

## O ATIVISMO JUDICIAL NA DÉBACLE DO SISTEMA POLÍTICO: SOBRE UMA HERMENÊUTICA DA CRISE

### JUDICIAL ACTIVISM IN THE DEBACLE OF POLITICAL SYSTEM: ON HERMENEUTICS OF CRISIS

**ANDRÉ KARAM TRINDADE**

*Doutor em Teoria e Filosofia do Direito (Università Degli Studi Roma Tre/Itália).  
Professor do Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade Guanambi (FG/BA).  
[andre@streckadvogados.com.br](mailto:andre@streckadvogados.com.br)*

**RAFAEL TOMAZ DE OLIVEIRA**

*Doutor e Mestre em Direito Público pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos.  
Professor Titular do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade de Ribeirão Preto (UNAERP/SP) e da  
Faculdade Guanambi (Guanambi/BA).  
[rafael.luke@gmail.com](mailto:rafael.luke@gmail.com)*

#### RESUMO

As presentes reflexões estudam as origens e as causas da expansão do Poder Judiciário, que cresceu na última década. O artigo tem como pano de fundo a crise política que se instalou no Brasil entre os anos de 2014 e 2015 e está baseado na seguinte hipótese de trabalho: quanto maior o grau de paralisação do sistema político maior o grau de provocação para que o judiciário decida sobre toda a sorte de tema controverso. A análise é organizada em três partes coordenadas: (a) a primeira representa a expansão do modelo, tipo “exportação”, dos Estados Unidos para o mundo; (b) essa migração cultural de instituições se faz por meio de uma acomodação desses instrumentos e mecanismos dos modelos políticos; (c) por fim, é apontado que a busca pelo judiciário aumenta quando o sistema político é levado ao limite e, é exatamente nesses casos, que o perigo de decisões ativistas se mostra mais evidenciado. Apresenta-se uma alerta para nortear aqueles que se preocupam com uma Constituição equilibrada: o agigantamento de atribuições em torno de um único poder pode levar há um governo autocrático, solapador da democracia.

**Palavras-chave:** Ativismo Judicial; Crise Política; Democracia; Engenharia Constitucional; Expansão do Poder Judiciário

#### ABSTRACT

These presents reflections pretend to analyze the origins and causes of expansion of judicial power, which has grown geometrically in the last decade. This paper has the backdrop of the political crisis that began in Brazil between the years 2014 and 2015 and is based on the following hypothesis: the higher the degree of paralysis of the political system, greater the degree of challenge to the judiciary to decide on all the controversial questions. The analysis is organized in three coordinated parts: (a) the first aims to show the expansion of the model “exported” from the United States to the world; (b) this cultural migration of institutions done from an accommodation of these instruments and mechanisms of politics models; (c) finally, we will show that, when the political system is pushed to the limit, increases the Judicial appeal, and it is exactly in these cases, the danger of activists decisions appears more evident. The overall objective is to remain vigilant and display an alert to guide those who care about a balanced Constitution: the increasing assignments of a single power can lead us to an autocratic government, undermining democracy.

**Keywords:** Judicial Activism; Democracy; Political Crisis; Expansion of Judicial Power; Constitutional Engineering.

## SUMÁRIO

INTRODUÇÃO; 1 EXPANSÃO GLOBAL DO PODER JUDICIÁRIO; 2 POR UMA ANTROPOLOGIA FUNDAMENTAL DO ATIVISMO À BRASILEIRA; 2.1 As origens do ativismo judicial; 2.2 O ativismo à brasileira; CONCLUSÃO; REFERÊNCIAS.

## INTRODUÇÃO

As democracias contemporâneas têm assistido a uma constante e progressiva expansão do Poder Judiciário sobre o campo da política e das relações sociais.<sup>1</sup> Os Tribunais, especialmente aqueles que desempenham uma função estratégica na sedimentação da interpretação da Constituição, mostram-se, cada vez como mais nitidez, como atores políticos, produzindo fortes intervenções no campo das relações interinstitucionais (tanto com injunções no âmbito do Legislativo, como com decisões que chegam ao limite da ingerência com relação ao Executivo) ou mesmo com interferências decisivas em debates públicos sobre temas comportamentais de grande apelo midiático.

