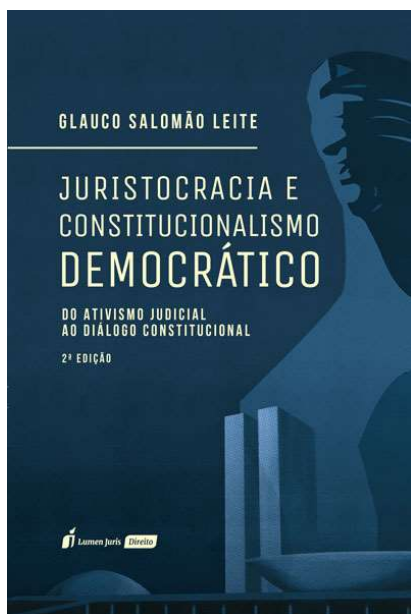




LEITE, Glauco Salomão. **Juristocracia e Constitucionalismo Democrático**: do ativismo judicial ao diálogo constitucional. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2021. 352 p.

RESUMO: A presente resenha crítica analisa o trabalho individual mais recente de Glauco Salomão Leite: "Juristocracia e Constitucionalismo Democrático: do ativismo judicial ao diálogo constitucional". A partir dos movimentos históricos de formação do Estado contemporâneo e da estruturação desenhada pela

Constituição brasileira de 1988, o autor explica a atual dinâmica envolvendo o protagonismo do Judiciário e sua postura ativista no contexto democrático, com a transferência exponencial de poderes decisórios em relação às questões políticas, o que caracterizaria a ideia de "juristocracia". À luz desse contexto, debatem-se as principais objeções majoritárias ao movimento, para, ao fim, propor uma postura dialógica de atuação judicial fundada nos diálogos constitucionais entre os poderes, que preserve a necessária independência judicial.

PALAVRAS-CHAVE: democracia; separação dos poderes; juristocracia; ativismo judicial; diálogos institucionais.

JURISTOCRACIA E CONSTITUCIONALISMO DEMOCRÁTICO: DO ATIVISMO JUDICIAL AO DIÁLOGO CONSTITUCIONAL

Isaac Messias Santos Montenegro¹

1 NOTAS INICIAIS

Glauco Salomão Leite é pesquisador brasileiro com vasta produção acadêmica, lecionando como professor associado na Universidade Federal da Paraíba, professor da Universidade Católica de Pernambuco (UNICAP) e Vice-Coordenador do Programa de Pós-

¹ Mestrando em Direito Público pela Universidade Federal de Alagoas. Procurador do Estado de Alagoas. E-mail: isaacmessias1995@hotmail.com.

Graduação em Direito (Mestrado e Doutorado) da mesma Instituição e professor de Direito Público da Universidade de Pernambuco. Também é Visiting Scholar na *University of Toronto Faculty of Law*, Canadá. Sua formação abarca a graduação em Direito pela UNICAP, o mestrado em Direito Constitucional pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC/SP), doutorado em Direito Público pela Universidade Federal de Pernambuco (UFPE) e pós-doutorado pela *University of Toronto Faculty of Law*.

Seu campo de estudos é relacionado às temáticas envolvendo jurisdição constitucional, diálogos institucionais, ativismo judicial, hermenêutica jurídica, direito constitucional comparado e separação dos poderes.

Tais temas são estudados e debatidos, sistematicamente e com excelência, em seu trabalho individual mais recente, o livro "Juristocracia e Constitucionalismo Democrático: do ativismo judicial ao diálogo constitucional", com segunda edição publicada em 2021 pela Editora Lumen Juris. A obra decorre de sua tese de doutoramento, "Separação de poderes e ativismo judicial no Supremo Tribunal Federal: do guardião da Constituição ao diálogo institucional", que foi defendida no Programa de Pós-Graduação em Direito da UFPE, sendo um dos mais relevantes textos nacionais que enfrenta o fenômeno da expansão da jurisdição constitucional no contexto democrático.

A obra explica a teoria da separação dos poderes à luz do crescente protagonismo judicial no ambiente das atuais democracias representativas. A partir da tensão dos princípios majoritário e contra majoritário, bem como do desenho institucional traçado pelas Constituições contemporâneas, com a proeminência de seu texto em relação à legislação ordinária, delimita-se o papel do Judiciário. Em tal contexto, a compreensão dos possíveis limites da atuação judicial em relação às esferas políticas de competência dos demais poderes representativos (Executivo e Legislativo) apresenta-se como questão prática e acadêmica de extrema importância nas democracias ocidentais.

