

Grupo de Estudos

Os Desafios da Democracia no Século XXI

Coordenador: Prof. Dr. Bruno César Lorencini

Ativismo Judicial e Democracia: Reflexos do protagonismo judicial no Brasil pós-2014.

Andressa Deis Rodrigues

São Paulo – 2021

Resumo: Utilizando como referencial teórico o artigo “Juristas contra a democracia: Usos do direito e desintegração democrática no Brasil pós-2014”, elaborado em 2019 pelos pesquisadores Alexandre Douglas Zaidan, professor do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Católica do Salvador/UCSal, e Maurício Palma, doutor em Direito pela Universidade de Brasília, Unb, o trabalho busca compreender as repercussões do protagonismo judicial no cenário político brasileiro, com enfoque na crise política alastrada desde meados de 2014. Portanto, ao refletir sobre as problemáticas trazidas pelos autores, analisamos como os fenômenos do ativismo judicial e da instrumentalização das formas jurídicas repercutem na democracia contemporânea.

Palavras-chave: democracia, judicialização da política, ativismo judicial, luta anticorrupção, Operação Lava Jato.

Sumário

| | |
|---|----|
| 1. Introdução..... | 4 |
| 2. Os juristas, os juízes e a política no Brasil no pós-2014 | 5 |
| 2.1. Separação dos Poderes e protagonismo do Judiciário | 6 |
| 2.2. Judicialização da Política vs. Ativismo Judicial | 9 |
| 2.2.1. A redemocratização do país e a promulgação da Constituição de 1988 | 12 |
| 2.2.2. O sistema brasileiro de controle de constitucionalidade | 13 |
| 3. A instrumentalização das formas jurídicas e desintegração democrática..... | 15 |
| 3.1. Repercussões do Ativismo Judicial | 16 |
| 3.1.1. Legitimidade democrática da função jurisdicional | 16 |
| 3.1.2. Politização da Justiça | 18 |
| 3.1.3. Ativismo Judicial e Democracia | 20 |
| 4. Entre a juristocracia, a sobre inclusão e as elites jurídicas | 23 |
| 5. A influência da atuação midiática no cenário político brasileiro | 23 |
| 6. Considerações Finais | 26 |

1. Introdução

Os recentes acontecimentos políticos brasileiros representam um terreno fértil para inúmeros estudos que possibilitem sua compreensão. No que cerne ao Direito, a atuação do Poder Judiciário na esfera política configura um dos grandes objetos de análise, considerando a crescente tendência de protagonismo judicial.

É a problemática trazida pelos pesquisadores Alexandre Douglas Zaidan e Maurício Palma no artigo científico “*Juristas contra a democracia: Usos do direito e desintegração democrática no Brasil pós-2014*”, elaborado em 2019, no qual alertam sobre os impactos do ativismo judicial para o regime democrático.

Ao desenrolar do artigo, percebemos que seu objetivo principal é analisar a contribuição do direito para o aprofundamento da crise político-institucional brasileira. Para tanto, os autores demonstram a participação significativa de operadores do direito no referido processo, tendo em vista o protagonismo destes agentes em progressivas violações de expectativas juridicamente protegidas.

Para viabilizar a análise, o ano 2014 é utilizado como marco temporal por desencadear inúmeros acontecimentos relevantes para o fenômeno estudado, tais como o início da operação Lava-Jato, a ocorrência de eleições presidenciais e o crescimento de protestos populares. Portanto, o desenrolar político é analisado a partir de fatos políticos conectados com a atuação de figuras notórias no espectro jurídico.

Primeiramente, sob uma perspectiva histórica, foram observadas modificações no posicionamento destes agentes na sociedade. Se antes eram vistos como exercentes de funções politicamente neutras, restritas à interpretação e aplicação imparcial de leis, agora, através de suas atividades profissionais, são protagonistas de questões especialmente sensíveis, tais como a luta anticorrupção. Como suscitado, os representantes do judiciário alçaram a si próprios à condição de estabilizadores e catalisadores das tensões entre a política e o direito (CARVALHO; PALMA, 2020).

No desenvolvimento do estudo, é importante salientar a reflexão proposta pelos autores acerca do contexto socioeconômico privilegiado no qual os operadores do direito estão inseridos. Assim, diante do elevado nível de desigualdade social do país, estes agentes não economizariam articulações e esforços para a manutenção de seus privilégios, fenômeno ora entendido como “juristocracia”.

Em suma, ao reconhecer o impacto da atuação jurídica no cenário político brasileiro, os autores demonstram o papel estratégico da luta anticorrupção para a inclusão dos operadores do direito em um campo moralizador da política. Desta forma, o exercício imparcial, meramente técnico, de suas profissões seria prejudicado pela mobilização de discursos e representações carregadas de emoção, repercutindo diretamente nos princípios democráticos.

Então, podemos perceber que a tese dos autores foi desenvolvida a partir de três principais argumentos: (i) demonstração da moralização do discurso jurídico através da pauta anticorrupção (tópico 2); (ii) análise concreta sobre o contexto político brasileiro e os impactos do protagonismo jurídico para o regime democrático (tópico 3); e (iii) análise do fenômeno da juristocracia, pautado como um instrumento de manutenção de privilégios (tópico 4).

2. Os juristas, os juízes e a política no Brasil no pós-2014

Neste primeiro momento, os autores buscam demonstrar como a construção de uma imagem pública que relacionava o sistema de justiça ao combate à corrupção contribuiu significativamente para a crise política estudada. Para tanto, utilizam a Operação Lava Jato para exemplificar a aproximação entre os fenômenos de “criminalização da política” e “moralização do combate à corrupção”, de forma que juízes, membros do Ministério Público e advogados teriam ganho notoriedade e vasto apoio popular justamente por estarem engajados nesta luta.

Importante também ressaltar que a problemática abordada não se encontra nos projetos propriamente ditos, mas sim a maneira como foram promovidos à sociedade. Assim, o ponto que devemos nos atentar é a forma como os representantes destas pautas conquistaram vasto apoio popular através da propagação de um discurso moralizador e nacionalista, e, conseqüentemente, encontraram validação em condutas que, mesmo consideradas antidemocráticas e ilícitas, aparentariam estar em prol do combate à corrupção.

Neste contexto, condutas recentes de representantes do sistema jurídico na área pública, tais como as do promotor Deltan Dallagnol e do ex-juiz Sérgio Moro, são utilizadas para exemplificar a problemática. Como mencionado pelos autores, houve a articulação de um movimento tão amplo que resultou numa espécie de blindagem da

operação Lava Jato, resultando na pretensão de tornar automaticamente os seus críticos como defensores da corrupção (CARVALHO; PALMA, 2020).

Portanto, diante da conquista de apoio em larga escala, os autores salientam a importância de refletir sobre os respectivos impactos no regime democrático. Apoiar uma luta intensamente pode facilitar a concentração de poder nas mãos de seus representantes, de maneira suficiente para protegê-los de eventuais críticas e, ainda, validar a inobservância aos direitos e garantias fundamentais.

Tal concentração de poder arguida pelos autores está relacionada com uma questão muito abordada na esfera acadêmica, o ativismo judicial. Basicamente, o protagonismo dos juristas em questões políticas e tomadas de decisão, como problematizado na Operação Lava Jato, estaria relacionado com a sobreposição do Judiciário em relação aos demais Poderes, em contramão ao idealizado pelo filósofo francês Montesquieu, conforme abordaremos em seguida.

2.1. Separação dos Poderes e sobreposição do Judiciário

Um dos grandes pilares do constitucionalismo moderno reside no princípio da separação dos Poderes, idealizado pela obra de Montesquieu, *O espírito das leis* e instrumentalizado para efetivar o fundamento de limitação do poder.