No caso brasileiro, em específico, o Supremo Tribunal Federal destaca-se por ostentar decisões que refletem os dois níveis de atuação descritos acima. Por certo que, também por aqui, não se trata de um fenômeno recente. Todavia, nos últimos dois anos, com o agravamento das crises política e econômica, o recurso sistemático à intervenção judicial parece ter atingido seu paroxismo. Com efeito, no primeiro aspecto ressaltado - de intervenções no campo das relações interinstitucionais - são dignas de nota as decisões firmadas pela Corte na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) n. 378, que, a pretexto de discutir a legitimidade constitucional do rito do processo de impeachment, acabou por interferir na interpretação do regimento interno de uma das casas legislativas (no caso, a Câmara dos Deputados), bem como determinar atribuições prelibatórias ao Senado Federal que parecem não se ajustar ao que determina o artigo 86 da Constituição Federal de 1988. Por outro lado, na ADPF 347, ao reconhecer um propalado “Estado de Coisas Inconstitucional” no sistema penitenciário brasileiro, acabou por determinar regras de estruturação de políticas públicas que interferiram no modo como a União gerencia/gerenciava os recursos do fundo penitenciário.

<sup>1</sup> Registre-se que, muito embora a evidência desse fenômeno tenha se intensificado no Brasil há pouco mais de 15 anos, sua tendência tem dimensão global, contando com registro em obras da década de 1990. Nesse sentido, ver TATE, Chester Neal; VALLINDER, Torbjörn. **The global expansion of Judicial Power**. New York: New York University Press, 1995.

Além desses fatores que parecem responder ao problema da paralisação política que acomete, simultaneamente, legislativo e executivo no Brasil, o Supremo Tribunal Federal continua a se pronunciar sobre questões que não se apresentam na superfície do discurso político, mas que, numa perspectiva mais profunda, revela também algum tipo de relação intricada com o legislativo. Isto é, algumas questões comportamentais que mobilizam a sociedade e que, geralmente, vêm representadas politicamente pelo binômio conservadorismo-progressismo.

Nessa seara, destaca-se o julgamento - ainda pendente - do Recurso Extraordinário (RE) n. 635.659, iniciado no segundo semestre de 2015 sobre a descriminalização do porte de drogas, no qual um dos ministros que já proferiu voto (Luís Roberto Barroso) chegou a sugerir a quantia de droga que deveria tolerada pela lei penal a título de porte, com a finalidade de criar um critério objetivo para distingui-lo das hipóteses de tráfico (nesse caso, parece nítido que, mais além de discutir que tipo de comportamento deve ser tolerado pela lei penal, o ministro Barroso avançou na análise de uma questão cujo *locus* adequado seria/é o Congresso Nacional).

Outro ponto que está contido nesse âmbito de análise - e que merece igual destaque - diz respeito às interpretações que o Supremo Tribunal fixou recentemente a respeito de alguns dos “direitos abstratos” (para usar uma expressão de Ronald Dworkin), previstos na Constituição de 1988. Nesse particular, o caso de maior impacto certamente diz respeito ao princípio da presunção de inocência (art. 5o. LVII da Constituição de 1988) e a decisão exarada no Habeas Corpus (HC) 126.292. Sem embargo das inúmeras discussões jurídicas que podem ser entabuladas a partir desse HC, o fato que importa para estas reflexões diz respeito à contradição que existe entre o entendimento assentado pela Corte e o texto constitucional. A garantia constitucional da presunção de inocência exige o trânsito em julgado da sentença penal condenatória para que o condenado possa ser recolhido à prisão. No HC 126.292, o Supremo Tribunal entendeu que o julgamento em segunda instância já satisfazia as exigências desse princípio constitucional, permitindo a execução provisória da pena. No caso, o Tribunal parece ter agido com atribuições mais fortes do ponto de vista jurídico do que o próprio poder de reforma, uma vez que sua interpretação implicou abolir parte da garantia constitucional, contrariando o artigo 60, parágrafo 4º, inciso IV da Constituição de 1988. Ademais, houve também uma intromissão no

campo legislativo, na medida em que a referida decisão fez terra arrasada sobre o artigo 283, caput do Código de Processo Penal.<sup>2</sup>

Em outro caso, o Supremo Tribunal Federal fez uma espécie de caminho inverso: ao invés de realizar uma injunção (indevida?) na seara do poder de reforma e do legislador ordinário, como ocorreu por ocasião da interpretação conferida à presunção de inocência no HC 126.292, a Corte proferiu uma decisão que manifestou uma espécie de *self restraint*, entendendo ser constitucional a lei complementar n. 105, promulgada em 2001, e que permite à Receita Federal acessar os dados bancários dos contribuintes independentemente de decisão fundamentada de autoridade. Vale dizer, uma interpretação que esvazia significativamente o direito ao sigilo de informações, dando ao Estado um poder quase absoluto para avaliar a movimentação financeira dos contribuintes num modelo de controle permanente.