Para tanto, o autor inicia o trabalho a partir do estudo da relação entre a Constituição, as leis e o Poder Judiciário, tendo como base histórica o constitucionalismo europeu e estadunidense, notadamente em relação ao ativismo judicial e de formação da jurisdição constitucional no contexto norte-americano (capítulos 1 e 2). Em seguida, analisa o debate acadêmico brasileiro envolvendo o crescente protagonismo do Supremo Tribunal Federal (STF) a partir do cenário traçado pela Constituição de 1988 e da construção jurisprudencial nos casos concretos (capítulos 3 e 4). Por fim, compreendida a conjuntura brasileira, são apresentadas algumas objeções democráticas ao ativismo judicial, bem como a proposta

reconciliadora a partir dos diálogos constitucionais entre os poderes, mantendo a necessária independência do Judiciário em relação às maiorias eventuais (capítulos 5, 6 e 7).

Nessa senda, o texto agora resenhado urge como proposta acadêmica inovadora, que analisa o atual protagonismo judicial conforme a ordem jurídica pátria, contrapondo-se à ideia de “juristocracia”, como expressão possível da jurisdição constitucional, a partir de um modelo político dialógico de interação horizontal e efetiva entre os poderes com os diálogos institucionais, sempre respeitados os limites da Constituição.

2 A CONSOLIDAÇÃO DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL: ENTRE O ATIVISMO E A AUTOCONTENÇÃO

A compreensão do atual protagonismo do Judiciário perpassa pela análise da formatação histórica do papel deste poder em relação ao constitucionalismo contemporâneo, notadamente a partir do movimento liberal do século XVIII. Por isso, Glauco Salomão Leite toma como ponto de partida do estudo do fenômeno a partir dos sistemas norte-americano e europeu, que representam os dois grandes modelos de justiça constitucional.

Na teoria estadunidense, a jurisdição constitucional foi consolidada a partir do caso *Marbury v. Madison*, onde foi estabelecido o *judicial review*, enquanto atribuição do Judiciário de exercer o controle de constitucionalidade às leis e atos normativos estatais em relação à Constituição. Seu fundamento perpassa pelo condicionamento do sistema jurídico-político à constituição escrita e rígida, cujos poderes constituídos a ela estão vinculados.

Essa premissa teórica se identifica com as próprias bases do controle de constitucionalidade, que são expressas na supremacia da Constituição, enquanto fundamento de validade de todo ordenamento, e na ideia de rigidez constitucional, que também atribui proeminência ao texto elaborado por meio de um processo legiferante mais complexo e, por isso, dotado de maior legitimidade (Barroso, 2011, p. 23-24). Nessa perspectiva, o exercício da jurisdição constitucional teria uma natureza preservacionista, onde a Corte Constitucional fortalece o sistema democrático e protege os valores constitucionais estabelecidos.

Por outro lado, em contraponto inicial ao movimento americano, em meados do final do século XVIII se consolidava na Europa um sistema jurídico de perfil legalista, onde a ausência de mecanismos de controle de constitucionalidade era acompanhado da centralidade do parlamento, na natureza declaratória da atuação jurisdicional e do desenho institucional específico da separação dos poderes.

Como destacado por Cappelletti (1984, p. 99), essa distinção dos modelos de jurisdição supramencionados é a maximizada através da contraposição das concepções francesa e norte-americana: no sistema francês prevalece o controle não judicial, mas meramente político e preventivo dos atos estatais, enquanto no sistema estadunidense o controle é judicial e realizado de modo difuso, através do *judicial review*.

Essa dicotomia entre os sistemas veio a ser mitigada com o surgimento do Estado Constitucional após o fim da Segunda Guerra Mundial, a emergência dos direitos humanos e fundamentais e sua positivação nos textos constitucionais. Além disso, o reconhecimento expresso da força normativa da Constituição, dotada de uma vontade própria, rigidez constitucional e reforço na proteção dos direitos, redefiniu o papel da jurisdição constitucional no contexto europeu, aproximando-o do sistema norte-americano, com a aceitação mais ampla do esquema de *checks and balances* (Hesse, 1991, p. 19).

