisão judicial. Consequentemente a proliferação da democracia levou a uma separação dos poderes e em alguns casos, entre as esferas de governo (central/local). Isso também ocasionou o estabelecimento de regras procedimentais de governo e de processo decisório, no qual atores políticos precisam aderir. Nesse sentido, a persistência e estabilidade do sistema requer, no mínimo, uma corte supostamente apolítica e semiautônoma para servir como árbitro imparcial, em disputas relativas às regras fundamentais do jogo político. Uma ativa revisão judicial é tanto um pré-requisito, quanto um subproduto de uma democracia viável em sistemas federalistas.

Os modelos de revisão judicial adotados por democracias constitucionais variam em suas características procedimentais. A variação tem implicações na natureza da revisão judicial a exemplo de países como França (controle prévio, via Conselho Constitucional e posterior, via Tribunal), e Estados Unidos, com um controle a posteriori (mais restrito).

4) Centrados nos Tribunais – Juízes e tribunais são as forças principais por trás da expansão do poder judicial. Essa abordagem é compartilhada por constitucionalistas, que frequentemente tratam juízes não eleitos como um poder confiscado dos agentes eleitos, ilustrando a dificuldade contra-majoritária, ou a tensão entre princípios democráticos de governo e revisão judicial. Tanto esquerda, quanto direita acusam juízes de gananciosos pelo poder, e Cortes de imperialismo ao expropriar a constituição, sendo muito agressivos ou ultra envolvidos em decisões políticas e morais, desconsiderando assim o princípio da separação de poderes e governança democrática (Tushnet 1999, Bork 2002, Kamer 2004, Waldron 2006 apud Hirschl, 2008). Entretanto, para Hirschl, nenhuma dessas quatro abordagens trata seriamente Tribunais como instituições políticas.

Analisando o caso de Israel, Hirschl traz reflexões teóricas sobre as origens políticas do empoderamento judicial, através do processo constitucional. Para ele, a expansão do poder judicial se dá através da constitucionalização de direitos e fortalecimento da revisão judicial. Na maior parte dos países em que houve aderência à constitucionalização dos Direitos Humanos, o Judiciário se intrometeu progressivamente nas prerrogativas do Legislativo e do Executivo, limitando a flexibilidade dos decision-makers. “[...] o crescente fenômeno comum do empoderamento judicial através dessas reformas aparenta, à primeira vista, ir de encontro aos interesses dos poderes representativos. Como, então, se explica a transferência voluntária de poder das arenas decisórias majoritárias para, as Altas Cortes nacionais através da constitucionalização?” (Hirschl, 2001, p. 315).

Uma análise da revolução constitucional israelense de 1992 pode oferecer uma explicação da aparentemente contra intuitiva, mas crescentemente popular transferência de autoridade de poder decisório da legislatura e do executivo para o Judiciário através da constitucionalização de direitos e fortalecimento da revisão judicial em um cenário de fragmentação política⁹ (Hirschl, 2001, p. 315).

8 [...] the increasingly common phenomenon of judicial empowerment through these reforms seems, prima facie, to run counter to the interests of legislative and executive powerholders. How, then, do we explain the voluntary transfer of power from majoritarian policymaking arenas to national high courts through constitutionalization?

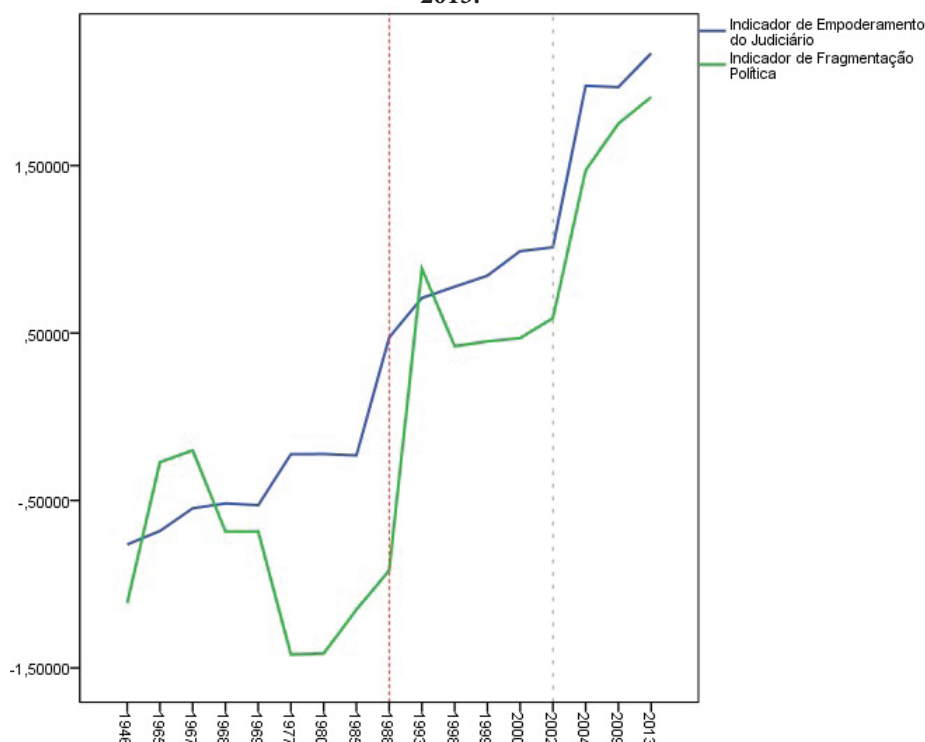
9 An analysis of the political origins of Israel's 1992 constitutional revolution can offer an explanation of the seemingly counterintuitive but increasingly popular transfer of policymaking authority from legislatures and executives to judiciaries through the constitutionalization of rights and the fortification of judicial review

