

PROTAGONISMO INSTITUCIONAL DO PODER JUDICIÁRIO NO ESTADO CONTEMPORÂNEO: REFLEXÕES SOBRE A JUDICIALIZAÇÃO, O ATIVISMO JUDICIAL E A AUTONOMIA PROCESSUAL DA JUSTIÇA CONSTITUCIONAL

Guilherme Braga Peña de Moraes

Pós-Doutor em Direito Constitucional pela Fordham School of Law - Jesuit University of New York (FU/NY).¹

Aprovado em: 18/06/2016 e 01/07/2019

RESUMO: Este trabalho procura investigar as definições de protagonismo judicial, judicialização da política e ativismo judicial, correlacionando-as entre si. O caráter inovador reside na afirmação das possibilidades do ativismo judicial, que não se confunde com a autonomia processual da justiça constitucional, sem, no entanto, deixar de impor-lhe limites.

PALAVRAS-CHAVE: Protagonismo judicial – Judicialização da política – Ativismo judicial.

ABSTRACT: This work tries to look into the definitions of judicial protagonism, judicialization of politics and judicial activism, correlating them with each other. The innovative character lies in the affirmation

¹ Membro do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro. Professor Adjunto da Faculdade de Direito e Professor Permanente do Programa de Pós-Graduação em Direito Constitucional da Universidade Federal Fluminense (UFF). Mestre em Direito Constitucional pela Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro (PUC/RJ). Doutor em Direito Constitucional pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC/SP).

of possibilities of judicial activism, not to be confused with the processual autonomy of constitutional justice, without, however, fail to impose limits.

KEYWORDS: Judicial protagonism – Judicialization of politics – Judicial activism.

1 INTRODUÇÃO

O artigo que ora vem a lume tem a pretensão de investigar o “movimento global em direção ao Judiciário”,² que experimenta uma ascensão institucional na organização dos Poderes do Estado contemporâneo, por força do qual os juízes são trazidos para o primeiro plano da vida pública.

O ponto de convergência da judicialização e ativismo do Poder Judiciário, dessa forma, encontra-se no quadro de valorização das atividades dos juízes.³ A nosso ver, no espaço dos diálogos constitucionais, é identificado o protagonismo, ou mesmo a supremacia, do Poder Judiciário que, por causa da judicialização de relações de natureza social e política, opera o efeito do ativismo judicial.⁴

Debruçar-nos-emos, pois, sobre o trinômio judicialização da política – protagonismo institucional – ativismo do Judiciário ao longo do texto para, ao final, examinar o conceito de autonomia processual da justiça constitucional.

2 JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA

A elocução “judicialização da política” pode ser remontada a Neal Tate e Torbjörn Vallinder, segundo os quais “a judicialização consiste, de todo modo, na transformação de algo em forma de processo judicial”.⁵

2 MORAES, Guilherme Peña de. *Constitucionalismo Multinacional: uso persuasivo da jurisprudência estrangeira pelos tribunais constitucionais*. São Paulo: Atlas, 2015. p. 19.

3 CROWE, Justin. *Building the Judiciary: law, courts and the politics of institutional development*. New Jersey: Princeton University Press, 2012. p. 270.

4 HIRSCHL, Ran. *Towards Juristocracy: the origins and consequences of the new constitutionalism*. Cambridge: Harvard University Press, 2007. p. 7.

5 TATE, Neal; VALLINDER, Torbjörn. *The Global Expansion of Judicial Power*. New York: NYU Press, 1997. p. 13. V.,

Nesse sentido, o papel invasivo da ciência jurídica é determinado pela invasão do Direito tanto nas relações sociais – “judicialização da sociedade”⁶ – quanto nos poderes republicanos – “judicialização da política”.⁷

Com efeito, a judicialização da sociedade deriva da intervenção do Direito na sociabilidade, com a regulação das práticas sociais.

O Poder Judiciário é exposto, sem nenhum tipo de mediação, dentro dessa lógica de raciocínio, às expectativas por cidadania de setores socialmente emergentes.

A Justiça, como “guardiã das promessas democráticas” ainda não realizadas durante a modernidade, é convertida em “lugar em que se exige a realização da democracia”.⁸

Demais disso, a judicialização da política exsurge da intervenção do Direito nas instituições, com o reconhecimento, antes, de um novo padrão de configuração do Poder Judiciário e, depois, de um novo padrão de relacionamento entre os Poderes do Estado.

No novo padrão de configuração, ao Poder Judiciário é atribuído o poder de elaborar o Direito, a partir do esvaziamento progressivo da supremacia legislativa e, por via de consequência, da transposição de poder do Legislativo para o Judiciário.⁹

O deslocamento do centro de gravidade revela a evolução de um sistema jurídico monocêntrico para outro policêntrico, no qual toda a produção normativa não está alocada na legislatura eleita.¹⁰

também: The Judicialization of Politics: a world-wide phenomenon. *International Political Science Review*, no 15, 1994, p. 91-100.

6 FRIEDMAN, Lawrence; PÉREZ-PERDOMO, Rogelio. *Legal Culture in the Age of Globalization*. Redwood: Stanford University Press, 2003. p. 64.