Outrossim, na atualidade, cumpre destacar que a distinção de atuação da jurisdição constitucional nos sistemas mencionados, em relação aos demais países, vai além da estruturação formal dos órgãos e poderes. Na verdade, ela pressupõe a análise das condições sociais, políticas e econômicas do Estado, podendo importar em uma atuação mais contida, como expressa no sistema francês, ou em uma atuação mais proativa, como indica o sistema norte-americano.

O critério que define esse *modus* de atuação abarca diversos fatores que variam em função dos lugares. Por isso, Dworkin (2012, p. 406) defende que as possibilidades e legitimidade do escrutínio judicial dependem das condições de fato que circundam a realidade, podendo ele ser mais ou menos necessário em países onde as maiorias atestam a legitimidade de seu governo e onde ocorre um maior respeito aos direitos dos indivíduos.

Em uma perspectiva semelhante, Krell (2013, p. 94-97) analisa a nova função do Poder Judiciário no Estado Social de Direito, onde ele é instado a dar efetividade aos direitos sociais e às políticas públicas já prescritas na Constituição e nas leis. Nesse sentido, a atuação proativa do Judiciário é menos sentida nos países centrais e desenvolvidos, onde há um elevado nível de satisfação dos direitos básicos da sociedade. Por outro lado, nos países periféricos e subdesenvolvidos há uma atuação intervencionista, com vistas a satisfazer os mandamentos constitucionais. Nesses locais, o exercício da jurisdição constitucional é potencializado em razão da inércia política dos demais poderes em dar cumprimento ao texto constitucional.

Essas circunstâncias de formatação jurídica da separação dos poderes indicadas por Glauco Salomão Leite devem, portanto, ser analisadas conjuntamente com as condições

sociais, políticas e econômicas do Estado na satisfação dos direitos e cumprimento das determinações constitucionais, com o fim de delimitar o âmbito de atuação da jurisdição constitucional e ampliação do protagonismo judicial, enquanto aplicação direta ou indireta da Constituição pelo Judiciário (Barroso, 2011, p. 25).

Tais pressupostos de caracterização dos sistemas jurídicos, notadamente em relação ao norte-americano, são cruciais para compreensão do ativismo judicial e seu contraponto, a autocontenção judicial, cuja análise é feita no capítulo 2 do livro.

Como destacado pelo autor, o termo “ativismo judicial” foi empregado pela primeira vez por Arthur Schlesinger Jr., que analisou posições ideológicas na Corte Suprema estadunidense, sendo um conceito comumente atribuído às decisões que se distanciam da literalidade do texto constitucional.

Por outro lado, a autocontenção reflete uma postura mais deferente do Judiciário em relação aos outros poderes, onde “(...) o juiz não admite que suas preferências políticas influenciem suas decisões para avançar seus espaços sobre o campo de atuação das instâncias representativas”, o que aproximaria tal abordagem das correntes formalistas de pensamento jurídico.

Essa compreensão de Glauco acerca da autocontenção, enquanto contraponto ao ativismo judicial, identifica-se mais com a ideia de solipsismo judicial, enquanto postura decisória que privilegia aspectos subjetivos e imanescentes ao julgador a partir de sua ideia particular do que é certo ou errado, justo ou injusto e bom ou mal (Madeira, 2020, p. 194). É aquilo que Streck (2010, p. 47) chama de “decidir conforme minha consciência”, o que resulta em decisionismos.

Através de casos práticos da jurisprudência estadunidense, o autor demonstra que a adoção de uma ou de outra postura depende dos influxos das contingências que as cercam. Desse modo, ele propõe um modelo institucional do ativismo judicial, onde o termo passa a ser compreendido sem as amarras políticas e retóricas daqueles que o utilizam para atacar decisões proativas da Corte, que são contrárias às suas concepções subjetivas.

Metodologicamente, o autor afirma que o modelo institucional de ativismo traz algumas implicações: a postura ativista não é comprometida ideologicamente; como consequência, ela não está ligada ao conteúdo da decisão, mas sim à expansão das funções jurisdicionais em relação ao caso; além disso, o ativismo não representa, necessariamente, a ideia de abuso ou excesso, já que a decisão continua passível de crítica, não sendo, conclusivamente, “a decisão correta”.