Hirschl argumenta que o empoderamento judicial conscientemente deliberado, é uma forma de preservação hegemônica. A lógica contra intuitiva dessa tese é evidenciada pelos acontecimentos anteriores a 1992, quando a elite político-econômica hegemônica e os operadores jurídicos (Advogados, Magistrados, membros do Ministério Público, etc.), além de fatores sociológicos sistêmicos determinaram o momento, extensão e a natureza da revolução constitucional israelense. Essa mesma dinâmica ocorreu com o Brasil.

4. O ATIVISMO JUDICIAL E A “SUPREMOCRACIA”

Segundo Andrei Koerner (2013, p. 69) o termo ativismo judicial tem caráter polêmico, ambíguo e tem causado dificuldades em sua utilização, para analisar e classificar decisões particulares e carga valorativa. O debate é o mesmo travado por Roosevelt III, sobre a atuação apropriada da Suprema Corte em relação às prescrições constitucionais. Segundo Koerner, o termo ativismo judicial foi utilizado pela primeira vez por Arthur Schlesinger em um artigo da revista Fortune em 1947. Koerner explora o termo através de três dimensões: institucional, prática jurídica e histórica. Ele afirma que “o que tem sido chamado de ativismo judicial no Brasil resulta de uma aliança entre a presidência da República e elites jurídicas a partir de 2002, voltada a promover as políticas do novo governo e a configurar um novo regime governamental” (Koerner, 2013, p. 85). O argumento de Koerner é ilustrado no gráfico 1, onde fica nítido o alinhamento entre fragmentação política (nessa pesquisa tratada como fragmentação partidária) e empoderamento judicial.

Gráfico 1 Indicador de Empoderamento Judicial e Indicador de Fragmentação Partidária entre 1945 e 2013.



Fonte: Barbosa, 2015.

in internally fragmented polities

Os estudos de Pogrebinski (2011) mostram um processo de representação através da Justiça e de negação de uma judicialização, principalmente em função do impacto das decisões do STF dentro da revisão judicial abstrata. Entretanto, Oscar Vilhena Vieira (2008) já chamava a atenção para o protagonismo do Supremo Tribunal Federal, em decidir questões geralmente ligadas à arena legislativa, citando casos emblemáticos, que o autor chama de atuações supremocráticas: pesquisas com células-tronco, fidelidade partidária e crimes hediondos. Outrossim, podemos adicionar mais casos: cláusula de barreira, análise dos vetos do Executivo pelo Legislativo, nova partilha dos royalties do petróleo (ainda em julgamento), uniões civis homoafetivas, tempo de televisão para partidos recém-criados, financiamento de campanha, e outros mais que estão por vir e virão.

O constitucionalista e atual Ministro do Supremo Tribunal Federal, Luis Roberto Barroso é crítico da atuação do STF fora dos limites dados pela Constituição, situação que ele classifica como ativismo judicial, pois na sua visão

o ativismo é um modo expansivo de interpretar a Constituição para averbar situações que não foram contempladas pelo constituinte e o legislador. Eu qualificaria na rubrica geral de ativismo decisões do Supremo em matéria de fidelidade partidária (Barroso, 2013a)¹⁰

Ainda segundo Barroso,

onde há regra expressa, vale a decisão do processo político majoritário. Ou seja, deve-se respeitar a deliberação do Congresso Nacional. Onde não há regra, o Judiciário pode avançar, ainda que com certo comedimento. 'Mas onde haja o direito fundamental de uma minoria em jogo, o Judiciário deve ser mais diligente e atento', e atuar com mais vigor (Barroso, 2013b)¹¹.