A essência desta concepção, advinda das revoluções liberais do século XVII, consiste na identificação das principais funções desempenhadas pelo Estado - Legislativa, Executiva e Judiciária- em estruturas orgânicas, independentes e harmônicas entre si, detentoras de mecanismos de controle recíproco - *checks and balances*. Desta forma, foram estabelecidas as seguintes funções para cada um destes:

Com o primeiro, o príncipe ou o magistrado faz as leis por um tempo ou para sempre, e corrige ou revoga as que foram feitas. Com o segundo, faz a paz ou a guerra, envia ou recebe embaixadas, estabelece a segurança, previne as invasões. Com o terceiro, pune os crimes, ou julga os diferendos dos particulares. A este último chamar-se-á o poder de julgar, e ao outro simplesmente o poder executor do Estado.¹

Neste momento, já podemos traçar a primeira diferenciação entre a concepção tripartite clássica e o cenário político abordado pelos autores de *“Juristas contra a*

¹ Montesquieu. Do Espírito das Leis. EDIÇÕES 70: Grupo Almedina (Portugal), 2017. Capítulo VI: “Da Constituição da Inglaterra”. p. 305.

democracia”: a atual concentração de poder nas mãos do Judiciário poderia prejudicar os mecanismos de controle recíproco vez que, conforme afirmam, a atuação jurisdicional estaria especialmente “blindada” contra eventuais posicionamentos contrários.

Entretanto, analisando a obra e o contexto histórico da época em que foi produzida, nota-se a existência de momentos políticos, sociais e econômicos especialmente distintos. A concepção clássica de Montesquieu atendia os anseios da sociedade liberal burguesa em formação nos Estados da Europa, na qual o modelo absolutista deveria ser afastado para a implementação de um modelo de Estado abstencionista, rompendo com a tradição até o momento centralizadora.

Relacionando com o constitucionalismo, a então postura abstencionista do Estado abrange os direitos fundamentais de primeira geração, os quais atribuíam aos governantes obrigações de não fazer e de não intervir, e referem-se, por exemplo, às liberdades individuais, como a de consciência, de culto, à inviolabilidade de domicílio, à liberdade de culto e de reunião².

Ao decorrer da história, percebe-se que a postura abstencionista do Estado não perdurou por muito tempo, vez que o descaso com os problemas sociais, associado às pressões da industrialização em marcha, ao impacto do crescimento demográfico e ao agravamento das disparidades no interior da sociedade geraram novas reivindicações, impondo ao Estado um papel ativo na realização da justiça social.

Consequentemente, o viés liberal do Estado caminha para o *Welfare State*, no qual foi atribuído aos Poderes Públicos a responsabilidade de superar as angústias estruturais da sociedade, através de prestações positivas³. São estas prestações que caracterizam os direitos fundamentais de segunda geração, os quais objetivam o estabelecimento da igualdade material por meio de ações corretivas dos Poderes Públicos, e são concretizados, por exemplo, no direito à saúde, no direito à educação e no direito ao trabalho.

² MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Martires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Saraiva, Instituto Brasiliense de Direito Público, 2007. p. 223.

³ Assim, especialmente impulsionado pelos movimentos operários do final do século XIX e início do século XX, a construção do Estado de Bem-Estar envolve uma afirmação de direitos que basicamente buscam romper com a separação clássica entre Sociedade Civil e Estado, trazida pelo pensamento liberal e materializada no Estado de Direito. Por essa visão, a concepção liberal-burguesa de consolidação de direitos entendidos como negativos (de não interferência) permanece ainda necessária, porém insuficiente para as demandas estabelecidas pelo capitalismo que se apresenta no descortinar do novo século. [S.D.B.D. **O poder contramajoritário do Supremo Tribunal Federal**. Grupo GEN, 2013]. p. 41.

Portanto, o advento do Estado-Social, sob a influência do período pós-guerra, altera a atuação do Executivo na medida em que a sociedade não se satisfaz mais com a sua postura abstencionista, característica do viés liberal. Neste momento, é exigida uma atuação mais célere e ativa na tomada de medidas administrativas para o atendimento dos anseios da sociedade. Ou seja, o Estado não é mais mero garantidor de direitos, mas sim um instrumento de efetivação dos direitos fundamentais.

Na medida em que a função do Poder Executivo cresce para concretizar os direitos herdados do Estado Social, nota-se também o avanço do Poder Judiciário para fiscalizar a implementação destes direitos, e, principalmente nas últimas décadas, assumir um papel de agente positivo de políticas públicas, através de imposições das prestações positivas⁴.

Em suma, a dinâmica clássica da separação dos poderes foi alterada com a transição do Estado Liberal para o Estado Social, que gerou demandas responsáveis pelo esvaecimento da função do Poder Legislativo e a hipertrofia do Poder Executivo, impactando também diretamente na atuação do Poder Judiciário.

Neste momento, conforme mencionado, o Judiciário alcança uma função importante de fiscalização dos demais poderes, observando as disposições da Constituição e da Lei. Ainda, com a incorporação de direitos sociais nos textos constitucionais, aos juristas é concebido o novo desafio de interpretação e aplicação das normas:

Neste contexto, torna-se extremamente complexa, para não dizer penosa, a interpretação/aplicação das normas constitucionais definidoras dos direitos sociais, na medida em que, de um lado, os seus operadores, independentemente de sentimentos de ordem pessoal, são obrigados a emprestar-lhe a máxima efetividade - afinal de contas, esse é um dos princípios da interpretação especificamente constitucional - e, de outro, devem observar, também, outros cânones hermenêuticos de igual hierarquia, como os princípios da unidade da Constituição, da correção funcional e da proporcionalidade ou da razoabilidade, a cuja luz, sucessivamente, não podem interpretar a Lei Fundamental em “fatias”, desrespeitar o modelo de separação de Poderes e, tampouco,

⁴ Neste sentido, cabe mencionar sobre o esvanecimento do Legislativo: “A instância criada pois para reprimir inconstitucionalidades, a saber, o tribunal constitucional, apresenta, pela natureza mesma de sua função, como órgão por excelência no sentido de tolher os malefícios daquela expansão, a qual é atribuída à inoperância da máquina legislativa, de ordinário, rígida, retardatária, letárgica e inadequada às impetrações sociais, que demandam respostas normativas rápidas e eficazes, suscetíveis de acompanhar e guiar as metamorfoses internas, necessárias ao equilíbrio do sistema e remoção de seus distúrbios.” [BONAVIDES, Paulo. Jurisdição constitucional e legitimidade (algumas observações sobre o Brasil). 2004].

proferir decisões segundo particulares concepções de justiça - por mais, respeitáveis que sejam -, de todo incompatíveis com a ordem de valores plasmada na Constituição. Neste, como em muitos domínios, enganam-se os que acredita, - juristas e filósofos - que é possível fazerem-se coisas com palavras⁵.

Neste sentido, a ampliação do exercício do Judiciário é notória, no espectro brasileiro, a partir das últimas décadas do século XX, e encontra como grandes motivadores o desenvolvimento dos mecanismos de controle judicial de constitucionalidade e a promulgação da Constituição de 1988, com um texto calcado em cláusulas abertas e princípios pautados pela baixa densidade normativa, concedendo a oportunidade de larga margem interpretativa.

Devemos considerar então este contexto para analisar e pautar eventuais críticas relacionadas ao protagonismo judicial, pois é inegável que o Poder Judiciário representa atualmente o foro de debate de questões fundamentais da sociedade e detém um papel significativo na manutenção do regime democrático. Ademais, cabe ressaltar que o referido protagonismo pode ser analisado a partir de dois fenômenos distintos, a *judicialização da política* e o *ativismo judicial*.

2.2. Judicialização da Política vs. Ativismo Judicial

Conforme introduzido no tópico anterior, “judicialização da política” e “ativismo judicial”, são conceitos distintos, embora frequentemente confundidos pela proximidade das temáticas. Como didaticamente exemplificado pelo jurista Luís Roberto Barroso, a judicialização e o ativismo judicial podem ser considerados “primos”, ou seja, vêm da mesma família, frequentam os mesmos lugares, mas não possuem as mesmas origens⁶.

A judicialização da política é uma consequência do modelo constitucional adotado pelo ordenamento jurídico brasileiro. Ou seja, implica na transferência de poder para juízes e tribunais decidirem questões que eram tradicionalmente reservadas ao Poder Executivo e ao Poder Legislativo. Então, basicamente, o Judiciário decidiu porque era o que lhe cabia fazer. Diferentemente do que ocorre no ativismo judicial, fenômeno

⁵ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Martires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Saraiva, Instituto Brasiliense de Direito Público, 2007. p. 677.