Tudo isso revela que o autor compreende o ativismo judicial e a autocontenção não com base no mérito da decisão ou seu valor intrínseco, mas sim a partir do alargamento ou retração da atuação judicial no caso concreto. Essa postura teórica corretamente infirma a famigerada redução do ativismo judicial a um problema de interpretação do mérito da decisão, retirando o cerne da análise do conteúdo para o papel institucional desempenhado.

Ou seja, a decisão ativista seria aquela tomada pelo Judiciário para preencher um vácuo de atuação de outro Poder ou instituição, e não necessariamente aquela que possui um conteúdo inovador ou vanguardista, que pode destoar ou ir além do texto constitucional. O conteúdo da decisão em si é questão acessória, e não cerne do debate envolvendo a (i)legitimidade do ativismo, que gira em torno dos limites e possibilidades da atuação jurisdicional frente aos espaços de poder deixados pelos demais agentes estatais, principalmente aqueles representativos da política majoritária, onde a omissão costuma ser uma postura ser uma postura deliberada e intencional.

Por isso, à luz dos modelos de jurisdição constitucional, a concepção institucional do ativismo judicial destaca especificamente a dinâmica de atuação judicial em relação aos outros poderes, não sendo compreendido exclusivamente como um problema de interpretação. Em consequência, tal postura teórica demonstra que a atuação proativa ou contida da Corte terá sua correção atestada conforme as exigências da Constituição à luz do contexto fático, revelando que até mesmo posturas de autocontenção podem ser constitucionalmente impróprias.

Todo esse aporte teórico serve justamente para análise do caso brasileiro, com a análise da atuação do STF na estrutura de poder fixada pela Constituição de 1988.

3 O CASO BRASILEIRO À LUZ DOS LIMITES DA ATUAÇÃO DO STF A PARTIR DA CONSTITUIÇÃO DE 1988: A CONSTRUÇÃO DA JURISTOCRACIA

Nos capítulos 3 e 4 do livro, Glauco Salomão Leite passa ao estudo específico da realidade brasileira e do papel desenvolvido pelo STF, buscando entender como o perfil traçado pela Constituição de 1988 permitiu a expansão da jurisdição constitucional e o maior protagonismo judicial.

Inicialmente, o autor lista algumas das diversas concepções acerca do ativismo judicial na doutrina pátria: como contraponto à autocontenção no controle de constitucionalidade, como atuação moderada do Judiciário contra a tirania da maioria, como protagonismo judicial em relação aos anseios sociais, como indevida incursão judicial em

atribuições afetas a outros poderes, como sinônimo dos fenômenos do decisionismo e subjetivismo.

Por outro lado, o autor também destaca os usos não acadêmicos da expressão “ativismo judicial”, que denota o engajamento político e social da jurisdição, como modelo oposto ao conservador, bem como a ideia de usurpação de poder constitucionalmente atribuído a outros órgãos e como vácuo de poder, onde o Judiciário passa a ocupar espaços institucionais vazios deixados pelo Legislativo ou Executivo.

Tais concepções acerca do objeto de estudo partilham do mesmo equívoco metodológico já apontado, de conceber o ativismo judicial como um problema da interpretação jurídica, ao invés de analisá-lo metodologicamente a partir de sua compreensão institucional, como forma de exercício proativo das competências atribuídas ao Judiciário.

Não obstante isso, o autor identifica que muitas das objeções ao tema partem de sua análise à luz da separação dos poderes, sem considerar a necessária distinção que a ideia de ativismo judicial possui em relação à judicialização da política.

Por isso, ele prefere adotar uma diferenciação conceitual entre os termos: enquanto o ativismo está relacionado à repercussão política e social das decisões judiciais, e não das instâncias tradicionais, a judicialização da política decorre da própria estrutura constitucional adotada, e não da vontade da magistratura. Cabe ainda destacar que a ideia de judicialização como decorrência da expansão da revisão judicial e de sua frequente utilização por atores políticos e sociais (Barbosa, 2016, p. 10).

Segundo Barbosa (2015, p. 2013) ambos os fenômenos estão ligados à ideia de juristocracia, conceito cunhado por Hirschl(2004) na sua obra "Towards Juristocracy", para denotar o deslocamento das instâncias decisórias tradicionais para o Judiciário, onde as elites políticas e econômicas, desacreditadas em relação às majorias eventuais, buscam na atuação judiciária a satisfação de suas pretensões (Barbosa e Polewka, 2015, p. 313).

