

O ATIVISMO JUDICIAL NO BRASIL E NA ARGENTINA: AS ILUSÕES DA MAGISTRATURA E SEU REFLEXO NA INTEGRAÇÃO REGIONAL

JUDICIAL ACTIVISM IN BRAZIL AND ARGENTINA: THE ILLUSIONS OF MAGISTRATE AND ITS REFLECTION ON REGIONAL INTEGRATION

Ygor Pierry Piemonte Ditão¹

Resumo: O presente trabalho investigará o ativismo judicial desde seu aparecimento nos Estados Unidos da América até a cristalização da tese de uma juristocracia global para, em seguida, observar essa mesma evolução no Brasil e na Argentina e, constatando suas similitudes, apresentar como tais posturas ativistas das Supremas Cortes brasileira e argentina contribuem para o insucesso da integração regional latino-americana.

Palavras-chave: Direito Constitucional. Direito Internacional. Ativismo Judicial. Integração Regional. América Latina.

Abstract: The present work will investigate judicial activism from its appearance in the United States of America to the crystallization of the thesis of a global juristocracy to then observe this same evolution in Brazil and Argentina and, noting their similarities, present how such activist postures of Brazilian and Argentine Supreme Courts contribute to the failure of Latin American regional integration.

Keywords: Constitutional Law. International Law. Judicial activism. Regional Integration. Latin America.

Sumário: 1. Introdução. 2. O ativismo judicial: do ativismo à juristocracia e o mito de guarda da constituição. 3. O ativismo judicial no Brasil: a juristocracia do STF. 4. O ativismo judicial na Argentina: a juristocracia do CSJN. 5. Um problema para a integração regional. 6. Considerações Finais. 7. Referências.

¹ Doutorando e Mestre em Integração da América Latina Pelo Programa de Integração da América Latina da Universidade de São Paulo; Especialista em Processo Civil pela Escola Superior de Advocacia; Especialista em Direito Civil pela Universidade Paulista; Professor na Universidade Paulista e Advogado.



1 INTRODUÇÃO

A integração regional na América Latina tem um cenário desmotivador e, para piorar, até o que outrora fora um paradigma de sucesso, tornou-se, na verdade, um preocupante alerta sobre os caminhos adequados para que a integração regional produza frutos duradouros e não apenas ventos temporários, como se viu na UE com o BREXIT. Aqui, complementando, a saída da UNASUL pelo Brasil e os constantes retrocessos de intentos integradores fazem acender a luz de alerta.

Para propor uma perspectiva que permita uma integração regional sólida sem a existência de cavalos de Troia, o presente artigo analisou (socorrendo-se, principalmente, dos métodos histórico e indutivo apresentando-se as especificidades individuais, inicialmente, dos Estados Unidos da América e depois do Brasil e Argentina, além de outros eventos no mundo como Canadá e África do Sul, e, enfim, a conexão de cada um desses pequenos casos com o reflexo geral na integração), os impactos que o fenômeno do ativismo judicial causa no processo de integração e, para tanto, no primeiro capítulo, apurou-se o que é ativismo judicial e seu desenvolvimento (desde o nascedouro norte-americano) até sua transmutação para um problema de poder e não apenas de interpretação com a emancipação de uma juristocracia; no segundo e terceiro capítulo, então, apoiando-se nas considerações do capítulo anterior cuja fonte central foi experiência dos Estados Unidos da América acerca do ativismo judicial e sua exportação ao mundo, analisa-se a evolução da atuação das Supremas Cortes brasileira e argentina apontando suas similitudes e problemas de ascendência excessiva do Poder Judiciário sobre os demais poderes dentro de suas respectivas repúblicas; para, então, no quarto capítulo demonstrar o como o problema da juristocracia afeta a integração regional e, assim, demonstrar que a forma como as cortes atuam internamente impede que a integração ocorra de maneira exitosa e suas razões.

A integração regional é fundamental para a América Latina, mas para que isso aconteça é necessário limpar o caminho a ser percorrido, para que tropeços naturais no curso da história, não se transformem, em algum momento, na impossibilidade de continuar o caminho, missão que se pretendeu cumprir com este trabalho e que se propõem em seu desenvolvimento a partir da compreensão temerária de tão delicado assunto como é a juristocracia, pois uma juristocracia não permite a existência de uma integração regional bem-sucedida.



2 O ATIVISMO JUDICIAL: DO ATIVISMO À JURISTOCRACIA E O MITO DE GUARDA DA CONSTITUIÇÃO

O conceito de ativismo judicial não é novo e, é preciso considerar, nasce juntamente com o próprio controle de constitucionalidade, quando, no célebre *case Marbury v. Madison* se constata que “a Constituição dos Estados Unidos da América, aprovada em 17 de setembro de 1787, não previu [...] de forma clara e indiscutível o controle de constitucional”.² Razão, aliás, pela qual muitos doutrinadores enquadrarão o primeiro *case* de Controle de Constitucionalidade como ativismo judicial do tipo *Result-Oriented Judging*.³

No entanto:

Muito embora se possa apontar a fonte do ativismo judicial como sendo produtor de uma postura dos juízes da Suprema Corte norte-americana, que, no célebre caso *Marbury v. Madison*, passaram a afirmar a possibilidade de controlar a constitucionalidade de leis e atos oriundos de órgãos político, o mesmo não se pode afirmar em relação à origem da expressão.⁴

Que, aliás, teve o seu “primeiro registro [...] creditado a uma reportagem de 1947, da revista de variedades *Fortune Magazine*, denominado ‘*The Supreme Court: 1947*’”⁵ de autoria de Arthur Schlesing Jr., que, porém, não definira propriamente o conteúdo do que se entendia por ativismo, levando-se a concluir que ativismo judicial “*is essentially empty of content; it is simply an inflammatory way of registering disapproval of a decision*”.⁶

Porém, o conceito foi detidamente desmembrado (principalmente pelos autores norte-americanos) e estudado. Investigado, como dito, principalmente pela ótica norte-americana, viu-se dividi-lo historicamente nos Estados Unidos da América em três grandes fases históricas e quadro grandes grupos conceituais de ativismo judicial: no primeiro campo, isto é, nas fases históricas, tem-se:

A doutrina norte-americana, de forma consistente, divide a evolução cronológica da jurisprudência da Suprema Corte em três estágios também chamados de fases ou eras:

² SOUTO, João Carlos. **Suprema Corte dos Estados Unidos: principais decisões**. 3ª ed. – São Paulo: Atlas, 2019. P. 109.

³ “*Marbury v. Madison* – tradicionalmente indicado como a grande consolidação do *judicial review* – é considerado pela doutrina pesquisada um exemplo de ativismo judicial sob a concepção em foco” (GROSTEIN, Julio. **Ativismo judicial: análise comparativa do direito constitucional brasileiro e norte-americano**. São Paulo: Almedina, 2019. p. 116).

⁴ OLIVEIRA, Antonio Francisco Gomes de. **Jurisdição constitucional: diálogos institucionais como terceira via entre o ativismo judicial e a autocontenção judicial**. Curitiba: Juruá, 2016. P. 55.

⁵ LIMA, Flávia Santiago. **Jurisdição constitucional e política: ativismo e autocontenção no STF**. Curitiba: Juruá, 2014. P. 164

⁶ GARNETT, Richard. Debate: Judicial Activism and its Critics. **University of Pennsylvania Law Review**. Vol. 155:112, 2006. P. 112. Tradução livre: “É essencialmente vazio de conteúdo; é simplesmente uma forma inflamatória de registrar desaprovação de uma decisão”.



- a) A chamada Era Tradicional (*The Traditional Era*), que perdurou desde a adoção da Constituição americana, em 1787, até algum momento no final do século XIX;
- b) A chamada Era de Transição (*The Transitional Era*), que se estende desde o final do século XIX até o ano de 1937, quando Franklin Delano Roosevelt altera radicalmente a composição da Corte e, por fim,
- c) A denominada Era Moderna (*The Modern Era*), período compreendido desde 1937 até os dias de hoje.⁷

Cada período terá uma característica prevalente: (i) no primeiro período, marcou-se que o “poder era limitado por ser muito mais ligado à justa interpretação da Constituição”⁸; (ii) no segundo período, “o *judicial review* vai se transmutando: de interpretação para vontade”⁹; e, (iii) no terceiro período as “Cortes passam claramente reconhecer que o *judicial review* não era mais uma mera questão de interpretação constitucional, com a adoção de uma concepção teórica evolutiva acerca da jurisdição”.¹⁰

Ao lado dessas fases históricas, vê-se, ainda, os grupos conceituais de ativismo judicial, vê-se:

[...] a proposta comparativa almejada é melhor alcançada pelo estudo das concepções mais frequentes de ativismo judicial, extraídas da produção doutrinária brasileira e norte-americana:

- a) Ativismo como *result-oriented judging* (julgamento com base nas convicções ideológicas do julgador);
- b) Ativismo como uso de métodos não ortodoxos de interpretação;
- c) Ativismo como criação judicial do direito e
- d) Ativismo como a indevida superação dos precedentes.¹¹

O primeiro deles é, fatalmente, o que mais se compreende por ativismo judicial, marcada, conseqüentemente, como o juiz que se praticamente prevarica em suas funções para retirar a vontade popular e imiscuir, ali, a sua própria, como bem adverte Cross & Lindquist: “*Results-oriented judging*” is something of an epithet, but this may be unfair. The argument commonly presumes judicial intentionality in results orientation. Judge O’Scannlain thus emphasizes that for judicial activism, “a critical consideration is the state of mind of the allegedly activist judge.”¹²

⁷ GROSTEIN, Julio. **Ativismo judicial: análise comparativa do direito constitucional brasileiro e norte-americano**. São Paulo: Almedina, 2019. p. 83/84.

⁸ GROSTEIN, Julio. **Ativismo judicial: análise comparativa do direito constitucional brasileiro e norte-americano**. São Paulo: Almedina, 2019. p. 85.

⁹ GROSTEIN, Julio. **Ativismo judicial: análise comparativa do direito constitucional brasileiro e norte-americano**. São Paulo: Almedina, 2019. p. 87.

¹⁰ GROSTEIN, Julio. **Ativismo judicial: análise comparativa do direito constitucional brasileiro e norte-americano**. São Paulo: Almedina, 2019. p. 93.

¹¹ GROSTEIN, Julio. **Ativismo judicial: análise comparativa do direito constitucional brasileiro e norte-americano**. São Paulo: Almedina, 2019. p. 56.

¹² CROSS, Frank B. and LINDQUIST, Stefanie A., The Scientific Study of Judicial Activism. **Minnesota Law Review, Forthcoming, Vanderbilt Law and Economics Research Paper No. 06-23**, Univeristy of Texas Law, Law and Economics Research Paper No. 93, Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=939768>. P. 13.