7 SHAPIRO, Martin; SWEET, Alec. *On Law, Politics and Judicialization*. Cary: Oxford University Press, 2002. p. 55.

8 Na visão de Antoine Garapon, “tornou-se o Poder Judiciário o último refúgio de um ideal democrático decantado ao longo do tempo”. GARAPON, Antoine. *Le Gardien des Promesses. Justice et Démocratie*. Paris: Odile Jacob, 1996. p. 20, 22 e 45, e *Les Juges dans la Mondialisation*. Paris: Seuil, 2005. p. 71. V., também, da mesma autoria: *L’Imaginaire Pirate de la Mondialisation*. *Revue Esprit*, 1º.7.2009, p. 154-167, e *La Peur de l’Impuissance Démocratique*. *Revue Esprit*, 1º.2.2014, p. 19-30.

9 DRESSEL, Björn. *Judicialization of Politics*. New York: Routledge, 2012. p. 15.

10 TUSHNET, Mark. *Taking the Constitution away from the Courts*. New Jersey: Princeton University Press, 2000. p. 6.

No novo padrão de relacionamento, o Poder Judiciário, instituição estratégica nas democracias de hoje, impondo-se, entre os dois Poderes do Estado, como ator político e parceiro no processo decisório, é convocado ao exercício de novos papéis constitucionais.¹¹

A judicialização da política, não pode ser negado, é revestida de natureza dúplice ou ambivalente, eis que, de um lado, as minorias parlamentares demandam a intervenção do Poder Judiciário contra a vontade da maioria (defesa das minorias), ao tempo em que, de outro lado, os agentes institucionais, como, por exemplo, o Poder Executivo e as Instituições de Provedoria de Justiça, demandam a intervenção do Poder Judiciário contra a representação parlamentar, com vistas à racionalização do governo (defesa da sociedade).¹²

3 PROTAGONISMO JUDICIAL

O Poder Judiciário, devido à judicialização das relações sociais e políticas, é colocado no epicentro jurídico-constitucional do Estado contemporâneo.¹³

11 POPOVA, Maria. *Politicized Justice*. Cambridge: Cambridge University Press, 2014. p. 26.

12 Na visão de Luciano Da Ros, o Poder Judiciário pode atuar em relação à judicialização da política como “instrumento de oposição”, pela defesa das minorias, ou “árbitro da partida”, para defesa da sociedade e, por via de consequência, manutenção das regras do jogo. DA ROS, Luciano. Tribunais como Árbitros ou como Instrumentos de Oposição: uma tipologia a partir dos estudos recentes sobre judicialização da política com aplicação ao caso brasileiro contemporâneo. *Direito, Estado e Sociedade*, no 31, 2007, p. 86, e Ministério Público e Sociedade Civil no Brasil Contemporâneo: em busca de um padrão de interação. *Política Hoje*, nº 18, 2009, p. 29. V., também, da mesma autoria: Fundamentos Sócio-Políticos do Pioneirismo Jurisprudencial e da Diversificação do Espaço Jurídico: notas a partir de estudo de caso. *Revista da Ajuris*, nº 35, 2008, p. 217-230, e Díficil Hierarquia: a avaliação do Supremo Tribunal Federal pelos magistrados da base do Poder Judiciário no Brasil. *Revista da GV*, nº 9, 2013, p. 47-64.

13 O protagonismo institucional do Poder Judiciário é relacionado ao “quadro de valorização do papel do juiz”, por José Ribas Vieira, “protagonismo judicial-processual”, por Lenio Luiz Streck, ou “nova ideia de direito, com o juiz como figura principal”, por Evandro Gueiros Leite. VIEIRA, José Ribas. Leituras e Debates em torno da Interpretação no Direito Constitucional nos Anos 90. *Impulso – Revista de Ciências Sociais e Humanas*, nº 20, 1996, p. 16; STRECK, Lenio Luiz. Hermenêutica, Constituição e Processo, ou de “como discricionariedade não combina com democracia”: o contraponto da resposta correta. *Constituição e Processo: a contribuição do processo ao constitucionalismo democrático brasileiro*. Belo Horizonte: Del Rey, 2009. p. 8, 10, 17 e 24, e LEITE, Evandro Gueiros. Ativismo Judicial. *BDJur – Biblioteca Digital Jurídica*, no 5, 2008, p. 2.

O protagonismo institucional do Poder Judiciário pode ser constatado em decisões de temas polêmicos, que envolvem questões de dissenso moral razoável da sociedade ou aspectos morais não socialmente estáveis.¹⁴ O Poder Judiciário, nestas matérias, é evidenciado como uma arena – jurídica – para a qual são deslocados os conflitos de interesse de outra arena – política.¹⁵

