IV ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI

CONSTITUIÇÃO, TEORIA CONSTITUCIONAL E DEMOCRACIA I

CAIO AUGUSTO SOUZA LARA

JOSE EVERTON DA SILVA

SAMANTHA RIBEIRO MEYER-PFLUG

Copyright © 2021 Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

Todos os direitos reservados e protegidos. Nenhuma parte destes anais poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI
Presidente - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC – Santa Catarina
Diretora Executiva - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini - UNIVEM/FMU – São Paulo
Vice-presidente Norte - Prof. Dr. Jean Carlos Dias - Cesupa – Pará
Vice-presidente Centro-Oeste - Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG – Goiás
Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - Unisinos – Rio Grande do Sul
Vice-presidente Sudeste - Profa. Dra. Rosângela Lunardelli Cavallazzi - UFRJ/PUCRio – Rio de Janeiro
Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Gina Vidal Marcilio Pompeu - UNIFOR – Ceará

Representante Discente: Prof. Dra. Sinara Lacerda Andrade – UNIMAR/FEPODI – São Paulo

Conselho Fiscal:
Prof. Dr. Caio Augusto Souza Lara – ESDHC – Minas Gerais
Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM – Rio de Janeiro
Prof. Dr. José Filomeno de Moraes Filho – Ceará
Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva – UFS – Sergipe
Prof. Dr. Valter Moura do Carmo – UNIMAR – São Paulo
Secretarias
Relações Institucionais:
Prof. Dra. Daniela Marques De Moraes – UNB – Distrito Federal
Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues - UNIVEM – São Paulo
Prof. Dr. Yuri Nathan da Costa Lannes - Mackenzie – São Paulo
Comunicação:
Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho - UPF/Univali – Rio Grande do Sul
Profa. Dra. Maria Creusa De Araújo Borges - UFPB – Paraíba
Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro - UNOESC – Santa Catarina
Relações Internacionais para o Continente Americano:
Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA – Bahia
Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch - UFSM – Rio Grande do Sul
Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA – Maranhão
Relações Internacionais para os demais Continentes:
Prof. Dr. José Barroso Filho – ENAJUM
Prof. Dr. Rubens Beçak - USP – São Paulo
Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - Unicuritiba – Paraná
Eventos:
Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta - Fumec – Minas Gerais
Profa. Dra. Cinthia Obladen de Almendra Freitas - PUC – Paraná
Profa. Dra. Livia Gaigher Bosio Campello - UFMS – Mato Grosso do Sul

Membro Nato – Presidência anterior Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UMICAP – Pernambuco

C755

Constituição, teoria constitucional e democracia I [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI

Coordenadores: Caio Augusto Souza Lara; Jose Everton da Silva; Samantha Ribeiro Meyer-pflug – Florianópolis: CONPEDI, 2021.

Inclui bibliografia
ISBN: 978-65-5648-430-3
Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações
Tema: Constitucionalismo, desenvolvimento, sustentabilidade e smart cities.

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Constituição. 3. Teoria constitucional. IV Encontro Virtual do CONPEDI (1: 2021 : Florianópolis, Brasil).

CDU: 34

CONPEDI

Conselho Nacional de Pesquisa
e Pós-Graduação em Direito Florianópolis
Santa Catarina – Brasil
www.conpedi.org.br

IV ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI

CONSTITUIÇÃO, TEORIA CONSTITUCIONAL E DEMOCRACIA I

Apresentação

CONSTITUIÇÃO, TEORIA CONSTITUCIONAL E DEMOCRACIA I

Os artigos contidos nesta publicação foram apresentados no Grupo de Trabalho Constituição, Teoria Constitucional e Democracia I durante o IV Encontro Virtual do Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-graduação em Direito - CONPEDI, realizado nos dias 09 a 13 de novembro de 2021, sob o tema geral "Constitucionalismo, Desenvolvimento, Sustentabilidade e Smart Cities". O evento foi promovido por esta sociedade científica do Direito com o apoio da Universidade do Vale do Itajaí - UNIVALI. Trata-se da quarta experiência de encontro virtual do CONPEDI em mais de três décadas de existência.

A apresentação dos trabalhos abriu caminho para uma importante discussão, em que os pesquisadores do Direito puderam interagir em torno de questões teóricas e práticas, levando-se em consideração a temática central grupo. Essa temática traz consigo os desafios que as diversas linhas de pesquisa jurídica enfrentam no tocante ao estudo dos referenciais teóricos do Direito Constitucional e dos reflexos do constitucionalismo na atuação dos Poderes da República no país.

Os temas abordados vão desde os direitos fundamentais constitucionalizados, passando pelo controle de constitucionalidade e as experiências diversas de exercício da democracia. Liberdade de culto, diálogos institucionais e ativismo judicial também estiveram presentes. Em virtude do momento em que vivemos, os desafios atuais da temática do grupo relacionados à pandemia da COVID-19 foram também lembrados.

Na coletânea que agora vem a público, encontram-se os resultados de pesquisas desenvolvidas em diversos Programas de Pós-graduação em Direito, nos níveis de Mestrado e Doutorado, com artigos rigorosamente selecionados, por meio de dupla avaliação cega por pares (double blind peer review). Dessa forma, todos os artigos ora publicados guardam sintonia direta com este Grupo de Trabalho.

Agradecemos a todos os pesquisadores pela sua inestimável colaboração e desejamos uma ótima e proveitosa leitura!

José Everton da Silva

Samantha Ribeiro Meyer-Pflug

Caio Augusto Souza Lara

JURISTOCRACIA: ORIGENS E IMPACTOS NO CONTEXTO DEMOCRÁTICO BRASILEIRO

JURISTOCRACY: ORIGINS AND IMPACTS IN THE BRAZILIAN DEMOCRATIC CONTEXT

Guilherme Bandeira Menezes
Gina Vidal Marcilio Pompeu

Resumo

O objetivo deste artigo é analisar as raízes e adversidades da juristocracia no Brasil a partir da visão de Ran Hirschl. Por meio de uma abordagem teórico-dedutiva, a metodologia envolve pesquisa interdisciplinar, com orientação na teoria crítica, e reúne a utilização de técnicas de análise documental, revisão bibliográfica, estatística e jurisprudencial. Tal estudo, além de conceituar a juristocracia, busca evidenciar como as elites se utilizam do Judiciário para preservar sua hegemonia e atender seus interesses. Conclui-se que a juristocracia representa uma objeção ao fortalecimento da democracia e à separação de poderes.