Já no segundo *tipo conceitual* o ativismo judicial se materializa por haver “a chamada ‘criação positiva da política’ [...] caracterizadas por ‘declarar ou desenvolver novas políticas, muitas vezes detalhadas’”¹³, enquanto no terceiro *tipo conceitual* o ativismo judicial é marcado por um fogo cruzado entre as correntes hermenêuticas:

Assim, em que pese o estudo aprofundado do originalismo na interpretação norte-americana escapar do escopo desta pesquisa, é certo que originalistas e não originalistas acusam-se mutuamente de ativistas, conforme o intérprete, respectivamente, promova uma leitura atualizada da Constituição ou se mantenha adstrito às intenções do constituinte originário ou das Emendas.¹⁴

E, por fim, no quarto tipo conceitual, ver-se-á que o ativismo judicial se materializa, também, no valor da segurança jurídica e isonomia dada às decisões judiciais – mais respectivamente o precedente – onde é ativista a decisão que, primeiro, se mostra insubordinada, ou seja, “há certo consenso [...] de que a não observância da jurisprudência de tribunais superiores (*vertical precedente*) constitui ativismo judicial por parte das cortes inferiores”¹⁵ e, segundo, quando os argumentos em que se supera um precedente não é acompanhada por genuína mutação jurídico-social da realidade, ou seja, “para ser tachada de ativista, depende da identificação de qual do tipo de precedente é superado e dos argumentos constitucionais que podem justificar a desconsideração do precedente anterior”.¹⁶

Porém, o mais significativo para o presente estudo está na *ratio essendi* das posturas ativistas das Supremas Cortes que não se limitam ao problema hermenêutico subjacente, mas aos reflexos que sua postura ativista causa ao sistema como um todo e, principalmente, à dimensão representativa para a evolução e a adoção das políticas públicas realmente pretendidas pelo espaço democrático.

Seja qual for o tipo conceitual de ativismo judicial que se utilize, o problema maior paira sobre outro local argumentativo:

[...] os direitos constitucionais nunca são interpretados ou implementados num vácuo político ou ideológico. A interpretação judicial e a implementação dos direitos constitucionais dependem em grande parte da atmosfera ideológica, das restrições

Tradução livre: “Julgamento orientado para os resultados” é uma espécie de epíteto, mas pode ser injusto. O argumento comumente presume a intencionalidade judicial na orientação para os resultados. O juiz O’Scannlain, portanto, enfatiza que, para o ativismo judicial, “a consideração crítica é o estado de espírito do suposto juiz ativista”.

¹³ GROSTEIN, Julio. **Ativismo judicial: análise comparativa do direito constitucional brasileiro e norte-americano**. São Paulo: Almedina, 2019. p. 66.

¹⁴ GROSTEIN, Julio. **Ativismo judicial: análise comparativa do direito constitucional brasileiro e norte-americano**. São Paulo: Almedina, 2019. p. 70.

¹⁵ GROSTEIN, Julio. **Ativismo judicial: análise comparativa do direito constitucional brasileiro e norte-americano**. São Paulo: Almedina, 2019. p. 72.

¹⁶ GROSTEIN, Julio. **Ativismo judicial: análise comparativa do direito constitucional brasileiro e norte-americano**. São Paulo: Almedina, 2019. p. 74.



institucionais específicas e das metacondições econômicas e sociais nas quais elas operam.¹⁷

Seu exemplo mais contundente é também o célebre *case Brown v. Board of Education of Topeka*, que, erroneamente sustentam muitos autores ingênuo que foi o marco representativo da força do Poder Judiciário é visto como ativista tanto quanto seu *case* anterior *Dred Scott v. Sandford*. Mesmo assim, vezes ou outra em seminários e palestras autorreferenciais onde magistrados elogiam suas próprias instituições, vê-se que a Suprema Corte assume posição hercúlea exemplificada em orações como “quando o século XX rompeu sua primeira metade, ela foi absoluta em afastar a segregação e garantir a igualdade sem separação”,¹⁸ que já era ingênuo, míope e pueril, mas conseguiu reler as inspirações homéricas de uma epopeia e cristalizar o judiciário como paladino da humanidade ao fixar que “o fim da segregação não foi obra do Poder Legislativo ou iniciativa do Poder Executivo” e finaliza: “Tratou-se de uma declaração de autonomia, de uma manifestação da instituição incumbida de relevante e irrenunciável tarefa de dizer a vontade da Constituição”¹⁹.

No entanto, não é capaz de explicar que essa decisão custou 97 (noventa e sete) anos para acontecer dentro da própria Suprema Corte que em 1857 fixou no *Dred Scott v. Sandford* onde “Roger Taney procurou afastar qualquer fundamento que pudesse servir para justificar a condição de cidadão aos da raça negra”²⁰, atenuado (mas fundamentalmente ratificado) pela

¹⁷ HIRSCHL, Ran. **Rumo à Juristocracia – As origens e consequências do novo constitucionalismo**. Trad. Amauri Feres Saad. – 1ª ed., - Londrina, PR: Editora E.D.A, 2020. P. 361.

¹⁸ SOUTO, João Carlos. **Suprema Corte dos Estados Unidos: principais decisões**. 3ª ed. – São Paulo: Atlas, 2019. P. 170.

¹⁹ SOUTO, João Carlos. **Suprema Corte dos Estados Unidos: principais decisões**. 3ª ed. – São Paulo: Atlas, 2019. P. 170.

²⁰ SOUTO, João Carlos. **Suprema Corte dos Estados Unidos: principais decisões**. 3ª ed. – São Paulo: Atlas, 2019. P. 145. Que, aliás, foi a decisão responsável “que agravou as tensões raciais nos Estados Unidos e contribuiu para a deflagração da guerra civil”. (PAIXÃO, Cristiano; BIGLIAZZI, Renato. **História constitucional inglesa e norte-americana: do surgimento à estabilização constitucional**. Brasília Editora Universidade de Brasília: Finatec, 2011. p. 170). Sobre a desastrosa decisão de Taney, ver: *In the opinion of the court, the legislation and histories of the times, and the language use in the Declaration of Independence, show that neither the class of persons who had been imported as slaves nor their descendants, whether they had become free or not, were the acknowledged as a part of the people, nor intended to be included in the general words use in that memorable instrument*.

It is difficult at this day to realize the state of public opinion in relation to that unfortunate race which prevailed in the civilized and enlightened portions of the world at the time of the Declaration of Independence and When the Constitution of the United States was framed and adopted. But the public history of european nation displays it in manner too plain to be mistaken”. Tradução livre: “Na opinião deste tribunal, a legislação e as história da época, bem como uso da linguagem na Declaração de Independência, não mostram que nem a classe de pessoas que foram importadas como escravos, nem seus descendentes, tenham se tornado livres ou não, foram reconhecidas como parte do povo, nem pretendiam ser incluídas nas palavras gerais usadas naquele memorável instrumento.

É difícil de perceber hoje em dia o estado em que a opinião pública estava em relação àquela raça infeliz que, aliás, prevalecia nas partes civilizadas e iluminadas do mundo na época da Declaração de Independência e quando a Constituição dos Estados Unidos foi formulada e adotada. Mas a história pública dos povos europeus a



doutrina do *separate but equal* de *Plessy v. Ferguson* (1896) que chancelou a segregação e, ainda, em sofisma claro em que “as leis que permitem [...] ou mesmo exigem separação, em locais onde eles mantêm contato, não necessariamente implicam em inferioridade a uma raça em relação a outra”²¹ embora essa igualdade fosse apenas “formal, pois escolas destinadas a negros comumente recebiam menos investimentos dos governos, assim como os serviços sociais a eles prestados eram de qualidade inferior”.²²

A própria Suprema Corte chancelou, legalizou e normalizou o racismo e a segregação e, do dia para a noite foi convertida em heroína dos oprimidos que ela mesma ajudou oprimir, ao arrepio, evidente, de toda a história norte-americana.²³ Essa demagogia, porém, não foi vencida na Suprema Corte, mas na sociedade e, inclusive, ao custo de muito sangue quando Martin Luther King seria morto mesmo depois de alcançar o Nobel da Paz,²⁴ cuja segregação só mudou seu precedente quando toda a sociedade envolta já presenciava uma mudança irretocável que levaria até às *civil rights act of 1964*.

Fica evidente, com isso, que a Suprema Corte não é um paladino irretocável, mas, marcando-se a dimensão de que “o intelectual começa a se tornar um correligionário”²⁵ e dando corpo à “uma *cidade letrada* que compunha o anel protetor do poder e o executor de

mostra de uma maneira muito clara para ser enganada.” (SUPREME COURT OF THE UNITED STATES. **Chief Justice Roger Taney, et al. Dred Scott v. Sandford (1857)** - disponível em: https://liberalarts.utexas.edu/coretexts/files/resources/texts/1857_DredScott.pdf -- Acesso em: 29.07.2021, p. 14).

²¹ SOUTO, João Carlos. **Suprema Corte dos Estados Unidos: principais decisões**. 3ª ed. – São Paulo: Atlas, 2019. P. 157.

²² SOUTO, João Carlos. **Suprema Corte dos Estados Unidos: principais decisões**. 3ª ed. – São Paulo: Atlas, 2019. P. 153.

²³ Importante lembrar que a questão racial é o eixo mor da história norte-americana que inicia sua controvérsia jurisdicional no paradigmático *case* *Dred Scott v. Sandford* já explicado neste texto, mas que apresenta, ademais, a dimensão de que “os reflexos dessa decisão não tardaram. Ela deixava claro que a passagem da escravidão para a liberdade não romperia as barreiras hierárquicas estabelecidas pela linha de cor” (IZECKSOHN, Vitor. **Estados Unidos: uma história**. São Paulo: Contexto, 2021. P. 87) e, completa a história, ainda, “a Guerra Civil reorientou o debate nacional sobre o sufrágio. [...] No início da guerra, apenas cinco estados, todos da Nova Inglaterra, permitiam que os negros votassem nas mesmas condições que os brancos [...] Não é surpresa que a Guerra Civil tenha desencadeado novas pressões para abolir a discriminação racial” (KEYSSAR, Alexander. **O direito de voto: a controversa história dos Estados Unidos**. Trad. Márcia Epstein. – 1. Ed. – São Paulo: Editora Unesp, 2014. p. 141/142).

²⁴ “10 de dezembro de 1964, Martin Recebia o Prêmio Nobel em Oslo. Pela primeira vez na vida, viu diante de si uma multidão cujos olhos azuis viam além de sua cor”. (FOIX, Alain. **Martin Luther King**. Trad. Dorothee de Bruchard. – 1. Ed. – Porto Alegre, RS: L&PM, 2016. P. 200). É importante lembrar ainda que: “A.D. William, ele próprio filho de pastor, que fundara em 1917 a seção local da NAACP, tornando-se seu presidente no ano seguinte, foi um dos primeiros a combater as leis *Jim Crow*. Jim Crow, o escroque, o ladrão, o mentiroso dos minstrel shows, que emprestou seu nome popular à série de leis celeradas que impunham a segregação na maior parte dos estados do Sul e em alguns estados do Norte. Leis cujo princípio foi extorquido do Congresso bem depois da Guerra de Secessão” (FOIX, Alain. **Martin Luther King**. Trad. Dorothee de Bruchard. – 1. Ed. – Porto Alegre, RS: L&PM, 2016. P. 38).