À luz dessas compreensões, Glauco lista as condições das democracias contemporâneas que facilitaram a expansão e empoderamento do poder judicial na realidade brasileira, que são: a própria democracia, que permite o convívio pacífico entre os poderes; a separação dos poderes, que garante independência na atuação judicial; a política de direitos expressamente positivados no texto constitucional, o que amplia as possibilidades de demandas submetidas ao crivo judicial, principalmente se considerado o contexto político e social brasileiro de descumprimento reiterado da Constituição; a utilização das Cortes por grupos sociais na vocalização de seus interesses, notadamente a partir da ampliação do rol dos legitimados no controle concentrado de constitucionalidade; a utilização das Cortes pelas

oposições parlamentares, com o deslocamento de diversas discussões políticas debatidas no Congresso Nacional para o STF; e a própria inefetividade das instituições majoritárias expressa na crescente deslegitimação da política partidária e da inércia deliberada em relação aos custos políticos da decisão.

Especificamente no contexto brasileiro, o autor ainda identifica outros elementos que possibilitam o ativismo: o modelo de constituição analítica e dirigente; a ampliação das competências do STF; a incorporação de discursos neoconstitucionais, que defendem a expansividade da jurisdição constitucional; e o sistema político que abarca o presidencialismo de coalização, onde os atores políticos representativos encontram no STF uma espécie de álibi decisório nos casos que envolvem um alto custo político.

Todos esses elementos, interpretados conjuntamente, expressam as bases que possibilitam o empoderamento judicial e o próprio ativismo: primeiramente, o ordenamento constitucional, as condições jurídicas, políticas e sociais e os demais poderes constituídos (pontos expressos acima) possibilitam e até autorizam uma atuação mais proativa; em seguida, e como consequência, há um aumento das demandas judiciais; o que gera, por fim, o aumento e/ou nascimento do ativismo judicial (Barbosa e Carvalho, 2016, p. 16).

Além disso, tal fenômeno também decorre das próprias estruturas políticas vigentes em nosso Estado, que encontraram no Poder Judiciário a forma de vocalizar seus interesses e decidir suas contendas, sem o consequente encargo político de tais decisões, principalmente em casos com elevado desacordo moral na sociedade. Na linha do que já destacado, a expansão do Judiciário brasileiro também possui fundamento na retração e omissão dos demais poderes constituídos quando sua atuação envolve custos políticos elevados face à população majoritária, o que faz da atividade jurisdicional uma função capaz de suprir esses espaços deixados.

Assim, é possível constatar que a judicialização da política e ativismo judicial, na concepção institucional aqui adotada, expressam um fenômeno natural no cenário brasileiro, que plasma o postulado da inafastabilidade da jurisdição (art. 5º, inciso XXXV, da Constituição de 1988), bem como prevê os instrumentos e garantias necessárias à satisfação dos direitos e ao acesso à justiça, sem incorrer, necessariamente, a abusos ou outras conotações negativas.

Concretamente falando, o capítulo 4 do texto se debruça sobre casos práticos decorrentes da jurisprudência do Supremo, cuja tônica ativista é manifestada nas seguintes dimensões: preenchimento de vazios normativos a partir de decisões judiciais; criação e/ou alteração de normas constitucionais a partir de técnicas interpretativas; a constante expansão

de seus poderes procedimentais e da eficácia de suas decisões, entre outras decorrentes de sua prática.

4 DA DEMOCRACIA À JURISTOCRACIA: ENTRE AS OBJEÇÕES AO ATIVISMO JUDICIAL À CONSTRUÇÃO DE DIÁLOGOS INSTITUCIONAIS

Nos últimos capítulos da obra, Glauco Salomão Leite estuda algumas objeções democráticas ao ativismo, que desmistificam a primazia da jurisdição constitucional no processo de interpretação e aplicação da Constituição. Tal perspectiva busca fixar as bases propositivas do trabalho, com a adoção das teorias dialógicas da jurisdição constitucional, onde se rompe com as concepções tradicionais de supremacia judicial para compreender os processos decisórios a partir de interações horizontais entre os poderes, mantida a independência judicial.

As supramencionadas objeções democráticas ao ativismo judicial representam uma moderação da compreensão exacerbada do *judicial review*, com a revisão de determinados fundamentos clássicos da jurisdição constitucional.