A força da revisão judicial brasileira pode ser fraca pelo viés quantitativo, mas uma análise mais qualitativa, mostra que o STF tem se mostrado o construtor da cidadania no Brasil (Barbosa e Marona, 2014) pela via jurisprudencial, e interpretação expansiva com base em princípios gerais, para fazer valer a Constituição. Assim como Vieira defende, o STF tem se tornado protagonista em questões-chave, normalmente decididas pelo Legislativo, cuja metodologia quantitativa não é capaz de captar. O debate jurídico sobre os impactos do ativismo judicial brasileiro é infundável. Tassinari (2013) vai na mesma linha de Roosevelt III argumentando que mesmo com dificuldade, o ativismo judicial pode ser sistematicamente compreendido como 1) decorrência do exercício do poder de revisar; 2) maior interferência do Judiciário em função da judicialização; 3) abertura à discricionariedade no ato decisório e 4) aumento da capacidade de gerenciamento processual do julgador.

Como já foi enfatizado aqui, o ativismo é a terceira etapa de uma cadeia de três: 1) empoderamento institucional com autorização dos incumbentes; 2) aumento das demandas judiciais em função desse empoderamento e 3) aumento ou surgimento de um ativismo judicial, em face do aumento do empoderamento e do aumento das demandas judiciais. E

10 Luis Roberto Barroso em entrevista ao site Conjur em 25 de maio de 2013, disponível em: <http://www.conjur.com.br/2013-mai-25/indicado-stf-barroso-critica-mudancas-frequentes-constituicao>

11 Luis Roberto Barroso, durante sua sabatina perante a CCJ, em 5 de junho de 2013, com cobertura do site Conjur, disponível em: <http://www.conjur.com.br/2013-jun-05/ativismo-judicial-tom-sabatina-luis-roberto-barroso-ccj-senado>

isso só ocorre porque o Supremo Tribunal Federal não estabeleceu claramente os limites de sua atuação. Ou seja, não há autorrestrrição ou autocontenção.

5. CONCLUSÃO: AUTORRESTRITÇÃO OU AUTOCONTENÇÃO

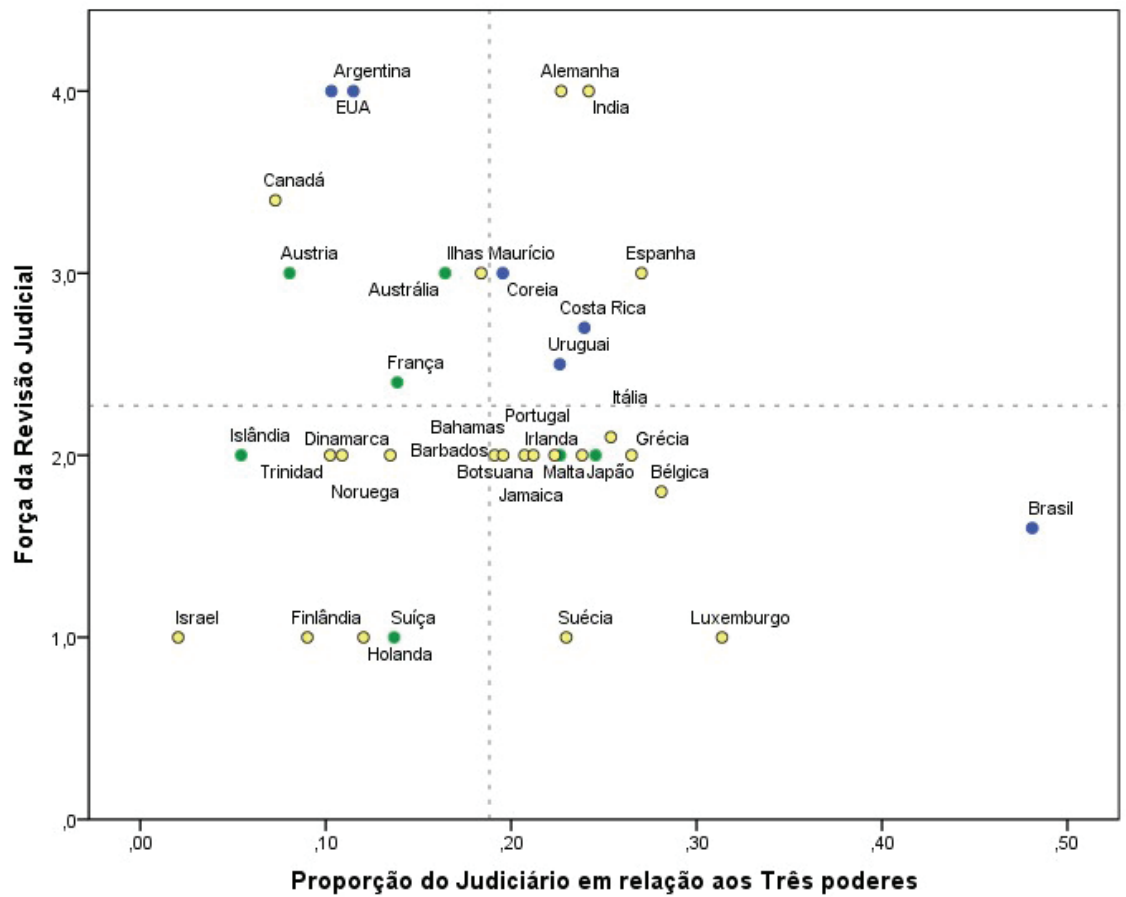
Diferentemente da atuação da Suprema Corte americana, pautada pelas decisões de seus membros, o Supremo Tribunal Federal brasileiro não fez nenhum exercício de limitação de sua atuação judicial. Uma pesquisa elaborada por Tassinari (2013) mostrou que, ao colocar os termos ativismo judicial, ativismo, ativista e autocontenção nos sites dos tribunais do Rio Grande do Sul (TJRS), Superior Tribunal de Justiça e Supremo Tribunal Federal, concluiu que poucos foram os acórdãos que fizeram menção a esses termos e mesmo assim em discussões muito rasas. Segundo ela