²⁵ RAMA, Ángel. **A cidade das letras**. Trad. Emir Sader. – 1. Ed. – São Paulo: Boitempo, 2015. P. 121



suas ordens”²⁶ de Supremas Cortes que são recheadas por intelectuais forjados de dentro das mais renomadas Universidades²⁷ internas dessas *ciudades letradas*, indicadas pelos detentores do Poder e que, mesmo quando parecem atender a dita *vontade popular*, fazem-no apenas de modo aparente mantendo incólume as estruturas de poder que impedem o desenvolvimento democrático genuíno, como bem relata Hirschl:

[...] O trem do progressivo processo de judicialização da política já deixou a estação da jurisprudência sobre direitos. A expansão da província dos tribunais na determinação de resultados políticos às custas de ocupantes de cargos eletivos, funcionários públicos e/ou da população não só se tornou mais difundida globalmente do que nunca; também se expandiu para se tornar um fenômeno múltiplo e multifacetado, estendendo-se muito além do conceito agora padrão de formulação de políticas públicas por juízes, por mio da jurisprudência sobre direitos constitucionalizados e do redesenho judicial das fronteiras legislativas. A judicialização da política agora inclui a transferência total para os tribunais de algumas das controvérsias políticas mais pertinentes e polêmicas que uma sociedade pode contemplar. O que tem sido vagamente denominado “ativismo judicial” evoluiu para além das convenções existentes encontradas na doutrina do direito constitucional. Uma nova ordem política – a juristocracia – vem se estabelecendo rapidamente em todo o mundo.²⁸

Dessa maneira, a discussão que começava com o ativismo judicial nos excessos que um juiz ou corte poderia praticar, passa-se a um novo cenário marcado, *vis-a-vis*, pela substituição do espaço democrático parlamentar tradicional, para o cenário pretoriano recluso à baixa representatividade, fraca eficácia e simulacro atendimento aos direitos em um jogo de carta marcadas em que o Poder Judiciário finge que *melhora* os direitos da sociedade, enquanto o parlamento deixa de discutir temas sensíveis que custaria o mandato dos parlamentares preocupados com a próxima eleição numa recíproca proteção velada.

Essa experiência Norte-Americana²⁹ será aderida e copiada por quase toda a cultura ocidental quando se vê que “não é nenhum acidente o fato de que os Estados Unidos da

²⁶ RAMA, Ángel. **A cidade das letras**. Trad. Emir Sader. – 1. Ed. – São Paulo: Boitempo, 2015. P. 38.

²⁷ Para ilustrar essa dimensão a partir da experiência brasileira, basta ver que uma das mais renomadas faculdades de Direito do Brasil – o Largo São Francisco (FDUSP) – conta com nada menos que dois ministros do Supremo Tribunal Federal (Min. Alexandre de Moraes e Min. Ricardo Lewandowski), Ministros do Tribunal Superior Eleitoral (Carlos Bastide Horbach), o recente Ministro do Tribunal Superior do Tribunal (Sérgio Pinto Martins), a Ministra Maria Thereza Rocha de Assis Moura no Superior Tribunal de Justiça, sem contar, evidentemente, juízes, desembargadores, procuradores, membros do ministério público e tantos outros cargos da elite administrativa brasileira e, óbvio, os aposentados desses cargos, mas ainda ativos na advocacia privada. (USP, **Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo** – Disponível em: <https://direito.usp.br/docentes> -- Acesso em: 29.06.2022).

²⁸ HIRSCHL, Ran. **Rumo à Juristocracia – As origens e consequências do novo constitucionalismo**. Trad. Amauri Feres Saad. – 1ª ed., - Londrina, PR: Editora E.D.A, 2020. P. 366/367.

²⁹ Para reiterar a demonstração histórica de que um Tribunal (seja ele qual for) não é capaz de mudar o mundo sozinho, é retirado novamente da história *ianque* que adverte: “Além de possuir escravos e defender a escravidão, Jackson detestava os índios, promovendo remoções em desrespeito a tratados referendados pela Suprema Corte [...] Os conflitos sobre a posse de terras levaram as lideranças Cherokees a apelarem para as cortes estaduais. Como esse apelo foi derrotado, o caso foi levado à Suprema Corte, onde os Cherokees tiveram



América tenham se tornado o maior exportador singular de direito público na história da humanidade”³⁰, situação que evidentemente alcançaria a questão do Ativismo Judicial e, mais recentemente, da juristocracia, sobretudo na América Latina em que “há aproximadamente trinta países, em sua maioria na América Latina, que adotaram sistemas do estilo estadunidense”³¹ que se tornará muito claro nos capítulos a seguir a partir das experiências brasileira e argentinas acerca do ativismo judicial.

3 O ATIVISMO JUDICIAL NO BRASIL: A JURISTOCRACIA DO STF

Muito no Brasil se inspira francamente nas instituições e experiências Norte Americanas, como, por exemplo, o Federalismo, A Constituição Rígida, o Parlamento Bicameral etc. Diferente não seria com o Ativismo Judicial que, hoje, vê a efervescência na doutrina brasileira um volume colossal símile ao que acontece nos Estados Unidos da América, fruto, evidente, do protagonismo recente do Supremo Tribunal Federal em situações como o Inquérito das *Fake News*, as divergências com Bolsonaro e até mesmo com o Parlamento em idos de Renan Calheiros³².

No entanto, a que capta melhor e mais precisamente a amplitude do conteúdo científico de ativismo judicial é descrita por Elival Ramos que aponta:

Por ativismo judicial, deve-se entender o exercício da função jurisdicional para além dos limites impostos pelo próprio ordenamento que incumbe, institucionalmente, ao Poder Judiciário fazer atuar, resolvendo litígios de feições subjetivas (conflitos de interesse) e controvérsias jurídicas de natureza objetiva (conflitos normativos). Essa ultrapassagem das linhas democráticas da função jurisdicional se faz em detrimento, particularmente, da função legislativa, não envolvendo o exercício desabrido da legiferação (ou de outras funções não jurisdicionais) e sim a descaracterização da

seus direitos de propriedade reconhecidos. Jackson não tinha simpatia pelos índios e não acreditava na possibilidade de coexistência pacífica com os brancos. Ao longo da década de 1830, especialmente em 1838, o governo federal desrespeitou a decisão da Suprema Corte e impôs tratados que levaram à remoção sistemática dos Cherokees para terras no Oeste” (IZECKSOHN, Vitor. **Estados Unidos: uma história**. São Paulo: Contexto, 2021. p. 68). Assim, basta advertir que as Emendas Constitucionais, por exemplo, 13ª e 14ª, outorgavam uma nova dimensão epistemológica à questão racial já em 1868 e, mesmo assim, ainda em 1896 a doutrina dos “Separados, mas iguais” seria chancelada pela Suprema Corte Norte-americana. A situação continuaria controversa, pois “mesmo antes que a Reconstrução chegasse a um fim quase formal em 1877, os direitos de voto dos negros estavam sob ataque” (KEYSSAR, Alexander. **O direito de voto: a controversa história dos Estados Unidos**. Trad. Márcia Epstein. – 1. Ed. – São Pulo: Editora Unesp, 2014. P. 161), e, não apenas isso, “a violência contra lideranças negras e republicanas foi o caminho escolhido para amedrontar ou eliminar os indivíduos que estavam na linha de frente da transformação” (IZECKSOHN, Vitor. **Estados Unidos: uma história**. São Paulo: Contexto, 2021. p. 158).

³⁰ ACKERMAN, Bruce. **A nova separação de poderes**. Tradução Isabelle Maria Campos Vasconcelos, Eliana Valaderes Santos. – Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2009. P. 01.

³¹ ACKERMAN, Bruce. **A nova separação de poderes**. Tradução Isabelle Maria Campos Vasconcelos, Eliana Valaderes Santos. – Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2009. p. 15.

³² “a instituição da separação de poderes que no Brasil, [...] apresentava extremamente em voga e desestabilizada com as duras respostas de Renan Calheiros ao STF que levou o mesmo a ser nominado de *O Imperador do Senado*, pela revista *Época*” (DITÃO, Ygor Pierry Piemonte. **Integração da América Latina: uma construção da estrutura da separação de poderes do Brasil e Argentina**. São Paulo: LiberArs, 2020. P. 15).



função típica do Poder Judiciário, com incursão insidiosa sobre o *núcleo essencial* de funções constitucionalmente atribuídas a outros Poderes.³³

Grostein fixará dois tipos conceituais fundamentais na experiência brasileira, mas que, em vista das recentes decisões da Suprema Corte, incluirá tranquilamente os outros dois *tipos conceituais*. Grostein, portanto, verá (i) o julgamento orientado pelo resultado; e, (ii) a criação judicial do Direito, divididos, principalmente, em duas fases históricas: (a) a doutrina do Habeas Corpus e (b) da redemocratização até hoje. A primeira fase é marcada “mais precisamente entre os anos de 1909 e 1926”³⁴, foi marcada pela elasticidade excessiva dada ao papel do HC onde “Entendia que, através do habeas corpus, não se encontrava protegida apenas a liberdade física, mas toda a liberdade obstruída por excesso ou abuso de poder decorrente de coação ou violência. Daí, o ativismo judicial que se verifica a partir da jurisprudência firmada pela Suprema Corte”³⁵ que “expandiu o alcance do *habeas corpus* pela via da sua interpretação dada ao remédio constitucional”³⁶ enquanto, no pós-redemocratização (já que tal qual a experiência argentina se vê que “em épocas de governos autoritários, o Supremo Tribunal Federal não autuou de forma ativista”³⁷) é visto “especialmente no seu momento mais agudo, é caracterizado doutrinariamente pelo avanço do STF em temas tradicionalmente afetos aos outros poderes”³⁸, cujo estudo analítico do Professor Elival Ramos da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, apresenta, pelo menos, cinco *cases*.

Desses cinco exemplos, dois merecem destaques para o presente trabalho sobre a invasão do Judiciário na seara dos demais poderes: *primeiro* a questão da modulação de efeitos, como bem adverte o autor “no uso indevido que vem fazendo na técnica de modulação, por carecer, esta, presentemente, de base constitucional [...] ultrapassa-se aqui o limite da textualidade”.³⁹ No segundo *case* a Suprema Corte, finalmente, arroga-se à cadeira

³³ RAMOS, Elival da. **Ativismo Judicial: parâmetros dogmáticos**. 2ª ed. – São Paulo: Saraiva, 2015. P. 324.

³⁴ GROSTEIN, Julio. **Ativismo judicial: análise comparativa do direito constitucional brasileiro e norte-americano**. São Paulo: Almedina, 2019. p. 152.

³⁵ CAMARGO, Margarida Maria Lacombe. O Ativismo Judicial em Rui Barbosa. **Revista da Faculdade de Direito da UCP Vol. 1 – 1999**. – Disponível em: <https://cecgp.com.br/o-ativismo-judicial-em-rui-barbosa-por-margarida-maria-lacombe-camargo/> -- Acesso em: 31.08.2021.

³⁶ GROSTEIN, Julio. **Ativismo judicial: análise comparativa do direito constitucional brasileiro e norte-americano**. São Paulo: Almedina, 2019. p. 154.

³⁷ GROSTEIN, Julio. **Ativismo judicial: análise comparativa do direito constitucional brasileiro e norte-americano**. São Paulo: Almedina, 2019. p. 157.

³⁸ GROSTEIN, Julio. **Ativismo judicial: análise comparativa do direito constitucional brasileiro e norte-americano**. São Paulo: Almedina, 2019. p. 159.

³⁹ Complementa o autor: “o Supremo Tribunal Federal acabou proferindo algumas decisões que, à luz do Direito Constitucional Comparado, tipificam a declaração de constitucionalidade sem pronúncia de nulidade, perfeitamente compatível com o sistema de controle alemão (de anulabilidade), que lhe proporciona, inclusive,



do legislativo e, sem compreender a dimensão financeira de suas decisões, escolheu, no lugar da sociedade e da democracia, uma política pública de sua preferência, ao arrepio de outras tantas como na área de saúde pública, segurança pública ou ensino de outros graus (fundamental, médio ou superior) quando, então “em algumas decisões, sempre tendo no polo passivo o Município de Santo André, o Supremo Tribunal Federal atribuiu eficácia plena à norma do artigo 208, inciso IV, da Constituição”⁴⁰.