Primeiramente, o autor desmistifica a necessária relação estabelecida entre a rigidez e a supremacia constitucional face à jurisdição. Amparados em outros escritos, ele defende a possibilidade de uma constituição rígida e suprema existir sem a presença de instrumentos formais de controle de constitucionalidade, de modo que a ausência de uma jurisdição constitucional não significaria, necessariamente, diminuição na proteção dos direitos fundamentais.

No entanto, tal postura teórica deve ser analisada de acordo com o contexto prático de cada realidade estatal, pois, como visto acima, em países periféricos e subdesenvolvidos, onde o cumprimento da Constituição e a satisfação dos direitos não são normalmente efetivos, a compreensão de uma Constituição rígida e suprema pressupõe, com maior ênfase, a necessidade de controles institucionais das omissões estatais, notadamente em matéria de direitos prestacionais.

Ato contínuo, o autor analisa o déficit democrático de atuação judicial à luz da crítica formulada por Jeremy Waldron em relação aos desacordos morais razoáveis. Para o autor norte-americano, as decisões envolvendo tais desacordos em matéria de direitos humanos e liberdades fundamentais devem partir da comunidade política e social organizada, tudo através da ênfase dos valores democráticos e procedimentais se comparados à jurisdição constitucional.

O referido entendimento doutrinário é confirmado com a corrente teórica do constitucionalismo popular, que consagra o “(...) sistema de governo em que o povo toma uma postura ativa e permanente na interpretação e proteção da Constituição”. Nesta perspectiva, busca-se evitar que a acentuada judicialização das relações gere uma indesejada concentração da interpretação constitucional nas Cortes, retirando dos espaços populares e representativos as possibilidades de participação nos processos de definição do sentido e alcance das disposições constitucionais.

Nesse sentido, é visando justamente afastar o referido cenário de concentração da interpretação e aplicação da Constituição nas Cortes judiciais, que Glauco apresenta sua proposta dialógica, onde os diálogos constitucionais reconciliariam a prática ativista decorrente do constitucionalismo moderno com a democracia.

Para tanto, ele parte de uma revisão da concepção da supremacia judicial, enquanto atribuição do Judiciário de proferir a última palavra acerca da interpretação da Constituição, notadamente nos cenários políticos de maior força dos poderes representativos, onde há uma fragilidade fática do Judiciário na imposição de suas interpretações. Desse modo, a figura e os diálogos constitucionais da Corte com a sociedade de poderes majoritários garantiria a permanência de suas decisões e a independência de sua atuação.

Concretamente falando, tais diálogos podem ser desenvolvidos a partir de posturas prudentes e de autocontenção, estimulando ou provocando a atuação majoritária, como sugere Alexander Bickel. Doutro modo, também destacam-se mecanismos canadenses de reversão da decisão judicial pelas instâncias majoritárias através da resposta de decisões judiciais com a edição de leis, o que pode ser identificado na realidade brasileira com o denominado efeito backlash, que reflete reações políticas e conservadoras majoritárias em relação a determinadas decisões judiciais controvertidas (Marmelstein, 2016).

Essas práticas dialógicas são plenamente compatíveis com a realidade brasileira. Nessa senda, Glauco apresenta como indício de compatibilidade e possibilidade de decisões do STF serem redesenhadas posteriormente através da edição de leis, já que o efeito vinculante dessas decisões judiciais não abarca o Poder Legislativo em sua função típica. Além disso, também é possível a atuação legislativa posterior à declaração de inconstitucionalidade delimitada a partir dos próprios argumentos empregados na decisão judicial, bem como a própria limitação temporal dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade prevista nas Leis n.ºs. 9.868/99 e 9.882/99.

Essa riqueza de ferramentas dialógicas representa possibilidades de legítimas interações entre os poderes a partir da reafirmação de deliberações majoritárias face à atuação

contra majoritária do Judiciário. Ou seja, ainda que haja uma decisão judicial posta, a lei ou uma emenda à Constituição pode alterar o que foi decidido pelo provimento jurisdicional, sem que isso importe qualquer afronta à separação dos poderes, pois, como já dito, a atividade típica de legislar não se vincula às decisões dos demais poderes, ante sua independência (art. 2º da Constituição).