[...] os votos dos ministros do Supremo Tribunal Federal, a mais alta Corte do país, demonstram como a compreensão do ativismo ainda se mantém vinculada a uma boa atuação do judiciário, isto é, como consequência natural da intervenção do Judiciário para além de suas atribuições (Tassinari, 2013, p. 127).

Mesmo com a reforma do Judiciário, feita pela Emenda Constitucional nº 45 de 2004, o critério “limitador” da repercussão geral, não trouxe limitações ao STF no sentido de lhe restringir o poder, mas lhe permitiu otimizar as decisões no sentido de analisar poucos casos, cujos acórdãos serão utilizados para as demais situações. Além desse mecanismo otimizador, cujo objetivo era diminuir o fluxo de processos no Tribunal, a Emenda 45 agregou outro mecanismo de imposição às decisões do STF: a súmula vinculante. Como no Brasil o costume jurisprudencial (conjunto das decisões reiteradas sobre determinada matéria) é fonte secundária do Direito e não obriga os juízes a seguirem as decisões superiores, os posicionamentos do STF dentro do controle de constitucionalidade acabavam por não ter efeito vertical. A própria Ação Declaratória de Constitucionalidade – ADC, criada em 1993, justamente veio para vincular as decisões do Supremo nos casos que seriam objeto desse novo mecanismo processual, fazendo suspender a discussão nas instâncias inferiores que aguardariam a decisão central e a cumpriam. Entretanto, é notório que o STF busca não maximizar sua atuação na revisão judicial (isso fica visível quando se compara a força da revisão judicial brasileira com as de outros países, como exposto no gráfico 2), justamente para não despertar ainda mais descontentamento¹² no Legislativo, com supostas usurpações de competência. Esse aparente comedimento ilustrado nos dados, acaba por não resistir aos casos que estiveram na agenda do STF, como fidelidade partidária, verticalização das coligações partidárias e critérios de distribuição do Fundo de Participação dos Estados, e aos que estão em fase de julgamento como distribuição dos royalties do petróleo e financiamento de campanha.

12 Alguns deputados ligados à Bancada Evangélica entraram com Propostas de Emenda à Constituição, visando diminuir os poderes do STF, a exemplo da PEC 33, onde as decisões do STF em sede de controle de constitucionalidade passariam a ter quórum de 4/5 (80%) e deveriam ser votadas pelo Congresso para ter efeito vinculante. Esse movimento de restrição à Suprema Corte veio no seio de decisões que contrariaram interesses religiosos como a autorização de pesquisas com células-tronco, autorização de aborto de feto anencefálico e união homoafetiva.