Nesse momento passou a entender que a omissão para atender “direitos fundamentais sociais, de cunho prestacional, autorizaria ao Poder Judiciário convolá-las em normas de eficácia plena e aplicabilidade imediata”⁴¹, deixando em aberto um enigma complexo, pois se poderá indagar é se se “estenderá essa jurisprudência ativista [...] a outros direitos sociais prestacionais associados a normas programáticas, como é o caso dos direitos à moradia e de assistência aos desamparados”⁴²?

Contudo, além desses dois casos tecidos pelo catedrático do Largo São Francisco, fatalmente, outros dois chamam severa atenção sobre os excessos de uma Suprema Corte que sai do já roto ativismo, para uma construção nova de sistema de poder mediante a juristocracia, a saber: (i) O Inquérito das *Fake News* e, (ii) a criminalização da LGBTfobia.

No caso do Inquérito 4.781, aberto de Ofício pelo próprio Ministro da Suprema Corte – Autor e Juiz da mesma ação -, o Ministério Público Federal pontuou que “no sistema penal acusatório estabelece a intransponível separação de funções na persecução criminal: um órgão acusa, outro defende e outra julga. Não admite que o órgão que julgue seja o mesmo que investigue e acuse”.⁴³ E, em complemento, observou parte da doutrina uma invasão tão severa

assento legal expresso, porém totalmente repudiada por sistemas de controle que adotam a sanção de nulidade. Ademais [...], ultrapassa-se aqui o limite da textualidade, porquanto o próprio dispositivo invocado para lhe dar supedâneo (art. 27 da LF n. 9.868/99) não comporta interpretação que importe no completo aniquilamento dos efeitos da sanção de nulidade no tocante a determinado ato legislativo inconstitucional” (RAMOS, Elival da. **Ativismo Judicial: parâmetros dogmáticos**. 2ª ed. – São Paulo: Saraiva, 2015. P. 248).

⁴⁰ Ainda em sede de acréscimo, arrematará o autor que a interpretação da Suprema Corte “estabelece o dever do Poder Público de assegurar educação infantil, em creche e pré-escola, às crianças até cinco anos de idade, obrigação essa que recai, precipuamente, sobre os Municípios, por força do disposto no §2º do artigo 211 da Lei Maior” (RAMOS, Elival da. **Ativismo Judicial: parâmetros dogmáticos**. 2ª ed. – São Paulo: Saraiva, 2015. P. 269).

⁴¹ RAMOS, Elival da. **Ativismo Judicial: parâmetros dogmáticos**. 2ª ed. – São Paulo: Saraiva, 2015. P. 270.

⁴² RAMOS, Elival da. **Ativismo Judicial: parâmetros dogmáticos**. 2ª ed. – São Paulo: Saraiva, 2015. P. 272/273.

⁴³ Complementa, ainda: “A situação é de arquivamento deste inquérito penal. No sistema penal acusatório estabelecido na Constituição de 1988, artigo 129-I, o Ministério público é o titular da ação penal, exerce funções penais indelegáveis, e esta exclusividade provoca efeitos diretos na forma e na condução da investigação criminal. O sistema constitucional de proteção a direitos e garantias fundamentais é integrado por regras e princípios que visam garantir segurança jurídica, assegurando credibilidade, confiança e prevenindo arbitrariedade e excesso de concentração de poder, em um sistema de distribuição constitucional de atribuições e de freios e contrapesos, que institui um sistema de justiça orientado a promover a paz social. O devido processo



à Constituição que passou a defender que a decisão proferida nesse caso é carente de autoridade: “Dá-se por certo que as hipóteses de decisões que aniquilem a existência, validade e vigência da Constituição Federal é algo real, palpável e factível”.⁴⁴

Enquanto no segundo caso (LGBTfobia) a Suprema Corte na ADO 26 e MI 4733, criminalizou a prática de LGBTfobia e Transfobia como racismo que aplicou de maneira sofisticada e evidentemente demagógica, uma argumentação extensa apenas para vilipendiar um corolário fundamental da República de não criminalização sem lei anterior, ignorando, nesse cotejo, que “a criação e tipos penais não pode ocorrer por meio de interpretações jurídicas [...] que violam princípios constitucionais e direitos humanos, ao fazer tábula rasa do princípio da reserva legal”⁴⁵, levando ao problema de “A ocorrência da criminalização da homotransfobia estar sendo discutida e regulamentada através do Poder Judiciário e não pelo Poder Legislativo é um aspecto claro de ativismo judicial”.⁴⁶

E os exemplos acima demonstram que em todos os casos o que se observa é a sociedade brasileira abandona por completo o ambiente parlamentar e delega em absoluto as decisões sobre a vida, o cotidiano, o poder e, claro, os direitos, para a Suprema Corte (que digladiam com o último bastião não judicial que é o Poder Executivo⁴⁷), fazendo com que isso se esqueça que “a deliberação pública informada e a participação do cidadão estão no núcleo

legal e o regime de leis adotados pela Constituição integram este sistema de justiça, assegurando que a justiça será feita de acordo com o princípio da legalidade, do contraditório, da ampla defesa, e da imparcialidade do juízo; e estabelecendo estes critérios como essenciais e inafastáveis, ou seja, sempre devem ser observados em cada caso concreto, de modo a definir o juízo natural para processar um caso criminal, inclusive mediante impessoalidade na distribuição. Estas normas foram adotadas no ordenamento jurídico brasileiro e de outros países e também no Direito Internacional dos Direitos Humanos, cujos principais tratados e convenções foram assinados e ratificados pelo Brasil, tornando-se normas de aplicação obrigatória (CF, art. 5º - § 2º)”. (MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. **O parecer da Procuradora-Geral da República Raquel Elias Ferreira Dodge pelo arquivamento do Inquérito nº 4.781** – de Relatoria do Ministro Alexandre de Moraes – Disponível em: www.mpf.mp.br/pgr/documentos/INQ4781.pdf -- Acesso em: 31.08.2021. P. 03/04).

⁴⁴ Complementa, ainda: “de modo que, no primeiro exemplo (juiz-parte-promotor) a própria Arruda Alvim já dizia que (quanto ao juiz-promotor) “o que se terá é uma sentença inexistente, que, pois, não transita em julgado, já que não corresponde a pedido algum” pois “a jurisdição não terá sido, àquele respeito, provocada a decidir. Aquela relação processual não se terá configurado” (DITÃO, Ygor Pierry Piemonte. *Querela Nullitatis Insanabilis*: colocando o juiz em seu devido lugar. In **Processo Civil Constitucionalizado: as várias faces de defesa dos direitos fundamentais**. Org. Stefano Del Sordo Neto, Ygor Pierry Piemonte Ditão. Curitiba: Instituto Memória, 2020. P. 48/49).

⁴⁵ SANTOS, Christiano Jorge; GARCIA, Cristina Victor. A criminalização da LGBTFOBIA pelo Supremo Tribunal Federal do Brasil. **Revista DIREITO UFMS** | Campo Grande, MS | v. 5 | n. 2 | p. 294 - 317 | jul./dez. 2019. P. 315.

⁴⁶ GOMES, Roberto Junior Ferreira. **Criminalização da LGBTFOBIA: Inércia do Legislativo**. Pontifícia Universidade Católica de Goiás (PUCGO) – Graduação (Artigo) – Goiânia, 2021. P. 21.

⁴⁷ “houve um gigantismo do Poder Executivo com poder de agenda e capacidade de legislar autonomamente, desequilibrando a pretensa separação de poderes” (DITÃO, Ygor Pierry Piemonte. **Integração na América Latina: uma construção da estrutura da separação de poderes do Brasil e Argentina**. São Paulo: Liber Ars, 2020. P. 88).



da governança democrática”⁴⁸ que, aliás, “quando [...] são transformadas em questões jurídicas [...] a maior parte dos cidadãos (que não são juízes nem advogados) é privada da oportunidade de moldar os resultados das políticas públicas”.⁴⁹

Com isso, assim como os EUA viram a discussão de ativismo judicial converter-se em um debate sobre juristocracia, igualmente se viu no Brasil as questões de ativismo judicial tornarem-se pauta de todos os ambientes e, hoje, adotando um tom inquietante acerca de seu vulto e impacto sobre possíveis riscos de uma juristocracia mediante o esvaziamento das funções tradicionais de debate político do Parlamento e Executivo, situação, evidentemente, que não escaparia da difícil experiência argentina pelo restabelecimento de sua força econômica e social de outrora, conforme se verá a seguir.

4 O ATIVISMO JUDICIAL NA ARGENTINA: A JURISTOCRACIA DO CSJN

Se se confirmou que a análise brasileira é deveras incipiente se comparada ao desenvolvimento do assunto nos Estados Unidos da América, a situação fica ainda mais crítica no cenário argentino que, engatinhando na teoria do ativismo judicial, conta com um temerário otimismo acerca da atuação ativista do Judiciário quando, por exemplo, autores apontam que é “*llegado el caso puede determinar que deba dejar de lado la aplicación de una ley cuando de ella derivaría la solución injusta de un litigio*”⁵⁰ em quase uma revitalização do jusnaturalismo de Santo Tomás de Aquino.

Assim como o Brasil, “*En Argentina, se puede decir que el activismo judicial comenzó a tener presencia en la judicatura a partir del regreso de la vida democrática, es decir, a mediados de los años ochenta*”⁵¹ e, em apertadíssima síntese, constrói uma percepção de ativismo judicial como:

Para SOSA SANTOS los jueces activistas serían los que en términos generales tienden a: 1) dictar decisiones obligatorias-directivas; 2) dictar decisiones en cierta medida invasivas de competencias ajenas (o incluso atribuirse nuevas); 3) ser creativos en sus respuestas e innovar en el ordenamiento jurídico; 4) dictar decisiones con alcances generales e incluso estructurales; y 5) tener la última palabra en materia de interpretación constitucional. El activismo se manifestaría frente a casos complejos que pueden ser por diversos motivos: casos difíciles o

⁴⁸ HIRSCHL, Ran. **Rumo à Juristocracia – As origens e consequências do novo constitucionalismo**. Trad. Amauri Feres Saad. – 1ª ed., - Londrina, PR: Editora E.D.A, 2020. P. 315.

⁴⁹ HIRSCHL, Ran. **Rumo à Juristocracia – As origens e consequências do novo constitucionalismo**. Trad. Amauri Feres Saad. – 1ª ed., - Londrina, PR: Editora E.D.A, 2020. P. 315.

⁵⁰ MARANIELLO, Patricio Alejandro. **El activismo judicial una herramienta de protección constitucional**. - Disponível em: <http://patriciomaraniello.com.ar/home/wp-content/uploads/2015/01/El-activismo-judicial-actualizado.pdf> -- Acesso em: 31.08.2021. p. 21.

