

DA JURISTOCRACIA À MINISTROCRACIA: a disfuncionalidade constitucional no Brasil

FROM JURISTOCRACY TO MINISTROCRACY: constitutional dysfunctionality in Brazil

Charlles de Paula Santos¹

Jorge Heleno Costa²

Recebido/Received: 19.10.2022/Oct 19th, 2022

Aprovado/Approved: 09.01.2023/Jan 9th, 2023

RESUMO: O presente artigo tem o condão de demonstrar como a atuação do Supremo Tribunal Federal tem impactado no jogo democrático, por meio do conceito de juristocracia de Ran Hirschl, que, ao ser aplicado no sistema constitucional brasileiro, parece ir além da questão normativa ou opção política de transferência de poderes das elites políticas ao judiciário. Partindo da juristocracia de Ran Hirschl, passa-se ao conceito de ministocracia, que pode ser considerada uma face mais acentuada de todo poder da mais alta Corte jurídica dada à investidura de cada ministro. Para o desenvolvimento deste estudo, foi utilizada uma revisão bibliográfica com obras relacionadas ao tema. Evidenciou-se que a juristocracia “à brasileira” é guiada pelo ativismo judicial criando uma Corte Constitucional *sui generis* em estados democráticos de direito. O Supremo Tribunal Federal ganhou o poder pelas mãos das elites políticas, afastou-se do direito, e seus ministros tornaram-se membros ativos dessas elites, sendo todo o poder do Estado distribuído pelos onze porta-vozes da juristocracia brasileira.

PALAVRAS-CHAVE: juristocracia; ministocracia; elites políticas; freios e contrapesos; constitucionalismo.

ABSTRACT: This article has the power to demonstrate how the performance of the Federal Supreme Court has impacted the democratic game, through Ran Hirschl's concept of juristocracy, which, when applied in the Brazilian constitutional system, seems to go beyond the normative issue or political option transfer of powers from political elites to the judiciary. Starting from Ran Hirschl's jurisprudence, we move on to the concept of ministocracy, which can be considered a more accentuated face of all the power of the highest juridical court given to the investiture of each minister. For the development of this study, a literature review was used with works related to the theme. It was evidenced that the “Brazilian” juristocracy is guided by judicial activism creating a *sui generis* Constitutional Court in democratic states of law. The Federal Supreme Court gained power at the hands of political elites, moved away

¹ Bacharel em Direito pelo Centro Universitário Presidente Tancredo de Almeida Neves (UNIPTAN). E-mail: charlescav@gmail.com Currículo Lattes: <http://lattes.cnpq.br/6969040143289289>

² Doutorado em Direito Constitucional na Universidade de Buenos Aires (UBA). Mestre em Direito Público pela Universidade FUMEC. Professor universitário no Centro Universitário Presidente Tancredo de Almeida Neves (UNIPTAN). Advogado. E-mail: jorleno23@yahoo.com.br Currículo Lattes: <http://lattes.cnpq.br/0877262646764607> Orcid: <https://orcid.org/0000-0003-2272-1522>

from the law, and its ministers became active members of these elites, with all state power distributed among the eleven spokespersons of Brazilian juristocracy.

KEYWORDS: juristocracy; ministocracy; political elites; checks and balances; constitutionalism.

INTRODUÇÃO

O formato de uma democracia está atrelado à cultura do povo ou da região geográfica do estado que a adota como regime político. Desde suas conceituações clássicas até as atuais, a democracia vem sofrendo alterações no que tange a seu formato e a sua aplicação para com o povo, mas sem perder sua essência. A etimologia da palavra democracia, em grego *demokratia*, expressa a relação entre povo (*demo*) e poder (*kratia*) ainda mantida nas mais diversas formas de organização de estado.

Um regime democrático é, em suma, oposto a regimes totalitários, autocráticos, oligárquicos, e como pauta deste artigo, a democracia é contrária também a um regime juristocrata. O termo juristocrata é adjetivo de um estado que tem a juristocracia, termo cunhado por Ran Hirschl, como regime político. Consiste em um fenômeno no qual ocorre transferência de poderes do executivo e do legislativo para o judiciário. Nesse contexto, podem ocorrer o advento de uma nova constituição, revisões de constituições vigentes ou ativismo judicial. Traçando um paralelo de conceitos, enquanto na democracia o poder é do povo, na juristocracia a ordem política é regida por juízes.

A juristocracia está presente no Brasil, sendo o Supremo Tribunal Federal (STF) e seus ministros, juntamente com as elites políticas, os fiadores deste fenômeno. O STF, sob o manto do neoconstitucionalismo, com atuação ativista e deliberado arbítrio de uma hermenêutica principiológica, rompe com o campo técnico do direito quando, além de expandir com a jurisdição constitucional, extrapola suas funções constitucionais e ingressa na arena política como mais um ator da elite política colocando em risco o preceito da independência e harmonia entre os Poderes e a democracia representativa.

Nesse cenário, o país fica imerso em uma “juristocracia 2.0” para além do que Ran Hirschl nos apresentou em suas obras, do mesmo modo que a Corte vem sendo utilizada como estratégia de oposição governamental ou via legiferante para

organismos políticos sem representação no legislativo promovendo o estamento juristocrata.

A acentuação de poder do judiciário ganha destaque com a teoria da ministocracia, um conceito criado por Arguelhes e Ribeiro (2018) que deixa claro que o poder da Corte se dividiu para cada um de seus membros monocraticamente. Continuando na linha dos autores, essa “política constitucional se torna errática, criando problemas para a justificação do poder do tribunal em um regime democrático” (ARGUELHES; RIBEIRO, 2018, p. 13).