Todas essas decisões, que espelham a atividade da Corte Constitucional brasileira num período menor que um ano, serve para evidenciar o quanto o judiciário tem participado da arena política nacional e, ao mesmo tempo, o grau de complexidade oriunda da diversidade de matérias envolvidas pela atuação do Tribunal.

Por isso, faz-se necessário refletir - uma vez mais - sobre as características político-jurídicas dessa agitação toda em torno de nosso órgão de fechamento do Poder Judiciário.

Assim, o presente artigo pretende analisar as origens e as causas dessa contundente expansão do Poder Judiciário, tendo como pano de fundo a crise política que se instalou no Brasil entre os anos de 2014 e 2015.<sup>3</sup> A hipótese de trabalho pode ser formulada da seguinte forma: quanto maior o grau de paralisação do sistema político, com o consequente acirramento dos debates governo-oposição, maior o grau de provocação para que o judiciário decida sobre

<sup>2</sup> De se consignar que, em face das especificidades estruturais que caracterizam o modelo brasileiro de controle jurisdicional da constitucionalidade, a decisão tomada pelo STF em um HC, portanto no âmbito do controle difuso de constitucionalidade, produz eficácia *inter partes*, não possuindo o condão de afetar processos em curso nas instâncias inferiores (não obstante, pela sistemática da repercussão geral conferida ao tema, a decisão poder ser encarada como padrão para os demais julgamentos da própria Corte). De todo modo, o Supremo Tribunal deverá se pronunciar novamente sobre a questão, agora para analisar, expressamente e em abstrato, o artigo 283 do Código de Processo Penal, objeto de duas Ações Declaratórias de Constitucionalidade (ADC), n. 43 e n. 44. Esta última, cabe registrar, subscrita por um dos autores do presente artigo (André Karam Trindade).

<sup>3</sup> Na verdade, a referida crise, que culminou com a deflagração de um processo de impeachment contra a presidente da república, apenas acirrou uma situação que já se encontrava consolidada, no que tange à atuação, cada vez mais incisiva, do judiciário. Sobre esse ponto, tratando especificamente do problema na perspectiva da engenharia constitucional, já tivemos oportunidade de nos pronunciar. Cf. TOMAZ DE OLIVEIRA, Rafael. ABBOUD, Georges. O Supremo Tribunal Federal e a Nova Separação de Poderes: Entre a interpretação da Constituição e as modificações na Engenharia Constitucional. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 233, p. 13-31, 2014.

toda a sorte de tema controverso que emane deste estado de coisas. Para demonstrá-la, organizamos a análise em três partes coordenadas: a) a primeira visa mostrar que esse papel decisivo do judiciário tem haver com as consequências de um processo que já foi nomeado como americanização do mundo que, no particular, representa a expansão do modelo, tipo “exportação”, plasmado em uma certa cultura política, dos Estados Unidos para o mundo; b) essa migração cultural de instituições e de um estilo de fazer política não se faz de forma automática, mas, sim, por meio de uma acomodação desses instrumentos e mecanismos com relação aos modelos políticos já sedimentados na cultura do povo que a recebe; c) por fim, é apontado que, com coordenadas diferentes, tanto o modelo estadunidense quanto o modelo brasileiro - que compartilham a importante semelhança de adotarem o sistema presidencialista de governo - permitem identificar que quando o sistema político é levado ao limite, aumenta a busca pelo judiciário e, é exatamente nesses casos, que o perigo de decisões ativistas se mostra mais evidenciado.

O objetivo é manter-se vigilante e apresentar um alerta para nortear aqueles que se preocupam com uma Constituição equilibrada: o agigantamento de atribuições em torno de um único poder pode levar há um governo autocrático, solapador da democracia.