Todavia, eventual pronunciamento legislativo que contrarie o posto na decisão judicial poderá possuir uma presunção de inconstitucionalidade, que reflete a possibilidade de presumir a contrariedade de um ato em relação à Constituição acaso sua prática importe em agressão explícita ao texto constitucional. Esse conceito já foi debatido pela doutrina nacional e também pelo Supremo Tribunal Federal, especificamente no caso de leis ordinárias editadas contrariamente à jurisprudência da Corte, onde tais atos nasceriam com uma presunção de inconstitucionalidade, cabendo ao legislador ordinário o ônus argumentativo de demonstrar a superação do entendimento jurisprudencial. Contudo, cabe destacar que essa presunção possui natureza relativa, ou seja, aquela que, mediante prova suficiente e bastante, pode ser superada.²

Além disso, a eventual manifestação legislativa contrária ao entendimento judicial passado em julgado não pode resultar na negação da jurisdição constitucional, enquanto representação legítima do exercício do poder judicial. Por isso, no último capítulo do livro, Glauco Salomão Leite destaca que os diálogos institucionais e sua perspectiva reavivadora das deliberações majoritárias não podem pôr em cheque o exercício da própria jurisdição constitucional ou a independência funcional da atuação judicial.

Neste ponto, reitera-se a presunção de inconstitucionalidade das leis ordinárias editadas em contradição com a jurisprudência firmada pela Corte Suprema, na esteira do precedente firmado na ADI n. 5105. Contudo, nos casos de emenda à Constituição firmada contrariamente à decisão judicial, não há falar na mencionada presunção, considerando que está espécie normativa é uma manifestação direta do Constituinte derivado reformador, possuindo total autonomia frente ao decidido com trânsito em julgado pelo Judiciário.

² ADI 5105, Relator: LUIZ FUX, Tribunal Pleno, julgado em 01/10/2015: “A legislação infraconstitucional que colida frontalmente com a jurisprudência (leis in your face) nasce com presunção iuris tantum de inconstitucionalidade, de forma que caberá ao legislador ordinário o ônus de demonstrar, argumentativamente, que a correção do precedente faz-se necessária, ou, ainda, comprovar, lançando mão de novos argumentos, que as premissas fáticas e axiológicas sobre as quais se fundou o posicionamento jurisprudencial não mais subsistem, em exemplo acadêmico de mutação constitucional pela via legislativa. Nesse caso, a novel legislação se submete a um escrutínio de constitucionalidade mais rigoroso, nomeadamente quando o precedente superado amparar-se em cláusulas pétreas.”

Por isso, no mesmo precedente, o STF firmou entendimento no sentido de que a emenda constitucional corretiva da jurisprudência que efetivamente altera o texto possui barreira apenas nas hipóteses de descumprimento do art. 60 da Constituição de 1988, que estabelecem as cláusulas pétreas de limites formais, circunstanciais, temporais e materiais à manifestação do Constituinte reformador.

Por fim, cabe apontar uma última crítica do autor à eventuais manifestações de diálogos advindas das instâncias majoritárias. Nesse sentido, ele demonstra a atual encruzilhada populista que cerceia a atuação do Judiciário com fundamento no argumento contramajoritário, visando limitar indevidamente a própria jurisdição, o que, no nosso entender, caracteriza concretamente a concepção de juristocracia de Rans Hirschl indicada, não estando amparado nas legítimas hipóteses de diálogos institucionais.

Desse modo, essas condutas não estariam albergadas pelo princípio da separação dos poderes. Ao estabelecer os poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, independentes e harmônicos entre si (art. 2º), prevendo plexos de atribuições exercidas de maneira típica e atípica, o texto constitucional reconhece a necessária separação dos poderes (art. 60, § 4º, inciso III) e cria um sistema de freios e contrapesos.

Apesar de independentes, os poderes de Estado devem atuar de maneira harmônica, privilegiando a cooperação e a lealdade institucional. Esta finalidade de atuação é efetivada através de um complexo mecanismo de controles recíprocos entre os três poderes, de forma que, ao mesmo tempo, um Poder controle os demais e por eles seja controlado, o que representa o sistema supramencionado³. Eventuais manifestações de poder que não estejam previstas nesse sistema, ou que importem em uma limitação desproporcional do plexo de atribuições estabelecido, é ilegítima e totalmente inconstitucional.