Nesse contexto, este trabalho pretende demonstrar como a atuação do STF tem impactado no jogo democrático, ao criar um “estado juristocrata” e, gerando tensões no cenário político e jurídico que beiram a rupturas institucionais. Trata-se de uma temática recente e atual que merece uma atenção especial de ramos do direito, principalmente na filosofia do direito, teoria do estado, ciência política e no ramo principal, direito constitucional.

A importância do trabalho se apoia nos trilhos da Constituição junto com decisões e posicionamentos do STF que fomentaram o debate público e acadêmico no que tange à separação dos poderes e a sensação de insegurança jurídica que paira no ordenamento. Nesse cenário, a pesquisa visa atingir um público-alvo de acadêmicos e pesquisadores jurídicos e, assim, contribuir com a discussão acadêmica relativa ao tema no Brasil.

No capítulo sobre a *práxis* da juristocracia é mencionado o funcionamento do estado juristocrata com um breve histórico de sinais deste fenômeno identificados em épocas remotas.

Já no capítulo da jurisdição constitucional juristocrata é discorrido o tema sob ditames constitucionais elaborados e calculados para uma finalidade de supremacia política da corte constitucional brasileira.

Do poder é o título de um capítulo que tenta esclarecer a relação entre os atores detentores do poder estatal e utilização do sistema judiciário constitucional como meio para atingirem seus objetivos políticos.

E no capítulo derradeiro de desenvolvimento, tendo como título os ministros como membros da elite política, é explorado a confusão funcional de ministros da corte que muitas vezes se manifestam como políticos, sejam sob a toga e a caneta em suas decisões ou em seus mais diversos e constantes pronunciamentos públicos.

Para o desenvolvimento deste estudo será utilizada uma revisão bibliográfica a partir de publicações em livros, artigos, dissertações e teses acadêmicas relacionadas direta ou indiretamente com o tema.

O tema será analisado a partir da teoria da juristocracia (HIRSCHL, 2020), da promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 com destaque para as alterações constitucionais responsáveis por mudanças significativas nas atribuições e competências inerentes ao poder judiciário, em especial a Suprema Corte.

Os materiais serão selecionados a partir da variável de interesse. Posteriormente, será realizada uma leitura exploratória de todo o conteúdo selecionado para determinação das fontes que abordem o conteúdo a ser pesquisado de forma que possibilitem a obtenção das respostas ao problema de pesquisa.

1 A PRÁXIS DA JURISTOCRACIA

Os ministros do STF atuam com desprezo pela vontade do povo e pelos ditames constitucionais e levam o país para mais próximo do absolutismo de Thomas Hobbes do que para a democracia liberal consolidada desde a Convenção Constitucional da Filadélfia (1787). De uma maneira velada, o modelo Hobbesiano de Estado é ressuscitado, alimentado e estimulado por meio da interpretação de parte dos “constitucionalistas” que defendem a existência de Constituições dirigentes (SACOMAN, 2018).

No período absolutista, o poder do rei era sustentado com fulcro no direito natural, em que o soberano era visto como uma divindade dotada de poderes absolutos concedidos por Deus. Hoje, sob o manto do neoconstitucionalismo, os “reis” contemporâneos usam togas e se apoiam em teses fundamentadas no arbítrio de uma interpretação ilimitada do texto constitucional sob a máscara da hermenêutica. Muitas vezes decidem de forma monocrática questões nacionais e interferem em outros poderes como um “método de perseguir objetivos políticos” (HIRSCHL, 2020, p. 30).

Destarte, o conjunto de direitos de primeira geração, também chamados de direitos negativos, base do constitucionalismo, teria que ser a régua para medir o tamanho de uma corte constitucional em uma democracia, embora não ocorra na

prática. O surgimento dos direitos de segunda, terceira, quarta e até mesmo quinta geração apresenta uma carga prestacional no rol constitucional que, à luz da realidade estatal, é impraticável. Esses pacotes de direitos trazidos e defendidos pelos neoconstitucionalistas acarretam uma expansão do judiciário não só no direcionamento de políticas públicas, mas em todo o campo político, pois muitas vezes são mandamentos constitucionais sem objetividade, que formam um campo aberto de atuação para os interpretativistas progressistas. Sobre a estrutura de uma constituição e seu reflexo futuro na sistemática de aplicação do direito, temos o ensinamento de Bonavides (2019):

As constituições concisas ou breves resultam numa maior estabilidade do arcabouço constitucional, bem como numa flexibilidade que permite adaptar a Constituição a situações novas e imprevistas do desenvolvimento institucional de um povo, as suas variações mais sentidas de ordem política, econômica e financeira, a necessidades, sobretudo, de improvisar soluções que poderiam, contudo, esbarrar na rigidez dos obstáculos constitucionais (BONAVIDES, 2019, p. 91).

Diversos autores têm notado a disparidade do judiciário contra os outros dois poderes. Segundo Barbosa (2019, p. 21), a juristocracia que tem se fortalecido em democracias ocidentais entra em choque com o constitucionalismo liberal e fragiliza as Constituições, “tornando-as disfuncionais e incapazes de assegurar o equilíbrio de poderes, a defesa de direitos e conter o abuso do poder estatal”.

O conceito de juristocracia de Ran Hirschl (2020), ao ser aplicado no sistema constitucional brasileiro, parece ir além da questão normativa ou opção política de transferência de poderes ao judiciário. A juristocracia “à brasileira” é inflada pelo ativismo judicial criando uma Corte Constitucional *sui generis* em estados democráticos de direito.