## 1 EXPANSÃO GLOBAL DO PODER JUDICIÁRIO

Após o final da segunda guerra mundial, é possível dizer que a Europa e alguns países asiáticos, como é o caso do Japão, operaram uma espécie de “redescoberta cultural dos Estados Unidos”. Não se trata, em verdade, de um movimento sócio-cultural novo. Com efeito, no início do século XX, alguns teóricos e articulistas falavam em um processo de “americanização do mundo”: ao longo de quase todo século passado, podemos observar uma gradativa mudança nos padrões culturais - mesmo na Europa - para incorporar elementos americanizados que vão das artes, passando pela arquitetura e chegando aos costumes. Sem embargo, o processo de migração cultural que se observa nesse momento pós-bélico, assume contornos diferentes. Principalmente na Europa. Em 1964, Milton Mayer escreveu um longo ensaio para a enciclopédia britânica que acabou publicado na coleção Great Books.<sup>4</sup> Nesse texto, seguindo a trilha daqueles que falavam em uma *Americanization of the world*, Mayer joga luz, mais especificamente, para

<sup>4</sup> MAYER, Milton. The Americanization of Europe. In: **New Europe and the U.S.A.:** Part One. Great Books by Encyclopaedia Britannica. Nova York: Atheneum Publishers, 1964, p. 119 e segs.

a *Americanization of Europe*, com ênfase nos acontecimentos pós 1945. O “novo” aqui diz respeito ao fato de que, de exportadora de fórmulas políticas e jurídicas, a Europa passa a importar e a ressignificar alguns padrões jurídico-políticos que nasceram, ou floresceram, no âmbito do processo cultural verificado nos Estados Unidos.

Claro que, nesse aspecto, é possível perceber “zonas de resistência” e manutenção dos padrões culturais europeus e algumas dimensões. França e Inglaterra, certamente, conseguiram preservar, de forma mais clara, seus desenhos institucionais anteriores (sem embargo da França de Charles de Gaulle ter criado um modelo semi-presidencialista, com reminiscências americanistas). Já na Alemanha, é possível notar traços mais fortes desse processo de americanização.

Como afirma Mario Losano, retratando a cultura jurídica alemã do período, a “redescoberta cultural dos Estados Unidos tornava constante e quase obrigatória a referência ao modelo anglo-americano do *judge made law*”<sup>5</sup>, cujo exemplo marcante pode ser sentido na obra de Josef Esser.<sup>6</sup>

Losano faz ainda uma ressalva para afirmar que, mesmo que a tradição Europeia (*rectius* germânica) não possa aceitar por inteiro os padrões de criação jurisprudencial do direito do *common law*, algumas teorias jurídicas passaram a reservar uma tarefa criativa para o juiz no “delimitado âmbito das normas jurídicas positivas”.<sup>7</sup>

No caso alemão, a renovação jurídica do pós-guerra aliou-se a uma vertente renovada da novecentista Jurisprudência dos Interesses que acabou por responder ao nome de Jurisprudência da Valoração. Essa, por sua vez, fez sucesso nos primeiros anos de vigência da Lei Fundamental de Bonn, sendo amplamente utilizada pelo Tribunal Constitucional Federal (Bundesverfassungsgericht).

Por meio desse estatuto metodológico, o Tribunal Constitucional passou a criar caminhos para ultrapassar a rigidez metodológica das demais disciplinas (exemplo marcante é a reformulação do direito privado, que passou a comportar a invasão constante de proibições decorrentes de direitos fundamentais) numa perspectiva de Constituição invasora. Isso tudo implicava afirmação de um direito (*ius*) distinto da lei (*lex*), ou seja, de um direito que se forma a partir de elementos normativos constitutivos diferentes da lei, o que é radicalmente novo

<sup>5</sup> LOSANO, Mario G. *Sistema e Estrutura no Direito II*. São Paulo: Martins Fontes, 2010, p. 245.

<sup>6</sup> Nesse sentido, ESSER, Josef. *Principio y Norma en la Elaboración Jurisprudencial del Derecho Privado*. Barcelona: Bosch, 1961.

<sup>7</sup> LOSANO, *op. cit.*, p. 245

desde a formação do direito moderno. Nesse sentido, a afirmação dos conceitos de “direitos fundamentais”, das chamadas “cláusulas gerais”, dos “enunciados abertos” e, evidentemente, dos “princípios”. Todos estes elementos - que como dissemos passam a ser constitutivos da normatividade - são reconhecidos independentemente da lei ou apesar dela.