Exemplos do protagonismo judicial são detectados ao redor do mundo, como as decisões da Suprema Corte do Canadá, no caso *Operation Dismantle v. The Queen*, acerca do teste de mísseis de cruzeiro americanos no território do país,¹⁶ do Tribunal Constitucional da Coreia do Sul, no caso *Rob Moo-hyun*, sobre o julgamento do processo de *impeachment* do Presidente da República,¹⁷ do Conselho Constitucional da França, na *Décision n° 2010-44 QPC*, acerca do imposto de solidariedade das riquezas,¹⁸ da Suprema Corte de Israel, no caso *Ornan Yekutieli v. The Minister of Religious Affairs*, a respeito do bloqueio da Faixa de Gaza ao Hamas,¹⁹ do Conselho Constitucional da Hungria, na *Döntés száma 8/2010*, sobre o imposto de redistribuição das fortunas,²⁰ do Tribunal Constitucional da Turquia, no caso *Pasinler Criminal Court of Peace*, acerca da preservação da laicidade do Estado contra o fundamentalismo islâmico,²¹ e da Suprema Corte dos Estados Unidos da América, no caso *Citizens United v. Federal Election Commission*, sobre os limites à participação financeira de empresas, ou mesmo organizações sem fins lucrativos, em campanhas eleitorais de que trata o *Bipartisan Campaign Reform Act*.²²

14 VALLE, Vanice Regina Lírio do. *O Ativismo Jurisdicional e o Supremo Tribunal Federal*. Curitiba: Juruá, 2009. p. 33.

15 RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo Judicial: parâmetros dogmáticos*. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 13.

16 *Operation Dismantle v. The Queen* [1985] 1 S.C.R. 441.

17 2004Hun-Na1, 16-1 KCCR 609.

18 *Décision no 2010-44 QPC*. *Journal Officiel* 29.9.2010, p. 671.

19 *Ornan Yekutieli v. The Minister of Religious Affairs*, HCJ 4124/00.

20 *Döntés száma 8/2010*. *Magyar Közlöny* 2010/10.

21 Esas no: 2014/36. Karar no: 2015/51.

22 *Citizens United v. Federal Election Commission*, 558 U.S. 310.

Da mesma forma, como ator do processo de interpretação da Constituição, o Supremo Tribunal Federal do Brasil enfrentou as questões da antecipação terapêutica de parto de fetos anencéfalos, na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54/DF,²³ da fidelidade partidária dos detentores de mandatos eletivos, no Mandado de Segurança nº 26.602/DF,²⁴ do cultivo, industrialização e comercialização de organismos geneticamente modificados, na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.035/PR,²⁵ da união estável entre pessoas do mesmo sexo, na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 132/RJ,²⁶ do uso de células-tronco embrionárias em pesquisas, na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.510/DF,²⁷ da progressão de regime prisional em crimes hediondos, no *Habeas Corpus* nº 82.959/SP,²⁸ e das ações afirmativas raciais no acesso às instituições de ensino superior públicas, na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 186/DF.²⁹

4 ATIVISMO JUDICIAL

A expressão “ativismo judicial” pode ser reputada a Arthur Schlesinger Junior, que, ao analisar o perfil dos juízes da Suprema Corte norte-americana em 1947, identificou os “ativistas judiciais” – *Justices* Hugo Black, William O. Douglas, Frank Murphy e Wiley B. Rutledge, Jr. –, os “campeões do autocontrole” – *Justices* Robert H. Jackson, Felix Frankfurter e Harold H. Burton – e, por último, o “grupo intermediário” – *Justice* Stanley F. Reed, sob a liderança do *Chief Justice* Frederick M. Vinson.³⁰

²³ ADPF no 54/DF. DJe-080.

²⁴ MS no 26.602/DF. DJe-197.

²⁵ ADI no 3.035/PR. DJe-152.

²⁶ ADPF no 132/RJ. DJe-198.

²⁷ ADI no 3.510/DF. DJe-096.

²⁸ HC no 82.959/SP. DJe-022.

²⁹ ADPF no 186/DF. DJe-205.

³⁰ SCHLESINGER JUNIOR, Arthur. The Supreme Court: 1947. *Fortune Magazine*, 1o.1.1947, p. 202. V., também:

4.1 Definição

A definição de ativismo judicial não é unívoca.

A partir da constatação de cinco significados, o fenômeno sob investigação pode ser examinado como (i) “prática utilizada para atacar os atos emanados de outros Poderes do Estado, com constitucionalidade defensável”, (ii) “estratégia de não aplicar os precedentes”, (iii) “afastamento dos cânones de interpretação”, (iv) “conduta de legislar a partir dos tribunais” ou (v) “julgamento predeterminado a um fim”.³¹

Em que pese a multiplicidade de significados, permitimo-nos definir o ativismo judicial como método de criação judicial do Direito *extra legem*, porém *intra ius*.³²

4.2 Tipologia

O debate norte-americano acerca do ativismo e da autocontenção judicial gira em torno de uma questão de calibragem da atividade dos juízos e tribunais, sendo exato que, na história da Suprema Corte, os conceitos desenvolveram uma trajetória pendular.³³

Entendido como participação mais intensa do Poder Judiciário na atividade intelectual de concretização dos valores constitucionais³⁴ ou, de outro modo, interferência em maior grau do Judiciário na esfera de atuação dos outros Poderes do Estado,³⁵ na definição que nos é fornecida pela

The Cycles of American History. Boston: Houghton Mifflin, 1986. p. 422-423.