⁶ BARROSO, Luís Roberto. *Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática*. 2009. p. 25.

relacionado com uma postura proativa do intérprete, que opta por expandir o sentido e o alcance das normas constitucionais⁷.

Nas palavras de Elival da Silva, por ativismo judicial deve-se entender o exercício da função jurisdicional para além dos limites impostos pelo próprio ordenamento que incumbe, institucionalmente, ao Poder Judiciário fazer atuar, resolvendo litígios de feições subjetivas (conflitos de interesse) e controvérsias jurídicas de natureza objetiva (conflitos normativos)⁸.

Desta forma, percebe-se que o ativismo judicial está diretamente ligado a uma participação mais ampla e intensa do Judiciário, e pode ser claramente identificado através de diferentes condutas, tais como a interpretação ampla da Constituição - para além dos sentidos expressamente abordados no texto legal - e a imposição de condutas ou de abstenções ao Poder Público, especialmente em matéria de políticas públicas.

Quanto à terceira hipótese, podemos mencionar que a "judicialização da saúde" representa um exemplo claro de imposição de condutas ao Poder Público. Trata-se de um fenômeno através do qual inúmeras demandas relacionadas ao direito à saúde estão sendo levadas ao Judiciário com o intuito de impor ao Estado (poder Executivo) a obrigação de fornecer medicamentos e tratamentos médicos específicos. A polêmica da questão gira em torno dos impactos decorrentes destas imposições, principalmente aqueles relativos ao orçamento público⁹.

Ainda, cabe ressaltar que o ativismo judicial representa o oposto ao fenômeno denominado autocontenção judicial, caracterizado por um Judiciário que busca reduzir sua interferência nas ações dos outros Poderes, adotando condutas em sentido contrário às anteriormente mencionadas. Conforme entendimento doutrinário, os entraves advindos

⁷ Ibidem

⁸ Ramos, E. S. **Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos**, 2ª edição.: Editora Saraiva, 2015. p. 117

⁹ Alguns leading cases sobre a problemática: **Tema 6**: Dever do Estado de fornecer medicamento de alto custo a portador de doença grave que não possui condições financeiras para comprá-lo (RE 566471); **Tema 345**: Ressarcimento ao Sistema Único de Saúde – SUS das despesas com atendimento a beneficiários de planos privados de saúde (RE 597064); **Tema 793**: Responsabilidade solidária dos entes federados pelo dever de prestar assistência à saúde (RE 855178).

da relação entre ativismo judicial e autocontenção judicial são comuns aos ordenamentos jurídicos dotados de controle de constitucionalidade de leis e atos do Poder Público.

Especificamente no Brasil, a tendência de concentração das questões de larga repercussão política ou social no Poder Judiciário, seja pela judicialização da política ou pelo ativismo judicial, está relacionada com algumas motivações, tais como a redemocratização do país, o sistema brasileiro de controle de constitucionalidade e a promulgação da Constituição de 1988. Este ponto é inclusive abordado pelos autores, quando justamente relacionam o protagonismo judicial ao movimento de implementação dos direitos sociais e de elaboração de textos constitucionais abertos.

Em breve síntese, o jurista Alexandre de Moraes discorre sobre o fenômeno:

No Brasil, a partir do fortalecimento do Poder Judiciário e da Jurisdição Constitucional pela Constituição de 1988, principalmente pelos complexos mecanismos de controle de constitucionalidade e pelo vigor dos efeitos de suas decisões, em especial os efeitos erga omnes e vinculantes, somados à inércia dos Poderes Políticos em efetivar totalmente as normas constitucionais, vem permitindo que novas técnicas interpretativas ampliem a atuação jurisdicional em assuntos tradicionalmente de alçadas dos Poderes Legislativo e Executivo.

Principalmente, a possibilidade do Supremo Tribunal Federal em conceder interpretações conforme a Constituição, declarações de nulidade sem redução de texto, e, ainda, mais recentemente, a partir da edição da Emenda Constitucional nº 45/04, a autorização constitucional para editar, de ofício, Súmulas Vinculantes não só no tocante à vigência e eficácia do ordenamento jurídico, mas também em relação à sua interpretação, acabaram por permitir, não raras vezes, a transformação da Corte Suprema em verdadeiro legislador positivo, completando e especificando princípios e conceitos indeterminados do texto constitucional; ou, ainda, moldando sua interpretação com elevado grau de subjetivismo¹⁰.

Então, ao diferenciar os conceitos, percebe-se que a problemática explorada por Alexandre Douglas Zaidan e Maurício Palma está relacionada com o ativismo judicial, vez que os estudos foram concentrados no protagonismo dos juristas e juízes na condução das recentes ações de combate à corrupção. De qualquer forma, importante mencionar tal especificidade na atuação só foi possível diante do movimento de ascensão do Judiciário como um todo, pelas motivações legais e históricas acima discorridas.

¹⁰ MORAES, Alexandre de. Direito Constitucional. Grupo GEN, 2020.

2.2.1. A redemocratização do país e a promulgação da Constituição de 1988

De maneira resumida, podemos delimitar a atuação do Judiciário ao longo da história política brasileira em dois grandes momentos distintos, utilizando como marco temporal a promulgação da Constituição de 1988.

Primeiramente, no momento anterior à Constituição de 1988, foi alçado ao Poder Judiciário o papel de garantidor da ordem vigente. Então, a partir de funções e garantias bem delimitadas, era exercida a função tradicional de aplicação do texto normativo ao caso concreto e de contrapeso aos demais poderes.

Tal exercício da função jurisdicional assemelhava-se à concepção liberal de Estado abstencionista, responsável por garantir a não intervenção aos direitos e garantias individuais. Então, de forma sucinta, a jurisdição consistia somente na função legítima concedida ao juiz de conhecer a causa e proferir sua sentença¹¹.

Muito se diferencia do Judiciário atualmente conhecido pelos brasileiros, protagonista em questões especialmente sensíveis e polêmicas, em uma atuação focada, principalmente, na concretização dos princípios abstratos previstos no novo texto constitucional em uma postura, entendida pela doutrina majoritária, como notadamente ativista.

A incorporação de dos referidos princípios abstratos na Constituição de 1988, popularmente conhecida como “Constituição Cidadã” seguiu uma tendência mundial de positivar direitos e garantias fundamentais, como percebemos também nas Constituições de Portugal (1976) e da Espanha (1978).

Portanto, o novo texto constitucional é caracterizado pelo seu conteúdo normativo permeado por cláusulas abertas e de conteúdo axiológico amplo, que poderá ser aplicado pelo magistrado com margem para interpretação e alto grau de discricionariedade. Assim, aos juristas é concedida a possibilidade de adentrar em questões anteriormente reservadas ao campo político e legislativo da sociedade.

Neste sentido, o cientista político Paulo Bonavides, em seu artigo “*Jurisdição constitucional e legitimidade (algumas observações sobre o Brasil)*”, pontua que a

¹¹ ALMEIDA JÚNIOR, João Mendes de. Direito judiciário brasileiro. 3. ed., corr., aum. com remissões ao Código de Processo Civil. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1940.

Constituição de 1988, por ser regida pelo princípio da legitimidade e por demonstrar primazia aos valores sociais e à proteção dos direitos fundamentais, é caracterizada como aberta e diferencia-se das Constituições fechadas, as quais concentram-se na fiscalização constitucional sobre distribuição de competência entre os distintos Poderes e são pautadas no princípio da legalidade ¹².

Desta forma, discorre sobre a interpretação jurídica diante das novas tendências normativas e a importância da adoção de uma hermenêutica de princípios:

Na esfera federativa, a Constituição é a garantia suprema da observância e do respeito às regras do pacto que fez nascer, na dimensão institucional e objetiva da ordem jurídica estabelecida, a forma jurisdicional do controle de constitucionalidade. Enquanto os tribunais insistirem em interpretar a lei com métodos especificamente jurídicos, da metodologia clássica, surgidos do dedutivismo jusprivatista inspirado nos cânones de Savigny, eles jamais interpretarão a Constituição. Interpretá-la requer em face da complexa conjuntura social contemporânea a adoção de uma hermenêutica de princípios. Única, conforme temos reiteradas vezes assinalado, suscetível de alcançar a inteligência da Constituição referida a situações reais e fazer efetiva e concreta a aplicabilidade dos direitos fundamentais exteriores à esfera neoliberal e permeados da dimensão principiológica que lhes dá sentido e eficácia e normatividade ¹³.