Braga (2021, p. 63) estende o conceito de juristocracia para além de um “governo de juízes” e adiciona outros atores, como aplicadores da lei, jurisconsultos, acadêmicos, educadores e reguladores morais. Assim, políticos (geralmente os ligados à ideologia progressista), OAB e imprensa tradicional também fazem parte do que se conceitua como uma oligarquia contemporânea, pois esta não se compõe apenas por juízes, mas por toda elite jurídico-política.

Nesse sentido, basta ver o tratamento de grande parte da imprensa tradicional para com o STF, dentre tantos veículos de mídia do *mainstream* é difícil encontrar qualquer crítica à Corte. O mais comum são as bajulações e endossos, principalmente se as decisões forem ao encontro dos ideais progressistas.

A juristocracia parece ter tomado o lugar da democracia no Brasil a partir do momento em que atores políticos delegaram seus poderes para a Suprema Corte como uma saída para frear as consequências da perda de apoio popular em relação à hegemonia ideológica e potenciais perdas de controle sobre a arena majoritária de representação política (HIRSCHL, 2020).

Segundo os autores Barbosa e Carvalho (2016), no Brasil, não há um processo de judicialização no ordenamento jurídico brasileiro, mas de representação política pelo exercício judicial. É salutar ressaltar que não compete ao STF a prerrogativa de representar o cidadão na esfera política, muito menos se aliar a organismos políticos de fácil e contínuo trânsito na Corte.

Nessa abordagem de coexistência entre executivo, legislativo e judiciário “a teoria da tripartição dos poderes, formulada por Montesquieu em meados do século XVIII, tem sido relativizada, não só pela delegação legislativa ao poder executivo em casos especiais, mas especialmente pela judicialização da política” (SACOMAN, 2018, p. 8).

Em Rumo à Juristocracia, no Capítulo IV, Ran Hirschl (2020) faz uma análise sistemática quantitativa e qualitativa jurisprudencial das cortes supremas dos países Canadá, Israel, Nova Zelândia e África do Sul até o ano de 2002. Considerando a contemporaneidade das “revoluções constitucionais” desses quatro países com a promulgação da Constituição brasileira, seria impraticável a realização de um mesmo estudo jurisprudencial sobre a atuação do Supremo Tribunal Federal em um único capítulo ou até mesmo em um único volume literário, haja vista os fenômenos da judicialização da política, do ativismo judicial e da politização do judiciário que incham a pauta das decisões monocráticas, das turmas e do plenário com os mais diversos temas, muitos sem caráter constitucional.

Os ministros do STF parecem não se contentar com a investidura jurídica e as prerrogativas que a constituição lhes garante e tendem a fazer política com suas decisões. Pelo grau de holofotes sobre a corte, a toga não mais representa juízes e está mais próxima de um traje que identifica a cúpula da elite política nacional. Segundo Bittar (2018, p. 674), com o apoio de atores da elite política podemos observar que “o discurso jurídico pode servir como elemento ideológico e significar a contenção de ideais de liberdade, quando o direito se torna instrumento do poder descaracterizando-se de sua função”.

2 DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL JURISTOCRATA

Pode-se dizer que no Brasil houve dois momentos normativos de afirmação da juristocracia: a promulgação da Constituição de 1988 e a Emenda Constitucional nº 45. A Assembléia Nacional Constituinte (1987-1988), na transição do Governo militar (1964 - 1985) para o Estado constitucional atual, possuía uma parcela pouco significativa de representantes do espectro liberal e conservador na sua composição política. Essa guinada progressista pavimentou o caminho da hipertrofia do poder judiciário deixando um traçado para a juristocracia com um fortalecimento ab incunabulis do judiciário. Nesse cenário, uma possível mudança representativa majoritária logo após a promulgação da constituição em muitos assuntos constitucionalizados poderia não estar em sintonia com a vontade das elites políticas. Nessa linha, o jurista Amauri Feres Saad (2021) observa que existia a intenção de transferência de maiores poderes ao judiciário logo na Assembléia Nacional Constituinte de 1987. Nesse sentido, de acordo com Ran Hirschl (2020, p. 26),

no caldeirão ideológico da Constituinte, a elite patrimonialista do centro se uniu à esquerda, e deu ao Brasil uma constituição absolutamente adequada para a instalação da juristocracia. O judiciário era mais previsível (e controlável) do que o eleitorado. O resultado é que não há política pública ou ato do executivo, no Brasil, em qualquer área, que não possam ser afetados pelo judiciário. E hoje a juristocracia já está tão escancarada que nem certos limites da própria constituição de 1988 são mais respeitados.

A elite política, representante do poder constituinte originário na promulgação da Constituição de 1988, bem como a sucessão dos membros das elites em mandatos eletivos e funções comissionadas espalhadas por nossa estrutura estatal burocrata, já criava o trono para o Judiciário reinar e tornar-se referência de poder para a concretização dos objetivos políticos deste grupo dominante. Um dos fatores determinantes que ajudaram a moldar a constituição, canalizando no STF praticamente todas as decisões nacionais, ocorreu quando as elites políticas perceberam que pelo sufrágio universal estariam na iminência de perda de poder, ainda que por alternância de mandatários (essência da democracia), sendo que estas elites temiam sair, segundo Barbosa (2019, p. 11), “derrotadas nas urnas por candidaturas mais identificadas com a vontade e os interesses da maioria”. Ainda segundo o autor, tal situação é oportunizada “quando candidaturas populares, usando das regras da democracia representativa que tradicionalmente beneficiou as

elites, deixa de funcionar em proveito desses mesmos grupos” (BARBOSA, 2019, p. 11).