Palavras-chave: Democracia, Funções do estado, Frustração com o constitucionalismo, Hegemonia, Juristocracia

Abstract/Resumen/Résumé

The aim of this article is to analyze the roots and adversities of juristocracy in Brazil from the perspective of Ran Hirschl. Through a theoretical-deductive approach, the methodology involves interdisciplinary research, guided by critical theory, and combines the use of document analysis techniques, literature review, statistics and jurisprudence. Such study, in addition to conceptualizing juristocracy, seeks to show how elites use the Judiciary to preserve their hegemony and serve their interests. It is concluded that the juristocracy represents an objection to the strengthening of democracy and the separation of powers.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Democracy, State functions, Frustration with leading constitutionalism, Hegemony, Juristocracy

INTRODUÇÃO

Após o fim da Segunda Guerra Mundial, as Constituições passaram a abrigar os princípios e valores da comunidade que visam reger, com isso as fronteiras entre a moral e o Direito tornaram-se imprecisas nessa concepção. Ao longo do tempo, o processo de constitucionalização buscou superar a visão positivista do Direito, pois várias atrocidades cometidas até metade do século XX tiveram proteção de leis (VERBICARO, 2019).

Esse movimento constitucional, que trouxe significativa mudança à ordem jurídica, é sublinhado por uma dogmática constitucional centrada na dignidade da pessoa humana como valor jurídico supremo. Assim, as Constituições passaram a incluir dimensões de princípios, de direitos fundamentais e de programas políticos de atuação (ROSSI, 2011).

Nessa conjuntura, as Constituições de vários países, inclusive no Brasil, consolidaram os Tribunais Constitucionais como guardiões desses direitos e dos demais preceitos estabelecidos constitucionalmente. No entanto, vem ocorrendo nos últimos anos uma inserção do Judiciário em questões morais, políticas, sociais e econômicas no que concerne a assuntos que deveriam ser tratados pelos órgãos legitimados democraticamente. Isso constitui o que se chama de judicialização da política (BARROSO, 2013).

Nesse cenário de ascensão do Poder Judiciário, Ran Hirshl, cientista político canadense, ao investigar a evolução do constitucionalismo, cria a teoria chamada de tese da preservação hegemônica, que procura analisar, de forma sistemática, comparativa e detalhada, quais seriam as origens da judicialização da política e seus impactos para os governos democráticos do século 21. Nesse sentido, Hirschl afirma que a judicialização da política possui peculiaridades em cada local e contexto histórico. O autor diverge de outras teorias que explicam a evolução do constitucionalismo, como a evolucionista e a funcionalista. Segundo Hirschl, a expansão do Poder Judiciário em questões políticas se dá por intermédio da convergência de interesses de três grupos principais: elites políticas, elites econômicas e elites judiciais. Sob esse viés, o Poder Majoritário não seria contra a ascensão do Poder Judiciário, pelo contrário, os representantes eleitos concordariam em ceder espaço ao Judiciário, com o fito de não se submeter a temas polêmicos que poderiam comprometê-los eleitoralmente. Essa conjuntura favoreceria os caciques políticos, que preservariam sua hegemonia e controlariam, de forma indireta, as decisões políticas, ao terem a competência de escolher as pessoas para compor as Supremas Cortes (HIRSCHL, 2020).

Dessa forma, este artigo tem o objetivo de analisar as raízes e adversidades da juristocracia no contexto brasileiro a partir da visão de Ran Hirschl, segundo o qual tal

estruturação de poder, mesmo sendo um fenômeno global nos últimos 40 anos, possui especificidades em cada local e época. E contempla os seguintes objetivos específicos: a) observar a participação do Poder Judiciário como fenômeno global; b) analisar as características da 'juristocracia'; e c) verificar as origens e consequências da juristocracia no contexto democrático brasileiro.

A finalidade do trabalho se efetiva por meio de pesquisa qualitativa, a qual utiliza raciocínios indutivos e dedutivos, bem como técnicas de análise estatística e jurisprudencial, além de revisão bibliográfica, a exemplo da obra "Rumo à juristocracia: as origens e consequências do constitucionalismo", de Ran Hirschl (2020). Também se consultam outros autores que contribuíram para entender as características da judicialização da política, a quem interessa tal acontecimento e quais seus possíveis efeitos no Estado Democrático de Direito.

Dessa maneira, a importância do presente artigo consiste na busca de compreender as origens e consequências da juristocracia na conjuntura brasileira, visto que cada regime juristocrático, como explicita Ran Hirshl (2020), possui suas especificidades. A investigação deseja demonstrar que a Constituição de 1988, que possui alguns textos vagos e contraditórios e que amplia a competência do STF, promove uma base para a inserção do regime juristocrático e a regulação de vários setores da vida em sociedade, o que acaba por criar nos cidadãos um alto grau de dependência material e psicológica do Estado.

Ademais, a ineficiência da Administração Pública faz com que a população em geral se descredibilize com os representantes eleitos, o que gera um estímulo a procurar soluções em outras instâncias, como o Poder Judiciário, além da busca de um messias político para resolver os problemas sociais a curto prazo, em vez de se almejar projetos de Estado que viabilizem o desenvolvimento da nação ao longo prazo. Nesse contexto, a juristocracia constitui uma disfunção do constitucionalismo e gera desequilíbrio entre os poderes, que provoca como principal consequência uma conjuntura de ameaça ao bom funcionamento da democracia.