31 KMIEC, Keenan D. The Origin and Current Meanings of “Judicial Activism”. *California Law Review*, no 92, 2004, p. 1.463-1.476.

32 MORAES, Guilherme Peña de. *Justiça Constitucional: limites e possibilidades da atividade normativa dos tribunais constitucionais*. São Paulo: Atlas, 2012. p. 96, 105 e 168.

33 AMAR, Akhil R. *America’s Unwritten Constitution*. New York: Basic Books, 2012. p. 95.

34 ROOSEVELT, Kermit. *The Myth of Judicial Activism*. New Haven: Yale University Press, 2006. p. 37.

35 FORTE, David F. *The Supreme Court in American Politics: judicial activism vs. self-restraint*. Lexington: Heath, 1972. p. 17.

dogmática tradicional, o ativismo judicial não pode ser confundido com a politização do Judiciário (ativismo extrajudicial), o estado de coisas inconstitucional (ativismo dialógico) e a autonomia processual da justiça constitucional (ativismo procedimental).³⁶

4.2.1 Ativismo Extrajudicial

A politização do Judiciário, isto é, “articulação com representantes de outros Poderes do Estado”, por meio da qual os juízes “se relacionam com o mundo da política”,³⁷ não tem a ver com o desempenho da jurisdição.

Muito pelo contrário, o ativismo extrajudicial é relacionado à forma como os magistrados se apresentam perante os demais Poderes, a sociedade e a opinião pública, por seus modos de pronunciamento externo ao processo, tendo em vista as questões de interesse da judicatura.

Dentro dessa perspectiva, “o ativismo extrajudicial torna mais explícita uma dimensão de politização do Judiciário, que o aproxima da forma de atuação dos outros Poderes do Estado legitimados democraticamente”.³⁸

4.2.2 Ativismo Dialógico

O estado de coisas inconstitucional é demonstrado pelo fracasso generalizado de políticas públicas que, causado pelo bloqueio do processo político ou institucional, resulta em violações massivas de direitos humanos.³⁹

36 O ativismo judicial é constituído por sete espécies ou modalidades, de acordo com William P. Marshall: o contramajoritário, o não-originalista, o jurisdicional ou formal, o de precedentes, o material ou criativo, o remediador e o partisan. MARSHALL, William P. Conservatism and the Seven Sins of Judicial Activism. *University of Colorado Law Review*, no 73, 2002, p. 1.217.

37 TORQUATO, Francisco Gaudêncio. A Politização do Judiciário. *O Estado de S. Paulo*, 13.3.2005, p. A2.

38 VIEIRA, José Ribas; CAMARGO, Margarida Maria Lacombe; SILVA, Alexandre Garrido da. O Supremo Tribunal Federal como Arquiteto Institucional: a judicialização da política e o ativismo judicial. *Versus: Revista de Ciências Sociais Aplicadas do CCJE/UFRJ*, nº 2, 2009, p. 74.

39 GARAVITO, César Rodríguez. *Juicio a la Exclusión: el impacto de los tribunales sobre los derechos sociales en el Sur Global*. Buenos Aires: Siglo Veintiuno, 2015. p. 33.

A teoria foi desenvolvida pela Corte Constitucional da Colômbia na solução de casos estruturais,⁴⁰ como, por exemplo, os relacionados aos estabelecimentos carcerários,⁴¹ deslocamentos internos⁴² e saúde pública,⁴³ na forma do art. 27, nº 3, do Decreto nº 2.591, de 19 de novembro de 1991.⁴⁴

O estado de coisas inconstitucional é contemplado em ordens judiciais de execução complexa do tribunal constitucional que, no exercício da jurisdição supervisora que lhe é investida, deve proceder à realização de audiências públicas de prestação de informações e de autos de monitoramento das providências adotadas pelo Estado.⁴⁵

Diferentemente do ativismo clássico, que tem a pretensão de resolver, com a sentença ou acórdão, todos os problemas discutidos no processo judicial, propõe o ativismo dialógico o emprego de procedimentos de mudança organizacional pela implementação gradual do julgado.

4.2.3 Ativismo Procedimental

O maior grau de liberdade na configuração do processo constitucional é, em resumo, um atributo da justiça constitucional que, no desempenho da

40 Resolución, abril 28 de 1998: “Este Tribunal tem utilizado a figura do estado de coisas inconstitucional a fim de buscar remédio para situações de violação dos direitos fundamentais que têm um caráter geral, que afeta tantas pessoas, e cujas causas são de natureza estrutural, isto é, como regra, não se originam exclusivamente da autoridade demandada e, portanto, sua solução exige esforços conjuntos de diferentes entidades. Nessas condições, a Corte Constitucional decide que, como milhares de pessoas estão na mesma situação, o mais indicado é emitir ordens às instituições públicas competentes, com vistas a colocar em ação o seu poder para eliminar este estado de coisas inconstitucional”. Disponível em: <<http://www.corteconstitucional.gov.co>>. Acesso em: 24.9.2015.

