

O ATIVISMO JUDICIAL E O EXCESSO DE JUDICIALIZAÇÃO COMO FATORES PARA O AUMENTO DE PARTICIPAÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO E O SURGIMENTO DE UMA NOVA TRIPARTIÇÃO DE PODERES¹

JUDICIAL ACTIVISM AND EXCESSIVE JUDICIALIZATION AS FACTORS FOR THE INCREASED PARTICIPATION OF THE JUDICIARY AND THE EMERGENCE OF A NEW TRIPARTITION OF POWERS

Felipe Eduardo Silva LEITE²

José Antônio de Faria MARTOS³

RESUMO

O tema do presente trabalho é o ativismo judicial e o excesso de judicialização como fatores para o aumento de participação do poder judiciário e o surgimento de uma nova tripartição de poderes. Trata-se de uma nova dinâmica, em que as competências dos poderes legislativo e executivo são dirimidas e as decisões sensíveis e importantes para a sociedade são judicializadas, cabendo ao poder judiciário

¹ O presente artigo sintetiza a monografia de conclusão da pesquisa, realizada para o Programa Interno de Bolsas de Iniciação Científica (PIBIC 2022-2023) da Faculdade de Direito de Franca (FDF), Franca/SP.

² Graduação em andamento em direito pela Faculdade de Direito de Franca, estagiário do Tribunal de Justiça de São Paulo no 2ºOfício de Família e Sucessões da Comarca de Franca-SP E-mail: felipeedu1603@gmail.com Lattes: <http://lattes.cnpq.br/0559484779722041> .

³ Doutor em Direito pela FADISP. Doctor en Ciencias Jurídicas y Sociales pela UNIVERSIDAD DEL MUSEO SOCIAL ARGENTINO - Buenos Aires . Mestre em Direito pela Universidade de Ribeirão Preto . Professor Titular da FACULDADE DE DIREITO DE FRANCA, nos cursos de graduação e Pós-graduação . Foi coordenador dos Cursos de Pós-Graduação da FACULDADE DE DIREITO DE FRANCA.

decidir. O problema resume-se em investigar as consequências do ativismo judicial impulsionado pelo excesso de judicialização e demonstrar os problemas gerados pela insegurança jurídica e quebra do equilíbrio entre os poderes, uma vez que as medidas aplicadas pelo poder judiciário não passam pelo crivo popular e não tem o fundamento na representatividade social. Busca-se ao final concluir se essa nova divisão de poderes pode gerar uma perda de representação social e consequente afastamento dos pilares democráticos que fundam a república brasileira. O método adotado é o dedutivo e bibliográfico

Palavras-chave: Ativismo judicial; judicialização; tripartição de poderes

ABSTRACT

The theme of the present work is judicial activism and excessive judicialization as factors for the increase in the participation of the judiciary and the emergence of a new tripartition of powers. This is a new dynamic, in which the powers of the legislative and executive powers are reduced and sensitive and important decisions for society are judicialized, leaving it to the judiciary to decide. The problem boils down to investigating the consequences of judicial activism driven by excessive judicialization and demonstrating the problems generated by legal uncertainty and breaking the balance between powers, since the measures applied by the judiciary do not pass popular scrutiny and have no the foundation of social representation. At the end, it seeks to conclude whether this new division of powers can generate a loss of social representation and consequent removal of the democratic pillars that found the Brazilian republic. The method adopted is deductive and bibliographic.

Keywords: Judicial activism; judicialization; tripartition of powers

1 INTRODUÇÃO

Recentemente o poder judiciário ganhou maior espaço e protagonismo nas democracias mundo a fora por conta das evoluções constitucionais e do surgimento do neoconstitucionalismo. Isso acabou criando uma nova dinâmica política, em que os governantes ao indicar ministros para tribunais superiores passaram a buscar juízes com viés e intenções políticas similares aos seus ideais de governança e após isso começam a judicializar temas espinhosos que poderiam gerar desgaste e consequentemente perda de voto.

Com esse mecanismo quem irá decidir sobre o tema é a corte constitucional ou tribunal superior que não está sujeito a pressão popular, uma vez que seus integrantes não necessitam passar por eleições para permanecer no cargo e com isso, em geral eles não devem se preocupam com a repercussão e aceitação social de suas decisões.

A presente pesquisa tem como escopo analisar o neoconstitucionalismo refletido nas judicializações do poder judiciário, bem como as decisões de tribunais que invadem competências do poder executivo e judiciário. Além de debater sobre os institutos da súmula vinculante, mutação constitucional e a abstrativização do controle difuso.

Para alcançar seus objetivos a pesquisa optou pelo método dedutivo, o qual partirá do geral, explanando sobre o excesso de

judicialização, o neoconstitucionalismo e a importância adquirida pelo poder judiciário e terminará na específica, discorrendo sobre o problema do ativismo judicial na esfera política, econômica e social do Brasil. Além disso, trata-se de uma pesquisa descritiva, a qual irá expor as características dessa nova tripartição de poderes, envolvendo a técnica padronizada de coletas de dados.

Nesse sentido, será uma pesquisa aplicada quanto a sua natureza; quanto aos objetivos, será exploratória, visando investigar o assunto e dele extrair informações; também será explicativa, pois buscará o sentido de analisar a nova tripartição de poderes. Além disso, quanto à técnica, será uma pesquisa bibliográfica, utilizando-se materiais como livros, artigos científicos, materiais de revistas, sites jurídicos, web sites, documentos, leis, jurisprudências, monografias, teses, dissertações, palestras, entre outros, para melhor exame do tema.