1 JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA COMO FENÔMENO GLOBAL

Durante os últimos anos, houve a consolidação do constitucionalismo contemporâneo, o qual constitui um processo de ascensão do Poder Judiciário. Nesse contexto, o constitucionalismo contemporâneo, que surge com o fim da Segunda Guerra Mundial, caracteriza-se por incorporar valores e orientações políticas, principalmente no que toca à promoção da dignidade humana e dos direitos fundamentais. As Constituições

contemporâneas, em sua maioria, alicerçaram os Tribunais Constitucionais como guardiões desses direitos e dos demais preceitos estabelecidos constitucionalmente. Nesse contexto, o Judiciário, visto como "guardião da Constituição", tornou-se o poder responsável por assegurar o cumprimento dos dispositivos constitucionais pelos demais poderes (KOZICKI; BARBOZA, 2008).

Sob esse viés, pode-se considerar a expansão do Poder Judiciário como um marco do constitucionalismo contemporâneo. Tal ampliação deve se limitar a proteger os direitos fundamentais, resguardar as regras do jogo democrático. Quando os tribunais são acionados, devem respeitar seus limites, sem divergir da teoria da separação dos poderes. No entanto, infelizmente, em um contexto global, o Judiciário, em vários casos, tem extrapolado as matérias de sua competência, decidindo casos que envolvem questões culturais, morais ou sociais. Tal fenômeno é denominado judicialização da política.

Nesse tocante, a judicialização da política é o fenômeno pelo qual questões políticas, deliberadas no âmbito do Legislativo ou Executivo, passam a ser decididas nas arenas judiciais a partir de argumentos jurídicos. Há judicialização da política "sempre que os tribunais, no desempenho normal das suas funções, afetam de modo significativo as condições da ação política" (SANTOS, 2003).

É fundamental, nesse sentido, ressaltar que tal fenômeno possui características diversificadas de acordo com as peculiaridades vivenciadas em cada país. Não há moldura inflexível ou fórmula genérica capaz de atender a todas as formas existentes de expressão da judicialização da política (VERBICARO, 2019). Nota-se que a judicialização da política, com singularidades a cada realidade histórica, é um fenômeno empiricamente verificável nas democracias contemporâneas, comumente solidificada sob os argumentos de supremacia constitucional, a necessitar de um controle judicial das leis a fim de garantir a manutenção de Estados Democráticos de Direito e de um núcleo de valores e princípios que constitui os direitos fundamentais (ROSSI, 2021).

No cenário social brasileiro, pode-se afirmar que a Constituição de 1988 possibilitou o surgimento e a consolidação do fenômeno da judicialização da política, ao colocar o Judiciário em um contexto de protagonismo e de visível ampliação de suas responsabilidades institucionais. Mesmo que no início do Estado Social no Brasil (1930) existisse mecanismo de defesa judicial, os períodos autoritários limitaram a inserção do Judiciário na esfera política. Com isso, o marco da judicialização da política no Brasil é a Constituição democrática e cidadã de 1988. Segundo o Ministro Luis Roberto Barroso, existem três possíveis causas para

tal fenômeno ocorrer na conjuntura brasileira: a redemocratização, a constitucionalização abrangente e o sistema de controle de constitucionalidade (VERBICARO, 2019).

2 JURISTOCRACIA E A TESE DA PRESERVAÇÃO HEGEMÔNICA

No contexto do constitucionalismo contemporâneo, tem ocorrido uma expansão do Poder Judiciário como guardião da Constituição e defensor dos direitos fundamentais e da democracia, o que constitui um fenômeno global. Nesse sentido, diversas teorias buscam explicar a evolução do constitucionalismo.

Segundo o pensamento de Ran Hirschl, as mudanças que vêm acontecendo dentro do constitucionalismo se dão principalmente em um contexto de transição do regime democrático para o regime juristocrático. Nesse diapasão, juristocracia significa o fenômeno da expansão crescente do Poder Judiciário e do protagonismo jurídico, social e político de seus juízes, os quais passam a substituir os Poderes Executivos e Legislativo na resolução dos dilemas coletivos da vida nacional. Por conseguinte, ocupam espaços que antes eram exclusivamente dominados pelos agentes políticos eleitos pelo povo, os quais passam a perder progressivamente autonomia institucional e importância político-social, ao deflagrar-se um processo de enfraquecimento lento e gradativo do regime democrático (HIRSCHL, 2020).

No regime juristocrático, questões difíceis e impactantes que deveriam ser de responsabilidade do Legislativo e do Executivo são resolvidas pelo Poder Judiciário. À primeira vista, essa delegação de poderes parece ser inconveniente para os representantes eleitos, já que estes reduzem suas influências dos assuntos políticos. Contudo, as elites políticas não se contrapõem a essa delegação de poder nem procuram criar divergências ou qualquer tipo de conflito; na verdade, são favoráveis à expansão do Poder Judiciário, pois, na maioria das vezes, tal ampliação beneficia seus próprios interesses.

Os detentores do poder político, principalmente os que estão ameaçados eleitoralmente, podem se beneficiar da expansão do Poder Judiciário de várias maneiras. Primeiro, delegar competências para elaboração de políticas públicas aos tribunais pode ser, da perspectiva da elite política, um meio eficaz para amenizar os custos associados à tomada de decisões e evitar assumir a responsabilidade por elas, o que reduz riscos para eles próprios e para o aparato institucional dentro do qual operam. Se a delegação de poderes pode aumentar a popularidade ou diminuir a responsabilidade imposta ao político como resultado da decisão política tomada pelo órgão delegatário, tal delegação pode ser benéfica ao político (HIRSCHL, 2020).

Nesse tocante, o fortalecimento dos tribunais, na visão de Hirschl, é resultado de interação estratégica de três grupos principais: elites políticas ameaçadas que procuram preservar ou aumentar sua hegemonia; elites econômicas que podem ver a constitucionalização de certas liberdades econômicas como meio de promover uma agenda liberal de privatizações, abertura de mercado, desregulação econômica, antiestatismo e anticoletivismo, visto que em vários países tais políticas são antipopulares, o que faz com que o Judiciário se torne o mecanismo mais apto para realizá-las; e elites judiciais e cortes supremas nacionais, que procuram aumentar sua influência política e reputação internacional. A teoria constitucionalista defendida por Hirschl que explica a ascensão do Judiciário no constitucionalismo contemporâneo é denominada de tese da preservação hegemônica (HIRSCHL, 2020).