41 Sentencia T-606/98. Octubre 27 de 1998.

42 Sentencia T-025/04. Abril 27 de 2004.

43 Sentencia T-760/08. Julio 31 de 2008.

44 Decreto no 2.591/91, art. 27, no 3: “Em todo caso, o juiz deve estabelecer os efeitos da sua decisão para o caso concreto, mantida a sua competência até que o direito seja totalmente reintegrado ou as causas da ameaça tenham cessado”. Disponível em: <<http://www.congreso.gov.co>>. Acesso em: 24.9.2015.

45 LANGFORD, Malcolm. *Teoría y Jurisprudencia de los Derechos Sociales: tendencias emergentes en el Derecho Internacional e Comparado*. Bogota: Universidad de los Andes-Siglo del Hombre, 2013. p. 209.

autonomia processual que lhe é inerente, pode fornecer ao processo constitucional uma natureza dúctil, flexível e, sobretudo, aberta às suas necessidades.⁴⁶

O ativismo procedimental é informado pelo princípio da adaptabilidade, que investe os tribunais constitucionais no poder de suprir a incompletude ou inconsistência, ou então a inconveniência ou inoportunidade da aplicação do Direito Processual Constitucional. Em outras palavras, os tribunais constitucionais gozam de não pouca margem de discricionariedade judicial, que permite-lhes “preencher uma lacuna jurídica” e, bem assim, “modificar o sistema conforme considerações de conveniência e oportunidade que são alheias ao próprio sistema (pelo menos na opinião de alguns)”.⁴⁷

A deformalização do processo constitucional é fomentada pela autonomia processual da justiça constitucional que, a nosso sentir, pode ser constatada, posto que evidente, na filtragem dos recursos excepcionais, pluralização do debate constitucional e redimensionamento da eficácia das decisões tomadas em controle de constitucionalidade.⁴⁸

4.3 Limitação

*“Todo poder é limitado por mais que se tenha ele”.*⁴⁹

Poder e limitação constituem os parâmetros, aparentemente contraditórios, a partir dos quais são fundadas as estruturas de todas as democracias contemporâneas. Forte nessa premissa, a conclusão há de ser pela afirmação das possibilidades do ativismo judicial, sem, entretanto, deixar de impor-lhe limites.

46 MARTINS, Leonardo. A Retórica do Processo Constitucional Objetivo no Brasil. In: NOVELINO, Marcelo (Org.). *Leituras Complementares de Direito Constitucional*. Salvador: JusPODIVM, 2007. p. 30.

47 DIMOULIS, Dimitri; LUNARDI, Soraya Regina. Efeito Transcendente, Mutação Constitucional e Reconfiguração do Controle de Constitucionalidade no Brasil. *Revista Brasileira de Estudos Constitucionais*, nº 5, 2008, p. 220.

48 VAL, Eduardo. A “Corte” Gilmar Mendes Revisitada (2008-2010): mais ativismo no controle de constitucionalidade brasileiro? In: BELLO, Enzo (Org.). *Ensaio Crítico sobre Direitos Humanos e Constitucionalismo*. Caxias do Sul: EDUCS, 2012. p. 121.

49 BOETHIUS, Anicius Manlius Torquatus Severinus. *De Consolatione Philosophiae, Opuscula Theologica*. Munich & Leipzig: K.G. Saur (Bibliotheca Teubneriana), 2000. p. 65.

Temos que o ativismo e a autocontenção judicial são iluminados por cinco *standards* ou padrões de avaliação sobre a discriminação ou preconceito, a deliberação popular, o funcionamento da democracia, a capacidade técnica e a proteção deficiente dos direitos das gerações futuras.⁵⁰

4.3.1 Discriminação ou Preconceito

Ativismo ou autocontenção judicial conforme a questão envolva, ou não, minorias objeto de discriminação ou preconceito.

As discriminações, sob a forma de preconceitos de origem, raça, sexo, cor ou idade, devem ensejar a participação mais intensa do Poder Judiciário na concretização dos valores constitucionais em jogo.

A proteção judicial dos direitos das minorias e dos grupos vulneráveis nas sociedades pluralistas deve compor a agenda dos tribunais constitucionais, em ordem a fornecer efetividade ao direito a ser diferente.⁵¹

4.3.2 Deliberação Popular

Ativismo ou autocontenção judicial consoante a maior ou menor deliberação popular sobre a matéria.

Nesse contexto, quanto maior for o grau de deliberação popular no processo de tomada de decisão dos agentes da política, menor deve ser o nível de interferência do Judiciário na esfera de atuação dos outros Poderes do Estado.

O tribunal constitucional, como guardião da formação da deliberação popular, deve conter-se frente a organizações de mesma hierarquia. Evi-

50 MORAES, Guilherme Peña de. A Redução da Maioridade Penal é Constitucional? Não. *Carta Forense*, 4.5.2015, p. B23.

51 ATALIBA, Geraldo. Judiciário e Minorias. *Revista de Informação Legislativa*, nº 96, 1987, p. 189-194.

denciar-se-ia, do contrário, uma supremacia inconstitucional daquele em relação a estas.^{52,53}

4.3.3 Funcionamento da Democracia

Ativismo ou autocontenção judicial conforme a questão envolva, ou não, pressupostos para o funcionamento da democracia.⁵⁴

A democracia é resultado da convivência entre a preservação da vontade da maioria (*majority rule*) e, sobretudo, a proteção dos direitos fundamentais (*minority rights*).⁵⁵

Em linha de princípio, o governo da maioria deve ser protegido, a não ser na hipótese em que a vontade de quem tenha a maioria dos votos imponha ameaça ou lesão à preservação dos direitos fundamentais, quando, então, a regra se inverte.⁵⁶

4.3.4 Capacidade Técnica

Ativismo ou autocontenção judicial consoante a maior ou menor capacidade técnica de resolução do litígio.