No mais, neste contexto de incorporação de princípios e direitos fundamentais, percebe-se que o ambiente democrático também instigou uma postura mais ativa dos cidadãos, que, conscientes de seus direitos, passaram a exercer a cidadania a partir da busca pela proteção de seus interesses perante juízes e tribunais. Como mencionado por Luís Roberto Barroso, constitucionalizar uma matéria significa transformar Política em Direito. Então, enquanto um direito individual é resguardado em uma norma constitucional, representa uma pretensão jurídica e poderá ser objeto de ação judicial.

2.2.2 O sistema brasileiro de controle de constitucionalidade

Além das motivações acima abordadas, as alterações dadas no controle de constitucionalidade brasileiro representam um mecanismo significativo para a ampliação da atuação do Judiciário. Isto porque, conforme atualmente adotado pelo ordenamento

¹² BONAVIDES, Paulo. Jurisdição constitucional e legitimidade (algumas observações sobre o Brasil). *Estud. av.*, São Paulo, v. 18, n. 51, p. 127-150, 2004.

¹³ *Ibidem*

jurídico, este mecanismo é considerado incidental e difuso, ou seja, a inconstitucionalidade é arguida no contexto de um processo ou de uma ação judicial, em que a questão da inconstitucionalidade configura um incidente, uma questão prejudicial que deve ser decidida pelo Judiciário e poderá ser arguida por qualquer juiz ou tribunal como justificativa para deixar de aplicar uma lei, caso considerada incompatível com a ordem constitucional¹⁴.

No mais, cabe ressaltar que o texto constitucional de 1988 amplia o rol de legitimados para a propositura de ação direta de inconstitucionalidade. Então, conforme art. 103 da Constituição Federal, além do Procurador Geral da República, historicamente já legitimado para propor a ação, atualmente também estão inclusos no rol: o Presidente da República, a Mesa do Senado, a Mesa da Câmara dos Deputados, a Mesa da Assembleia Legislativa, o Governador do Estado, o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, confederação sindical, entidade de classe de âmbito nacional e partido político com representação no Congresso Nacional.

Desta forma, percebe-se que a ampliação de legitimados é um mecanismo de democratização dos instrumentos judiciais e de criação do Judiciário como um espaço deliberativo, visto que qualquer questão política ou moralmente relevante poderá, mediante provocação dos legitimados, ser alçada ao Supremo Tribunal Federal. Como exposto na doutrina de Gilmar Ferreira Mendes, Inocêncio Mártires Coelho e Paulo Gustavo Gonet Branco:

[...] com a introdução desse sistema de controle abstrato de normas, com ampla legitimação, e, particularmente, a outorga do direito de propositura a diferentes órgãos da sociedade, pretendeu o constituinte reforçar o controle abstrato de normas no ordenamento jurídico brasileiro como peculiar instrumento de correção do sistema geral incidente.

Não é menos certo, por outro lado, que a ampla legitimação conferida ao controle abstrato, com a inevitável possibilidade de submeter qualquer decisão constitucional ao Supremo Tribunal Federal, operou uma mudança substancial - ainda que não desejada - no modelo de controle de constitucionalidade até então vigente no Brasil.

Então, outro ponto que devemos nos atentar ao analisar o estudo de Alexandre Douglas Zaidan e Maurício Palma, é como o protagonismo ora criticado, além de possuir

¹⁴ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Martires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Curso de direito constitucional. São Paulo: Saraiva, Instituto Brasiliense de Direito Público, 2007. p. 955-956.

raízes na tendência de ascensão do Judiciário e nos mecanismos de controle de constitucionalidade, também ganhou espaço significado devido à descrença social nas demais instituições políticas, de forma que a população alçou à classe jurídica a responsabilidade por atender os grandes anseios por mudanças institucionais e justiça.

3. A instrumentalização das formas jurídicas e desintegração da democracia no país no pós-2014

Ao desenrolar do artigo, Alexandre Douglas Zaidan e Maurício Palma fundamentam a problemática do ativismo judicial a partir da denúncia de constantes violações aos princípios e normas constitucionais como forma de governança. Para tanto, partem do princípio de que as formas jurídicas são instrumentalizadas, ou seja, as formas prescritas em lei podem ser deixadas em segundo plano, caso seja atingida a finalidade principal de um ato em desacordo com tais formalidades.

Sob o contexto político analisado, percebe-se que tal instrumentalização encontra fundamento na aproximação entre a moralidade -com ênfase na moral religiosa- e as relações políticas e jurídicas, estratégia utilizada principalmente por atores da direita. Para os autores, trata-se de uma prática perigosa, vez que a “finalidade principal”, no caso, o desenvolvimento da nação, cede espaço para violações constantes de direitos humanos e princípios democráticos, possibilitadas devido à existência de estruturas normativas frágeis.

Cabe ressaltar que, neste aspecto, os autores entendem que o novo texto constitucional não possui estruturas normativas suficientemente fortes, a ponto de obrigar os agentes públicos a se vincularem às normas constitucionais, aos direitos humanos e aos princípios democráticos. Então, levando em consideração o Brasil pós-2014, afirmam que a constituição não opera como uma estrutura normativa, mas sim como fachada útil à governança anticonstitucional (CARVALHO; PALMA, 2020).

Portanto, ao entendimento dos autores, a crise político-institucional brasileira é aprofundada com a instrumentalização das formas jurídicas, por incentivar usos não democráticos do direito, com a ascensão de movimentos políticos antidemocráticos e o conseqüente declínio nas formas de participação popular nas tomadas de decisões políticas, tais como voto, recalls e referendos. De forma resumida, defendem que a

instrumentalização das formas jurídicas fez com que os já frágeis mecanismos de representação, participação e controle fossem caracterizados, moralmente, como imprestáveis (CARVALHO; PALMA, 2020).

Neste sentido, o posicionamento dos autores acerca da atuação dos juristas converge com a principal crítica abordada pelos estudiosos do ativismo judicial, ou seja, o prejuízo à participação popular, visto que posicionamentos políticos são guiados por decisões judiciais restritas à interpretação dos magistrados. Entretanto, o referido ponto é objeto de discussão na doutrina, considerando que o exercício da função jurisdicional é pautado por legitimidade democrática.

3.1. Repercussões do Ativismo Judicial

3.1.1. Legitimidade democrática da função jurisdicional

No que tange à legitimidade democrática, a grande crítica permeia o ponto de que, apesar de os membros do Poder Judiciário não serem agentes públicos eleitos, tomam decisões de grande impacto social, conforme abordado pelos autores no estudo. Apesar disto, tais membros são exercentes do poder político e inclusive possuem legitimidade para invalidar atos dos outros dois Poderes. Ou seja, a possibilidade de um órgão não eleito de sobrepor-se a, por exemplo, uma decisão do Presidente da República é identificada na teoria constitucional como dificuldade contramajoritária¹⁵.

Tal legitimidade pode ser justificada através de duas naturezas: a normativa e a filosófica. Basicamente, a natureza normativa preceitua que o Judiciário exerce um poder concedido pela lei, especificamente a Constituição, cuja atuação é de caráter predominantemente técnico e imparcial. Paulo Bonavides, ao citar o jurista Pedro Cruz

¹⁵ Luís Roberto Barroso define o termo, em sua doutrina, como o poder que órgãos e agentes públicos não eleitos possuem de afastar ou confirmar leis elaboradas por representantes escolhidos pela vontade popular. Ainda, em notas de rodapé, afirma que a expressão “dificuldade contramajoritária” (the counter-majoritarian difficulty) foi cunhada por Alexander Bickel, *The least dangerous branch*, 1986, p. 16, cuja 1ª edição é de 1962. [Barroso, L. R. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. Editora Saraiva, 2019].