Sob esse prisma, tal ideia diverge das teorias evolucionistas e funcionalistas, pois o autor canadense acredita que os pensamentos mais tradicionais, além de se manterem no senso comum, não analisam as influências políticas específicas implícitas, de maneira comparativa, sistemática e detalhada, das mudanças nos Estados Constitucionais de Direito nos últimos anos. Hirschl acredita que cada país possui suas peculiaridades, e não é possível tirar uma conclusão generalizada que sirva para todos os países acerca das origens e dos impactos da juristocracia (HIRSCHL, 2020).

Esse tipo de preservação hegemônica, por meio da constitucionalização de direitos ou de um Poder Judicial com base em interesses, provavelmente ocorrerá quando a reputação pública do Judiciário por profissionalismo, imparcialidade política e retidão for relativamente alta; quando os processos de nomeação judicial forem controlados em considerável parte pelas elites políticas hegemônicas; e quando a jurisprudência constitucional dos tribunais espelhar previsivelmente as preferências políticas dessas elites hegemônicas (HIRSCHL, 2020).

No contexto brasileiro, a juristocracia se consolida com a efetivação da Constituição Federal de 1988. É importante ressaltar, como indícios do regime juristocrático no Brasil, a legalização do aborto de fetos anencefálicos e o reconhecimento da instituição da união estável aos casais homoafetivos, assuntos em que o parlamento se constitui como fórum próprio para tais discussões. No entanto, os parlamentares desejaram que o Judiciário tomasse a decisão e assumisse o ônus político da possível impopularidade que tais escolhas pudessem ocasionar (BARROSO, 2013).

No caso do aborto de fetos anencefálicos, o acórdão da decisão do STF, publicado em 2012, permite a interrupção da gravidez nesse caso específico sem precisar de decisão

judicial, necessitando apenas do diagnóstico médico. De acordo com o relator, ministro Marco Aurélio Mello, anencefalia e vida são termos antitéticos. Nessa conjuntura, segundo pesquisa Datafolha (2019), 41% dos brasileiros acreditam que o aborto, independentemente da justificativa, deveria ser proibido. Ademais, a maior parte da população é formada por católicos e evangélicos, cujas doutrinas ensinam que tal ato representa algo abominável e inaceitável em qualquer hipótese. Além da questão do aborto, o reconhecimento em 2011 pelo STF da união homoafetiva também se enquadra em um contexto de divergências acirradas de opiniões.

Segundo pesquisa organizada pelo Poder 360, 33% da população demonstram ser contrários ao casamento gay. De acordo com tais informações, confirma-se que tais assuntos são polêmicos e poderiam gerar repercussões negativas aos desempenhos eleitorais dos parlamentares se fossem decididos no parlamento. Assim, a juristocracia se consolidaria como refúgio dos representantes políticos que veem sua hegemonia ameaçada e seu potencial eleitoral comprometido ao perceber a atuação do Judiciário como mecanismo de preservação de poder (BEZERRA, 2013; DATAFOLHA, 2019; BARBOSA, 2021).

3 CAUSAS PECULIARES DA JURISTOCRACIA BRASILEIRA

Sob o prisma das origens da juristocracia, para entender certo modelo jurídico, imprescindível é identificar a organização social, as relações estruturais de poder, os valores, os interesses que reproduz e para quem serve tal estruturação de poder. Cada contexto cultural de época envolve a integração de fatores sociais, econômicos, políticos, jurídicos e, igualmente, um processo cíclico “de emergência, desenvolvimento, crise e rupturas”. Assim, é fundamental identificar a realidade da sociedade estudada, suas principais mazelas e seus valores para buscar entender o modelo jurídico inserido nela (WOLKMER, 2001).

A juristocracia é um regime político que possui suas especificidades em cada local e época. Como ensina Ran Hirschl, qualquer tentativa de definir exatamente e generalizar sem examinar as instituições e as questões políticas de cada país não passa de tentativa. No contexto democrático brasileiro, as principais causas da judicialização da política são: a Constituição de 1988, a desconfiança com a classe política, as crises institucionais e a dependência dos cidadãos para com o Estado.

3.1 Constituição de 1988 e STF

A existência de uma Constituição democrática, que tenha como objetivo promover o bem-estar social, como a Constituição de 1988, a qual explicita direitos e valores a serem resguardados pelo Estado e que possam ser invocados em defesa dos indivíduos e grupos sociais que se sintam prejudicados pelo descumprimento de seus direitos, é um símbolo a justificar um Judiciário capaz de inserir-se na arena política com a finalidade de assegurar os núcleos substanciais do texto constitucional, os chamados direitos fundamentais.

Com a efetivação da Constituição de 1988, a ordem jurisdicional brasileira apresenta-se com diferentes formas de expressão legislativa que fazem com que o órgão aplicador do Direito obtenha certa autonomia em face da lei. São eles: os conceitos indeterminados, as cláusulas gerais, os conceitos normativos, os conceitos discricionários e as normas programáticas (VERBICARO, 2019). Assim, percebe-se uma diminuição do rigor e da estrita subsunção do juiz a conceitos jurídicos fixos, conceitos cujo conteúdo seja explicitado com segurança através da interpretação.

Outrossim, a ampliação do espaço reservado ao STF, definido pelo art. 102 da Constituição, passou a participar da arena política de resolução de conflitos constitucionais por intermédio do controle de constitucionalidade dos atos normativos. Sob esse prisma, praticamente qualquer questão pode ganhar roupagem jurídica e ser decidida pela Corte brasileira. Essa dimensão da capacidade dos tribunais em efetuar o controle de constitucionalidade das leis é de fundamental importância no que se refere à inserção do Judiciário no sistema político. Trata-se de importante indicador da relevância atribuída ao Poder Judiciário no interior do sistema política de poder. Urge destacar que é notório que um dos aspectos centrais do fenômeno da judicialização da política refere-se ao controle de constitucionalidade, uma vez que, além de inserir o Judiciário em espaço de acentuado poder, coloca-o como guardião da Constituição. Além da expansão do poder do STF, a Constituição, em seu art. 103, ampliou o rol dos legitimados a propor ação de inconstitucionalidade, o que propiciou considerável acréscimo na importância do papel efetuado pelo Supremo Tribunal Federal (BRASIL, 2021).