Nessa linha, Ran Hirschl diz que a instalação de uma juristocracia consiste em um método de perseguir objetivos políticos e administrar negócios públicos, sendo endossada e defendida por acadêmicos, juristas e ativistas (HIRSCHL, 2020).

No caso brasileiro, o STF, além das competências e atribuições que lhe foram conferidas pela Carta Magna, apoia-se no neoconstitucionalismo e no ativismo judicial promovendo uma expansão da jurisdição constitucional. Esse cenário ainda é fortemente alimentado pelos legitimados a acionarem a corte diretamente quando sofrem derrotas nas arenas políticas. Ainda como *players* políticos na judicialização da política, ministros da corte atuam estrategicamente nos rumos de decisões de competências exclusivas dos outros dois poderes. Nesse sentido, a Suprema Corte definiu os limites de sua própria atuação nessa nova configuração constitucional (LUNARDI, 2020).

Existe uma corrente doutrinária, abafada no meio acadêmico e político, que defende uma constituição mais sintética, nos moldes da Constituição dos Estados Unidos da América. Uma constituição menos prolixa tende a diminuir o campo do ativismo judicial e pode evitar a manutenção de uma juristocracia. Frédéric Bastiat em 1850 na obra *A Lei* identificou uma virtude constitucional da América que perdura nos dias atuais, dizendo: “Trata-se do país do mundo em que a Lei mais permanece em seu papel, que é garantir a cada um sua liberdade e sua propriedade. [...] a ordem social parece repousar sobre as bases mais estáveis” (BASTIAT, 2019, p. 21).

Desse modo, o jurista brasileiro Amauri Saad (2021, p. 23) ensina sobre a virtude constitucional americana:

O exemplo de sucesso no mundo do constitucionalismo é o dos EUA, cuja constituição, promulgada em 1787 (e com apenas 27 emendas) permanece válida até hoje, sendo um verdadeiro sinônimo de identidade nacional naquele país; o exemplo oposto, da instabilidade, apesar de haver muitos outros, é o da França, que promulgou dezesseis constituições no período entre a revolução (1789) e 1958 - quase uma por década. O Brasil não é o melhor aluno da sala, nem o pior: está no meio do caminho, com oito constituições (até o momento, note-se bem).

O oposto às teorias constitucionais de sucesso mencionadas é a Constituição Brasileira que adotou uma espécie de panconstitucionalismo, uma doutrina do direito que defende a constitucionalização em excesso. Um exemplo de panconstitucionalização além da CRFB “é a expressão, já utilizada pelo Supremo

Tribunal Federal brasileiro, de ‘estado de coisas inconstitucional’, a justificar a intervenção da corte constitucional sobre situações que não sejam aquelas idealizadas na utopia sonhada pela Constituição” (BRAGA, 2020, p. 127).

No percurso da vigência da CRFB, as elites políticas na canalização de poderes ao judiciário continuaram atuando em reformas constitucionais. Foram promulgadas algumas emendas com forte carga de mudança constitucional, seja por relevância de matéria ou por volume de alterações, com destaque para a Emenda Constitucional (EC) nº 45 de 30 de dezembro de 2004. Essa emenda trouxe novidades ao ordenamento jurídico, as quais ampliaram ainda mais o desequilíbrio de poderes em prol do judiciário, tanto que a doutrina nomeou a EC 45 como “Reforma do Judiciário”.

O custo político de uma Emenda Constitucional é alto devido ao quorum de aprovação, ao rito procedimental e às negociações políticas. Entretanto, contemporâneo a essa reforma estava em andamento um dos maiores esquemas de corrupção e de compra de votos de parlamentares, publicamente tratado como “mensalão”. A Ação Penal 470, de 2007, foi instaurada para tratar das denúncias contra inúmeras autoridades que envolveram estatais para manobrar recursos públicos em prol de apoios políticos nas votações de interesse do governo da época. Esse *modus operandi* de aprovação de matérias legislativas no mesmo momento da promulgação da EC 45 levanta suspeitas sobre um “judicialismo de coalizão” corroborando com a tese de Hirschl (2020) da transferência de poderes das elites políticas para o judiciário. Após treze anos de tramitação, desde 26 de março de 1992, a EC 45 foi promulgada no mesmo momento em que eram praticadas as manobras para aprovação de matérias legislativas citadas na Ação Penal 470, juntamente com uma política de governo denominada “presidencialismo de coalizão”.

A amplitude da EC 45 pode ser percebida pela quantidade de dispositivos constitucionais modificados nos artigos 5º, 36, 52, 92, 93, 95, 98, 99, 102, 103, 104, 105, 107, 109, 111, 112, 114, 115, 125, 126, 127, 128, 129, 134 e 168 da Constituição Federal, bem como acrescentou os artigos 103-A, 103B, 111-A e 130-A.

Em se tratando de hipertrofia do poder judiciário, houve ampliações indiretas dos poderes da Corte não pelo aumento de competências ou prerrogativas, mas pelo acréscimo de legitimados com acesso ao STF. Ou seja, o número de vias para

acesso ao Pretório Excelso vai na linha da teoria da juristocracia, canalizando cada vez mais na Corte não só os temas de constitucionalidade como também os de legalidade e as decisões de cunho político.