2 CONCEITO E HISTORICIDADE DO NEOCONSTITUCIONALISMO

O neoconstitucionalismo consiste em colocar a constituição como centro do ordenamento jurídico, funcionando como uma espécie de filtro para a criação, interpretação e aplicação de todas as leis vigentes no país. A constituição de 1988 se encaixa nesse novo modelo de constitucionalismo, com um maior protagonismo da corte constitucional. Esse novo modelo dá ao poder judiciário uma maior visibilidade e controle sobre os rumos da nação, cria-se uma verdadeira cultura de cortes e tribunais ativos e não mais inertes como os livros de teoria geral do Direito sugerem.

Esse novo constitucionalismo, assim como o pós-positivismo, acredita que o positivismo jurídico foi superado e busca uma maior aproximação entre o Direito e a moral. O neoconstitucionalismo traz um reconhecimento normativo aos princípios gerais do Direito, criando "leis" abertas⁴, com conteúdo abstrato e de difícil compreensão fática. É nesse contexto que os operadores do Direito buscam dar sentido a normas

⁴ RÊGO, Eduardo de Carvalho. **Superpoder Judiciário**: o papel do controle de constitucionalidade na consolidação da juristocracia no Brasil. Orientador: Luiz Henrique Urquhart Cademartori. Tese doutorado. Florianópolis: Universidade Federal de Santa Catarina, 2018. P. 194.

abstratas e aplicabilidade a princípios gerais do Direito que muitos juízes e ministros acabam adentrando no campo do ativismo judicial como crítica o professor Elival da Silva Ramos:

A principiologização do direito, característica do moralismo, desponta como a face mais visível desse pretenso “pós-positivismo” tupiniquim, abrindo as portas do sistema jurídico ao subjetivismo de decisões judiciais que, valendo-se dos contornos menos nítidos das normas-princípio e potencializando-lhes os efeitos para além do que seria lícito fazer, deixam de concretizar a Constituição para, a bem de ver, construí-la, ao sabor das preferências axiológicas de seus prolotores.⁵

Esse novo modelo confere maior protagonismo a todo o judiciário brasileiro e não só às cortes constitucionais, uma vez que todo magistrado pode fazer o controle concentrado de constitucionalidade. Ademais, a principiologização do direito também afeta as áreas privadas, como o Direito Civil e Comercial. É evidente que a utilização de princípios gerais e fundamentais trouxe avanço para o Direito brasileiro, principalmente no que diz respeito ao preenchimento de lacunas

Nos subtópicos desse capítulo são abordadas as consequências da concretização do neoconstitucionalismo e da principiologização do Direito no contexto atual do Brasil, mediante a utilização intensa de um recurso de transferência de decisões para o poder judiciário, conhecido como judicialização. Também é mostrado como esses recursos atrapalham a real tripartição de poderes e acabam por desbalancear o modelo de freios e contrapesos idealizado por Montesquieu.

2.1 JUDICIALIZAÇÃO

O problema começa na judicialização da política, também conhecido como *judicial review*, em que o poder judiciário passa a atuar na esfera do poder executivo e legislativo. O cientista político Ran Hirschl explica esse problema ocorrido em países que adotam a common law:

⁵ RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo Judicial**. 2 Edição. São Paulo: Saraiva, 2015. P. 285.

Nas últimas duas décadas, os tribunais superiores de Canadá, Israel, Nova Zelândia e África do Sul (assim como de muitos outros países) tornaram-se locais importantes para lidar com as controvérsias políticas mais fundamentais que uma sociedade democrática pode contemplar.⁶

Os líderes políticos perceberam uma oportunidade nessa nova dinâmica, pois as decisões mais delicadas, que poderiam gerar responsabilidades e consequências ruins para sua carreira política não são mais tomadas por eles, elas são simplesmente delegadas ao poder judiciário em uma espécie de subserviência, e nesse sentido segue Ran Hirschl:

Baseando-se no arcabouço constitucional recém estabelecido e nos procedimentos de revisão judicial, a deferência da classe política ao poder judiciário nesses países alcançou níveis sem precedentes. Como em outros países do mundo do novo constitucionalismo, os tribunais superiores do Canadá, Nova Zelândia, Israel e África do Sul têm sido, com crescente frequência, chamados a se pronunciar sobre uma ampla gama de questões que passam pela abrangência da liberdade de expressão, liberdades religiosas, privacidade e direitos reprodutivos.⁷

Sempre que alguma questão delicada é debatida, diferentes soluções são encontradas e a disputa ideológica da política vai para todas as áreas da vida humana. Uma constante dos últimos anos é que todas as divergências políticas entre conservadores e progressista ou liberais e reacionários vai parar nos tribunais. Os opositores políticos quando não gostam de determinada atitude de seu rival judicializam a questão para tentar modifica-la nas cortes.⁸

⁶ HIRSCHL, Ran. **Rumo à Juristocracia: As Origens E Consequências Do Novo Constitucionalismo**. 1ª edição. Londrina, Editora E.D.A. - Educação, Direito e Alta Cultura, 2020. P. 289.

⁷ HIRSCHL, Ran. **Rumo à Juristocracia: As Origens E Consequências Do Novo Constitucionalismo**. 1ª edição. Londrina, Editora E.D.A. - Educação, Direito e Alta Cultura, 2020. P. 290.

⁸ MANSUR, Sâmea Luz. **O Fenômeno da Judicialização na Sociedade Contemporânea**. Disponível em: <https://samealuz.jusbrasil.com.br/artigos/389418859/o-fenomeno-da-judicializacao-na-sociedade-contemporanea>. Acesso em: 01 jun. 2023.