Villalón, sucinta o exposto: “a legitimidade dos tribunais constitucionais é, antes de tudo, pura e simplesmente a legitimidade da própria Constituição”.¹⁶

Ou seja, o exercício do poder político dos magistrados não é guiado por vontade política própria, mas sim pelo dever de concretizar decisões que foram anteriormente tomadas pelo constituinte ou pelo legislador, os representantes do povo. Como mencionado por Bonavides:

[...] a legitimidade da justiça constitucional repousa também em grande parte na acuidade do juiz em orientar-se nas suas sentenças e nas suas diligências hermenêuticas, pela adesão do corpo político aos valores representados e incorporados na Constituição. Não havendo tal adesão ou aprovação, exaure-se com certeza o manancial donde fluem os elementos morais, éticos, cívicos e patrióticos do dever de fidelidade que garante a causa pública e a ordem constitucional e traça-lhe a linha de continuidade e estabilidade que é pauta de solidez do regime e das instituições.¹⁷

Neste ponto, cabe uma ressalva, pois a atividade jurisdicional não é puramente mecânica, e nem há como esperar tamanha rigidez. Isto porque é corriqueiro à atuação dos magistrados a atribuição de sentido a expressões vagas, fluidas e indeterminadas, tais como a dignidade da pessoa humana, direito de privacidade e boa-fé objetiva, incapazes de serem encaixadas em critérios meramente técnicos e objetivos.

Quanto à natureza filosófica, devemos ressaltar os embates expressos, inclusive na semântica, do Estado constitucional democrático. Se por um lado a democracia está atrelada ao conceito de soberania popular, governo do povo fundado na vontade da maioria, o constitucionalismo justamente submete este poder ao respeito aos direitos fundamentais, de forma em que claramente haverá conflitos entre estes conceitos. Neste sentido, pontua Luís Roberto Barroso:

Entre constitucionalismo e democracia podem surgir, eventualmente, pontos de tensão: a vontade da maioria pode ter de estancar diante de determinados conteúdos materiais, orgânicos ou processuais da Constituição. Em princípio, cabe à jurisdição constitucional efetuar esse controle é garantir que a deliberação majoritária observe o procedimento prescrito e não vulnere os consensos mínimos estabelecidos na Constituição.¹⁸

¹⁶ BONAVIDES, Paulo. Jurisdição constitucional e legitimidade (algumas observações sobre o Brasil). *Estud. av.*, São Paulo, v. 18, n. 51, p. 127-150, Ago. 2004.

¹⁷ *Ibidem*

¹⁸ Barroso, L. R. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. Editora Saraiva, 2019. p. 101.

É neste momento que se encaixa os grandes papéis da Constituição, e, conseqüentemente, o fundamento do exercício do poder político do Judiciário: (i) assegurar os princípios do Estado democrático, tais como a participação política ampla, o governo da maioria e a alternância no poder e (ii) proteger os valores e direitos fundamentais ¹⁹.

Ou seja, o argumento construído a partir da premissa de que o protagonismo do Judiciário enfraquece os mecanismos democráticos por reduzir a participação popular nas tomadas de decisão deve ser analisado cuidadosamente, pois trata-se de um exercício legítimo de poder. Então, a grande questão é buscar compreender se a atuação dos juristas no atual cenário político brasileiro está dentro dos limites previamente estudados, ou se os excede por interesses pessoais e políticos.

3.1.2 Ativismo Judicial e Democracia

Conforme anteriormente mencionado, a principal crítica envolta ao ativismo judicial está relacionada ao afastamento da participação popular na tomada de decisões, princípio fundamental para o regime democrático. Assim, torna-se complexo aferir se a atuação do Judiciário está dentro dos limites a ele estabelecidos ou há uma extrapolação de suas funções, em um papel de legislador ou poder constituinte concorrente.

Ou seja, questões que influem diretamente na sociedade estão sendo decididas por um grupo restrito de pessoas, fora do debate democrático que é proporcionado, por exemplo, pela casa legislativa. Como mencionado por Eber de Meira:

A agenda do Supremo Tribunal Federal e de diversas Cortes Constitucionais ao redor do mundo tem mostrado que as grandes questões que afetam diretamente toda a pluralidade dos atores sociais tem sido decididas fora do debate público democrático travado nos

¹⁹ Ibidem. A Constituição de um Estado democrático tem duas funções principais. Em primeiro lugar, compete a ela veicular consensos mínimos, essenciais para a dignidade das pessoas e para o funcionamento do regime democrático, e que não devem poder ser afetados por maiorias políticas ocasionais. Esses consensos elementares, embora possam variar em função das circunstâncias políticas, sociais e históricas de cada país organização dos Poderes constituídos, envolvem a garantia de direitos fundamentais, a separação e a a e a fixação de determinados fins de natureza política ou valorativa. Em segundo lugar, cabe à Constituição garantir o espaço próprio do pluralismo político, assegurando o funcionamento adequado dos mecanismos democráticos. A participação popular, os meios de comunicação social, a opinião pública, as demandas dos grupos de pressão e dos movimentos sociais imprimem à política e à legislação uma dinâmica própria e exigem representatividade e legitimidade corrente do poder. Há um conjunto de decisões que não podem ser subtraídas dos órgãos eleitos pelo povo a cada momento histórico. A Constituição não pode, não deve nem tem a pretensão de suprimir a deliberação legislativa majoritária. p. 102.

parlamentos, sem a participação efetiva destes mesmos atores, para adentrar os gabinetes e plenários dos Tribunais, como o novo foro de discussão e construção destes novos temas.²⁰

Desta forma, existem diversos posicionamentos doutrinários acerca da problemática. Para o entendimento de Elival da Silva, por exemplo, o ativismo judicial é uma prática negativa, pois compromete a ordem democrática e para a separação dos Poderes, e entende que o mais afetado é o Poder Legislativo.²¹

O jurista Daniel Sarmiento corrobora com o entendimento acima mencionado e questiona a legitimidade da hiper valorização da atuação jurisdicional em uma sociedade democrática, já que o juiz não é eleito e não responde politicamente perante o povo. Ainda, menciona que a prática é “prejudicial à democracia, porque permite que juízes não eleitos imponham as suas preferências e valores aos jurisdicionados, muitas vezes passando por cima de deliberações do legislador”²².

Em consonância ao exposto, a escritora Lilia Schwarcz seu livro “Sobre o autoritarismo brasileiro”, partindo da premissa de que a atual crise democrática está diretamente ligada ao histórico autoritário do país, discorre sobre os riscos do ativismo judicial em um cenário de desconfiança política generalizada, relacionando também com a temática explorada no artigo “Juristas contra a democracia: Usos do direito e desintegração democrática no Brasil pós-2014”:

Com certeza, os protestos de 2013 a crise política que se agravou com o impeachment da presidente Dilma, bem como os escândalos do Mensalão e da Lava Jato, impactou negativamente a imagem dos políticos, de uma forma geral, e foram responsáveis por um ambiente generalizado de desconfiança. Não obstante, em países de tradição autoritária, a crise é capaz de fazer reviver e de renovar histórias de mais longo curso, de desrespeito às leis, descrença nas instituições e que sinalizam saídas dogmáticas e que se apresentam como “salvadoras da pátria”.²³

Em um posicionamento divergente, autores como Conrado Hubner Mendes e Oscar Vilhena Vieira apontam para o grau máximo de racionalidade e qualidade do

²⁰ FERREIRA, Eber de Meira. Poder Judiciário, Ativismo Judicial e Democracia. 2014. p. 119.

²¹ Há, como visto, uma sinalização claramente negativa no tocante às práticas ativistas, por importarem na desnaturação da atividade típica do Poder Judiciário, em detrimento dos demais Poderes. Não se pode deixar de registrar mais uma vez, contudo, que o fenômeno golpeia mais fortemente o Poder Legislativo, o qual tanto pode ter o produto da legiferação irregularmente invalidado por decisão ativista (em sede de controle de constitucionalidade), quanto o seu espaço de conformação normativa invadido por decisões excessivamente criativas. p. 131.

²² SARMENTO, Daniel. Ubiquidade constitucional: os dois lados da moeda. p. 179.

²³ SCHWARCZ, Lilia Moritz. Sobre o autoritarismo brasileiro. [S. l.]: Editora Companhia das Letras, 2019. p. 232.

processo deliberativo realizado pelo Judiciário, considerando que as decisões são proferidas através da argumentação. Logo, a obrigação imposta ao magistrado em fundamentar e justificar as motivações para uma determinada decisão, inexistente no processo legislativo, tornaria o Judiciário o local ideal para decidir questões relacionadas aos princípios constitucionais ²⁴.