Outra característica juristocrata da EC 45 é o advento da Súmula Vinculante contida no art. 103-A da CRFB. Sob o pretexto de normalização jurisprudencial, criou-se com esta emenda constitucional um instituto jurídico para a Corte ter mais um caráter legiferante na conjuntura política. Esse canal legislativo do STF, muito utilizado pelas elites políticas, ficou comprovado quando a Ordem dos Advogados do Brasil (OAB) em 19 de outubro de 2021 tratou de uma matéria interna em seu conselho pleno, com relação à atuação de advogados pareceristas e insegurança jurídica, e, ao invés de motivar o poder legislativo federal, já que a atividade da advocacia é regulamentada por lei federal, preferiu propor uma edição de súmula vinculante ao Supremo. A OAB como um dos órgãos mais importantes do direito nacional, sendo seus representantes sabedores do ordenamento jurídico, ignora o devido rito pelo processo legislativo e pode ser considerada um dos maiores fiadores da juristocracia, como diz Braga (2021), a OAB faz parte de uma tecnocracia jurídica juntamente com quem vai decidir e apoiar seus intentos. Assim Oscar Vilhena Vieira (2008) diz:

A politização desta esfera de jurisdição do Tribunal foi expandida em relação ao período constitucional anterior, na medida em que a legitimidade para a proposição de ações diretas foi conferida a novos atores políticos e sociais, conforme disposto pelo artigo 103 da Constituição Federal, superando a fase em que as chaves de acesso ao controle direto de constitucionalidade pelo Supremo só eram conferidas ao Procurador Geral da República. Essa abertura do Supremo a outros atores políticos tem transformado o Tribunal, em muitas circunstâncias, em uma câmara de revisão de decisões majoritárias, a partir da reclamação daqueles que foram derrotados na arena representativa (VIEIRA, 2008, pp. 7-8).

Esse volume de ações e processos poderia ser reduzido se melhor fosse utilizado o instituto do controle difuso de constitucionalidade, mecanismo de defesa da supremacia da Constituição, no qual jurisdições inferiores não puramente constitucionais, mas geralmente com juízes de carreira, aplicam a interpretação constitucional como filtragem para que demandas indevidas sejam evitadas na mais alta Corte. Em suma, “a equação é simples: se tudo é matéria constitucional, o campo de liberdade dado ao corpo político é muito pequeno” (VIEIRA, 2008, p. 7).

Vale destacar que a forma de controle de constitucionalidade adotada na Constituição de 1988 é um dos principais fatores dessa constante ampliação da jurisdição constitucional e conseqüentemente da sobreposição do judiciário ante os

outros dois poderes, principalmente o Executivo, que não dispõe de subterfúgio baseado na teoria dos Freios e Contrapesos para fazer frente às intromissões do STF. Assim, pode-se dizer que “a adoção do *Judicial Review* no contexto das Constituições Sociais traz elevado risco à democracia” (SACOMAN, 2018, p. 10).

O arcabouço normativo constitucional e institucional positivado que outrora foi decidido na Assembléia Constituinte fornece uma base à atuação da Suprema Corte muito além do controle de constitucionalidade. A Corte ainda possui como *longa manus* o Tribunal Superior Eleitoral (TSE) e o Conselho Nacional de Justiça (CNJ), este último órgão criado na EC 45.

3 DO PODER

Aqui vale esta exposição sobre poder, pois nota-se que, além da via de transferências de poderes ao judiciário com a promulgação da Constituição de 1988 e alterações constitucionais e legislativas subsequentes, o Poder Judiciário ampliou o campo de atuação e limites dos seus próprios poderes.

Nesse sentido, importante é ilustrar o quanto são abandonados princípios basilares constitucionais e limites de competências de cada autoridade quando, “embriagados pelo poder de criar normas constitucionais, os tribunais constitucionais tampouco exitam em alterar a Constituição, a pretexto de ‘atualizá-la’, conferindo a si próprios um verdadeiro Poder Constituinte Reformador” (BRAGA, 2020, p. 128).

Esse cenário de superforça do judiciário dá novos contornos políticos, inclusive de tensionamentos ao preceito constitucional da harmonia e independência entre poderes, quando atores políticos transferem para o STF divergências que deveriam ser resolvidas no próprio âmbito político, no momento em que percebem que seus posicionamentos tendem à derrota nas disputas políticas de caráter majoritário. À vista disso, quem se apodera de um ramo de poder tende a deixar o oponente mais fraco, mas, neste estudo de relação de poderes constituídos, temos o STF à frente de todas as questões nacionais. Ran Hirschl (2020, p. 89) traz luz ao assunto afirmando que “a retirada do poder sobre políticas públicas das legislaturas e dos executivos e sua transferência aos tribunais pode se tornar atrativa para os detentores do poder político quando a disputa for indesejada como debate público”.

Ao atingir esse protagonismo decisório como o Poder mais forte nas questões nacionais, o STF, com o apoio de elites políticas, tende a não recuar nas suas

incursões, adentrando nas searas dos outros Poderes, sem uma medida constitucional eficaz como a teoria dos freios e contrapesos. Assim, Montesquieu (2000, pp. 166-167) descreve sobre os detentores de poder:

Trata-se de uma experiência eterna que todo homem que possui poder é levado a dele abusar; ele vai até onde encontra limites. Quem, diria! Até a virtude precisa de limites. Para que não se possa abusar do poder, é preciso que, pela disposição das coisas, o poder limite o poder.

Para evitar os abusos dos detentores dos poderes, as constituições se assemelham a contratos. Guardadas as devidas proporções destes institutos jurídicos, as constituições explicitam obrigações e delimitam as ações dos autores pela legalidade. Mas, caso ocorra uma sobreposição de um poder aos outros, a ordem constitucional consequentemente será substituída por uma nova, ou seja, quebra-se o pacto constitucional anterior e assina-se outro (SAAD, 2021, pp. 22-23). Essa nova ordem constitucional pode acontecer sem o acionamento de um poder constituinte originário por meio de emendas via poder legislativo ou de forma mais acintosa, via interpretativismo do STF. São os juristocratas que aos poucos vão impondo esse novo regime.