Os tribunais são tratados como balcões de negociação política e ficam ainda mais sobrecarregados, aumentando demasiadamente a morosidade da justiça, que ao invés de se preocupar com questões próprias de sua jurisdição, tem que apresentar soluções para problemas de competência de outro poder. Marcelo Neves destaca em sua obra "*A constitucionalização simbólica*":

No caso de constitucionalização simbólica, a politização desdiferenciante do sistema jurídico não resulta do conteúdo dos próprios dispositivos constitucionais. Ao contrário, o texto constitucional proclama um modelo político-jurídico no qual estaria assegurada a autonomia operacional do direito. Mas do sentido em que se orientam a atividade constituinte e a concretização do texto constitucional resulta o bloqueio político da reprodução operacionalmente autônoma do sistema jurídico.⁹

Fica evidenciado que, quando as cortes superiores, principalmente os tribunais constitucionais, adentram no campo da política, não se trata de uma consolidação das normas constitucionais ou de uma efetivação dos dispositivos presentes na carta magna brasileira - que fica claro é o oposto: toda vez que um tribunal judicializa a política e decide sobre questões já debatidas ou que deveriam ser solucionadas por representantes eleitos, ele está contrariando a constituição¹⁰ e consequentemente a democracia representativa.

Segundo o relatório "Justiça em Números de 2022", do conselho nacional de justiça, o Brasil tem cerca de 71.345.829 processos no sistema judiciário¹¹. O grande número de leis, a constituição muito extensa e a judicialização no neoconstitucionalismo com certeza são fatores para o aumento da morosidade e do volume de trabalho nos tribunais. Quando o poder judiciário se preocupa com questões fora da sua alçada, ele acaba

⁹ NEVES, Marcelo. **A constitucionalização Simbólica**. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2013. P. 149.

¹⁰ RÊGO, Eduardo de Carvalho. **Superpoder Judiciário: o papel do controle de constitucionalidade na consolidação da juristocracia no Brasil**. Orientador: Luiz Henrique Urquhart Cademartori. Tese doutorado. Florianópolis: Universidade Federal de Santa Catarina, 2018. P. 202.

¹¹ BRASÍLIA. Conselho Nacional de Justiça. **Justiça em Números 2022**. Brasília: CNJ, 2022.

Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2022/09/justica-em-numeros-2022-1.pdf>. Acesso em: 01 jun. 2023.

deixando de analisar os processos que são de grande relevância para a pacificação social e segurança jurídica.

Fica evidente que o excesso de judicialização torna a justiça brasileira deficiente, cheia de problemas e com pouca efetividade na vida social. A morosidade da justiça, em muitos casos, pode ser fruto dos próprios operadores do Direito ou dos membros de outros poderes, como os políticos que tentam transferir suas responsabilidades ao judiciário ao invés de agir de acordo com a expectativa de seu eleitorado.

2.2 APLICAÇÃO DOS FREIOS E CONTRAPESOS NA RIPARTIÇÃO DOS PODERES

Desde os primórdios percebeu-se que a concentração de poder na mão de um único líder ou órgão poderia gerar abusos e ser perigoso para sociedade, Aristóteles já evidenciava isso ao afirmar que em todo governo existiam 3 poderes diferentes. A função deliberativa que cuida dos negócios do Estado, a função executiva, que diz respeito aos poderes necessário a ação do Estado e por fim a função judicial fundamentada na jurisdição estatal.¹²

Com o passar do tempo, outros pensadores famosos se debruçaram sobre o tema da separação de poderes, como Maquiavel, que dividia o poder em 3: Legislativo (representado pelo Parlamento), Executivo (materializado na figura do Rei) e um Judiciário autônomo. Nas palavras do jurista Dalmo de Abreu Dallari, a divisão dos poderes poderia evitar um desgaste de imagem do rei:

É curioso notar que Maquiavel louva essa organização porque dava mais liberdade ao rei. Agindo em nome próprio o Judiciário poderia proteger os mais fracos, vítimas de ambições e das insolências dos poderosos, poupando o rei da necessidade de interferir nas disputas e de, em

¹² PIREZ, Ana Carolina Fernandes. **Conceito histórico da Separação dos Poderes**. Disponível em: [https://anacarinafp.jusbrasil.com.br/artigos/144732862/conceito-historico-da-separacao-dos-poderes#:~:text=Nesta%20obra%2C%20Plat%C3%A3o%20\(1997\),dos%20Poderes%20era%20t%3A%20prejudicial](https://anacarinafp.jusbrasil.com.br/artigos/144732862/conceito-historico-da-separacao-dos-poderes#:~:text=Nesta%20obra%2C%20Plat%C3%A3o%20(1997),dos%20Poderes%20era%20t%3A%20prejudicial.). Acesso em: 01 jun. 2023.

consequência, enfrentar o desagrado dos que não tivessem suas razões acolhidas.¹³

Após isso no século XVII, ocorreu a revolução gloriosa na Inglaterra, a qual marcou definitivamente a queda do absolutismo inglês, nesse contexto o filósofo John Locke também escreve sua teoria sobre a tripartição dos poderes: ao poder executivo, ele incumbiu a aplicação das leis; ao Poder Federativo, atribuiu o cuidado das relações internacionais do governo; ao poder legislativo, o qual ele considerava o poder supremo, pois é mais importante, na sua visão, criar as leis que executá-las:

Em todo caso, enquanto o governo subsistir, o legislativo é o poder supremo, pois aquele que pode legislar para um outro lhe é forçosamente superior; e como esta qualidade de legislatura da sociedade só existe em virtude de seu direito de impor a todas as partes da sociedade e a cada um de seus membros leis que lhes prescrevem regras de conduta e que autorizam sua execução em caso de transgressão, o legislativo é forçosamente supremo, e todos os outros poderes, pertençam eles a uma subdivisão da sociedade ou a qualquer um de seus membros, derivam dele e lhe são subordinados¹⁴.