Gráfico 2 Dispersão entre Revisão Judicial e Proporção do Judiciário em Relação aos Três Poderes



Fonte: Barbosa, 2015

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEX, Robert. (2007), *Constitucionalismo Discursivo*. Tradução de Luís Afonso Heck. Porto Alegre, Livraria do Advogado.

BARBOSA, Leon Victor de Queiroz, MARONA, Marjorie. (2014), *Judicialização à Brasileira? O Ativismo Judicial no Brasil para Além dos Números*. Anais do IX Encontro da ABCP. Brasília.

BARBOSA, Leon Victor de Queiroz. (2015), *O Silêncio dos Incumbentes: fragmentação partidária e empoderamento judicial no Brasil*. Tese de Doutorado. Programa de Pós-graduação em Ciência Política. Universidade Federal de Pernambuco.

BARROSO, Luis Roberto. (2013a), *Barroso critica mudanças constantes na Constituição*. Conj. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2013-mai-25/indicado-stf-barroso-critica-mudancas-frequentes-constituicao>. Acesso em 31 de julho de 2014.

BARROSO, Luis Roberto. (2013b), *Ativismo judicial dá o tom da sabatina de Barroso*. Conj. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2013-jun-05/ativismo-judicial-tom-sabatina-luis-roberto-barroso-ccj-senado>. Acesso em 31 de julho de 2014.

CAPPELLETTI, Mauro. (1993), *Juizes Legisladores?* Trad. de Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor.

CARVALHO NETO, Ernani Rodrigues de. (2005), *Revisão Abstrata da Legislação e Judicialização da Política no Brasil*. Tese de Doutorado. Universidade de São Paulo.

CARVALHO, Ernani. (2007), “Revisão Judicial e Judicialização da Política no Direito Ocidental”, *Revista de Sociologia e Política*, no 28: 161-179.

HIRSCHL, Rans. (2001), “The Political Origins of Judicial Empowerment through Constitutionalization: Lessons from Israel’s Constitutional Revolution”, *Comparative Politics*, vol. 33, no. 3: 315-335.

_____. (2004), *Towards Juristocracy: The Origins and Consequences of the New Constitutionalism*. Harvard, University Press.

_____. (2008), “The Judicialization of Mega-Politics and Rise of Political Courts”. *Annual Review of Political Science*, vol. 11: 93-118.

KOERNER, Andrei. (2013), “Ativismo Judicial? Jurisprudência constitucional e política no STF pós-88”, *Novos Estudos*, no. 96: 69-85.

LIJPHART, Arend. (1971), “Comparative Politics and Comparative Method”, *American Political Science Review*, vol. 65, no. 3: 682-693.

_____. (2003), *Modelos de Democracia*. Rio de Janeiro, Civilização Brasileira.

_____. (2012), *Patterns of Democracy: Government Forms and Performance in Thirty-Six Democracies*. 2 ed. Yale, University Press (Versão Kindle).

POGREBINSCHI, Thamy. (2011), *Judicialização ou Representação? Política, Direito e Democracia no Brasil*. Rio de Janeiro, Elsevier.

ROOSEVELT III, Kermit. (2006), *The Myth of Judicial Activism – Making sense of Supreme Court Decisions*. Yale, University Press.

SHAPIRO, Martin, STONE-SWEET, Alex. (2002), *On Law, Politics and Judicialization*. New York, Oxford University Press.

SOARES, José de Ribamar Barreiros. (2010), *Ativismo Judicial no Brasil: O Supremo Tribunal Federal como arena de deliberação política*. Tese de Doutorado. Programa de Pós-graduação em Ciência Política, IESP-UERJ.

TASSINARI, Clarissa. (2013), *Jurisdição e Ativismo Judicial: Limites da atuação do Judiciário*. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado.

TATE, Neal C. (1995), “Why The Expansion of Judicial Power?”, in TATE, Neal C, VALLINDER, Torbjörn (org.), *The Global Expansion of Judicial Power*. New York, University Press.

VALLINDER, Torbjörn. (1995), “When Courts Go Marching in”, in TATE, Neal C, VALLINDER, Torbjörn (org.), *The Global Expansion of Judicial Power*, New York, University Press.

VIEIRA, Oscar Vilhena. (2008), “Supremocracia”, *Revista Direito GV*, vol. 4, no. 2: 441-464.



UNIVERSIDADE
FEDERAL
DE PERNAMBUCO



CENTRO DE FILOSOFIA E
CIÊNCIAS HUMANAS

Departamento de
Ciência Política

Programa de Pós-Graduação
em Ciência Política



CAPES