Esse desequilíbrio entre poderes e a manutenção da juristocracia torna os modelos de mecanismos de controle sobre a atuação do Judiciário muito frágeis, o que potencializa as possibilidades de abuso do poder (BARBOSA, 2019, pp. 14-15).

Uma forma de manutenção e ampliação de poder é uma modalidade conhecida na doutrina como Mutação Constitucional. Trata-se de uma prática fundamentada no neoconstitucionalismo, não prevista na constitui o, mas que   adotada pela nossa Corte para alterar um dispositivo legal dando-lhe um novo sentido sem alterar a forma literal. Este método de mudança da constitui o leva a um interpretativismo desenfreado.

Este interpretativismo ganha apoio na doutrina e ocupa as cadeiras do STF. Santos (2018), no artigo Neoconstitucionalismo e moralismo jurídico de Dimitri Dimoulis desmascara aquele que pode ser considerado o mensageiro do neoconstitucionalismo no Brasil ou, como diz o autor, o “expoente máximo” da teoria neoconstitucionalista, o ministro Luís Roberto Barroso. No momento em que o ministro escreve sobre o termo “força normativa da constitui o” de Konrad Hesse, pode-se perceber que o que Barroso difere totalmente do que diz o autor originário, quando “Hesse diz X, Barroso reafirma o que Hesse diz como sendo Y” (SANTOS, 2018, p. 32-33).

Com o atual *status* juristocrata, sem freios e contrapesos e com apoio das elites políticas, Barroso e seus pares transformam-se em “uma oligarquia encarregada de decifrar as verdades reveladas e ocultas da Constituição” (BRAGA, 2021, p. 68). Essas verdades em decisões são muitas vezes postas por um jogo de palavras e poder com fins opostos à aplicação do direito, a exemplo do que diz o personagem da obra de Lewis Carrol:

“Quando eu uso uma palavra”, disse Humpty Dumpty num tom bastante desdenhoso, “ela significa exatamente o que quero que signifique: nem mais nem menos”. “A questão é”, disse Alice, “se pode fazer as palavras significarem tantas coisas diferentes”. “A questão”, disse Humpty Dumpty, “é saber quem vai mandar – só isto (CARROLL, 2013).

4 OS MINISTROS COMO MEMBROS DA ELITE POLÍTICA

Somado ao arcabouço constitucional positivado, tem-se o ativismo judicial como prática decisional em grande parte dos membros da Corte que gozam das competências que lhes são atribuídas e o apoio de uma elite política que, como estratégia para sucesso de suas aspirações políticas, escolheu direcionar para o judiciário os debates da arena política, pois sabe que para as suas pautas, as decisões oriundas da Corte são mais previsíveis quanto aos seus interesses.

O termo “elites políticas” é citado comumente no estudo da juristocracia. Segundo Hirschl (2020), sob a perspectiva de uma organização política de um estado, atores políticos pertencentes a estas elites delegam poderes para as Cortes Constitucionais buscando blindagem a uma possível perda de poder. A utilização da Corte como canal político está cada vez mais comum, tanto que o próprio ministro Marco Aurélio durante julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 6.529/DF, que tinha como questionamento um decreto presidencial sobre a Agência Brasileira de Inteligência (ABIn), reconheceu tal sistemática antidemocrática praticada e alimentada na Corte: “O Supremo está sendo utilizado pelos partidos de oposição para fustigar o governo. Isso não é sadio. Não sei qual será o limite” (PIRES, 2020).

Para Hirschl (2020), nessa linha que o ministro Marco Aurélio expõe, um judiciário que seja abertamente contrário a um legislativo atual pode anular legislação aprovada em legislaturas anteriores ou na atual, produzindo, assim, considerável instabilidade jurídica. Além dessa relação judiciário-legislativo, se

considerarmos a relação com o executivo, este Poder fica de joelhos perante a Corte, mesmo com todo apoio majoritário. Se no primeiro caso de relação de poder temos como produto no mínimo uma insegurança jurídica, quanto ao executivo teremos, um judiciário “administrando” o Estado, ou até mesmo se “coligando” com partidos políticos em oposição a um governo, podendo configurar uma espécie de “judicialismo de coalizão”.

A função típica jurisdicional não pode ser contaminada pela política, tanto que:

os membros do Judiciário, via de regra, não detém a legitimidade das urnas, e tampouco respondem politicamente ao eleitorado pelos seus atos, provocando uma disfunção no modelo tripartite de funcionamento do Poderes estatais, no qual a voz do Povo estaria representada no conteúdo das normas aprovadas pelo governo eleito. O deslocamento da definição do conteúdo do direito, do Legislativo ao Judiciário, enfraquece aquele e fragiliza o equilíbrio preconizado pelos *checks and balances*, comprometendo assim essa que é uma das funções clássicas das Constituições liberais, qual seja, o equilíbrio no exercício do poder (BARBOSA, 2016, pp. 13-14).

Nesse sentido de divisão de tarefas de pessoas públicas no formato republicano, vale o ensinamento de Barbosa (2016, p. 14) o qual destaca que “o magistrado não sofre as mesmas restrições que possui o agente público político na gestão de políticas públicas”. Por este motivo, quando entram em conflito funções precipuamente constitucionais expressas, fica difícil fazer uma separação de quando se atua como um ministro de corte constitucional ou de quando se está exercendo ativismo judicial sob uma toga. Por isso, não se deve confundir a missão constitucional de cada ator, já que

legisladores e juízes têm motivações e restrições distintas no que tange às políticas públicas, aos direitos que por meio dela se realizam e ao reconhecimento e garantia de direitos fundamentais, e não há razão específica para se acreditar que os juízes possuam uma ética peculiar de correição diferente daquela dos agentes políticos ou dos atores privados (BARBOSA, 2016, pp. 14-15).