O principal pensador sobre a divisão de poderes foi Montesquieu, em sua obra "O Espírito das Leis", e graças a seus estudos a separação dos poderes foi constitucionalizada e criou-se a famosa expressão "harmônicos e independentes entre si". O poder estatal deveria ser dividido em funções e órgãos independentes para executar essas as ações do governo, nesse caso tem-se o poder limitando o próprio poder. Nesse contexto:

O Legislativo faz as leis para algum tempo ou para sempre, e corrige ou ab-roga as que estão feitas; o Judiciário pune os crimes ou julga as demandas dos particulares; e o Executivo, sendo o restante poder, exercer as demais funções do Estado, a administração

¹³ DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de Teoria Geral do Estado**. São Paulo: Saraiva, 2012. P. 216.

¹⁴ LOCKE, John. **Segundo Tratado sobre o Governo Civil**. Trad. Alex Marins. São Paulo: Martin Claret, 2003. P. 76.

geral do Estado, constituindo-se por isso no executor das leis em geral.¹⁵

Esse sistema em que o poder se autolimita é chamado de *checks and balance* ou sistema de freios e contrapesos. Montesquieu percebeu que poderes totalmente independentes seria impossível, uma vez que os casos na realidade trabalham com intersecções e problemas comuns as diferentes esferas de poder. Essas interferências, na visão de sua teoria, seriam positivas, já que o autocontrole do poder seria exercido pela interferência de outro poder

O problema, atualmente, não ocorre por interferências pontuais que prezam pela harmonia e divisão de poderes, ele ocorre porque as interferências estão sendo feitas nas funções de cada poder. A constituição federal, ao inaugurar o novo sistema jurídico do país, dá a cada poder uma área de atuação, chamada de função típica, e as formas de limitar, ou interferir em outro poder através do exercício de prerrogativas inseridas na Constituição, conhecidas como funções atípicas.

O problema do ativismo judicial e do excesso de judicialização causa um descompasso na harmonia entre os poderes, pois não se trata de uma intervenção pontual que limita o exercício do poder, se trata de uma usurpação da competência do outro poder, uma espécie de concentração dos demais poderes no poder judiciário, dando ao juiz as funções de legislar e executar as medidas administrativas.

3 O PROBLEMA DO ATIVISMO JUDICIAL NO BRASIL

Neste capítulo são abordados conceitos necessários para a compreensão do ativismo judicial, como ele ocorre e quais as consequências desse problema para o Direito brasileiro. Além disso, é abordada a possibilidade da aplicação do termo juristocracia para o novo modelo político brasileiro.

¹⁵ MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de. **O Espírito das Leis**. São Paulo: Martins Fontes, 1996. P. 168.

3.1 CONCEITO DE ATIVISMO JUDICIAL

A característica principal do ativismo judicial é a usurpação de competência do poder legislativo, que, na maioria das vezes, é praticado por um juiz ativista, militante de algum ideal, que tenta passar por cima de uma norma já existente ignorando-a ou modificando por completo a interpretação do dispositivo legal e em último caso legislando através do aparato do poder judiciário. Nas palavras do advogado Ricardo Peake Braga:

“A criação de obrigações e proibições diretamente por tribunais, sem amparo na lei, mas sim em princípios genéricos, positivados ou não, é o que costuma ser chamado de ativismo judicial (...) Os juízes não são eleitos pelo povo. Sua legitimidade advém do conhecimento técnico do Direito, para corretamente aplicar as leis que os representantes decidiram adotar. Não tem eles legitimidade para legislar, para criar direitos, obrigações e proibições não previstas em leis; isto é; não aprovadas pelo povo através de seus representantes eleitos¹⁶”

A função do juiz não é apenas aplicar o sentido literal do texto legal, há que se fazer um juízo de valores, uma adequação normativa ao caso concreto, para isso o Direito brasileiro dispõe de métodos de interpretação que vão desde a parte mais básica e inicial da leitura, como o método literal ou gramatical, até a interpretações mais complexas que precisam analisar a finalidade da lei, todo o ordenamento jurídico ou o contexto histórico de criação da lei, que se expressa nos métodos teleológico, sistemático e histórico.

Os defensores desse novo papel mais ativo do poder judiciário utilizam como argumento a falta legislativa e as rápidas mudanças sociais, que ao chegarem as cortes constitucionais e tribunais superiores obrigariam o judiciário a agir fora de sua competência para solucionar os casos concretos. Porém é preciso se atentar para casos em que há claramente uma lei regulando uma determinação fática e os juízes ignoram. Nesse sentido segue o professor Ricardo Peake Braga:

¹⁶ BRAGA, Ricardo Peake. **Juristocracia e o fim da democracia**: como uma tecnocracia jurídica assumiu o poder. 1ª edição. Londrina: Editora E.D.A- educação, direito e alta cultura, 2021. P. 51-52.

Não se trata de ver no juiz apenas a “boca da lei”, como alguns acusam as opiniões contrárias ao ativismo judicial. A interpretação é inerente à atividade judicial. Tampouco se questiona o papel criador do juiz na aplicação da lei, no sentido lógico descrito por Hans Kelsen, tal papel criador, contudo, deve ser bem entendido, no sentido de última etapa do processo lógico-dedutivo formal Kelsiano, de criação da norma individual aplicável ao caso concreto, mas não no sentido vulgar de criação de conteúdos normativos fora da moldura do Direito.¹⁷

Quando uma lei é aprovada no congresso brasileiro ela passa por vários processos de validação, passa por comissões, votações, é encaminhada ao poder executivo para eventual veto ou sanção e por fim será promulgada, para após o período de *vacatio legis* começar a ter validade. Esse processo de formação da lei expressa a democracia, uma vez que os representantes são eleitos, as normas são debatidas e respeita-se um período de adaptação até o texto legal começar a ter obrigatoriedade.