Nessa perspectiva, é explícita a expansão das hipóteses nas quais os juízes são chamados a valorar autonomamente as normas constitucionais e, por vezes, decidir e agir de modo semelhante ao legislador. Esse aumento de chances da atuação do Judiciário em questões políticas previsto na Constituição de 1988, principalmente da Suprema Corte Constitucional, oferece um cenário propício à consolidação da juristocracia no ordenamento jurídico brasileiro.

Ademais, os ministros do STF, de acordo com o parágrafo único do art. 101 da CF (BRASIL, 2021), são nomeados pelo Presidente da República após aprovação do Senado Federal. Nesse contexto, o chefe do Executivo em âmbito da União e os parlamentares da situação tendem a não ser contrários ao controle de constitucionalidade realizado pelo Supremo, porque, de certa maneira, podem formar o perfil da Corte de acordo com seus desejos, ou seja, vão preservar sua hegemonia política se escolherem ministros que possuem ideologias semelhantes às suas. Assim, as elites políticas não precisarão se submeter a repercussões de decisões delicadas no jogo democrático e os tribunais tendem a decidir de acordo com os interesses dessas elites políticas.

3.2 Crises institucionais-econômicas e descrédito da população com os políticos

No contexto social brasileiro, verifica-se a incompetência dos últimos governos em conduzir o país a uma conjuntura de desenvolvimento sustentável. Esse cenário de crise econômica associado a um texto constitucional vago em algumas partes e bem específico em outras, contendo contradições internas e significativas, especialmente em relação aos pré-compromissos econômicos, fomenta ainda mais a judicialização da política (VERBICARO, 2019).

Vive-se no país, na atualidade, uma situação de polarização política e intolerância na esfera pública, e é notório o descontentamento dos cidadãos com os políticos. Segundo pesquisa do Estadão (CHADE, 2016), o Brasil possui a população que menos confia nos políticos dentre as principais economias do mundo. Em um contexto de sucessivos casos de corrupção de representantes eleitos, de intolerância e de lideranças expressando ideias antidemocráticas e alusões positivas à ditadura militar, é notório o enfraquecimento das instituições e da democracia. Adicionalmente, em um contexto de pandemia da Covid-19, é notória a irresponsabilidade de certos governantes com a condução da crise, seja por não adquirir vacinas, desviar recursos ou não fornecer estruturas adequadas à população mais carente (CHADE, 2016; VERBICARO, 2019).

Outrossim, verifica-se que a população demonstra confiar mais no Judiciário do que no Executivo e no Legislativo. Esse cenário de crise econômica, de má atuação do Poder Executivo e Legislativo, de desconfiança da população com os políticos e de considerável credibilidade dos cidadão com o Judiciário consolida a ascensão de um regime juristocrático no Brasil (AGÊNCIA O GLOBO, 2021).

3.3 Cidadãos e dependência do Estado

A Constituição de 1988, além de ser marcada por normas vazias, não autoexecutáveis e contraditórias, procura regular vários setores da vida dos cidadãos. A vagueza de certos textos constitucionais ocasiona o fortalecimento dos poderes do Estado, sejam o Executivo, o Legislativo ou o Judiciário, que podem, de certa forma, controlar vários cenários da vida em sociedade, conceder garantias a grupos sociais sem mencionar de onde serão tiradas as receitas para pagar os custos destas. Com essa tonificação do Poder Público com base na Constituição de 1988, posto em prática por um controle estatal amplo, ocorre uma mudança psicológica dos cidadãos, em que estes acreditam que todos os problemas sociais que surgem devem ser resolvidos pelos representantes eleitos ou pelo Judiciário. Consequentemente, a liberdade dos cidadãos é cessada não de uma vez, mas aos poucos, com o passar de algumas gerações, visto a crescente interferência estatal na vida das pessoas (HAYEK, 2010).

Sob esse prisma, é importante salientar o pensamento de Tocqueville (2005), segundo o qual é fundamental para entender a nação compreender os hábitos, os costumes e as paixões dominantes que os habitantes possuem. Nesse sentido, não só a Constituição proporciona indícios para compreender o Brasil e fornece aos políticos ampla gama de competências, mas também a tradição dos brasileiros em buscar, por meio da atuação estatal, uma espécie de messias, oriundo da crença sebastianista. Atualmente, é visível o tratamento e a perspectiva que setores da sociedade possuem com candidatos da esquerda ou da direita, ou até mesmo representantes do Poder Judiciário, haja vista a idolatria que cidadãos possuem com representantes da Operação Lava Jato.

Nesse tocante, é fundamental entender que essa dependência constitucional e psicológica não levará o Brasil ao caminho do desenvolvimento sustentável e de melhores índices de capital humano. O Estado, o mercado e a sociedade civil, para alcançar tal objetivo, não se excluem, mas complementam-se. Como evidencia a teoria de Haa-Joon Chang, para a consolidação da revolução capitalista e do desenvolvimento econômico de uma nação, é fundamental que o Estado garanta o cumprimento de direitos sociais e auxilie na inovação tecnológica/industrial. No entanto, apesar de sua relevância, o Estado não deve exercer um controle governamental amplo e sem limites na vida dos cidadãos, tendo em vista a consequente dependência dos cidadãos para com o Poder Público e a consequente judicialização da política, o que facilita a aparição em cada época de novos “heróis”, sejam oriundos do Judiciário ou do Poder Majoritário (CHANG, 2013).

4 CONSEQUÊNCIAS DA JURISTOCRACIA NA DEMOCRACIA BRASILEIRA

Sob o prisma do constitucionalismo, um dos alicerces básicos é a teoria da separação dos poderes, fundamental para a garantia do Estado Democrático. Nesse contexto, o aumento da discricionaridade judicial presente no Constitucionalismo pós-Segunda Guerra Mundial, na interpretação da norma constitucional, trouxe desequilíbrio institucional. Nota-se que a crescente judicialização das relações sociais, políticas e econômicas decorreu da progressiva consolidação dos regimes democráticos, o que, no entanto, pode, contraditoriamente, com o excesso de intervencionismo, sacrificar o próprio valor democrático que a engendrou e, consequentemente, a liberdade dos cidadãos.