Como já citado por Montesquieu (2000, p. 166), o detentor do poder tende a cometer abusos até encontrar um limite, mas, partindo de um ordenamento juristocrata, quais seriam esses limites para os ministros do STF?

No 9º Fórum Jurídico realizado em Lisboa em 16 de novembro de 2021, o ministro do STF Dias Toffoli disse que “nós já temos um semipresidencialismo com um controle de poder moderador, que hoje é exercido pelo Supremo Tribunal Federal”. Neste curto pronunciamento, o ministro contraria diretamente o sistema de governo adotado na Constituição e endossado pelo povo por meio de um plebiscito.

O ministro cria um poder moderador que não existe em nosso ordenamento. É tamanha a gravidade da sua fala no momento em que ele passa de guardião para um editor ilegítimo da Constituição e afronta princípios como o art. 2º da CRFB.

O poder além do disposto na constituição vem sendo usurpado por ministros do STF há tempos. O Ministro Eros Grau em julgamento da ADI nº 3.3671/DF de 13 de abril de 2005, que questionava a inconstitucionalidade da criação do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) via EC 45, menospreza o que está positivado em nossa Carta Magna com os seguintes dizeres: “não existe a Constituição de 1988 [...] o que hoje realmente há, aqui e agora, é a Constituição do Brasil, tal como hoje, aqui e agora, ela é interpretada/aplicada por esta Corte”.

Ministros do STF com esse *modus* parecem menosprezar os outros dois poderes, e, com base no direito como ciência, julgam-se mais técnicos que os co-poderes para decidirem todos os assuntos, ainda que vedados pela própria Constituição. Como se pode notar no caso recente da criminalização da homofobia por decisão da corte na Ação Direta de Inconstitucionalidade por omissão (ADO) 26 usurpando a competência privativa do poder legislativo conforme art. 5º, XXXIX da CRFB: “não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal”. Ou seja, o STF fere continuamente princípios basilares de um estado democrático de direito.

Em muitos casos levados ao STF, os ministros poderiam enquadrar o pedido como decisão a ser proferida por outro poder, mas preferem ter na pauta da Corte, configurando uma clássica conduta de ativismo judicial. Tanto que o Ministro Marco Aurélio de Mello, mediante o Ofício nº 1/2020-GBMA de 04 de maio de 2020 encaminhado ao presidente da Corte, sugeriu que decisões contra outros poderes deveriam ser decididas pelo plenário do STF e não por decisões monocráticas que têm gerado atritos entre os poderes, pois deve-se “preservar a harmonia preconizada constitucionalmente, surgindo, de qualquer forma, com grande valor, o princípio da autocontenção” (PIRES, 2020).

Não é o objetivo e nem é prudente que retomemos o brocardo *in claris cessat interpretatio* como forma de aplicação da lei pelos magistrados, mas o mínimo de balizamento junto à norma positivada garante maior segurança jurídica mesmo sabendo que existe uma expansão do papel do intérprete e da discricionariedade judicial.

CONCLUSÕES

Uma vez que as competências constitucionais de cada poder são definidas pela Constituição sob a ordem da teoria dos freios e contrapesos objetivando um equilíbrio nos moldes do preceito de harmonia e independência entre os poderes, esse artigo buscou demonstrar como a atuação do STF impacta a democracia, por meio da juristocracia, ocasionando tensões no cenário político e jurídico que beiram a rupturas institucionais.

Com esse intuito, foi realizada uma revisão bibliográfica a partir de publicações em livros, artigos, dissertações e teses acadêmicas relacionadas direta ou indiretamente com o tema para contribuir com a discussão acadêmica relativa ao tema no Brasil.

Analisando essa questão, observou-se que os preceitos de direitos negativos e não-intervencionismo vêm perdendo espaço por meio de uma mutação constitucional de desvalorização desses embriões do constitucionalismo alimentada pelo ativismo judicial de uma justiça distributiva e politização da Corte.

Com a predominância da juristocracia frente à democracia representativa prevista no artigo inaugural, parágrafo único da Carta Magna, estamos muito mais próximos da evocação do novo poder constituinte originário do que uma estabilidade constitucional e da paz social. Ocorre que os mecanismos de freios e contrapesos, ainda que subsidiários, sob uma disfunção constitucional poderiam trazer um ar de harmonia e independência entre os poderes conforme positivado na Constituição. Contudo, esta alternativa dependeria do voluntarismo dos membros do STF na lida com os limites de seus próprios poderes.

Diante do exposto, foi possível observar que a Corte adota como praxe o ativismo judicial e se distancia cada vez mais da Constituição fomentando insegurança jurídica com este descompasso entre ativismo e autocontenção tendo como resultado os constantes conflitos entre os poderes.

Nessa perspectiva, o povo, por meio do sistema representativo democrático e as normas constitucionais positivadas, deve ser o propulsor da diretriz constitucional. As vozes de milhões não podem ser distorcidas por onze ministros de suprema corte com roupagem política. A toga é do direito e o mandato é reservado aos políticos. Se um dos maiores problemas do Estado é a corrupção no sentido *lato*, o ativismo judicial pode ser considerado uma prática corrupta, pois ministros do supremo são

confundidos com políticos não só nas suas decisões, mas nos seus posicionamentos públicos quando deturpam a literalidade constitucional. A parcialidade dos ministros ao adotarem suas vontades ideológicas contra o que está previsto na Constituição já é sentida na sociedade, e a repulsa ao ativismo na corte tem sido tema recorrente em manifestações cívicas.