Caso um tribunal queira criar novos direitos e obrigações através de uma súmula vinculante ou jurisprudência nada disso será respeitado, não haverá debates com representantes eleitos pelo povo e ela passará a valer imediatamente, assim que decidida pelos membros da corte. De acordo com Manoel Gonçalves Ferreira Filho, um tribunal:

(...) não é agente de reforma. Isso pertence ao soberano, o povo, pelo caminho e pelos ritos adequados, pelo processo constituinte derivado. Não lhe cabe ir além da constituição, mesmo a pretexto de sua ‘atualização’, pela singela razão de que ela não lhe dá tal competência. Se o faz, usurpa um poder que não tem, porque a democracia não lhe deu. E ao fazê-lo, age sem legitimação. (...) o ‘governo dos juízes’ que são o elemento aristocrático em um sistema misto- repele a democracia.¹⁸

¹⁷ BRAGA, Ricardo Peake. **Juristocracia e o fim da democracia**: como uma tecnocracia jurídica assumiu o poder. 1ª edição. Londrina: Editora E.D.A- educação, direito e alta cultura, 2021. P. 53.

¹⁸ FILHO, Manoel Gonçalves Ferreira. Justiça constitucional e Democracia. **Revista Argumentum**, n. 1, Jan.-Abr. 2018. P. 26.

A crescente transferência de poder ao judiciário vem gerando um certo descompasso entre a tripartição clássica de Montesquieu, o destaque ocorre no campo político, em que a oposição deixou de ser feita em palanques ou eleições e passou a ocorrer em cortes e tribunais. Os políticos ao indicar ministros tendem a escolhe-los não por critérios técnicos, reputação ilibada ou carreira brilhante, mas sim por amizades, interesses e convergências ideológicas.

Desse modo o ativismo judicial fica ainda mais claro, os políticos quando sofrem alguma “derrota” judicializam o tema e contam com o apoio dos magistrados, muitas vezes, por eles indicados para reverter a situação, mesmo que isso tenha que passar por cima de alguma lei ou interpretação já uniformizada.

3.2 A JURISTOCRACIA E A INSEGURANÇA JURÍDICA

Com essa maior participação do poder judiciário no cotidiano da população e consequente maior interferência em outras esferas de poder, muitos especialistas começaram a discutir sobre uma mudança no modelo de democracia brasileira, chamando-a de juristocracia. A juristocracia seria um modelo de governança onde o principal poder é o judiciário, em que quem tem a última palavra sobre o que se pode ou não fazer são os juízes e ministros de tribunais superiores.

Nas palavras do cientista político Ran Hirschl:

A tese da preservação hegemônica pode nos ajudar a entender o fortalecimento do judiciário por meio da constitucionalização como parte de uma tendência mais ampla na qual funções cruciais de formulação de políticas públicas são cada vez mais isoladas do controle majoritário. Como vimos, o mundo parece ter sido tomado por uma mania de constitucionalização e revisão judicial.¹⁹

Esse costume de judicializar e revisar impulsionou o ativismo judicial, criando a chamada Juristocracia, desse modo não basta o

¹⁹ HIRSCHL, Ran. **Rumo à Juristocracia: As Origens E Consequências Do Novo Constitucionalismo**. 1ª edição. Londrina, Editora E.D.A. - Educação, Direito e Alta Cultura, 2020. P. 356.

congresso aprovar uma lei com validade formal e material e o poder executivo sancionar e publicar essa lei, pode um recurso ser interposto em um tribunal superior e alguns ministros decidirem que aquela determinada lei não tem validade, criando, inclusive súmulas e jurisprudências contrárias ao texto legal.

A juristocracia tira da população o caráter decisório do sufrágio, pois apesar de alguns ministros serem indicados por pessoas eleitas e aprovados em órgãos do legislativo isso não necessariamente representa a vontade popular, os juízes são escolhidos sem passar por uma votação e quando tomam alguma atitude não pode ser responsabilizado como os políticos são, vistos que o cargo é vitalício e não depende de aprovação para permanência.

4 O SURGIMENTO E AS CRÍTICAS AO INSTITUTO DA SÚMULA VINCULANTE

A súmula vinculante surgiu com uma reforma do poder judiciário, que buscava dar maior celeridade ao poder judiciário, bem como uniformizar decisões, torna-las mais transparentes e criar uma maior segurança jurídica. Porém o que se viu na prática foi uma centralização de poder e uma usurpação de competência do poder legislativo. A função inicial da súmula vinculante seria trazer uma uniformização de jurisprudências para não ocorrer julgamentos diferentes em casos semelhantes, no entanto, o fato de ela vincular todo o sistema judiciário faz com que ela tenha força normativa e seja quase uma fonte primária do Direito.

O professor Gilberto Schafer, explica o surgimento da súmula vinculante:

A reforma do poder judiciário reuniu em torno de si uma série de atores com objetivos e interesses diversos e que buscavam remodelar o poder judiciário no Brasil. O discurso comum de todos estes atores era a da celeridade e da efetividade processual, a fim de estancar atos de improbidade e corrupção (...) Essas diretrizes continham, em comum, uma concepção mais centralizadora, o que significava remodelar a nossa concepção federativa (...) As súmulas

vinculantes fizeram parte deste processo de centralização.²⁰

Uma súmula deveria ser um resumo de um entendimento do tribunal sobre algum ponto jurídico controverso, que gera um debate ou ainda não se tem uma decisão clara para tal. É comum que durante a aplicação de uma lei abstrata e genérica apareçam problemas para interpretar, que se tenham opiniões diferentes e nesse caso, após recursos aos tribunais superiores é editado uma jurisprudência para orientar os juízes de primeira instância.