Nesse diapasão, quanto maior for o nível de capacidade técnica para deslinde da questão jurídica, menor deve ser o grau de interferência do Judiciário na esfera de atuação dos outros Poderes do Estado.

52 SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. Teoria da Constituição, Democracia e Igualdade. *Teoria da Constituição: estudos sobre o lugar da política no Direito Constitucional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003. p. 24.

53 A partir da concepção de procedimento democrático (*demokratische Verfahren*), a teoria da deliberação foi engendrada por Jürgen Habermas. Defende o autor que a formação da vontade política deve ser submetida a um procedimento democrático na esfera pública, com a função de racionalizar as decisões do governo e da administração pública, eis que “os pressupostos comunicacionais da formação democrática da vontade funcionam como importantes escoadouros da racionalização discursiva das decisões de um governo e administração pública vinculados ao direito e à lei. Racionalização significa mais que mera legitimação, mas menos que a ação de constituir o poder político”. HABERMAS, Jürgen. *Die Einbeziehung des Anderen*. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1996. p. 277-292. V., também, da mesma autoria: *Faktizität und Geltung*. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1998. p. 311.

54 COMMAGER, Henry. *Majority Rule and Minority Rights*. New York: Peter Smith Pub. Inc., 1980. p. 38-41.

55 MORAES, Guilherme Peña de. (Des)ordem e Violência. *O Dia*, 14.5.2014, p. 12.

56 HAHN, Harlan. *Minority Rights and Majority Rule*. New York: John Wiley & Sons Inc., 1976. p. 19-22.

O tribunal constitucional, no entanto, dispõe da possibilidade de requisitar informações adicionais, designar perito para que emita parecer sobre a questão, ou fixar data para ouvir depoimentos de pessoas com experiência na matéria, para esclarecimento de circunstância de fato sobre a qual não possua *expertise*.^{57,58}

4.3.5 Proteção Deficiente dos Direitos das Gerações Futuras

Ativismo ou autocontenção judicial conforme a questão envolva, ou não, no presente os direitos das gerações do futuro.

A proteção deficiente dos direitos das gerações futuras de satisfazer as suas próprias necessidades pode ensejar a participação mais intensa do Poder Judiciário na concretização dos valores constitucionais em jogo.

A vinculação às cláusulas pétreas das gerações presentes, como entendemos, há de ser interpretada com moderação. Ela não pode expor os princípios básicos da ordem constitucional, que lhe conferem identidade. Todavia, ela não deve obstar a decisão majoritária dos órgão de representação popular que tenham a legítima pretensão de ajustar a Constituição

57 MENDES, Gilmar Ferreira. Controle de Constitucionalidade: hermenêutica constitucional e revisão de fatos e prognoses legislativos pelo órgão judicial. *Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade. Estudos de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 471.

58 A teoria do controle das prognoses legislativas pode ser reconduzida à Klaus Jürgen Philippi, para quem o processo de conhecimento envolve a investigação integrada de elementos fáticos e jurídicos. Considerando a existência da “comunicação entre norma e fato” (*Kommunikation zwischen Norm und Sachverhalt*), desmistifica o autor a ideia de que a questão constitucional configura simples “questão jurídica” de aferição de legitimidade da lei em face da Constituição. Dessa forma, Klaus Jürgen Philippi constata a possibilidade jurídica de exame ou revisão dos fatos legislativos pressupostos ou adotados pelo legislador, entendendo-se como tal qualquer “fato real” (*realer Sachverhalt*) que tenha relevo para aplicação de uma norma. Em seguida, o autor procede à classificação dos fatos legislativos em “fatos históricos” (*historische Tatsache*), “fatos atuais” (*gegenwärtige Tatsachen*) e “eventos futuros” (*zukünftige Tatsachen*). No tocante aos “eventos futuros”, segundo a concepção dos prognósticos legislativos, a decisão acerca da legitimidade ou ilegitimidade de uma dada lei ou ato normativo depende da confirmação de uma prognose fixada pelo legislador ou da provável verificação de um dado evento. De outro modo, havendo erro no prognóstico, ou a mera inocorrência do evento previsto, estaria viciada de inconstitucionalidade a lei editada sob este fundamento: a não confirmação da prognose legislativa. PHILIPPI, Klaus Jürgen. *Tatsachenfeststellungen des Bundesverfassungsgerichts: ein Beitrag zur rational-empirischen Fundierung verfassungsgerichtlicher Entscheidungen*. Köln: Heymann, 1971, p. 14-15. V., também, da mesma autoria: *Reflexion und Wirklichkeit*. Tübingen: Max Niemeyer, 1966. p. 152.