Na perspectiva da teoria da separação dos poderes, é fundamental destacar o pensamento de Montesquieu, segundo o qual não há liberdade (direito de fazer tudo que as leis permitem) todas as vezes em que a mesma pessoa ou a mesma corporação legisla e executa ao mesmo tempo ou quando o poder de julgar não está bem distinto e separado do Legislativo e do Executivo. Com isso, tal filósofo não tinha como objetivo prescrever a separação total e irrestrita dos diferentes poderes uns sobre os outros, mas que, quando dois ou três poderes, em toda a sua integridade, encontram-se concentrados em um só órgão, os direitos dos cidadãos e todos os valores de um governo livre ficam pervertidos (MONTESQUIEU, 2000).

Assim, cada poder passa a ter, ao mesmo tempo, um poder ativo e um poder capaz de controlar a atuação dos demais, instaurando-se a ideia de pesos e contrapesos, de alavancas e de freios, de ações e reações. A juristocracia representaria uma disfunção do Constitucionalismo, pois abala a separação dos poderes e compromete valores fundamentais, como liberdade e limitação dos poderes (VERBICARO, 2019).

No contexto do Estado Constitucional contemporâneo, apesar de serem notórias a ascensão do regime juristocrático como acontecimento global e as críticas presentes a tal fato, é válido ressaltar a importância do Judiciário para a democracia. Nesse tocante, a forma de atuação dos juízes e membros de tribunais, sua formação específica e o tipo de discurso que utilizam são aspectos que exigem reflexão. Não seria positivo o Judiciário como instância hegemônica, e a interpretação constitucional não pode se transformar em usurpação da função legislativa. Sob esse viés, é necessário cuidado. Uma ocasional ação contramajoritária do Judiciário em defesa dos componentes fundamentais da Constituição será benéfica, e não contra a democracia. No restante das ocasiões, ou seja, quando não estão em jogo os direitos fundamentais ou os procedimentos democráticos, juízes e tribunais devem observar as

preferências legítimas feitas pelo legislador, assim como ser simpáticos com o exercício razoável de discricionariedade pelo administrador, abstendo-se de sobrepor-lhes a própria valoração política (BARROSO, 2013).

Dessa maneira, urge destacar e analisar as principais consequências da juristocracia à democracia brasileira. Podem ser citados a ascensão de um poder não eleito, a capacidade institucional de estruturação do Judiciário, a limitação do debate ao público e o efeito *backlash*.

4.1 Crítica quanto à falta de legitimidade democrática do Judiciário

Quanto à legitimidade, questiona-se acerca do conteúdo democrático de suas decisões, uma vez que, sendo o Poder Judiciário um poder essencialmente técnico, não eleito pelo povo, carecedor, portanto, de legitimidade democrática e de conformação com o princípio majoritário, não teria condições de decidir e revogar questões deliberadas e acertadas em consonância com os processos democráticos de formação da vontade popular.

Juízes e membros dos tribunais não são agentes públicos eleitos. Sua investidura não tem o batismo da vontade popular e a conformação com o princípio majoritário. No entanto, é recorrente o Judiciário tomar decisões no lugar de representantes eleitos na conjuntura brasileira.

Essa prática de as instâncias judiciais sobreporem suas decisões às dos agentes políticos eleitos gera aquilo que, em teoria constitucional, foi denominado de dificuldade contramajoritária. A jurisdição constitucional e a atuação expansiva do Judiciário têm recebido, historicamente, críticas de natureza política que questionam sua legitimidade democrática e sua suposta maior eficiência na proteção dos direitos fundamentais (BARROSO, 2013).

Segundo o pensamento do constitucionalista Jeremy Waldron (2003), é normal que ocorram divergências em sociedades plurais sobre direitos constitucionais e questões morais relevantes e polêmicas, contexto em que o Estado deve decidir de forma que a lei seja respeitada. Para o autor, o órgão mais capacitado para solucionar tais desavenças seria o parlamento, visto que é considerado o órgão que de maneira mais latente é capaz de refletir os desacordos da sociedade marcada pela diversidade, pelo pluralismo cultural, social e econômico.

Os parlamentos são as instituições que refletem verdadeiramente essas realidades distintas e possuem legitimidade democrática, diferentemente dos tribunais. Assim, o método majoritário apresenta-se como o mais razoável para se chegar a uma solução coletiva que

respeite as distintas vozes em sociedade e eleve o direito de participação igualitária dos indivíduos (WALDRON, 2003).

4.2 Crítica quanto à capacidade estrutural do Judiciário

No tocante à capacidade dos tribunais, uma das consequências imediatas da juristocracia é o estímulo ao mau aproveitamento dos recursos públicos, haja vista que não somente os direitos, mas também as estruturas de poder possuem custos para serem implementados.

A expansão do Poder Judiciário acarreta como consequências inevitáveis mais despesas, o que pode comprometer ainda mais o contexto fiscal do Brasil, visto que, segundo o site Auditoria Cidadã, em 2020, foi gasto menos de 1% dos recursos da União em áreas consideradas essenciais à Justiça. Vale ressaltar que em 2020 a União pagou cerca de 1,381 trilhão de reais com despesas relacionadas a juros e amortizações da dívida pública, fato que dificulta a consolidação dos direitos essenciais à população (FATTORELLI, 2021).

A juristocracia ainda estimula um embate entre os poderes, pois as decisões judiciais são, constantemente, acusadas de gerar crescentes despesas de custeio, o que comprometeria a política de ajuste fiscal e de estabilidade monetária posta em prática pelo Executivo. Outro aspecto a ser levado em consideração refere-se ao fato de que o crescimento da atuação judicial deve ser acompanhado do aumento dos recursos para atender às respectivas demandas; caso contrário, o protagonismo judicial resultaria em denegação de justiça e falta de credibilidade da instituição (AMARAL, 2001).