Quanto mais genérico e abstrato for um dispositivo legal mais problemas irão ocorrer na hora de aplicar a norma ao caso concreto. A constituição brasileira é cheia de leis que tem termos bastante abrangentes e de difícil aplicação, somado a isso há também a principiologização das normas feitas no neoconstitucionalismo que impulsionam o avanço judicial. Portanto é necessário a criação de súmulas para padronização de jurisprudências, uma vez que é certo que haverá discussões acerca das normas brasileiras.

A emenda Constitucional 45/2004 criou o instituto da súmula vinculante e deu as jurisprudências do STF um efeito vinculativo, em que toda a administração pública deve se sujeitar ao entendimento do tribunal, podendo sofrer até sanções caso haja descumprimento. Algo que é impositivo, genérico e que ao se descumprir gera uma punição é na pratica um dispositivo legal. Nesse sentido segue Cleber de Oliveira Tavares neto:

Com tudo isso, há súmulas vinculantes que simplesmente inovam no ordenamento jurídico. São textos que, se lhe desconhecêssemos a origem, poderiam muito bem vir em dispositivos de lei, já que descrevem hipóteses e respectivas sanções (ou ao menos as deixam implícitas, como no caso de nulidade do ato que violar a súmula). Portanto, não seriam súmulas da jurisprudência, mas atos normativos primários, com a mesma natureza de uma lei, regulamentando diretamente um fato da vida sem intermediação legal, ou como se diz em “juridiquês”, um ato normativo primário cuja suposta fonte seria a própria constituição. Quando as súmulas eram meras

²⁰ SCHAFFER, Gilberto. Súmulas vinculantes: uma análise crítica da experiência do supremo tribunal federal. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2012. P. 100.

orientações, não fazia sentido os ministros do STF criarem uma súmula do nada, tratando diretamente, independente de lei, de situações concretas. Ninguém seria obrigado a cumprir. Lei sem sanção não é lei. Já a súmula vinculante remete a sanções dos mais diversos tipos e seu descumprimento submete o violador a ser julgado diretamente pelo supremo sem necessidade de anos e anos de recurso, bastando impetrar a reclamação.²¹

Desse modo, fica evidente um descompasso entre a teoria de divisão de poderes brasileira e o que vem acontecendo na prática, além de uma transferência voluntária de competência feita pela judicialização ou politização do judiciário, há também avanços através do ativismo judicial que acaba culminando em dispositivos que tiram ou diminuem cada vez mais a participação popular em decisões sobre o rumo da sociedade. É nesse sentido que ocorre o surgimento da súmula vinculante, que possibilita a teoria da abstrativização do controle difuso e também a implementação da mutação constitucional no ordenamento jurídico brasileiro.

4.1 OS IMPACTOS DA ABSTRATIVIZAÇÃO DO CONTROLE DIFUSO E O PAPEL DO SENADO FEDERAL

O Supremo Tribunal Federal, com o relator Ministro Gilmar Mendes julgou a reclamação 4335-5/AC entre 2007 e 2014, para discutir o papel do Senado Federal de editar uma resolução que suspenda a execução dos atos normativos declarados inconstitucionais, no controle de constitucionalidade difuso realizado pelo STF. Na ocasião a corte decidiu por modificar a interpretação do artigo 52, X da Constituição de 1988, ampliando os efeitos subjetivos das decisões em âmbito de controle difuso.

"Art. 52. Compete privativamente ao Senado Federal:
[...] X - suspender a execução, no todo ou em parte,

²¹ PIOVEZAN, Cláudia Rodrigues de Moraes. Sereis Como Deuses: O Stf E A Subversão Da Justiça. São Paulo: Editora E. D. A., 2021. P. 138.

de lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal.²²

Ficou decidido que o artigo 52, X, teria sofrido uma mutação constitucional e deste modo não seria mais necessária a participação do Senado Federal nesse processo, fazendo com que o próprio STF fosse capaz de dar efeito erga omnes e repercussão geral ao dispositivo declarado inconstitucional, equiparando as modalidades de controle constitucional. Isso serviu de base para a teoria da abstrativização do controle difuso, porém o Supremo Tribunal Federal acabou não adotando essa tese de pronto.

Todo esse debate ressurgiu com duas ações Diretas de Inconstitucionalidade nº 3.406/RJ e nº 3.470/RJ, criando um debate doutrinário para verificar se após publicados os Acórdãos dessas ações, teria o STF adotado a respectiva teoria da abstrativização decretando a mutação constitucional do art. 52, X da Carta Magna brasileira.

No controle concentrado de Constitucionalidade os efeitos são previstos no artigo 102 § 2º, dizendo que ele terá eficácia contra todos e efeito vinculante, ou seja, quando o STF declarar uma lei inconstitucional no controle concentrado irá produzir coisa julgada material, retirando-se a lei e fazendo com que ela perca aplicabilidade ou, em caso de declarada a constitucionalidade, a lei permanece vigente e vincula os demais órgãos do poder judiciário e a administração pública direta e indireta.

Já no controle difuso de constitucionalidade, a decisão que declara a constitucionalidade ou não de alguma norma tem eficácia apenas inter-partes, ou seja, ficarão obrigadas apenas as partes envolvidas no processo, não havendo repercussão geral e atingindo terceiros, sendo assim não tem efeito vinculante e não retira a norma de circulação do sistema jurídico vigente. Quanto ao efeito temporal essa modalidade de controle de constitucionalidade também terá efeito *ex-tunc*, retroagindo no tempo para afetar os atos praticados com base no dispositivo legal impugnado.