Em suma, tais ataques e cerceamentos à atividade judicial foram chamados de “*bullying* constitucional” e representam os verdadeiros riscos à democracia e à separação dos poderes, na medida em que desconsidera plenamente a independência judicial, enquanto corolário do constitucionalismo e do próprio postulado democrático, estabelecendo uma forma de interação não admitida pelo sistema constitucional, em clara afronta à separação dos poderes e ao sistema de freios e contrapesos estabelecido na Constituição.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

3 STF, ARE 1428427 ED-AgR-segundo, Relatora: Cármem Lúcia, Relator p/ Acórdão: ALEXANDRE DE MORAES, Primeira Turma, julgado em 27-11-2023.

A compreensão do atual protagonismo judicial a partir dos pressupostos históricos do constitucionalismo permitiu a densa análise do fenômeno do ativismo judicial, seja em relação à sua distinção face à judicialização da política, seja sua concepção ampla com a caracterização de uma juristocracia decorrente da concentração das decisões políticas no Poder Judiciário.

Tudo isso é analisado por Glauco Salomão Leite de forma sistemática e fundamentada a partir de casos concretos. A compreensão dos conceitos teóricos envolvendo a matéria foi crucial para análise do debate acadêmico brasileiro envolvendo o crescente protagonismo do Supremo Tribunal Federal (STF), tendo como plano de fundo o contexto esboçado pela Constituição de 1988 e da construção jurisprudencial nos casos concretos. Tudo isso para comprovar que, não obstante as objeções democráticas ao ativismo judicial, este fenômeno prático de expansividade da atuação judicial pode ser conciliado com a democracia através diálogos constitucionais entre os poderes, que expressem interações harmônicas e horizontais na tomada de decisão, mantendo a necessária independência do Judiciário em relação às majorias eventuais e face aos argumentos populistas.

Em face dessa proposta acadêmica inovadora, o livro “Juristocracia e Constitucionalismo Democrático: do ativismo judicial ao diálogo Constitucional” apresenta-se como uma das grandes obras pátrias que debatem o ativismo em suas diversas vertentes e à luz do contexto jurídico social e político brasileiro, defendendo uma nova via conciliatória nas relações institucionais entre os poderes democráticos majoritários e contramajoritários, respeitados o regular exercício da jurisdição constitucional e a independência do Poder Judiciário, sob pena de violação à separação dos poderes.

REFERÊNCIAS

BARBOSA, Claudia Maria; POLEWKA, Gabrile. Juristocracia no Brasil a perspectiva de Ran Hirschl sobre o empoderamento judicial. **Rev. de Pol. Judic., Gest. e Adm. da Jus.**, Minas Gerais, v. 1. n. 2, 2015. Disponível em: <https://www.indexlaw.org/index.php/revistapoliticiajudiciaria/article/view/257>. Acesso em: 31 jan. 2025.

BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro**: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

BARBOSA, Leon Victor de Queiroz; CARVALHO, Ernani. Ativismo Judicial: entre o mito e a juristocracia velada. **Revista Política Hoje**, 2016. vol. 25. n. 2. Disponível em:

<https://periodicos.ufpe.br/revistas/index.php/politica hoje/article/view/8661>. Acesso em: 31 jan. 2025.

CAPPELLETTI, Mauro. **O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado**. Porto Alegre: Fabris, 1984.

DWORKIN, Ronald. **Justiça para ouriços**. Coimbra: Almedina, 2012.

HESSE, Konrad. **A Força Normativa da Constituição**. Porto Alegre: Fabris, 1991.

HIRSCHL, Ran. **Towards juristocracy: The origins and consequences of the new constitutionalism**. First Harvard University Press, 2004.

KRELL, Andreas J. **Discrecionalidade administrativa e conceitos legais indeterminados: limites do controle judicial no âmbito dos interesses difusos**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013.

MADEIRA, Dhenis Cruz. O que é solipsismojudicial? **Revista Jurídica da Presidência**, Brasília, v. 22, n. 126, 2020.

MARMELSTEIN, George. **Efeito Backlash da Jurisdição Constitucional: reações políticas à atuação judicial**. In: SEMINÁRIO ÍTALO-BRASILEIRO, 3., 2016, Bolonha, Itália. Disponível em: https://www.cjf.jus.br/caju/Efeito.Backlash.Jurisdicao.Constitucional_1.pdf. Acesso em: 14 jan. 2023.

STRECK, Lenio Luiz. **O que é isto: decido conforme minha consciência?** 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010.