4.3 Crítica quanto à limitação do debate

A juristocracia tem como um de seus principais efeitos a elitização do debate em questões sociais e morais, fato que exclui da discussão os cidadãos que não possuem conhecimento jurídico específico. Isso decorre, primordialmente, devido à formação técnica do Poder Judiciário, que possui métodos próprios de argumentação, não acessíveis à maioria das pessoas. Nesse contexto, institutos como audiências públicas, *amicus curiae* e direito de propositura de ações diretas por entidades da sociedade civil amenizam, mas não acabam essa adversidade.

Por outro lado, a transferência do debate público para o Judiciário traz uma dose excessiva de politização dos tribunais, o que facilita que paixões e questões ideológicas se sobreponham a visões técnicas, científicas e racionais. Segundo Jeremy Waldron (2013), a judicialização tende a mudar o foco da discussão pública, que passa de um ambiente em que

as razões podem ser postas de maneira aberta e abrangente, para outro ambiente altamente técnico e formal, tendo por objeto textos e ideias acerca de interpretação.

4.4 Efeito *backlash*

No contexto juristocrático, os tribunais, que expandiram sua influência, recebem o ônus de decisões políticas polêmicas. Nesse contexto, suas determinações podem gerar um verdadeiro tumulto diante do Estado Constitucional de Direito. Sob esse viés, mesmo que o Judiciário represente o poder menos descredibilizado comparado ao Legislativo e ao Judiciário, aquele vem perdendo sua reputação, principalmente o STF. É válido salientar pesquisa feita pelo Poder 360, em março de 2021, em que aproximadamente 42% da população acredita que a atuação do Supremo Tribunal Federal seja ruim/péssima (PICKER, 2021).

Assim, devido à juristocracia, surge um ambiente propício ao fenômeno do *backlash*, que também representa uma disfunção do constitucionalismo. Sob esse prisma, o *backlash*, segundo Cars Sustein (2007), é uma intensa e contínua desaprovação pública a uma decisão judicial que busca retirar sua força jurídica, a qual constitui forma de reação a uma decisão judicial. Ademais de dispor de acentuado teor político, envolve assuntos considerados polêmicos que não usufruem de uma opinião política consolidada entre a população (SUSTEIN, 2007).

Dessa maneira, o *backlash* estimula uma tensão constante entre poderes do Estado e parcelas da sociedade, que buscam reverter a decisão tomada pelo tribunal. Um exemplo evidente seria o caso da legalização da vaquejada. Nessa perspectiva, o STF, em 2016, julgou procedente a ADI nº 4983, proposta pelo Procurador-Geral da República contra a Lei nº 15.299/2013 do Estado do Ceará, que regulamentava a vaquejada como prática desportiva e cultural no âmbito deste Estado.

O principal fundamento foi o de que o inciso VII do § 1º do artigo 225 da Constituição Federal veda as práticas que submetam animais à crueldade, e a vaquejada resultaria em uma manifestação de crueldade, incompatível com os valores constitucionais. Como consequente resposta à decisão do Supremo Tribunal Federal, o Congresso Nacional, em 2017, aprovou a Emenda Constitucional nº 96, que acrescentou ao parágrafo 7º do artigo 225 da Constituição a permissão de "práticas desportivas que utilizem animais, desde que sejam manifestações culturais" (LUNARDI, 2020).

Assim, é possível compreender que o efeito *backlash* representaria um contra-ataque de decisões judiciais polêmicas que envolvam questões políticas, econômicas, sociais ou

morais. O *backlash*, portanto, é uma consequência manifesta da judicialização da política e explicita uma disfunção do constitucionalismo por meio de divergências ideológicas de uma decisão tomada pelos tribunais.

CONCLUSÃO

Trata-se de um marco no constitucionalismo contemporâneo a ascensão do Poder Judiciário. Este exerce fundamental função para o equilíbrio democrático, visto que é o guardião da Constituição em vários países, com o dever de assegurar o cumprimento dos direitos fundamentais e proteger as regras do jogo democrático. No entanto, infelizmente, em várias ocasiões, os tribunais extrapolam seus limites de atuação e decidem questões meramente políticas, o que não se constitui sua característica, pois tais órgãos devem ser técnicos e racionais. O fenômeno de inserção do Judiciário em assuntos que deveriam ser tratados pelos poderes majoritários é conhecido como judicialização da política.

Sob esse viés, existem teorias jurídicas que procuram explicar a evolução do constitucionalismo e a judicialização da política, tais como as teses evolucionistas e funcionalistas. Ran Hirschl, cientista político canadense, diverge dessas teses e explica as mudanças presentes no Estado Constitucional de Direito por intermédio da tese da preservação hegemônica. Tal teoria demonstra a interação e a conciliação entre três grupos: elites políticas, que procuram se afastar de decisões que poderiam ameaçá-las eleitoralmente; elites econômicas, que objetivam estabelecer pautas pró-mercado, como privatizações e desregulação; e elites judiciais, que querem aumentar seu prestígio e influência. Tal união de interesses constitui o regime político denominado juristocracia. Assim, o regime juristocrático representaria a ordem vigente em que os juízes decidiriam pautas polêmicas e delicadas de acordo com a ideologia dos políticos e das elites econômicas e com o aval destes, o que facilitaria que os representantes do Poder Majoritário consolidassem sua hegemonia.

Ademais, Hirschl explica que a juristocracia possui especificidades de acordo com cada contexto histórico e local, o que constitui tentativa de igualar cada regime juristocrático. Nesse sentido, as origens e consequências da inserção do Judiciário na arena política são peculiares na conjuntura brasileira.

As principais causas da consolidação da juristocracia no Brasil são: o tipo de Constituição adotado, constituído por normas vagas e contraditórias, que fornecem a possibilidade de um aumento da discricionariedade judicial; a ampliação da competência do STF e do rol de legitimados para propor ações diretas; o não cumprimento dos direitos sociais que deveriam ser assegurados pelos políticos; o grau de dependência material e psicológica

dos cidadãos para com o Estado; a falta de um projeto de nação e a busca incansável por um messias político, ora da esquerda, ora da direita, que resolveria todos os problemas do país.