à realidade que lhe é subjacente. As cláusulas pétreas, que não resultam na intocabilidade dos enunciados linguísticos da Constituição, dessa forma, têm o condão de impedir a deliberação de proposta de reforma que possa importar em descaracterização do núcleo essencial do bem jurídico tutelado por ela.⁵⁹

5 CONCLUSÃO

Pelo fio do exposto, as conclusões que obtivemos ao longo do desenvolvimento da pesquisa são três.

A um, as definições de protagonismo judicial, de judicialização da política e de ativismo judicial, embora sejam relacionadas ao Poder Judiciário, não se confundem.

O protagonismo judicial é delineado como uma posição de vértice, a judicialização da política, um fato, e o ativismo judicial, um comportamento.

Em consequência, no quadro da organização dos Poderes, o Judiciário ocupa uma posição, do alto da qual pode observar um fato e, se houver por bem, amoldar um comportamento que se lhe afigure suficiente e pertinente para resolução das questões de direito das quais deva conhecer.

A dois, em linha de princípio, a judicialização da política é investigada como causa do protagonismo judicial, que opera o efeito do ativismo judicial nos sistemas jurídicos contemporâneos.

A judicialização da política, todavia, não resulta, *ipso facto*, em ativismo judicial, e vice-versa.

O ativismo judicial é possível sem que, anteriormente, tenha havido a judicialização da política, na medida em que o Poder Judiciário pode adotar uma postura ativista em matérias que já eram submetidas à cognição judicial.

59 ANDRADE, Fábio Martins. As Cláusulas Pétreas como Instrumentos de Proteção dos Direitos Fundamentais. *Revista de Informação Legislativa*, no 181, 2009, p. 207-226.

De outro giro, a judicialização da política é possível sem que, posteriormente, venha a haver o ativismo judicial, uma vez que o Poder Judiciário pode se autoconter em matérias que tenham sido trazidas da arena política.

Ao final, o aumento da margem de judicialização da política e, bem assim, a diminuição progressiva do espaço de ativismo judicial, em razão dos limites que lhe foram impostos, levam-nos a concluir que os níveis de ambos os institutos não são equivalentes.

Enquanto o grau de judicialização da política é alto, o nível de ativismo judicial, no Direito Constitucional brasileiro, pela interpretação do protagonista em cena, o Supremo Tribunal Federal, é baixo ou, pelo menos, moderado.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AMAR, Akhil R. *America's Unwritten Constitution*. New York: Basic Books, 2012.

ANDRADE, Fábio Martins. As Cláusulas Pétreas como Instrumentos de Proteção dos Direitos Fundamentais. *Revista de Informação Legislativa*, nº 181, 2009.

ATALIBA, Geraldo. Judiciário e Minorias. *Revista de Informação Legislativa*, nº 96, 1987.

BOETHIUS, Anicius Manlius Torquatus Severinus. *De Consolatione Philosophiae, Opuscula Theologica*. Munich & Leipzig: K.G. Saur (Bibliotheca Teubneriana), 2000.

COMMAGER, Henry. *Majority Rule and Minority Rights*. New York: Peter Smith Pub. Inc., 1980.

CROWE, Justin. *Building the Judiciary: law, courts and the politics of institutional development*. New Jersey: Princeton University Press, 2012.

DA ROS, Luciano. Tribunais como Árbitros ou como Instrumentos de Oposição: uma tipologia a partir dos estudos recentes sobre judicialização

da política com aplicação ao caso brasileiro contemporâneo. *Direito, Estado e Sociedade*, nº 31, 2007.

_____. Ministério Público e Sociedade Civil no Brasil Contemporâneo: em busca de um padrão de interação. *Política Hoje*, nº 18, 2009.

_____. Fundamentos Sócio-Políticos do Pioneirismo Jurisprudencial e da Diversificação do Espaço Jurídico: notas a partir de estudo de caso. *Revista da Ajuris*, nº 35, 2008.

_____. Difícil Hierarquia: a avaliação do Supremo Tribunal Federal pelos magistrados da base do Poder Judiciário no Brasil. *Revista da GV*, nº 9, 2013.

DIMOULIS, Dimitri; LUNARDI, Soraya Regina. Efeito Transcendente, Mutação Constitucional e Reconfiguração do Controle de Constitucionalidade no Brasil. *Revista Brasileira de Estudos Constitucionais*, nº 5, 2008.

DRESSEL, Björn. *Judicialization of Politics*. New York: Routledge, 2012.

FORTE, David F. *The Supreme Court in American Politics: judicial activism vs. self-restraint*. Lexington: Heath, 1972.

FRIEDMAN, Lawrence; PÉREZ-PERDOMO, Rogelio. *Legal Culture in the Age of Globalization*. Redwood: Stanford University Press, 2003.

GARAPON, Antoine. *Le Gardien des Promesses. Justice et Démocratie*. Paris: Odile Jacob, 1996.

_____. *Les Juges dans la Mondialisation*. Paris: Seuil, 2005.

_____. L'Imaginaire Pirate de la Mondialisation. *Revue Esprit*, 1º.7.2009.

_____. La Peur de l'Impuissance Démocratique. *Revue Esprit*, 1º.2.2014.

GARAVITO, César Rodríguez. *Juicio a la Exclusión: el impacto de los tribunales sobre los derechos sociales en el Sur Global*. Buenos Aires: Siglo Veintiuno, 2015.