Ainda, mesmo com todas as ressalvas acerca do ativismo judicial, tais como o risco à ordem democrática e a sobreposição do Judiciário aos demais poderes, há de se reconhecer que trata-se de um fenômeno que cresce a partir das próprias demandas sociais. O protagonismo dos juristas ascende pelas aspirações sociais não atendidas pela inércia dos demais atores da conjuntura política.

Neste sentido, o ex-ministro do Supremo Tribunal Federal, Celso de Mello, aborda a questão em seu discurso durante a cerimônia de posse do ministro Ayres Britto:

Práticas de ativismo judicial, embora moderadamente desempenhadas pela Corte Suprema em momentos excepcionais, tornam-se uma necessidade institucional, quando os órgãos do Poder Público se omitem ou retardam, excessivamente, o cumprimento de obrigações a que estão sujeitos, ainda mais se se tiver presente que o Poder Judiciário, tratando-se de comportamentos estatais ofensivos à Constituição, não pode se reduzir a uma posição de pura passividade.

Nesta passagem, relacionando com o cenário político brasileiro, ao mesmo tempo em que é reconhecida a ascensão do Judiciário como uma resposta às demandas populares por justiça e combate à corrupção, é levado em consideração o perigo da prática, ao mencionar como consequências do ativismo judicial o desrespeito às leis e a descrença nas instituições, características de Estados autoritários.

3.1.3 Politização da Justiça

Outro grande objeto de questionamento dos autores está relacionado com os posicionamentos adotados pelo ex-juiz Sérgio Moro na condução da Operação Lava Jato, devido às inúmeras críticas recebidas, atreladas, principalmente, à legitimidade

²⁴ MENDES, Conrado Hübner. Desempenho deliberativo de cortes constitucionais e o STF. In: MACEDO JUNIOR, Ronaldo Porto; BARBIERI, Catarina Cortada (Org.). Direito e interpretação. racionalidade e instituições. São Paulo: Saraiva, 2011.

VIEIRA, Oscar Vilhena. A moralidade da Constituição e os limites da empreitada interpretativa, ou entre Beethoven e Bernstein. In: SILVA, Virgílio Afonso da (Org.). Interpretação constitucional. São Paulo: Malheiros, 2010.

processual dos atos praticados durante as investigações. Conforme defendido no artigo, as escolhas do jurista representariam uma ameaça à democracia por serem pautadas por motivações políticas, em contramão ao esperado da aplicação do Direito.

Assim, é importante mencionar também a existência de uma linha muito tênue entre o Direito e a Política. Embora amplamente reconhecido que Direito não é política, no sentido de admitir escolhas livres, tendenciosas ou partidarizadas, para Luís Roberto Barroso também há de se reconhecer que Direito é política, pois é produto da vontade da maioria, que se manifesta através da Constituição e das leis. Ainda, a aplicação das normas jurídicas implica em consideráveis repercussões políticas, inclusive nas expectativas dos cidadãos quanto ao considerado “certo” e “justo”.²⁵

Então, mesmo que uma decisão judicial não deva ser política, no sentido de livre escolha e discricionariedade plena, o juiz deverá buscar a decisão mais correta, justa, à luz dos elementos do caso concreto, que será legitimada mediante o emprego de argumentação racional e persuasiva. Em suma, o exercício da função jurisdicional deverá prezar pelos direitos e garantias fundamentais. Isto significa que, na lógica do constitucionalismo democrático, o juiz não poderá agir de modo arbitrário ou populista (conforme criticado pelos autores) e, em muitos casos, terão de atuar de modo contramajoritário.

Basicamente, a grande diferenciação entre Direito e Política está nas formas de legitimação dos procedimentos a serem adotados por seus representantes. A política se legitima com os fins que alcança, ou seja, os meios são escolhidos de acordo com os objetivos almejados. De maneira divergente, a justiça se legitima pelo procedimento, pelos meios que adota para a tomada de decisão, tornando o devido processo legal mais importante que o resultado (RODRIGUES, 2020).

Então, de maneira sucinta, Luís Roberto Barroso exprime a atuação ideal do juiz, no sentido que (i) só deve agir em nome da Constituição e das leis, e não por vontade própria; (ii) deve ser deferente para com as decisões razoáveis tomadas pelo legislador, respeitando a validade das leis; (iii) não deve perder de vista que, embora não eleito, o poder que exerce é representativo (isto é, emana do povo e em seu nome deve ser

²⁵ BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática.

exercido), razão pela qual sua atuação deve estar em sintonia com o sentimento social, na medida do possível.

Inclusive, em continuidade ao cenário político trazido pelos autores, no qual Sérgio Moro teria extrapolado a legitimidade jurisdicional ao agir com interesses políticos, importante mencionar que a recente decisão Supremo Tribunal Federal, ao julgar o Habeas Corpus (HC) 164493, reconheceu a suspeição do ex-juiz na condução da ação penal que culminou na condenação do ex-presidente da República Luiz Inácio Lula da Silva por corrupção passiva e lavagem de dinheiro. Para os ministros, Moro realmente agiu com interesse político na condução do processo e atuou com o objetivo de inviabilizar a participação do ex-presidente na vida política nacional.

Na elaboração de seu voto, favorável ao reconhecimento da suspeição do ex-juiz, o ministro Gilmar Mendes aborda a questão do ativismo judicial e inclusive cita uma passagem do artigo “*Breve ensaio sobre o neoconstitucionalismo e o ativismo judicial em matéria criminal na realidade periférica*”, publicado na Revista Brasileira de Direito Processual Penal²⁶: “É óbvio que crimes graves precisam ser investigados, acusados e punidos, mas não é função do juiz atuar como agente de segurança pública, como herói para salvar a nação de todos os males.”

São em questões sensíveis como estas em que devemos nos atentar sobre os limites e as consequências do ativismo judicial, conforme abordado por Alexandre Douglas Zaidan e Maurício Palma ao decorrer do artigo, bem como refletido pelos juristas Luís Roberto Barroso e Gilmar Mendes, para que os princípios democráticos sejam conservados, independente da opinião pública sobre casos concretos e específicos.

Sobre este posicionamento, cumpre mencionar que as críticas trazidas pelos autores convergem com o recente entendimento do Supremo Tribunal Federal acima citado, no qual argumentaram que a atuação do ex-juiz Sérgio Moro realmente exacerbou os limites de sua função jurisdicional, pois, ao utilizar-se de instrumentos processuais penais para fins políticos, o jurista não resguardou, por exemplo, os direitos e garantias fundamentais dos investigados.

²⁶ MELCHIOR, Antonio Pedro. Breve ensaio sobre o neoconstitucionalismo e o ativismo judicial em matéria criminal na realidade periférica. RBCCrim, v. 96, p. 313-341, 2012.

4. Entre a juristocracia, a sobreinclusão e as elites jurídicas

Além da moralização da política (item 2) e da instrumentalização das formas jurídicas (item 3), o último principal argumento permeia o fenômeno da juristocracia. Ou seja, os autores buscam também analisar a problemática sob o contexto social e global e concluem que a concentração jurídica é uma forma de manutenção de privilégios das classes mais favorecidas (no caso, política e judiciária), e, ainda, de isolamento de certas decisões políticas da pressão popular. Não obstante, pontuam que o aumento da influência do sistema jurídico em questões políticas não é exclusivamente brasileiro, e ocorre devido às transformações econômicas e tecnológicas sobre os Estados.

Desta forma, relacionam as motivações da juristocracia com fatores já abordados neste trabalho, tais como a influência do constitucionalismo e da implementação dos direitos sociais, e assim, afirmam que figurar na elite judicial legítima privilégios e fortalece a posição daqueles que definirão os significados políticos e jurídicos dessas relações - independentemente da participação da população destinatária de seus efeitos.

No que tange ao afastamento de decisões políticas da pressão popular, cabe ressaltar que é visto pela doutrina como um dos fatores relacionados ao protagonismo do Judiciário, devido à tendência do Executivo de se abster de tomar posicionamentos que possuem um alto custo eleitoral. Para os autores, a revisão judicial é uma forma de conceder maior previsibilidade, bem como menores custos econômicos e políticos em posicionamentos atrelados, principalmente, aos direitos sociais, alçando assim ao Judiciário o papel de salvaguarda da austeridade e limitador destes direitos.