Outrossim, a juristocracia representa uma disfunção do Estado Constitucional de Direito, visto que ocasiona um desequilíbrio entre os poderes, pois o Judiciário não teria legitimidade democrática para tomar decisões que deveriam ser determinadas pelos órgãos majoritários. Nesse sentido, a judicialização da política prejudica a política econômica do Estado, visto que desvia mais recursos para o Judiciário em vez de destinar mais verbas para a realização de direitos socias; o Judiciário, ao ser colocado no centro das decisões políticas, limita o debate de assuntos sociais, já que, por ser um órgão técnico e orientado pela imparcialidade e racionalidade, exclui a maioria das pessoas que não possuem conhecimentos diversos sobre Direito. Segundo Jeremy Waldron, o parlamento seria o setor do Estado preciso para decidir questões polêmicas que causam divergências entre diversos grupos sociais, uma vez que seria o poder capaz de representar tais agrupamentos e promoveria o debate na sociedade. Ademais, as decisões tomadas no regime juristócratico podem causar embates entre os poderes. Eis a possibilidade de surgir o efeito *backlash*, que seria uma espécie de contra-ataque sobre determinada decisão judicial, o que representaria um conflito de competência entre as funções do Estado.

Portanto, apesar de ser um fenômeno global, é possível constatar que as origens e as consequências da juristocracia são únicas em cada país. Para procurar propor soluções, é necessário conhecer os aspectos peculiares que norteiam o sistema jurídico de cada nação, assim como conhecer as tradições, os valores e os preconceitos de cada povo. Desse modo, o presente artigo conclui que o regime juristocrático representa uma disfunção do constitucionalismo e uma ameaça à democracia.

REFERÊNCIAS

AGÊNCIA O GLOBO. **Entre os três Poderes, sociedade confia mais no Judiciário, diz estudo.** 2019. Disponível em: <https://exame.com/brasil/entre-os-tres-poderes-sociedade-confia-mais-no-judiciario-diz-estudo/>. Acesso em: 14 jun. 2021.

AMARAL, G. **Direito escassez e escolha**: critérios jurídicos para lidar com a escassez de recursos e as decisões trágicas. 2. ed. Rio de Janeiro/São Paulo: Renovar, 2001.

BARBOSA, R. **Metade dos brasileiros é a favor do casamento homossexual, mostra Poder Data.** Disponível em: <https://www.poder360.com.br/poderdata/metade-dos-brasileiros-e-a-favor-do-casamento-homossexual-mostra-poderdata/>. Acesso em: 14 jun. 2021.

BARROSO, L. R. Constituição, democracia e supremacia judicial: direito e política no Brasil contemporâneo. **Pensar**, Fortaleza, v. 18, n. 3, p. 864-939, set./dez. 2013.

BEZERRA, H. **Leia acórdão sobre interrupção de gravidez de anencéfalo.** 2013. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2013-mai-13/leia-acordao-stf-autoriza-interrupcao-gravidez-anencefalo>. Acesso em: 14 jun.2021.

BRASIL. **Constituição Federal de 1988.** Senado Federal. Disponível em: <https://www.senado.leg.br/atividade/const/con1988/con1988_06.06.2017/art_102_.asp>. Acesso em: 14 jun. 2021.

BRITTO, M. C. S. **Juristocracia e *backlash* como expressões da insuficiência do arranjo institucional do constitucionalismo liberal.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2020.

CHADE, J. **Brasileiro é quem menos confia em político.** 2016. Disponível em: <https://politica.estadao.com.br/noticias/geral,brasileiro-e-quem-menos-confia-em-politico--diz-pesquisa-mundial,10000050380>. Acesso em: 14 jun. 2021.

CHANG, H. J. **23 coisas que não nos contaram sobre o capitalismo.** São Paulo: Cultrix, 2013.

DATAFOLHA. **41% dos brasileiros são contra qualquer tipo de aborto, diz Datafolha.** 2019. Disponível em: <https://g1.globo.com/ciencia-e-saude/noticia/2019/01/11/41-dos-brasileiros-sao-contra-qualquer-tipo-de-aborto-diz-datafolha.ghtml>. Acesso em: 14 jun. 2021.

FATTORELLI, M. L. **Gastos com a dívida pública cresceram 33% em 2020.** 2021. Disponível em: <https://auditoriacidada.org.br/conteudo/gastos-com-a-divida-publica-cresceram-33-em-2020/>. Acesso em: 14 jun. 2021.

HAYEK, F. A. **O caminho da servidão.** 6. ed. São Paulo: Instituto Ludwing Von Mises, 2010.

HIRSCHL, R. **Rumo à juristocracia**: as origens e consequências do novo constitucionalismo. Campinas/SP: EDA – Educação Direito e Alta Cultura, 2020.

LUNARDI, F. C. **O STF na Política e a Política no STF**: poderes, pactos e impactos para a democracia. São Paulo: SaraivaJur, 2020.

MONTESQUIEU. **O espírito das leis.** 2. ed. São Paulo, 2000.

PLIGHER, P. **42% dos brasileiros estão insatisfeitos com o trabalho do STF, mostra Poder Data.** Disponível em: <https://www.poder360.com.br/poderdata/42-dos-brasileiros-estao-insatisfeitos-com-o-trabalho-do-stf-mostra-poderdata/>. Acesso em: 14 jun. 2021.

ROSSI, A. C. S. **Neoconstitucionalismo e a superação da perspectiva positivista do direito**. 2011. 210 f. Tese (doutorado em Direito) – Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2011. Disponível em: <https://acervodigital.ufpr.br/handle/1884/25864?show=full>. Acesso em: 14 jun. 2021.

SANTOS, B. S. **A judicialização da política**. Disponível em: <https://www.ces.uc.pt/ces/opiniao/bss/078.php> Acesso em: 14 jun. 2021.

SUSTEIN, C. S. Backlash's travels. **Harvard Civil Rights-Civil Liberties Law Rewiew**, v. 42, mar. 2007.

TOCQUEVILLE, A. **A democracia na América.** v. 1. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

VERBICARO, L. P. **Judicialização da política, ativismo e discricionariedade judicial**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019.

WALDRON, J. **A dignidade da legislação.** São Paulo: Martins Fontes, 2003.

WOLKMER, A. C. **Pluralismo jurídico**: fundamentos de uma nova cultura do direito. São Paulo: Alfa Omega, 2001.