Desse modo, a jurisprudência dos valores pavimentou o terreno para a construção de um modelo de interpretação da Constituição que propiciava protagonismos para a Jurisdição Constitucional, emulando o sentido das discussões sobre os direitos abstratos e sobre o ativismo judicial, comuns à tradição jurídica estadunidense.

Do ponto de vista político, essa redescoberta dos Estados Unidos, também legou uma nova modelagem para a Separação de Poderes, especialmente em face da previsão de um Tribunal Constitucional para realizar a fiscalização da constitucionalidade dos atos do parlamento. Ou seja, com isso, fecha-se o círculo de uma Constituição Normativa, tal qual aquela que se pratica no direito estadunidense, uma vez que investe um órgão com função jurisdicional da função de guarda da Constituição.

Nessa medida, é possível dizer que o comportamento político-jurídico alemão recebeu uma forte influência de alguns padrões culturais estadunidenses e acabou refletindo o seu significado a partir das suas próprias coordenadas. Ou seja: houve uma espécie de processo antropofágico (Streck) de assimilação desse modelo.

Posteriormente, a experiência alemã foi exportada para Portugal e Espanha. Com o final da União Soviética, depois da queda do muro de Berlin, em 1989, é possível dizer que há um novo processo de expansão desse modelo, agora para os países do leste europeu. Antes um pouco, ainda na década de 1980, a derrocada das ditaduras militares do cone-sul também acabou por propiciar uma expansão desse modelo para alguns países da América Latina.

No caso específico do Brasil, o regime pós-1988 - depois de um longo período de ressaca - começou a dar amostras desse tipo de discussão, que evidencia ora o papel estratégico do judiciário em uma democracia constitucional, ora as erupções de ativismo, especialmente nas decisões da Corte constitucional.

Por isso, importa agora seja passado ao exame da acomodação cultural feita (se é que foi feita) do modelo estadunidense - que já foi nomeado, por Rui Barbosa, como “democracia judicialista.”

## 2 POR UMA ANTROPOLOGIA FUNDAMENTAL DO ATIVISMO À BRASILEIRA

Com efeito, independentemente da forma como se apresente, o ativismo judicial é um conceito que nasce nos Estados Unidos para designar um fenômeno que transcende as fronteiras do *common law*, sobretudo a partir do papel conferido ao Poder Judiciário no paradigma do constitucionalismo do segundo pós-guerra - marcado pela positivação de um conjunto de princípios e, ainda, pela ampliação dos espaços de jurisdição<sup>8</sup> -, de tal maneira que muitos juristas incorporaram a noção de um direito judicial no interior da tradição romano canônica.<sup>9</sup>

### 2.1 As origens do ativismo judicial

Como se sabe, a expressão ativismo judicial surge em 1947, num artigo de Arthur Schlesinger Jr., sob o título “The Supreme Court: 1947”, publicado na revista *Fortune*<sup>10</sup> - que é um conhecido periódico sobre negócios -, no qual se discutia o perfil dos juízes que à época integravam a Suprema Corte, classificando-os como “ativistas”, “campeões da autocontenção” e “moderados”. O primeiro grupo era composto dos juízes Black, Douglas, Murphy e Rutledge; no segundo grupo estavam os juízes Frankfurter, Jackson e Burton; o terceiro grupo era formado pelos juízes Reed e Vinson. No entanto, o artigo não indicava os elementos a partir dos quais seu autor fizera a identificação e o enquadramento dos juízes, de maneira que dele não se pode inferir qualquer sentido para a expressão judicial *activism*, exceto sua oposição à judicial *self restraint*.

Apesar de cunhada por um historiador, a expressão foi rapidamente incorporada pelos juristas, especialmente os estudiosos de teoria do direito, filosofia do direito e direito constitucional, na medida em que diz respeito à legitimidade democrática e aos limites da jurisdição nos processos de criação, interpretação e aplicação das normas jurídicas.

O fato de sua origem remeter à metade do século XX não significa que o ativismo judicial seja um fenômeno recente. Como ensina Wolfe<sup>11</sup>, a história do constitucionalismo norte-

<sup>8</sup> Nesse sentido, CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes legisladores?** Porto Alegre: SaFe, 1993.