HABERMAS, Jürgen. *Die Einbeziehung des Anderen*. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1996.

_____. *Faktizität und Geltung*. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1998.

HAHN, Harlan. *Minority Rights and Majority Rule*. New York: John Wiley & Sons Inc., 1976.

HIRSCHL, Ran. *Towards Juristocracy: the origins and consequences of the new constitutionalism*. Cambridge: Harvard University Press, 2007.

KMIEC, Keenan D. The Origin and Current Meanings of “Judicial Activism”. *California Law Review*, n° 92, 2004.

LANGFORD, Malcolm. *Teoría y Jurisprudencia de los Derechos Sociales: tendencias emergentes en el Derecho Internacional e Comparado*. Bogota: Universidad de los Andes-Siglo del Hombre, 2013.

LEITE, Evandro Gueiros. Ativismo Judicial. *BDJur – Biblioteca Digital Jurídica*, n° 5, 2008.

MARSHALL, William P. Conservatism and the Seven Sins of Judicial Activism. *University of Colorado Law Review*, n° 73, 2002.

MARTINS, Leonardo. A Retórica do Processo Constitucional Objetivo no Brasil. In: NOVELINO, Marcelo (Org.). *Leituras Complementares de Direito Constitucional*. Salvador: JusPODIVM, 2007.

MENDES, Gilmar Ferreira. Controle de Constitucionalidade: hermenêutica constitucional e revisão de fatos e prognoses legislativos pelo órgão judicial. *Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade. Estudos de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2007.

MORAES, Guilherme Peña de. *Justiça Constitucional: limites e possibilidades da atividade normativa dos tribunais constitucionais*. São Paulo: Atlas, 2012.

_____. *Constitucionalismo Multinacional: uso persuasivo da jurisprudência estrangeira pelos tribunais constitucionais*. São Paulo: Atlas, 2015.

_____. (Des)ordem e Violência. *O Dia*, 14.5.2014.

_____. A Redução da Maioridade Penal é Constitucional? Não. *Carta Forense*, 4.5.2015.

PHILIPPI, Klaus Jürgen. *Reflexion und Wirklichkeit*. Tübingen: Max Niemeyer, 1966.

_____. *Tatsachenfeststellungen des Bundesverfassungsgerichts: ein Beitrag zur rational-empirischen Fundierung verfassungsgerichtlicher Entscheidungen*. Köln: Heymann, 1971.

POPOVA, Maria. *Politicized Justice*. Cambridge: Cambridge University Press, 2014.

RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo Judicial: parâmetros dogmáticos*. São Paulo: Saraiva, 2010.

ROOSEVELT, Kermit. *The Myth of Judicial Activism*. New Haven: Yale University Press, 2006.

SCHLESINGER JUNIOR, Arthur. The Supreme Court: 1947. *Fortune Magazine*, 1º.1.1947.

_____. *The Cycles of American History*. Boston: Houghton Mifflin, 1986.

SHAPIRO, Martin; SWEET, Alec. *On Law, Politics and Judicialization*. Cary: Oxford University Press, 2002.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. Teoria da Constituição, Democracia e Igualdade. *Teoria da Constituição: estudos sobre o lugar da política no Direito Constitucional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica, Constituição e Processo, ou de “como discricionariedade não combina com democracia”*: o contraponto da resposta correta. *Constituição e Processo: a contribuição do processo ao constitucionalismo democrático brasileiro*. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.

TORQUATO, Francisco Gaudêncio. *A Politização do Judiciário*. *O Estado de S. Paulo*, 13.3.2005.

TUSHNET, Mark. *Taking the Constitution away from the Courts*. New Jersey: Princeton University Press, 2000.

VAL, Eduardo. A “Corte” Gilmar Mendes Revisitada (2008-2010): mais ativismo no controle de constitucionalidade brasileiro? In: BELLO, Enzo (Org.). *Ensaio Crítico sobre Direitos Humanos e Constitucionalismo*. Caxias do Sul: EDUCS, 2012.

VALLE, Vanice Regina Lírio do. *O Ativismo Jurisdicional e o Supremo Tribunal Federal*. Curitiba: Juruá, 2009.

VALLINDER, Torbjörn. The Judicialization of Politics: a world-wide phenomenon. *International Political Science Review*, nº 15, 1994.

_____; TATE, Neal. *The Global Expansion of Judicial Power*. New York: NYU Press, 1997.

VIEIRA, José Ribas. Leituras e Debates em torno da Interpretação no Direito Constitucional nos Anos 90. *Impulso – Revista de Ciências Sociais e Humanas*, nº 20, 1996.

_____; CAMARGO, Margarida Maria Lacombe; SILVA, Alexandre Garrido da. O Supremo Tribunal Federal como Arquiteto Institucional: a judicialização da política e o ativismo judicial. *Versus: Revista de Ciências Sociais Aplicadas do CCJE/UFRJ*, nº 2, 2009.