5. A influência da atuação midiática no cenário político brasileiro

Além das problemáticas já abordadas, outro ponto a ser explorado é a participação significativa da mídia no fenômeno do ativismo judicial, ao incorporar os grandes julgamentos realizados, principalmente, pelo Supremo Tribunal Federal e por construir a imagem de certas figuras jurídicas, aspecto essencial para a compreensão do fenômeno estudado. Desta forma, as decisões judiciais que antes representavam um universo aquém à sociedade civil, hoje protagonizam pautas diárias dos grandes veículos de comunicação brasileiros e estão submetidas aos recursos jornalísticos frequentemente utilizados.

Em um estudo publicado na revista científica *Direito, Estado e Sociedade* (FGV), elaborado pelos pesquisadores Diego Werneck Arguelhes, Fabiana Luci de Oliveira e Leandro Molhano Ribeiro, há uma análise feita sobre a utilização da expressão “ativismo judicial” na mídia brasileira.

Basicamente, a partir de uma análise empírica, concluíram que as utilizações mais frequentes da expressão estão atreladas aos seguintes significados: (i) ativismo como usurpação de poder, com o Judiciário avançando sobre competências dos outros poderes e eventualmente se chocando com decisões políticas tomadas nestas outras esferas; (ii) ativismo como ocupação de vácuo de poder, com os juízes resolvendo questões e dilemas de política pública que não vem sendo enfrentados no âmbito dos outros Poderes; e (iii) ativismo como engajamento judicial com causas políticas ou sociais, em contraposição à tradicional imagem de neutralidade política do Poder Judiciário²⁷.

Neste sentido, é possível afirmar que a retratação midiática dos juristas envolvidos na Operação Lava Jato esteve relacionada, principalmente, com o terceiro significado, diante do engajamento social dos protagonistas. Ainda, apesar do estudo concluir que as aparições da expressão possuem um cunho majoritariamente negativo, é perceptível como a exposição da Operação Lava Jato gerou um saldo benéfico aos seus representantes na época, vez que foram retratados a partir de imagens carregadas de simbologias de heroicidade.

A referida construção é notória a partir da análise de alguns textos jornalísticos sobre a Operação. Por exemplo, ao jurista Sérgio Moro não são economizadas hipérboles, representando-o verdadeiramente como o grande salvador da nação. É o caso da manchete da Revista *Veja*, publicada na edição “Retrospectiva 2015”:

Ele salvou o ano! *Veja* pesquisou 300 sentenças que Sérgio Moro lavrou nos últimos quinze anos e descobriu as raízes da determinação e eficiência do juiz que deu ao Brasil a primeira esperança real de vencer a corrupção.

Para os autores Alexandre Douglas Zaidan e Maurício Palma, a construção da imagem de herói nacional foi conquistada pelo ex-juiz sob dois pilares que se expressaram nas faixas, gritos e camisas dos seus defensores nos protestos de rua, quais sejam, o enaltecimento de sua conduta frente à Lava Jato e a desqualificação pública de todas as

²⁷ ARGUELHES, Diego Werneck; OLIVEIRA, Fabiana Luci; RIBEIRO, Leandro Molhano. *Ativismo judicial e seus usos na mídia brasileira*. Revista *Direito, Estado e Sociedade*, 2014.

instâncias de representação político-partidária e do Supremo Tribunal Federal (CARVALHO; PALMA, 2020).

Então, além das causas exploradas pelo estudo, percebe-se a influência direta da mídia no processo de fomentação do ativismo judicial, diante do espaço dado às grandes decisões do Judiciário e medidas tomadas por operadores do direito, criando muitas vezes um verdadeiro “espetáculo” na luta anticorrupção. O ministro Gilmar Mendes inclusive mencionou a questão midiática em seu voto no julgamento do Habeas Corpus (HC) 164493:

É oportuno destacar que, do ponto de vista mais amplo das estratégias midiáticas utilizadas pela Operação Lava-Jato, o uso das medidas de condução coercitivas desempenhava um papel central na espetacularização. É que essas medidas, em sua própria essência, pintam cenas de subjugação dos acusados, em que esses eram expostos publicamente como criminosos conduzidos debaixo de vara, como se a sua liberdade de locomoção em si representasse perigo à coletividade ou à instrução criminal.

De maneira convergente, a historiadora e antropóloga Lilia Schwarcz pontua:

Julgar idoneamente atos ilegais praticados no coração do Estado brasileiro, prender corruptos e corruptores, políticos e empresários, intermediários e seus mandantes, é a prova de amadurecimento da democracia. Já jogar para a plateia, fiar-se em discursos que prometem mais do que podem realizar, significa criar terreno fértil para que práticas ilícitas continuem a florescer.²⁸

Relacionando as questões abordadas, é perceptível o impacto das representações midiáticas no processo de instrumentalização do direito. Ao aflorar a emoção dos espectadores e afastar uma análise técnica e racional, reduzem, mesmo que indiretamente, a importância das garantias de um Estado Democrático de Direito, representadas como um obstáculo para a obtenção de resultados significativos na luta travada.

A conexão estabelecida é claramente exemplificada em uma passagem do artigo publicado pelo jornal americano Time, ao discorrer sobre as 100 pessoas mais influentes do ano de 2016, “The 100 Most Influential People”:

Os brasileiros o chamam de Super Moro, entoando seu nome pelas ruas do Rio como se ele fosse um astro do futebol. [...] Moro vem sendo acusado de ignorar o devido processo legal, [...] mas muitos creem que suas táticas à base de cotoveladas valem a pena em troca de um país mais limpo²⁹.

²⁸ SCHWARCZ, Lilia Moritz. Sobre o autoritarismo brasileiro. [S. l.]: Editora Companhia das Letras, 2019. p 124.

²⁹ WALSH, Bryan. Sérgio Moro. 2016.

Portanto, a crise político-institucional brasileira é aprofundada com a instrumentalização das formas jurídicas, com a ascensão de movimentos políticos antidemocráticos e o conseqüente declínio da participação popular nas tomadas de decisões políticas. Ou seja, a instrumentalização das formas jurídicas fez com que os já frágeis mecanismos de representação, participação e controle fossem caracterizados, moralmente, como imprestáveis (CARVALHO; PALMA, 2020).

6. Considerações finais

Em suma, é concluída pelos autores a significativa participação dos representantes do sistema jurídico, com ênfase naqueles atuantes na área pública, para o aprofundamento da crise político-institucional brasileira. Isto ocorre devido à intensa moralização do direito e da política, atrelada à difusão do discurso anticorrupção como o grande objetivo nacional.

Neste contexto, é notório como a referida moralização, unida ao discurso anticorrupção, propagou uma crescente desconfiança na instituição como um todo e contribuiu com a criação de um cenário favorável para a ascensão de discursos e forças antidemocráticas. Em situações concretas, é trazido ao artigo a discussão acerca da deposição presidencial da ex-presidente Dilma Rousseff, inconsistências e ilegalidades ocorridas nas ações da Lava Jato, bem como o crescimento político do atual presidente da República, Jair Bolsonaro, simpatizante a práticas e discursos autoritários.

Deste modo, diante do enfraquecimento das instituições, a prática de atos ilegais e contrários aos princípios constitucionais acabam sendo validados por um objetivo maior, resumido no resgate dos valores morais e de “salvação nacional”. Assim, os autores suscitam a atuação dos juristas: “Fizeram uso da máquina estatal, falsearam a dogmática jurídica e moralizaram o debate público, contribuindo para a erosão da democracia em nome do combate à corrupção” (CARVALHO; PALMA, 2020).

Apesar dos diversos posicionamentos relevantes abordados por Alexandre Douglas Zaidan e Maurício Palma, principalmente aqueles atrelados ao aspecto de moralização do Direito, devemos refletir também se a classe jurídica, em sentido amplo, realmente representa uma afronta ao regime democrático (conforme postulado no título, “juristas contra a democracia”) ou se acontecimentos específicos contribuíram para a formação de uma imagem negativa do Judiciário.