<sup>9</sup> Cf. CITTADINO, Gisele. Poder Judiciário, ativismo judicial e democracia. **Revista Alceu**, Rio de Janeiro, v. 5, n. 9, p. 105-113, jul./dez. 2004; e ainda, VIANNA, Luiz Werneck et al. **A judicialização da política e das relações sociais no Brasil**. Rio de Janeiro: Revan, 1999.

<sup>10</sup> SCHLESINGER JR., Arthur. The Supreme Court: 1947. **Fortune**, n. 35, p. 73-79, jan. 1947.

<sup>11</sup> WOLFE, Christopher. **The rise of modern judicial review**. From constitutional interpretation to judge-made law. Boston: Littlefield Adams Quality Paperbacks, 1994.

americano pode ser dividida em três eras bastante distintas, a partir da noção de ativismo judicial, tendo em vista as transformações ocorridas ao longo dos séculos na forma de intervenção da Suprema Corte por meio da jurisdição constitucional: a era tradicional (1787-1890), em que se inaugura o controle difuso de constitucionalidade, privilegiando-se a aplicação da Constituição diante da legislação ordinária; a era de transição (1890-1937), marcada pela influência de um *laissez-faire* da Suprema Corte, revelando uma política judiciária de contenção, que impedia o Estado de tomar quaisquer medidas voltadas regulação da economia ou à intervenção nas relações privadas; a era moderna (1937 até hoje), conhecida como a mais importante de todas, que atinge seus anos de ouro com a denominada Corte Warren, ocasião em que os juízes deixariam de simplesmente interpretar as leis para reescrevê-las.

Observa-se, com isso, que o ativismo judicial envolve o problema da interferência do Poder Judiciário nas esferas legislativa e executiva. Tal fenômeno pode assumir, portanto, as mais diversas formas e conotações, o que resulta inúmeras dificuldades teóricas e práticas quando se trata de sua definição conceitual.<sup>12</sup>

Tanto é assim que, se consultados alguns dos principais vocabulários jurídicos norte-americanos, vê-se que não existe o mínimo consenso sobre o tema: o *Merriam-Webster's Dictionary of Law* refere-se ao ativismo como “a prática do Judiciário de proteger ou expandir os direitos individuais através de decisões que se diferem dos precedentes ou que independem da intenção constitucional do legislativo”<sup>13</sup>; o *Black's Law Dictionary* traz o vocábulo ativismo judicial como “a filosofia da decisão judicial que leva os juízes a se afastarem dos precedentes em favor de novas e progressistas políticas sociais que nem sempre correspondem às expectativas da Corte, representando, ocasionalmente, uma invasão em questões legislativas e executivas”<sup>14</sup>; o *The Oxford Companion to the Supreme Court of the United States* relaciona o ativismo à atuação dos juízes que ultrapassa os poderes a eles conferidos ao “empreenderem na criação de lei, e não meramente na sua interpretação, em oposição a autocontenção judicial, que aconselha os juízes a resistir à tentação de influenciar políticas públicas através de decisões judiciais”<sup>15</sup>.

<sup>12</sup> KMIEC, Keenan D. The Origin and Current Meanings of “Judicial Activism”. *California Law Review*, v. 92, n. 5, p. 1441-1477, oct. 2004.

<sup>13</sup> MERRIAM-WEBSTER. *Merriam-Webster's Dictionary of Law*. Massachusetts: Merriam-Webster, 1996, p. 270.

<sup>14</sup> BLACK, Henry Campbell. *Black's Law Dictionary*. 5. ed. St. Paul: West Group, 1983, p. 440.

<sup>15</sup> HALL, Kermit L. (Ed.). *The Oxford Companion to the Supreme Court of the United States*. New York: Oxford University Press, 1992, p. 454.

Segundo Keenan Kmiec<sup>16</sup>, entre os diversos sentidos adotados usualmente pelos juristas, o ativismo judicial vem frequentemente associado às seguintes práticas: (a) a invalidação de atos produzidos por outros Poderes, ainda que constitucionais, em desaprovação a escolha de diretrizes políticas; (b) o afastamento dos precedentes, seja vertical ou horizontalmente; (c) a atuação como legislador positivo mediante a produção de sentenças aditivas; (d) o desvio da metodologia interpretativa aceita; (e) a predeterminação dos julgamentos orientados para atender a uma determinada finalidade.