Fato é que com o surgimento do instituto da súmula vinculante, foi possível dar contornos de controle concentrado ao controle difuso, uma vez que o STF pode editar uma súmula e tornar o efeito de uma decisão inter partes, *erga omnes*, afetando todos. Outro fato que também tem ajudado a igualar as modalidades de controle de constitucionalidade é que agora é necessário demonstrar através da repercussão geral, que o caso tem

²² BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988.

interesse de toda a sociedade e não só dos litigantes, tornando isso um requisito para propositura do recurso extraordinário.

Os instrumentos mencionados são formas de ampliação dos efeitos subjetivos dos entendimentos e das decisões do STF, fora do âmbito do controle concentrado de constitucionalidade, e mesmo que alguns não sejam diretamente relacionados ao controle difuso, como é o caso da Súmula Vinculante, eles vão no mesmo sentido da decisão de considerar mutação constitucional no artigo 52, X, e dirimir o papel do Senado Federal, dizendo que caberia apenas dar publicidade e não a repercussão geral. Desse modo toda decisão do STF teria efeito vinculante e erga omnes, mesmo aqueles que julgam controle difuso de constitucionalidade e recurso extraordinário.

As palavras do Ministro Gilmar Mendes, em seu voto, demonstram o pensamento sobre a abstrativização do controle difuso:

A amplitude conferida ao controle abstrato de normas e a possibilidade de que se suspenda, liminarmente, a eficácia de leis ou atos normativos, com eficácia geral, contribuíram, certamente, para que se quebrantasse a crença na própria justificativa desse instituto, que se inspirava diretamente numa concepção de separação de Poderes hoje inevitavelmente ultrapassada. Se o Supremo Tribunal pode, em ação direta de inconstitucionalidade, suspender, liminarmente, a eficácia de uma lei, até mesmo de uma Emenda Constitucional, por que haveria a declaração de inconstitucionalidade, proferida no controle incidental, valer tão somente para as partes? A única resposta plausível nos leva a crer que o instituto da suspensão pelo Senado assenta-se hoje em razão de índole exclusivamente histórica.²³

Entretanto, o papel do Senado federal se pauta em um controle político e até mesmo democrático, pois, uma vez que o Supremo declare inconstitucional determinado artigo, é necessário que isso vá para os senadores decidirem se irão dar repercussão geral ou não aquela

²³ BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Reclamação 4335-5/AC. Defensoria Pública da União e Juiz de Direito da Vara de Execuções Penais da Comarca de Rio Branco. Rel. Min. Gilmar Mendes. Brasília. DJe, 22 out. 2014, Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=630101>. Acesso em 30 julho. 2023. P. 27

inconstitucionalidade. Faz parte do modelo de freios e contrapesos previstos na Constituição federal. O ministro também defende a mutação constitucional desse artigo 52, X, da CF/88:

É possível, sem qualquer exagero, falar-se aqui de uma autêntica mutação constitucional em razão da completa reformulação do sistema jurídico e, por conseguinte, da nova compreensão que se conferiu à regra do art. 52, X, da Constituição de 1988. Valendo-nos dos subsídios da doutrina constitucional a propósito da mutação constitucional, poder-se-ia cogitar aqui de uma autêntica reforma da Constituição sem expressa modificação do texto.²⁴

Os defensores da mutação constitucional acreditam que a Constituição sofre mudanças informais no sentido, significado e alcance de seu texto, sem necessidade de alteração por emenda ou revisão. Configurando assim mais um poder conferido ao judiciário brasileiro. Basicamente a literalidade da lei permanece a mesma e o sentido é alterado, dando uma interpretação diferente e novo sentido ao dispositivo legal²⁵.

5 CONCLUSÃO

Durante este trabalho, foi explorado a questão do neoconstitucionalismo como fonte das mudanças constitucionais vivenciadas nos últimos anos, criticando ou expondo as interferências entre os poderes e a atuação protagonista do judiciário brasileiro, para que não houvesse um prejuízo a separação de poderes e os freios e contrapesos democráticos.

Para isso, abordou-se primeiro a chamada ‘crise política’, em que há um excesso de judicialização e uma busca pela não responsabilização e consequente perda de prestígio político,

²⁴ BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Reclamação 4335-5/AC. Defensoria Pública da União e Juiz de Direito da Vara de Execuções Penais da Comarca de Rio Branco. Rel. Min. Gilmar Mendes. Brasília. DJe, 22 out. 2014, Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=630101>. Acesso em 30 julho. 2023. P. 53

²⁵ CALVALCANTE, Thamiros. **O que é mutação constitucional?** Disponível em: <https://www.politize.com.br/mutacao-constitucional/> Acesso em: 01 ago. 2023.

impulsionando o papel mais ativo do judiciário brasileiro. Assim apresentou-se dados numéricos do CNJ mostrando a quantidade de processos em tramite no Brasil e como essa politização do judiciário e judicialização da política pode aumentar a morosidade dos processos, indo em sentido contrário as últimas mudanças no judiciário, que visam aumentar a celeridade das decisões processuais.

Ademais, analisou-se o conceito de juristocracia e a insegurança jurídica ocasionada pela principiologização dos dispositivos legais e consequente mudanças de entendimentos feita pelos tribunais superiores brasileiros. Averiguou-se também o ativismo judicial e como alguns operadores do Direito vem utilizando desse maior protagonismo judicial para impor interesses individuais, econômicos ou de alguma elite política nas decisões judiciais.

Verificou-se as origens do instituto da súmula vinculante, que conferiu Supremo Tribunal Federal um meio de pautar todo o judiciário brasileiro, sem a necessidade de haver a criação de um dispositivo legal para tal, com o argumento de uniformização das jurisprudências.