Esta reflexão é importante pois, conforme abordado nos tópicos anteriores, o Judiciário representa função essencial para a manutenção da democracia. A legitimidade do exercício da função jurisdicional (tópico 2.1.1) está justamente nas responsabilidades concedidas ao poder político do Judiciário de assegurar os princípios do Estado democrático, tais como a participação política ampla, o governo da maioria, a alternância no poder, e a proteção aos valores e direitos fundamentais.

Então, mesmo que seja reconhecida a presença de vícios na atuação de representantes do Judiciário, estes não resumem a atuação do Poder. No caso concreto trazido pelo artigo, a condução da Operação Lava Jato, um grande exemplo sobre importância da função jurisdicional reside no fato de que os vícios na época narrados pelos autores foram analisados e reconhecidos pelo Supremo Tribunal Federal, no exercício de sua função de resguardar os princípios constitucionais e os direitos fundamentais.

A referida decisão foi inclusive exaltada por diversos juristas, justamente pelo argumento de que o Supremo Tribunal Federal estaria observando os princípios do Estado de Direito e do devido processo legal. Neste sentido, a conclusão do voto do ministro Gilmar Mendes inclusive aborda as principais questões discutidas no presente trabalho, ou seja, as repercussões do ativismo judicial no estado democrático à luz do texto constitucional e do princípio da Separação dos Poderes: “Todos esses fatos e circunstâncias ora analisados me levam a indagar. Qual país democrático aceitaria como Ministro da Justiça o ex-juiz que afastou o principal adversário do presidente eleito da disputa eleitoral? Em qual nação governada sob o manto de uma Constituição isso seria compatível? Em que localidade o princípio da Separação de Poderes admitiria tal enredo?”.

Portanto, mesmo que existam diversas críticas contundentes relacionadas ao ativismo judicial, tais como o prejuízo à participação popular, devemos considerar que, além de o fenômeno possuir fortes raízes históricas, não representa algo necessariamente nocivo, justamente por atender às novas demandas na população em frente à inércia dos demais Poderes. Desta forma, o ponto mais importante implica em reconhecer que a atuação jurisdicional deverá sempre estar em consonância com os princípios democráticos e resguardar os direitos fundamentais, mesmo em movimentos que aparentam estar em consonância com os valores sociais e prometam gerar mudanças políticas significativamente positivas, tais como a luta anticorrupção.

Referências:

ALMEIDA JÚNIOR, João Mendes de. Direito judiciário brasileiro. 3. ed., corr., aum. com remissões ao Código de Processo Civil. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1940. Disponível em: <http://bibliotecadigital.trt1.jus.br/jspui/handle/1001/675724>.

ANDRADE, L.E.; (ORGS.), S.H.D.B.M. **Democracia e Direitos Fundamentais**. Grupo GEN, 2016. 9788597006575. Disponível em: <https://app.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788597006575/>. Acesso em: 06 Apr 2021.

ARGUELHES, Diego Werneck; OLIVEIRA, Fabiana Luci; RIBEIRO, Leandro Molhano. Ativismo judicial e seus usos na mídia brasileira. Revista Direito, Estado e Sociedade, [S.L.], n. 40, p. 34-64, 1 set. 2014. Programa de Pos Graduacao em Direito da PUC-Rio. <http://dx.doi.org/10.17808/des.40.164>. Disponível em: <https://revistades.jur.puc-rio.br/index.php/revistades/article/view/164>. Acesso em: 04/04/2021.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. Editora Saraiva, 2019. 9788553617562. Disponível em: <https://app.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788553617562/>. Acesso em: 06 Apr 2021.

BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. Suffragium - Revista do Tribunal Regional Eleitoral do Ceará, Fortaleza, v. 5, n. 8, p. 11-22, jan./dez. 2009.

BONAVIDES, Paulo. Jurisdição constitucional e legitimidade (algumas observações sobre o Brasil). Estud. av., São Paulo, v. 18, n. 51, p. 127-150, Aug. 2004. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-40142004000200007&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 04/04/2021. <https://doi.org/10.1590/S0103-40142004000200007>.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus 164.493. Voto do Min. Gilmar Mendes. Brasília, DF, 2021. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=461996>. Acesso em 06/04/2021.

CARVALHO, Alexandre Douglas Zaidan de; PALMA, Maurício. Juristas contra a democracia: usos do direito e desintegração democrática no Brasil pós-2014. Rev. Urug. Cienc. Polít., Montevideo, v. 29, n. 1, p. 80-108, 2020. Disponível em <http://www.scielo.edu.uy/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1688-499X2020000100080&lng=es&nrm=iso>. Acesso em 15 dez. 2020. Epub 01-Jun-2020. <http://dx.doi.org/10.26851/rucp.29.1.4>.

CASTILHOS, Aline Pires de Souza Machado de; POLL, Roberta Eggert. Breve ensaio sobre a legitimidade do ativismo judicial no processo penal: limites e consolidação

como prática jurídica. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, [S.L.], v. 4, n. 3, p. 1217, 31 out. 2018. Instituto Brasileiro de Direito Processual Penal. <http://dx.doi.org/10.22197/rbdpp.v4i3.153>.

DISCURSO proferido pelo Ministro Celso de Mello, em nome do Supremo Tribunal Federal, na solenidade de posse do Ministro Carlos Ayres Britto na Presidência da Suprema Corte do Brasil, em 19/04/2012. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/discursoCM.pdf>. Acesso em 06/04/2021.

FERREIRA, Eber de Meira. *Poder Judiciário, Ativismo Judicial e Democracia*. 2014. 119 f. Dissertação (Mestrado) - Curso de Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2014.

MENDES, Conrado Hübner. *Desempenho deliberativo de cortes constitucionais e o STF*. In: MACEDO JUNIOR, Ronaldo Porto; BARBIERI, Catarina Cortada (Org.). *Direito e interpretação. racionalidade e instituições*. São Paulo: Saraiva, 2011.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Martires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Saraiva, Instituto Brasiliense de Direito Público, 2007.

MONTESQUIEU. **Do Espírito das Leis**. EDIÇÕES 70: Grupo Almedina (Portugal), 2017. 9789724422404. Disponível em: <https://app.minhabiblioteca.com.br/#/books/9789724422404/>. Acesso em: 04/04/2021.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. Grupo GEN, 2020. 9788597024913. Disponível em: <https://app.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788597024913/>. Acesso em: 06/04/2021.

RAMOS, E. S. **Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos**, 2ª edição.: Editora Saraiva, 2015. 9788502622289. Disponível em: <https://app.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788502622289/>. Acesso em: 04 Apr 2021.

RAWLS, John. **O liberalismo político**. Tradução de Dinah de Abreu Azevedo. Brasília: Instituto Teotônio Vilela; São Paulo: Editora Ática, 2000.

RODRIGUES, Fabiana Alves. **Operação Lava Jato: aprendizado institucional e ação estratégica na Justiça Criminal**. 2019. Dissertação (Mestrado em Ciência Política) - Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2019. doi:10.11606/D.8.2020.tde-14022020-163817. Acesso em: 18/04/2021.

RODRIGUES, Fabiana Alves. **Lava jato: aprendizado institucional e ação estratégica na justiça**. São Paulo: Wmf Martins Fontes, 2020.

SCHWARCZ, Lilia Moritz. **Sobre o autoritarismo brasileiro**. [S. l.]: Editora Companhia das Letras, 2019. 288 p. ISBN 9788535932195.

SILVEIRA, Daniel Barile da. **O poder contramajoritário do Supremo Tribunal Federal**. Grupo GEN, 2013. 9788522485451. Disponível em: <https://app.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788522485451/>. Acesso em: 06 Apr 2021.

VEJA. 13 de março: juiz Moro, o herói dos protestos pelo país. 2016. Disponível em: <https://veja.abril.com.br/brasil/13-de-marco-juiz-moro-o-heroi-dos-protestos-pelo-pais/> Acesso em 15/12/2020.

VIEIRA, Oscar Vilhena. A moralidade da Constituição e os limites da empreitada interpretativa, ou entre Beethoven e Bernstein. In: SILVA, Virgílio Afonso da (Org.). *Interpretação constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2010.

WALSH, Bryan. Sérgio Moro. 2016. Disponível em: <https://time.com/collection-post/4302096/sergio-moro-2016-time-100/>.> Acesso em 15/12/2020.