Na mesma linha, elencando diversas concepções de ativismo judicial, Willian Marshall<sup>17</sup> enumera sete tipos: (1) ativismo contramajoritário, quando os tribunais relutantes discordam de decisões tomadas por órgãos democraticamente eleitos; (2) ativismo não-originalista: quando os tribunais negam o originalismo na interpretação judicial, desconsiderando as concepções mais estritas do texto legal ou, então, a intenção dos autores da Constituição; (3) ativismo de precedentes: quando os tribunais rejeitam a aplicação de precedentes anteriormente estabelecidos; (4) ativismo jurisdicional: quando os tribunais não obedecem os limites formais estabelecidos para sua atuação, violando as competências a eles conferidas; (5) ativismo criativo: quando os tribunais criam, materialmente, novos direitos e teorias através da doutrina constitucional; (6) ativismo remediador: quando os tribunais usam seu poder para impor obrigações positivas aos outros poderes ou para controlar o cumprimento das medidas impostas; (7) ativismo *partisan*: quando os tribunais decidem com a finalidade de atingir objetivos nitidamente partidários ou de determinado segmento social.

Outro autor que menciona as múltiplas faces do ativismo judicial é Ernest A. Young<sup>18</sup>, para quem é possível identificar seis categorias de comportamentos judiciais (*judicial behaviors*), no sistema jurídico norte-americano, que podem ser considerados ativistas: (1) reprovar as escolhas políticas tomadas pelo Estado; (2) distorcer a interpretação jurídica da norma e/ou da história; (3) desvirtuar a interpretação do precedente judicial; (4) emitir interpretações maximalistas em detrimento das minimalistas; (5) exercer amplos poderes de correção; (6) decidir de acordo com convicções político-partidárias.

<sup>16</sup> KMIEC, Keenan D. The Origin and Current Meanings of “Judicial Activism”. In: *California Law Review*, v. 92, n. 5, p. 1442-1444, oct. 2004.

<sup>17</sup> MARSHALL, Willian P. Conservatism and the Seven Signs of Judicial Activism. In: *University of Colorado Law Review*, Chapel Hill, n. 73, p. 101-140, 2002.

<sup>18</sup> YOUNG, Ernest A. Judicial Activism and Conservative Politics. In: *University of Colorado Law Review*, v. 73, n. 4, p. 1139-1216, 2002.

Com base nas tipologias oferecidas tanto por Kmiec, quanto por Marshall e Young, o que se verifica é que, de certa maneira, todas as formulações - exceto o ativismo remediador - pressupõem uma disfunção no exercício da atividade jurisdicional. Isso permite concluir que o ativismo judicial envolve uma recusa dos tribunais de se manterem dentro dos limites jurisdicionais estabelecidos para o exercício do poder a eles atribuídos pelo sistema constitucional.<sup>19</sup>

Tal problemática, como se sabe, não é uma exclusividade do Direito norte-americano e tampouco da tradição da *common law*.<sup>20</sup> Nas últimas décadas, sobretudo após os anos de ouro da Corte Warren, “uma onda ativista inundou o mundo”, como destaca Hirschl.<sup>21</sup> E essa onda também atingiu o Brasil.<sup>22</sup>

## 2.2. O ativismo à brasileira

No Brasil, especialmente após a ressaca que marcou a primeira década que sucedeu à promulgação da Carta de 1988 e, ainda, a etapa da assimilação da necessidade de uma filtragem hermenêutica-constitucional dos direitos<sup>23</sup>, a discussão acerca do papel do Poder Judiciário tornou-se uma pauta constante nas discussões jurídico-políticas, com o progressivo abandono do passivismo judicial.<sup>24</sup>

Nesse contexto, o ativismo judicial ainda pode ser considerado um tema emergente, que vem suscitando o desenvolvimento de muitas pesquisas e resultando na publicação de inúmeros artigos científicos e livros, sobretudo na última década.<sup>25</sup>

<sup>19</sup> GREEN, Craig. An Intellectual History of Judicial Activism. *Emory Law Journal*, Atlanta, v. 58, n. 5, p. 1195-1263, 2009.

<sup>20</sup> HOLLAND, Kenneth (Ed.). *Judicial Activism in Comparative Perspective*. London: Macmillan, 1991.