Após isso foi feito um estudo sobre a reclamação 4335-5/AC e as duas ações Diretas de Inconstitucionalidade nº 3.406/RJ e nº 3.470/RJ, que versaram sobre a abstrativização do controle difuso e o papel do Senado Federal em dar repercussão geral as decisões inter partes do STF. Fez-se uma análise sobre o artigo 52, X, da constituição federal e como essa abstrativização invalidava completamente a participação do congresso nacional nas decisões judiciais e principalmente na validade das leis, por eles criadas.

Assim, há a necessidade de reestabelecer uma tripartição dos poderes, impedindo usurpações de competências e a principiologização de normas ou o subjetivismo de interpretações para que se tenha um maior respeito à democracia e principalmente a vontade popular. Um dos fatores é reduzir o número de causas que passam pelo filtro constitucional e consequente decisão do Supremo Tribunal Federal e aumentar a segurança jurídica, reduzindo o poder de dar repercussão geral as inconstitucionalidades declaradas pelo STF.

Dessa forma, a participação do poder judiciário, que é de suma importância, quando feita dentro dos limites constitucionais, poderia ser mais frutífera e gerar uma maior representatividade popular para as decisões, além de coibir eventuais abusos.

6 REFERÊNCIAS

- BRAGA, Ricardo Peake. **Juristocracia e o fim da democracia**: como uma tecnocracia assumiu o poder. Londrina: Editora E.D.A., 2021. P. 30.
- BRASIL. Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942. **Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro**. Rio de Janeiro: Presidência da República. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del4657compilado.htm. Acesso em: 01 jun. 2023.
- BRASÍLIA. Conselho Nacional de Justiça. **Justiça em Números 2022**. Brasília: CNJ, 2022. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2022/09/justica-em-numeros-2022-1.pdf>. Acesso em: 01 jun. 2023.
- DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de Teoria Geral do Estado**. São Paulo: Saraiva, 2012. P. 216
- CALVALCANTE, Thamires. **O que é mutação constitucional?** Disponível em: <https://www.politize.com.br/mutacao-constitucional/> Acesso em: 01 ago. 2023.
- FILHO, Manoel Gonçalves Ferreira. **Justiça constitucional e Democracia. Revista Argumentum**, n. 1, Jan.-Abr. 2018. P. 26.
- GOMES, Luiz Flávio. **Constitucionalismo e neoconstitucionalismo**. Disponível em: <https://professorlfg.jusbrasil.com.br/artigos/121921799/constitucionalismo-e-neoconstitucionalismo>. Acesso em: 01 jun. 2023.
- HIRSCHL, Ran. **Rumo à Juristocracia**: As Origens E Consequências Do Novo Constitucionalismo. 1ª edição. Londrina, Editora E.D.A. - Educação, Direito e Alta Cultura, 2020. P. 290.
- LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquemático**. 13 edição. São Paulo: Saraiva, 2009. P. 6.
- LOCKE, John. **Segundo Tratado sobre o Governo Civil**. Trad. Alex Marins. São Paulo: Martin Claret, 2003.P. 76.
- MANSUR, Sâmea Luz. **O Fenômeno da Judicialização na Sociedade Contemporânea**. Disponível em: <https://samealuz.jusbrasil.com.br/artigos/389418859/o-fenomeno-da-judicializacao-na-sociedade-contemporanea>. Acesso em: 01 jun. 2023.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **A resolução dos conflitos e a função judicial no contemporâneo Estado de Direito**. 3ª edição. Salvador: JusPodivm, 2020. P. 11.

MONTESQUIEU, Charles Louis de Secondat. **O espírito das leis: as formas de governo, a deferação, a divisão dos poderes**. 8ª edição. São Paulo: Saraiva, 2004. P. 139.

MORAES, Guilherme Penã de. **Curso de Direito Constitucional**. 9 edição. São Paulo: Atlas, 2017. P. 11.

NEVES, Marcelo. **A constitucionalização Simbólica**. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2013. P. 149.

PENTEADO, Luciana Goulart. HANNA, Victor. **As consequências do excesso de demandas judiciais no ambiente de negócios**. Disponível em: <https://br.lexlatin.com/opiniao/consequencias-do-excesso-de-demandas-judiciais-no-ambiente-de-negocios#:~:text=Resta%20evidente%20que%20o%20problema,morosidade%20%C3%A0%20resolu%C3%A7%C3%A3o%20dos%20conflitos>. Acesso em: 01 jun. 2023.

PIOVEZAN, Cláudia Rodrigues de Moraes. **Sereis Como Deuses: O Stf E A Subversão Da Justiça**. São Paulo: Editora E. D. A., 2021. P. 137.

PIRES, Ana Carolina Fernandes. **Conceito histórico da Separação dos Poderes**. Disponível em: [https://anacarolinafp.jusbrasil.com.br/artigos/144732862/conceito-historico-da-separacao-dos-poderes#:~:text=Nesta%20obra%20Plat%C3%A3o%20\(1997\),dos%20Poderes%20era%20t%C3%A3o%20prejudicial](https://anacarolinafp.jusbrasil.com.br/artigos/144732862/conceito-historico-da-separacao-dos-poderes#:~:text=Nesta%20obra%20Plat%C3%A3o%20(1997),dos%20Poderes%20era%20t%C3%A3o%20prejudicial). Acesso em: 01 jun. 2023.

RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo Judicial**. 2 Edição. São Paulo: Saraiva, 2015. P. 49.

RÊGO, Eduardo de Carvalho. **Superpoder Judiciário: o papel do controle de constitucionalidade na consolidação da juristocracia no Brasil**. Orientador: Luiz SCHAFER, Gilberto. **Súmulas vinculantes: uma análise crítica da experiência do supremo tribunal federal**. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2012. P. 100.