⁵¹ VARGAS, Nicolás Omar. Litigios contra la autonomía de la defensa pública: ¿Activismo judicial contra la autonomía?. In **Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano**. 26º año. Colombia: Fundación Konrad Adenauer, 2020. P. 52.



trágicos (que requieran evaluar la corrección desde el razonamiento práctico o moral); casos en los que el Derecho positivo resulta insuficiente para decidir; casos que requieran una respuesta más allá del litigio individual, requiriendo sentencias de carácter estructural; o casos en los que resulta necesario morigerar la decisión a tomar en atención a las consecuencias (políticas, económicas...) del fallo.⁵²

É apenas após a redemocratização que a Argentina passa a ver o seu Judiciário invadir espaços outrora de outros poderes e “atender reclamos que deveriam ser debatidos no Parlamento, levantando a tese de ofensa às diretrizes constitucionais da separação de poderes”⁵³ e, assim, após relativo desenvolvimento da discussão que balança entre um otimismo irrestrito dos heróis do Judiciário até a visão pessimista deste trabalho que compreende as forças subjacentes da realidade e do poder (bem como a teoria do meio que vê um certo grau de ativismo como necessário), depra é a definição argentina que avaliará o ativismo judicial sobre cinco perspectivas:

Cannon es otro que hace una aportación importante que merece ser considerada. Sugiere seis dimensiones para medir el activismo judicial.

1. Carácter mayoritario: *se refi ere al grado en el que las decisiones tomadas en el proceso democrático por los poderes representativos son respetadas por las cortes o, por el contrario, si se revocan judicialmente.*

2. Estabilidad interpretativa: *tiene que ver con los cambios jurisprudenciales; para Canon a más estabilidad menos activismo.*

3. Fidelidad interpretativa: *esta dimensión procura descubrir si las disposiciones legales se interpretan en forma literal o en un sentido distinto al que señalaron sus autores; a menos fi delidad más activismo judicial.*

4. Distinción entre decisiones sustantivas sobre una política pública y decisiones sobre las reglas del procedimiento democrático: *signifi ca que las cortes al ejercer el control de constitucionalidad pueden defi nir el contenido de una política pública o pueden limitarse solo a controlar que el proceso democrático deliberativo se haya respetado. Habrá más activismo judicial en la medida que se imponga un criterio sustantivo, sobre criterios procesales, con relación a la decisión examinada.*

5. Especificidad de la política: *el grado de precisión con el que los jueces deciden una política pública, no dejando margen de discrecionalidad para que otros agentes políticos decidan. A mayor especi fi cidad mayor activismo.*

6. Existencia de otros órganos competentes para decidir: *las cortes sustituyen la decisión de otros poderes.⁵⁴*

O que, então, se percebe é que “*se está acercando a uma tendencia peligrosa [...] en la que poco a poco se va legitimando una suerte de avance de los jueces sobre otros poderes*”⁵⁵ e dois casos vão marcar claramente o descompasso do posicionamento do

⁵² LIFANTE-VIDAL, Isabel. Activismo Judicial y Judicialización de la política. In **Congreso i-Latina**; Rio de Janeiro, julio, 2018.

⁵³ DITÃO, Ygor Pierry Piemonte. **Integração na América Latina: uma construção da estrutura da separação de poderes do Brasil e Argentina**. São Paulo: Liber Ars, 2020. p. 137.

⁵⁴ VILLALOBOS, Marco Feoli. El nuevo protagonismo de los jueces: una propuesta para el análisis del activismo judicial. **Revista de Derecho Universidade Católica del Norte**. Año 22, nº 2, 2015. P. 186.

⁵⁵ TOZZI, Piero A.; MARCILESE, Sebastián; GONZÁLES, Rossana Muga. El activismo judicial en la latino américa: analisis a razi de la reciente jurisprudencia argentina proaborto. **Revista Jurídica UniCuritiba**, v. 3, n. 40, 2015. P. 35.



judiciário com a atuação meramente negativa do judiciário: (i) o complicadíssimo choque da Lei de Ponto Final, e, (ii) o julgamento sobre aborto.

No primeiro caso a CSJN ignorou aspectos relevantes da sociedade – que o Brasil experimentou no processo de redemocratização e cujo desfecho foi bem diferente do julgamento do *fallo* 17.768 - que em sua transição para a redemocratização viu a emergência das Leis 23.492, 23.521 (revogada pela Lei 24.952), como ferramenta de pacificação e solução amigável entre ditadores e vítimas, mas que a Corte Suprema da Argentina entendeu, porém, que sua admissão no ordenamento jurídico era insustentável e, entre tantos argumentos, assentou que está evidente que a “*situación como la descripta que sí podría enmarcarse mediante una suerte de interpretación extensiva en el art. 29 de la Constitución Nacional no puede igualarse ni por su origen ni por sus efectos a la sanción de las leyes de obediencia debida y punto final*”⁵⁶.

Ocorre que, posteriormente ao evento da lei supramencionada, “Executivo e Legislativo tenham aquiescido pelas leis que encerravam os debates da época e do assunto nas leis de ‘ponto final’ [...] deu bastante combustível para a referida tese”⁵⁷ de ativismo judicial na Argentina, similar, evidentemente, aos *cases Marbury v. Madison* e *Brown v. Board Of Education Topeka* que mesmo pautado por indiscutível legitimidade social pelos resultados positivos da decisão (controle de abusos legislativos e luta contra o racismo), deixou impávida questão sobre a razão pela qual a sociedade civil, em geral, não resolveu isso no espaço político por natureza como o parlamento e, claro, o processo de reforma constitucional pós-redemocratização.

No segundo caso, por sua vez, em “13-3-12, la Corte Suprema convalidó una sentencia [...] que se autorizaba a la menor de iniciales A. G. a practicarse un aborto por haber quedado embarazada tras ser víctima de una violación”⁵⁸ que, porém, por parte doutrinária foi vista como ativista pois “Por el contrario, entendemos nosotros que si el

⁵⁶ Acrescenta, ainda: “Basta con señalar como ya se adelantó que a diferencia de las leyes que aquí se cuestionan fue sancionada por el mismo gobierno extendiendo así su propio poder, que no discriminaba responsabilidades y que vedaba a los jueces toda posibilidad de investigación y sanción. Ninguno de estos elementos se configuran en las leyes hoy impugnadas. Es por ello que considerar que el Poder Legislativo que las sancionó o el Poder Judicial que las convalidó incurrir en la pena de infames traidores a la patria significaría equiparar de un modo absolutamente arbitrario dos situaciones totalmente disímiles” CSJN. **Fallo 17.768** – Disponível em: <http://reddejueces.com/wp-content/uploads/2015/06/Fallo-completo-Sim%C3%B3n-CSJN-inconstitucionalidad-leyes-obediencia-debida-y-punto-final.pdf> – Acesso em: 31.08.2021. P. 254.

⁵⁷ DITÃO, Ygor Pierry Piemonte. **Integração na América Latina: uma construção da estrutura da separação de poderes do Brasil e Argentina**. São Paulo: Liber Ars, 2020. p. 138.

⁵⁸ TOZZI, Piero A.; MARCILESE, Sebastián; GONZÁLES, Rossana Muga. *El activismo judicial en la latino américa: analisis a razi de la reciente jurisprudencia argentina proaborto*. **Revista Jurídica UniCuritiba**, v. 3, n. 40, 2015. P. 13.



legislador realmente hubiera querido incluir todo supuesto de violación como no punible, entonces no hay razón alguna para agregar la referència a los actos contra el pudor de las mujeres “idiotas o dementes”⁵⁹.

Em ambos os casos, bem como a tendente progressão da força judicial que “*Aunque las primeras intervenciones judiciales se remontan a comienzos de 2000*”⁶⁰ vem dilatando a cada momento seguindo os exemplos Norte-americanos e brasileiros, mas é em um terceiro exemplo que se verá o impacto do esvaziamento do Legislativo e Executivo como arena legitimamente democrática para a discussão de políticas públicas, quando, então,

Fuertemente involucrado en impulsar una mayor autonomía de estos sectores populares, el proceso judicial activista se desdobló en dos frentes: por un lado, propulsó acciones judiciales en distintos barrios, instando a los actores sociales a exigir el cumplimiento de las responsabilidades administrativas, y, por el otro, fomentó la auto-organización territorial de los villeros, ordenó nuevas elecciones en villas antiguas y más recientes, y como impulso hacia un verdadero salto cualitativo, promovió la acción colectiva de los villeros dirigida a lograr la urbanización de los barrios.⁶¹

Que visando a implementação de Direitos Sociais acabou, na verdade, é promovendo mais efeitos colaterais do que benéficos, quando:

Que esos fueran los principales efectos de la judicialización progresista, parece poder comprobarse mediante los “contra-efectos” que suscitó en la administración la nueva relevancia política e institucional de los jueces. La política de villas del gobierno porteño debió sumar las mandas judiciales a sus magras acciones en el campo habitacional y también debió organizar elecciones en los barrios. Pero, conteste a los impactos mayores de la judicialización, decidió intervenir en el entramado de la organización barrial y, a través de la nueva composición del Poder Judicial, tentar resoluciones que limitan espacialmente los alcances de la actividad judicial progresista.⁶²

Portanto, em uma releitura argentina de Hirschl, tal qual o Brasil, a Argentina passa a expandir o debate jurídico e judiciário para assuntos cada vez mais legislativos por excelência (consequentemente, de natureza política sobre as escolhas do uso e direcionamento,

⁵⁹ *Es decir, si el legislador – como se pretende hacer creer con el análisis de la sentencia– realmente hubiera deseado no hacer distinción alguna entre todos los supuestos de violación que justificarían el aborto y el embarazo producto de actos contra el pudor ejercido sobre mujeres “idiotas o dementes”, sencillamente no hubiera hecho esa distinción, ya que habría bastado con solo decir que cualquier aborto que tenga como causa un embarazo por violación era permitido. Sin embargo, dado que el legislador hizo esta distinción, quiere decir que sólo entendió que es justificable el acceso al aborto en caso de que el embarazo sea producto de una violación o de actos contra el pudor ejercidos únicamente sobre una mujer “idiota o demente” y no en todos los casos en que ocurra una violación” (TOZZI, Piero A.; MARCILESE, Sebastián; GONZÁLES, Rossana Muga. *El activismo judicial en la latino américa: analisis a razi de la reciente jurisprudencia argentina proaborto. Revista Jurídica UniCuritiba*, v. 3, n. 40, 2015. P. 15).*

⁶⁰ DELAMATA, Gabriela. Una década de activismo judicial en las villas de Buenos Aires. **Revista Direito & Práxis**, Rio de Janeiro, Vol. 07, n. 14, 2016, p. 567-587. P. 580.

⁶¹ DELAMATA, Gabriela. Una década de activismo judicial en las villas de Buenos Aires. **Revista Direito & Práxis**, Rio de Janeiro, Vol. 07, n. 14, 2016, p. 567-587. P. 584.

⁶² DELAMATA, Gabriela. Una década de activismo judicial en las villas de Buenos Aires. **Revista Direito & Práxis**, Rio de Janeiro, Vol. 07, n. 14, 2016, p. 567-587P. 584.



sobretudo, de recursos e valores da sociedade) e, assim, esvazia a arena política para os debates verdadeiramente democráticos e construídos no processo de recíproca argumentação e convencimento, bem como a aplicação desastrosa de políticas públicas que como uma toalha pequena, ao cobrir o peito, desnuda o pé.