Pôde-se perceber que, sob o ponto de vista da teoria da juristocracia com base no papel (in)constitucional desempenhado pela Corte ultimamente, ela integra o rol das “elites políticas” como o poder mais forte, estabelecendo, assim, uma juristocracia. Observa-se ainda uma mutação mais gravosa da teoria da juristocracia chegando à ministrocracia, em que uma decisão monocrática tem o mesmo poder e efeito de uma decisão de toda a Corte. O Supremo ganhou o poder pelas mãos das elites políticas, afastou-se do direito, e seus membros tornaram-se membros ativos dessas elites, sendo todo o poder do estado distribuído pelos onze porta-vozes da juristocracia brasileira. Se o estado constitucional está disfuncional, a democracia está em risco.

Assim, convém destacar que este artigo não busca encontrar soluções para o problema da juristocracia no país como um todo, mas aprofundar o debate acerca do tema. Ainda há muito a ser pesquisado e explorado com relação à separação dos poderes e à sensação de insegurança jurídica que paira no ordenamento brasileiro.

REFERÊNCIAS

ARGUELHES, Diego Werneck; RIBEIRO, Leandro Molhano. Ministrocracia: O Supremo Tribunal individual e o processo democrático brasileiro. **Novos estudos CEBRAP**, São Paulo, v. 37, n. 1, p. 13-32, jan./abr. 2018. Disponível em: <https://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/handle/10438/25207>. Acesso em: 7 out. 2021.

BARBOSA, Claudia Maria. A juristocracia no Brasil e o futuro da Constituição. **Revista Eletrônica do Curso de Direito da UFSM**, Santa Maria, v. 14, n. 2, p.1-24, maio./ago. 2019. Disponível em: <https://periodicos.ufsm.br/revistadireito/article%20/view/34100>. Acesso em: 1 jul. 2021.

BARBOSA, Leon Victor de Queiroz; CARVALHO, Ernani. Ativismo Judicial: entre o mito e a juristocracia velada. **Revista Política Hoje**, Pernambuco, v. 25, n.2, p.7-20, 2016. Disponível em: <https://periodicos.ufpe.br/revistas/politica hoje/article/download/8661/14658>. Acesso em: 6 fev. 2022.

BASTIAT, Frédéric. **A Lei**. 1. ed. São Paulo: LVM Editora, 2019.

BITTAR, Eduardo C. B.; ALMEIDA, Guilherme A.. **Curso de Filosofia do Direito**. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2018.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 34. ed. São Paulo: Malheiros, 2019.

BRAGA, Ricardo Peake. **Juristocracia e o fim da democracia: como uma tecnocracia jurídica assumiu o poder**. 1.ed. Londrina: EDA. 2021.

BRAGA, Ricardo Peake. Panconstitucionalismo, democracia e juristocracia. **Revista Jurídica da Universidade do Sul de Santa Catarina**, Santa Catarina, ano X, n. 20, p.125-135, 2020. Disponível em: https://www.researchgate.net/publication/341499437_PANCONSTITUCIONALISMO_DEMOCRACIA_E_JURISTOCRACIA. Acesso em: 10 ago. 2021.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado Federal, Coordenação de Edições Técnicas, 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação direta de inconstitucionalidade nº 33671/DF**. Requerente: Associação dos Magistrados Brasileiros. Requerido: Congresso Nacional. Relator: Min. Cezar Peluso. Brasília, 2005. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP= AC&docID=363371>. Acesso em: 25 fev. 2022.

CARROLL, Lewis. **Alice através do espelho e o que ela encontrou por lá**. 4. ed. São Paulo: Martin Claret, 2013.

HIRSCHL, Ran. **Rumo à Juristocracia: As origens e consequências do novo constitucionalismo**. 1.ed. Londrina: EDA, 2020.

LUNARDI, Fabrício Castagna. **O STF na política e a política no STF**. 1.ed. São Paulo: Saraiva, 2020.

MONTESQUIEU, Charles-Louis de Secondat, Barão de La Brède e de. **O Espírito das Leis**. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

SAAD, Amauri Feres. **O art. 142 da Constituição de 1988: ensaio sobre a sua interpretação e aplicação**. 1.ed. Londrina: EDA, 2021.

SACOMAN, Cleiton. **Juristocracia: o exercício judicial do poder como ameaça à democracia**. 2018. Dissertação (Mestrado em Direito) - Centro Universitário Internacional UNINTER, Curitiba, 2018. Disponível em: <https://repositorio.uninter.com/handle/1/588>. Acesso em: 5 jul. 2021.

SANTOS, Bruno Aguiar. **Neoconstitucionalismo: a ideologia fadada ao fracasso do arbítrio**. 1.ed. Salvador: Juspodivm, 2018.

VIEIRA, Oscar Vilhena. Supremocracia. **Revista Direito GV**, São Paulo, v. 4, n. 2, p. 441-464, jul./dez. 2008. Disponível em:

<https://direitosp.fgv.br/publicacoes/revista/artigo/supremocracia>. Acesso em: 5 jul. 2021.

PIRES, Silvana. Marco Aurélio Mello diz que STF está sendo usado por partidos para "fustigar o governo". **Gauchazh**, Rio Grande do Sul, 19 ago. 2020. Disponível em: <https://gauchazh.clicrbs.com.br/politica/noticia/2020/08/marco-aurelio-mello-diz-que-stf-esta-sendo-usado-por-partidos-para-fustigar-o-governo-cke1e6m6b002f013g6m2wa555.html>. Acesso em: 25 fev. 2022.