Percebe-se, então a similitude de um exemplo sul-africano levantado por Hirschl em que “A questão da justiça restaurativa na África do Sul pós-*apartheid*, por exemplo, apresenta um conjunto de dilemas morais e práticos que, por sua natureza, deveriam ser resolvidos na esfera política e não na esfera judicial”⁶³, bem como pela constatação de que “a ampliação da jurisdição política dos tribunais comparada com o poder declinante das legislaturas é especialmente desconcertante, uma vez que os tribunais, mesmo com seus novos poderes, ainda não detêm as chaves dos cofres públicos”⁶⁴, mostrando, mais uma vez, que o Poder Judiciário não é o local realmente democrático para o desenvolvimento social.

As experiências argentinas e brasileiras se forem repassadas ao MERCOSUL serão razão suficiente para que o próprio bloco sucumba, quando, se depreende de ambas experiências e sua herança norte-americana, que o espaço naturalmente dialético da arena política não será o local em que, verdadeiramente, se discutirá e conduzirá os anseios da Integração e, conseqüentemente, levará ao insucesso do sonho da América Latina unidade, e, por isso, conforme capítulo a seguir, deve-se evitar de dentro para fora.

5 UM PROBLEMA PARA A INTEGRAÇÃO REGIONAL

Todas essas pequenas experiências (Brasil e Argentina, sobretudo; mas os Estados Unidos também auxiliam nessa indução), portanto, demonstram claramente que o ativismo judicial saiu da simples moda sobre um novo assunto que apareceu na América Latina e, problematicamente, tornou-se uma questão central para as relações internas de poder, fomentando, com isso, uma importante discussão acerca da interpretação da separação de poderes contemporaneamente e seus reflexos em toda a dimensão do saber como, por exemplo, política, economia, sociologia e, claro, no Direito Internacional e a Integração Regional.⁶⁵

⁶³ HIRSCHL, Ran. **Rumo à Juristocracia – As origens e conseqüências do novo constitucionalismo**. Trad. Amauri Feres Saad. – 1ª ed., - Londrina, PR: Editora E.D.A, 2020. P. 321.

⁶⁴ HIRSCHL, Ran. **Rumo à Juristocracia – As origens e conseqüências do novo constitucionalismo**. Trad. Amauri Feres Saad. – 1ª ed., - Londrina, PR: Editora E.D.A, 2020. P. 352.

⁶⁵ Nesse sentido, ademais, adverte: “O ativismo judicial como discussão essencialmente jurídica não pode em sua prateleira falecer e, ainda que parâmetros exclusivamente jurídicos sejam essenciais para a correta compreensão do fenômeno, esquecer a intersecção natural que uma decisão judicial –correta ou não –impõe no Parlamento (política), na sociedade (sociologia) ou no mercado (economia), é aceitar o dado irredutível e ignorar as contribuições recíprocas que o progresso científico propõe.



Uma ideia que estava, outrora, presa à experiência norte-americana sobre ativismo e o papel da Suprema Corte desde seu célebre *case Marbury v. Madison*, passa agora para uma discussão praticamente global com leituras complexas do assunto na América Latina e até mesma noutros locais do globo como o debate sobre juristocracia de Ran Hirschl analisando as experiências da África do Sul, Israel, Canadá e Nova Zelândia e como, na verdade, a discussão sobre ativismo judicial encontra-se na base do problema que passa, deste momento em diante, de uma questão sobre métodos interpretativos para uma nova construção de sistema de poder.

As experiências brasileira e argentina trazem uma contribuição significativa ao tema quando apresentam dois eixos motores que se coadunam: (i) há uma repetida delegação de assuntos sensíveis que deveriam ser resolvidos na arena política (parlamento) que passam a ser resolvidas, agora, na arena jurídica (judiciário) exemplificados como a ADO 26 e MI 4733 do STF e o *fallo 17.768* da CSJN; (ii) bem como há uma delegação das políticas públicas (agasalhadas principalmente no âmbito dos Direitos Sociais) que saem da tradicional responsabilidade da administração pública (executiva) e passam a ser resolvidas, agora, também na arena jurídica, como representam os casos relacionados às creches em Santo André decididas pelo STF e de decisões sobre urbanização em Buenos Aires na CSJN.

No entanto, o problema que já é insólito internamente, torna-se ainda mais complexo na dimensão intrarregional, ou seja, a perspectiva insolúvel das divergências entre Parlamento/Judiciário ou Executivo/Judiciário que já são calorosas no ambiente constitucional, se mostram ainda mais complicadas e difíceis de serem superadas quando se tem que analisar esse fenômeno do ativismo judicial na construção de um direito da integração ou comunitário e, evidentemente, das suas instituições reguladoras e aplicadoras da norma regional que existe ou que se pretende dar vida na formação do bloco regional.

É nesse sentido que Hirschl alertará a expansão do problema da juristocracia para além das tradicionais fronteiras estatais e lembrará que a criação mesma de um Tribunal Regional pode converter-se em um espaço complicado de juristocracia regional que tem seus

Por isso, depreende-se como correto e necessário que o estudo do Ativismo Judicial, hoje, é importante pela ótica do Direito, mas deve beber nas fontes das Ciências Sociais, da Sociologia e da Economia para que consiga apreender o fenômeno em sua totalidade e, assim, avaliar seus efeitos benéficos e maléficos ao desenvolvimento de uma sociedade livre, justa e democrática, de modo que, mais agora do que nunca, é-se o momento de ver o mundo sob o óculos da interdisciplinaridade, multidisciplinariedade e métodos comparativos para que não se perca a vida toda lutando apenas contra uma das cabeças da Hidra”. (DITÃO, Ygor Pierry Piemonte. Uma Ampliação Necessária do Mundo do Ativismo Judicial: A Contribuição da Interdisciplinaridade e dos Métodos Comparativos para Releitura do Fenômeno. **EDUCAFOCO – Revista Eletrônica Interdisciplinar**, São Paulo, v.3 - n.1, jan./dez. de 2022, p. 09).



estados-membros a postura consciente de transferir “o poder para a corte e a apoiaram quando ela adotou uma postura ativa”⁶⁶ com razões próprias de evadir-se dos atritos iniciais das processo de integração e vencer obstáculos intestinos.

No entanto, essa perspectiva não passa incólume e os problemas evidenciados em ambiente interno transportam-se para o regional e levam a fragilização diária da integração até seu total colapso como se mostrou o BREXIT (cujos fatores inúmeros coincidiram, é certo, mas que não pode ignorar o problema da excessiva delegação de problemas políticos para a esfera jurídica), onde, cá na América do Sul, pode-se vislumbrar uma integração artificial resulta de forças coercitivas econômicas internas (como, por exemplo, a imposição financeira brasileira) ou externas (como políticas de agenda internacional) que leve à uniformização artificial e impositiva semelhante às dificuldades canadenses com seus *Quebecois* que enfrentaram dura disputa política por sua secessão que, no final, o Tribunal decida pela sua inviabilidade baseado em fundamentos estritamente políticos como valores de opressão, colonização e até questões relacionadas ao Direito Internacional como, por exemplo, a inaplicabilidade da autodeterminação aos *Quebecois*.⁶⁷

⁶⁶ Uma lógica semelhante para o fortalecimento judicial no nível supranacional é apresentada pela tese “intergovernamentalista” sobre a evolução do Tribunal de Justiça da União Europeia (TJUE). De acordo com esta tese, os Estados-membros optam por criar (e respeitar seletivamente os limites impostos por) instituições supranacionais principalmente porque essas instituições os ajudam a superar problemas decorrentes da necessidade de ação coletiva e também a superar problemas políticos domésticos. Os governos nacionais dos Estados-membros da EU não foram vítimas passivas e relutantes do processo de integração legal europeia; conscientemente transferiram o poder para a corte e a apoiaram quando ela adotou uma postura proativa. Além disso, a implementação seletiva das decisões do TJUE pelos Estados-membros deriva de considerações políticas domésticas dos governos nacionais (como uma maior disposição de implementar julgamentos do TJUE que favorecem certos grupos de eleitores cujo apoio político é essencial para governos e coalizões governantes”. (HIRSCHL, Ran. **Rumo à juristocracia – As origens e consequências do novo constitucionalismo**. Trad. Amauri Feres Saad. – 1ª ed., - Londrina, PR: Editora E.D.A, 2020. P. 97).

⁶⁷ Nesse sentido, é importante trazer à baila o caso mais detalhadamente em virtude de sua complexidade: “[...] O passo mais dramático (até agora) na transformação do judiciário canadense em um fórum importante para lidar com questões relativas aos direitos e status dos canadenses franceses veio com a recente referência da questão da secessão de Quebec à SCC. Após a perda por pequena margem (50,6 a 49,4 por cento) do movimento secessionista Quebecois no referendo de 1995, o governo federal solicitou ao tribunal, usando o procedimento de referência, que determinasse se uma hipótese unilateral de secessão pelo governo que Quebec seria constitucional. Na referência submetida à SCC, foram feitas três perguntas específicas: (1) nos termos da Constituição do Canadá, a Assembleia Nacional, a legislatura ou o governo de Quebec podem efetuar a secessão de Quebec do Canadá unilateralmente?; (2) o direito internacional concede à Assembleia Nacional, legislatura ou governo de Quebec o direito de efetuar a secessão de Quebec do Canadá unilateralmente? (em outras palavras, existe um direito à autodeterminação no direito internacional que se aplique a Quebec?); e (3) se houver um conflito entre o direito internacional e a Constituição canadense sobre a secessão de Quebec, o que prevalece?

Em uma decisão de agosto de 1998, amplamente divulgada, a SCC considerou que a secessão unilateral seria um ato inconstitucional sob o direito nacional e internacional e que uma votação majoritária em Quebec não era suficiente para permitir que a província de língua francesa se separasse legalmente do estado do Canadá. No entanto, o tribunal também observou que, se e quando a secessão fosse aprovada por uma clara maioria das pessoas em Quebec, votando em um referendo sobre uma questão clara, as partes envolvidas teriam o dever negociar de boa-fé os termos do subsequente rompimento. Quanto à questão da secessão unilateral sob o direito



Com o exemplo canadense que, se fosse aplicado ao TJUE, poder-se-ia imaginar uma decisão que pudesse julgar inaceitável um BREXIT? Ou as discussões tarifárias, moeda comum, relações com países e organizações internacionais fora do bloco seriam lançadas ao Tribunal Comunitário? Uma política adotada pelo Bloco poderia ser questionada judicialmente – e obter êxito – por uma facção diminuta interna de um dos países do bloco que diverge da posição? Essas são apenas algumas das inquietações que emergem internamente e, fatalmente, contaminam as chances de uma integração regional mais sólida e profunda.

Todavia, a União Europeia conseguiu controlar alguns desses excessos, quando alocou um limite teórico e outro de lastro histórico permitindo maior longevidade e profundidade das medidas de integração. No primeiro caso, a doutrina mesma já sedimentava a ideia de que “o Tribunal de Justiça não pode ordenar aos órgãos autores do acto inválido quais as medidas que concretamente devem adoptar nem, muito menos, substituir-se a estes,”⁶⁸ enquanto a história da própria integração europeia fixava os limites da judicialização em virtude do fundamento político da integração que não poderia ser imposta por um acórdão do TJUE, como a controvérsia sobre o *Acordo de Luxemburgo*:

Independentemente da sua natureza, pensamos não fazer dúvida que os *Acordos de Luxemburgo*, consciente ou inconscientemente, levaram a cabo uma revisão, ainda que tácita, do Tratado CEE (deixemos mais uma vez de lado a CEEA). Sendo assim, e porque não obedeceram ao disposto para o efeito no art. 236.º, eram ilegais. A Comissão (e não os Estados membros, já que estes subscreveram os Acordos)

canadense, a decisão da corte forneceu respostas agradáveis tanto a federalistas quanto a separatistas. Em termos estritamente legais, a corte decidiu que a secessão de Quebec envolveria uma grande mudança na estrutura do Canadá, que exigiria uma emenda à Constituição. Isso, por sua vez, exigiria negociações entre as partes envolvidas. No nível normativo, a corte declarou que a Constituição do Canadá se baseava em quatro princípios subjacentes igualmente significativos: federalismo, democracia, constitucionalismo e Estado de Direito e proteção de minorias. Nenhum desses princípios era superior aos demais. Portanto, mesmo um voto majoritário (isto é, adesão estrita ao princípio democrático fundamental do governo da maioria) não permitiria que Quebec se separasse unilateralmente. No entanto, a corte declarou que se uma clara maioria da população quebecois votasse “oui/yes” em uma questão inequívoca sobre a separação de Quebec, isso “conferiria legitimidade aos esforços do governo de Quebec em iniciar o processo de emenda da Constituição para garantir a secessão por meios constitucionais”. Essa “maioria clara sobre uma questão clara” exigiria que o governo federal negociasse de boa-fé com Quebec para chegar a um acordo sobre os termos da separação.

Quanto ao direito internacional, a resposta da corte foi muito mais curta e menos ambígua: constatou que, embora o direito de autodeterminação dos povos existisse no direito internacional, ele não se aplicava a Quebec. Evitando a questão controversa sobre se a população de Quebec ou parte dela constituía um “povo”, conforme entendido no direito internacional, a corte considerou que o direito à secessão unilateral não se aplicava a Quebec, pois estava claro que aos quebecois não estava sendo negado seu direito legítimo de busca seu “desenvolvimento político, econômico, social e cultural dentro da estrutura de um estado existente”, e que tal população não era tampouco um povo colonizado ou oprimido” (HIRSCHL, Ran. **Rumo à juristocracia – As origens e consequências do novo constitucionalismo**. Trad. Amauri Feres Saad. – 1ª ed., - Londrina, PR: Editora E.D.A., 2020. P. 307/308).

⁶⁸ GORJÃO-HENRIQUES, Miguel. 1969- **Direito comunitário**. 5ª ed. – Coimbra: Almedina, 2008. P. 360.



dispunham de três meios para arguir a sua ilegalidade: pedir ao TC um parecer sobre a sua conformidade com o DC, por aplicação analógica do art. 228.º n.º I par. 2 (não obstante esses Acordos não caberem na previsão do n.º I par. I desse preceito, a *ratio* dessa norma – prevenir a conclusão de um acordo internacional que leve à revisão do tratado com desrespeito pelo processo especial de revisão do art. 236.º - encontrava-se preenchida no caso em exame); interpor para o TC recurso de anulação da deliberação do Conselho que aprovou esses Acordos, nos termos do art. 173.º par. I; e instaurar contra os Estados membros o processo por incumprimento, previsto nos arts. 169.º a 171.º CEE. Mas a Comissão não lançou mão de nenhum desses instrumentos e, portanto, os Acordos de Luxemburgo passaram a ser respeitados e cumpridos pelos Estados membros.⁶⁹

Além disso, entre outras dúvidas inexoráveis retirada do exemplo de Quebec e a inquietude sobre até onde um Tribunal Regional pode ir, há de se considerar, ainda, (para além dos problemas para uma organização supranacional com um Tribunal do MERCOSUL) que outras instituições supranacionais que também dão azo aos imbrólios entre os países membros como um banco central cujas competências teriam a capacidade de invadir esferas políticas fundamentais da integração como, “por exemplo, foram moldadas pela mudança dos interesses financeiros daqueles em posição de delegar voluntariamente autoridade aos bancos centrais: políticos do governo e bancos privados”⁷⁰ e, assim, ver que o Banco Central Europeu tenha se tornado “um dos pontos para a escolha do Reino Unido de deixar a União Europeia, junto com a crise econômica”.⁷¹

Há, aqui, o problema experimentado pela própria EU quando se vê que a “expansão da EU e a consequente expansão territorial da jurisdição de seus tribunais não apenas transformaram a política europeia, mas também estenderam o exercício do poder judicial a contextos políticos novos ou tensionados”⁷² que no plano do Direito da Integração da Europa representará um problema bem maior do que o experimentado dentro do Estado-nação que, já constituído e estabilizado, sem contar com dissensões de identidade tão fortes internamente como Quebec no Canadá ou Catalunha na Espanha, podem sobreviver aos ciclos de

⁶⁹ QUADROS, Fausto de. **Direito das Comunidades Europeias e Direito Internacional Público: contributo para o estudo da natureza jurídica do Direito Comunitário Europeu**. 2ª reimpressão – Coimbra: Almedina, 2018. P. 242.

⁷⁰ HIRSCHL, Ran. **Rumo à juristocracia – As origens e consequências do novo constitucionalismo**. Trad. Amauri Feres Saad. – 1ª ed., - Londrina, PR: Editora E.D.A, 2020. P. 96/97.

⁷¹ Complementa o autor: “Toda a política monetária do euro é trabalhada no Banco Central Europeu (BCE), que decidem as taxas de juros de referência e decidem a quantidade de moeda a ser circulada nos países. É de responsabilidade do BCE cuidar da estabilidade dos preços na zona euro. Embora exista o BCE e existam normas comuns para os países membros do bloco, cada país define sua taxa de imposto e o seu próprio orçamento.” (KOYAMA, Letícia Suemi, SANTOS, Ramila da Silva Barros. União Europeia e as consequências para a saída do Reino Unido / Letícia Suemi Koyama, Ramila da Silva Barros Santos. – **International Relations Week: Segurança Internacional: Visões Tradicionais e Novos Temas** (13 e 14/10/2016) – Universidade do Sagrado Coração, Bauru, SP, 2016. 130/131).

⁷² HIRSCHL, Ran. **Rumo à juristocracia – As origens e consequências do novo constitucionalismo**. Trad. Amauri Feres Saad. – 1ª ed., - Londrina, PR: Editora E.D.A, 2020. P. 357.



fragilização dos poderes que transitam com uma pequena ascendência natural entre eles durante o tempo.

A deslegitimação dos agentes de integração e suas instituições (Parlasul, TPR, Presidência, se seguir o exemplo do MERCOSUL), não implicarão em um vento temporário cuja identidade interna permitirá sobrepor-se, mas, antes o contrário, levará ao total desmantelamento do processo de integração, pois ao delegar as funções inerentes da política para o judiciário, ver-se-á o problema da legitimidade, que suporta sua instabilidade no parlamento ou executivo, mas não no judiciário, de modo que “o declínio da legitimidade do tribunal indica que [...] a tentativa das elites de se aproveitar da legitimidade generalizada do judiciário para manter a sua hegemonia política pode vir a se tornar uma estratégia ineficaz”⁷³.

É latente o temor dos poderes constituídos em uma integração regional quando, entre seus próprios membros, emerge-se uma cultura que delega questões fundamentais à Corte Judicial, como, por exemplo, as Escolas de Santo André ou Buenos Aires e, ainda, a decisão do Ponto Final⁷⁴ e *Fake News*, na experiência brasileira e argentina, aumentadas, é evidente, pelo temor subjacente que imprime um mundo globalizado e reverbera em todos os ouvidos essas mesmas experiências de juristocracia como os *quebecois* no Canadá, o Apartheid na África do Sul e até a evolução do debate na terra da democracia que foi (ou é) os Estados Unidos da América.

Por isso, a atuação ativista das Cortes Internas, por exemplo, do Brasil e da Argentina não podem ser transportados para o cenário da integração regional futura ou presente, pois levará ao falecimento da própria intenção do MERCOSUL de integração que terá apenas dois caminhos se as questões fundamentais da política integracional forem transportadas acriticamente ao judiciário comunitário: (i) uma integração anêmica incapaz de progredir até sua melhor consolidação; e, (ii) a constante progressão da força judicial levará a constantes ataques ao judiciário regional até seu total esvaziamento de legitimidade e, assim, colapsando o sonho de integração como já se mostrou na EU com o BREXIT (sem presumir que seja uma questão de causa-efeito estrita, mas um de seus combustíveis).

⁷³ HIRSCHL, Ran. **Rumo à juristocracia – As origens e consequências do novo constitucionalismo**. Trad. Amauri Feres Saad. – 1ª ed., - Londrina, PR: Editora E.D.A, 2020. P. 142.

⁷⁴ Basta ilustrar aqui, portanto, a analogia com o caso do *Ponto Final*: Seria possível, então, pós-integração regional o Paraguai levar ao Tribunal Regional uma querela sobre os danos sofridos na Guerra do Paraguai contra o Brasil, Argentina e Uruguai? É uma pergunta retórica, óbvio. Todavia, alerta sobre as dimensões de insegurança que um ativismo que transcende à juristocracia causa ao espaço normativo do Direito da Integração e, conseqüentemente, torna-se um empecilho para o projeto integracionista.



Por isso, o papel do judiciário internamente deve restringir-se ao limite aceitável do *judicial review* fixado em 1.803 para que as experiências internas de ativismo judicial não se transportem para o ambiente do bloco regional e, assim, a existência ou criação de um Tribunal Integracional ou Comunitário – fundamental – não seja impedida por duas frentes: (a) o temor anterior resista ao nascimento de um Tribunal Regional pelo conhecimento prévio das experiências internas das tendências expansionistas da força judicial e; (b) pelos excessos das Cortes Internas e, ainda que supere esse temor anterior, não se converta em um problema ao processo de integração com o esvaziamento da arena política e a sobrecarga da arena jurídica, que pela invasão de suas decisões de assuntos sensíveis inerentes ao espaço político, veja sua legitimidade esvaziar de tal maneira que o papel de argamassa que junte a integração se transforma em fator desestabilizador levando à desintegração, como, parafraseando dias de pandemia, uma vacina que se converte pelo uso equivocado ou desmedido em veneno que mata o paciente.

Um exemplo muito simples da história⁷⁵ de que o mal estado de saúde das instituições internas é elemento fundamental para impedir a existência de uma integração regional saudável é, provavelmente, o último argumento que fundamenta este trabalho, pois autocratas como Hitler na Europa e as ditaduras latino-americanas são evidente espelho dessa assertiva e, neste trabalho, demonstram que mesmo volvidos por boas intenções, o mal funcionamento das instituições internas com um parlamento encolhido e um judiciário exacerbado é razão suficiente para evitar a integração regional.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O ativismo judicial começou tímido e era uma discussão estritamente norte-americana inaugurada com a própria institucionalização do controle de constitucionalidade do *judicial review* no *case Marbury v. Madison*, mas que aos poucos passa por intenso processo de crescimento com modificações constante da postura da Suprema Corte Norte-Americana e, ainda, com a ampliação das formas de comunicação que diminuem o mundo levam, enfim, o assunto para praticamente todo o mundo ocidental.

⁷⁵ “Diante desse cenário de ditaduras militares que jamais poderiam, à época, fazer-se crer em ferramentas capazes de proporcionar qualquer proveito à integração regional, (com exceção da Operação Condor) viu-se, todavia, tal qual as Grandes Guerras Mundiais no continente Europeu, um proveito de sua superação, pois, nessa convergência ambos os países construíram em seu espectro cultural a compreensão indelével da necessidade de existência, preservação e efetividade da separação de poderes” (DITÃO, Ygor Pierry Piemonte. **Integração na América Latina: uma construção da estrutura da separação de poderes do Brasil e Argentina**. São Paulo: Liber Ars, 2020. P. 153/154).



Brasil e Argentina, é evidente, não passariam distantes dessa discussão principalmente por sua intensa filiação ao modelo norte-americano de *judicial review* e ao modelo de organização judiciária, que, principalmente após a redemocratização, viu suas supremas cortes ingressarem cada vez mais em assuntos que outrora elas jamais pensariam em ingressar (tanto pela ausência de liberdade nos regimes ditatoriais quanto pela ausência de força) e, assim, instadas cada vez mais pela sociedade passam a assumir uma posição de destaque decidindo, perigosamente, assuntos cada vez mais difíceis de serem dirimidos pela Corte sem afetação de sua própria legitimidade.

Nesse momento, as práticas brasileira e argentina (corroboradas pela gênese de sua inspiração Norte-Americana, bem como pelos eventos dispersos no mundo como o *Apartheid* e os *Quebecois*) levam a uma constatação relevante ao assunto por meio de dois pontos centrais: (i) a delegação de assuntos sensíveis que deveriam ser resolvidos na arena política (parlamento) que passam a ser resolvidos na arena jurídica (judiciário) como a ADO 26 e MI 4733 do STF e o *fallo 17.768* da CSJN; (ii) além de uma delegação das políticas públicas (agasalhadas principalmente no âmbito dos Direitos Sociais) que saem da natural responsabilidade da administração pública (executiva) e passam a ser resolvidas, desta feita, também na arena jurídica, como representam os casos relacionados às creches em Santo André decididas pelo STF e de decisões sobre urbanização em Buenos Aires na CSJN.

Isso, por sua vez, replicado ao cenário intrarregional ou comunitário do MERCOSUL torna arriscada a efetiva integração regional, uma vez que a integração com cortes ativistas herdadas dos países-membros levaria a: (i) uma integração frágil impossibilitada de progredir até sua melhor consolidação; e, (ii) a repetida evolução da força judicial levará a constantes ataques ao judiciário até seu total esvaziamento de legitimidade e, conseqüentemente, uma corte integracional ou comunitária seria um evidente combustível para o processo de desintegração com a invasão da arena política da integração por determinações ou interpretações judiciais incapazes de atender as dimensões múltiplas da integração (econômica, social, ideológica e culturais).

A integração regional precisa, sim, do seu arcabouço jurídico e sua força judiciária, todavia, não pode esperar que se faça apenas por este caminho. Antes o contrário, a dimensão política do processo de integrar precisa conectar atentamente com a dimensão jurídica para que, o esvaziamento de um não se sobreponha ao de outro e, assim, o equilíbrio fundamental para a devida integração não seja substituído por uma afobação que permite até um êxito inicial, mas rapidamente substituído por uma frustração total com a desintegração total dos



intentos de uma América Latina unida, conforme debruçada lição de Onuma⁷⁶ ao destacar que o Direito não é apenas aquilo que as Cortes decidem.

7 REFERÊNCIAS

ACKERMAN, Bruce. **A nova separação de poderes**. Tradução Isabelle Maria Campos Vasconcelos, Eliana Valaderes Santos. – Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2009.

CAMARGO, Margarida Maria Lacombe. O Ativismo Judicial em Rui Barbosa. **Revista da Faculdade de Direito da UCP Vol. 1 – 1999**. – Disponível em: <https://cecgp.com.br/o-ativismo-judicial-em-rui-barbosa-por-margarida-maria-lacombe-camargo/> -- Acesso em: 31.08.2021.

CROSS, Frank B. and LINDQUIST, Stefanie A., The Scientific Study of Judicial Activism. **Minnesota Law Review, Forthcoming, Vanderbilt Law and Economics Research Paper No. 06-23, University of Texas Law, Law and Economics Research Paper No. 93**, Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=939768>.

CSJN. **Fallo 17.768** – Disponível em: <http://reddejuces.com/wp-content/uploads/2015/06/Fallo-completo-Sim%C3%B3n-CSJN-inconstitucionalidad-leyes-obediencia-debida-y-punto-final.pdf> – Acesso em: 31.08.2021.

DELAMATA, Gabriela. Una década de activismo judicial en las villas de Buenos Aires. **Revista Direito & Práxis**, Rio de Janeiro, Vol. 07, n. 14, 2016, p. 567-587.

DITÃO, Ygor Pierry Piemonte. **Integração na América Latina: uma construção da estrutura da separação de poderes do Brasil e Argentina**. São Paulo: Liber Ars, 2020.

_____. *Querela Nullitatis Insanabilis: colocando o juiz em seu devido lugar*. In **Processo Civil Constitucionalizado: as várias faces de defesa dos direitos fundamentais**. Org. Stefano Del Sordo Neto, Ygor Pierry Piemonte Ditão. Curitiba: Instituto Memória, 2020.

_____. Uma Ampliação Necessária do Mundo do Ativismo Judicial: A Contribuição da Interdisciplinaridade e dos Métodos Comparativos para Releitura

⁷⁶ “Mesmo que uma determinada norma não seja aplicada pela CIJ, ela ainda pode ser uma norma de direito internacional, que executa uma série de funções importantes como direito internacional. Ela prescreve condutas dos Estados e induz ao cumprimento do direito internacional como normas de conduta. Cumpre um papel importante de função comunicativa como uma ‘linguagem comum’ entre Estados com diversos interesses, valores e culturas, ou mesmo entre os Estados em conflito uns com os outros. [...] Legítima comportamentos dos Estados que são compatíveis com o direito internacional. Constrói a realidade social, fornecendo base cognitiva, interpretativa e conceitos de avaliação e estruturas por meio das quais as pessoas entendem o mundo e decidem se comportar nesses termos” (Yasuaki, ONUMA. **Direito Internacional em perspectiva transcivilizacional: questionamento da estrutura cognitiva predominante no emergente mundo multipolar e multicivilizacional no século XXI**. Tradução Jardel Gonçalves Anjos Ferreira [et al...]. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2017. p. 146/147)



do Fenômeno. **EDUCAFOCO – Revista Eletrônica Interdisciplinar**, São Paulo, v.3n.1, jan./dez. de 2022.

FOIX, Alain. **Martin Luther King**. Trad. Dorothée de Bruchard. – 1. Ed. – Porto Alegre, RS: L&PM, 2016.

GARNETT, Richard. Debate: Judicial Activism and its Critics. **University of Pennsylvania Law Review**. Vol. 155:112, 2006.

GOMES, Roberto Junior Ferreira. **Criminalização da LGBTFOBIA: Inércia do Legislativo**. Pontifícia Universidade Católica de Goiás (PUCGO) – Graduação (Artigo) – Goiânia, 2021.

GORJÃO-HENRIQUES, Miguel. 1969- **Direito comunitário**. 5ª ed. – Coimbra: Almedina, 2008.

GROSTEIN, Julio. **Ativismo judicial: análise comparativa do direito constitucional brasileiro e norte-americano**. São Paulo: Almedina, 2019.

HIRSCHL, Ran. **Rumo à Juristocracia – As origens e consequências do novo constitucionalismo**. Trad. Amauri Feres Saad. – 1ª ed., - Londrina, PR: Editora E.D.A, 2020.

KOYAMA, Letícia Suemi, SANTOS, Ramila da Silva Barros. União Europeia e as consequências para a saída do Reino Unido / Letícia Suemi Koyama, Ramila da Silva Barros Santos. – **International Relations Week: Segurança Internacional: Visões Tradicionais e Novos Temas** (13 e 14/10/2016) – Universidade do Sagrado Coração, Bauru, SP, 2016

LIFANTE-VIDAL, Isabel. Activismo Judicial y Judicialización de la política. *In Congreso i-Latina*; Rio de Janeiro, julio, 2018.

LIMA, Flávia Santiago. **Jurisdição constitucional e política: ativismo e autoconceção no STF**. Curitiba: Juruá, 2014.

MARANIELLO, Patricio Alejandro. **El activismo judicial una herramienta de proteccion constitucional**. - Disponível em: <http://patriciomaraniello.com.ar/home/wp-content/uploads/2015/01/El-activismo-judicial-actualizado.pdf> -- Acesso em: 31.08.2021.

MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. **O parecer da Procuradora-Geral da República Raquel Elias Ferreira Dodge pelo arquivamento do Inquérito nº 4.781** – de Relatoria do Ministro Alexandre de Moraes – Disponível em: www.mpf.br/pgr/documentos/INQ4781.pdf -- Acesso em: 31.08.2021.



OLIVEIRA, Antonio Francisco Gomes de. **Jurisdição constitucional: diálogos institucionais como terceira via entre o ativismo judicial e a autocontenção judicial.**

Curitiba: Juruá, 2016.

PAIXÃO, Cristiano; BIGLIAZZI, Renato. **História constitucional inglesa e norte-americana: do surgimento à estabilização constitucional.** Brasília Editora Universidade de Brasília: Finatec, 2011.

QUADROS, Fausto de. **Direito das Comunidades Europeias e Direito Internacional Público: contributo para o estudo da natureza jurídica do Direito Comunitário Europeu.** 2ª reimpressão – Coimbra: Almedina, 2018.

RAMA, Ángel. **A cidade das letras.** Trad. Emir Sader. – 1. Ed. – São Paulo: Boitempo, 2015.

RAMOS, Elival da. **Ativismo Judicial: parâmetros dogmáticos.** 2ª ed. – São Paulo: Saraiva, 2015.

SANTOS, Christiano Jorge; GARCIA, Cristina Victor. A criminalização da LGBTFOBIA pelo Supremo Tribunal Federal do Brasil. **Revista DIREITO UFMS | Campo Grande, MS | v. 5 | n. 2 | p. 294 - 317 | jul./dez. 2019.**

SOUTO, João Carlos. **Suprema Corte dos Estados Unidos: principais decisões.** 3ª ed. – São Paulo: Atlas, 2019.

SUPREME COURT OF THE UNITED STATES. **Chief Justice Roger Taney, et al. Dred Scott v. Sandford (1857)** - disponível em: https://liberalarts.utexas.edu/coretexts/files/resources/texts/1857_DredScott.pdf -- Acesso em: 29.07.2021

TOZZI, Piero A.; MARCILESE, Sebastián; GONZÁLES, Rossana Muga. El activismo judicial en la latino américa: analisis a razi de la reciente jurisprudencia argentina proaborto. **Revista Jurídica UniCuritiba**, v. 3, n. 40, 2015.

VARGAS, Nicolás Omar. Litigios contra la autonomía de la defensa pública: ¿Activismo judicial contra la autonomía?. In **Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano.** 26º año. Colombia: Fundación Konrad Adenauer, 2020.

VILLALOBOS, Marco Feoli. El nuevo protagonismo de los jueces: una propuesta para el análisis del activismo judicial. **Revista de Derecho Universidade Católica del Norte.** Año 22, nº 2, 2015.

Yasuaki, ONUMA. **Direito Internacional em perspectiva transcivilizacional: questionamento da estrutura cognitiva predominante no emergente mundo multipolar e**



multicivilizacional no século XXI. Tradução Jardel Gonçalves Anjos Ferreira [et al...]. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2017.