<sup>21</sup> HIRSCHL, Ran. O novo constitucionalismo e a judicialização da política pura no mundo. In: *Revista de Direito Administrativo*, São Paulo, v. 251, p. 139-178, 2009.

<sup>22</sup> Ver, para tanto, TASSINARI, Clarissa. *Jurisdição e ativismo judicial. Limites da atuação do Judiciário*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012; e, mais recentemente, CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. *Dimensões do ativismo judicial no STF*. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

<sup>23</sup> TRINDADE, André Karam; MORAIS, Fausto Santos de. Ativismo Judicial: as experiências norte-americana, alemã e brasileira. In: *Revista da Faculdade de Direito (UFPR)*, v. 53, p. 57-84, 2011.

<sup>24</sup> FRANCISCO, José Carlos. *Neoconstitucionalismo e atividade jurisdicional*. Do passivismo ao ativismo judicial. Belo Horizonte: Del Rey, 2012.

<sup>25</sup> Entre as principais obras publicadas no Brasil sobre o tema, destacam-se cronologicamente: VALLE, Vanice Regina Lírio do (Org.). *Ativismo jurisdicional e Supremo Tribunal Federal*. Curitiba: Juruá, 2009; RAMOS, Elival. *Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos*. São Paulo: Saraiva, 2010; OLIVEIRA, Umberto Machado de; ANJOS, Leonardo (Orgs.). *Ativismo judicial*. Curitiba: Juruá, 2010; COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda; FRAGALE FILHO, Roberto; LOBÃO, Ronaldo (Orgs.). *Constituição & Ativismo judicial*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011; LEAL, Rogério Gesta; LEAL, Monia H. (Orgs.). *Ativismo judicial e*

---

A expressão “ativismo judicial à brasileira” foi empregada pela primeira vez por Marcos Paulo Veríssimo:

O fato de possuir uma corte suprema ativista não chegaria, por si só, a tornar o caso brasileiro uma espécie de anomalia entre as nações ocidentais, já que o crescente ativismo das cortes supremas e constitucionais tem sido um fenômeno relativamente global. No entanto, o que torna o caso brasileiro anômalo é o fato de essa corte ser, também, a mais produtiva do País (certamente, uma das mais produtivas do mundo), sobretudo quando se considera o número de casos julgados ao ano por magistrado. Isso, sem dúvida, é um traço particular de nossa experiência, caracterizando aquilo que poderia ser chamado, com alguma ironia, talvez, de ativismo “à brasileira”.<sup>26</sup>

Todavia, afastando-se da análise quantitativa formulada por Veríssimo e, igualmente, por Pogrebinski<sup>27</sup>, que contesta a judicialização da política e o ativismo judicial - sem, contudo, distinguir os conceitos - a partir de estatísticas do Supremo Tribunal Federal, o presente estudo rejeita a premissa de que o ativismo praticado no Brasil possa ser aferido a partir do número de ações de inconstitucionalidade julgadas procedentes. Para os fins desse artigo, a identificação do ativismo exige uma investigação qualitativa acerca do conteúdo das decisões judiciais. É na interpretação e na fundamentação, portanto, que reside o problema.

E, nesse contexto, a expressão “ativismo à brasileira” não segue a anomalia apontada por Veríssimo, mas serve para designar um conceito cuja recepção no Brasil não atentou para as diferenças estruturais que conformam os sistemas jurídicos norte-americano e brasileiro: lá, na tradição do *common law*, a atividade jurisdicional envolve a própria criação do Direito (*the judge made law*) na construção dos precedentes, enquanto a cultura do *stare decisis* assegura a integridade do Direito; aqui, a criação do Direito resulta, em tese, da atividade legislativa e, apesar do controle misto de constitucionalidade, os mecanismos de vinculação das decisões ainda são recentes e nem sempre eficazes.

Portanto, “ativismo à brasileira” se deve, fundamentalmente, à sua recepção descontextualizada. Aliás, o sistema brasileiro é considerado pródigo e incansável em recepções equivocadas e incompletas, desde a importação das formas de estado (federação) e de governo

---

déficits democráticos. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011; FELLET, André Luiz Fernandes *et al.* *As novas faces do ativismo judicial*. Salvador: Juspodivm, 2011; TASSINARI, *op. cit.*; FRANCISCO, *op. cit.*; DIDER JR., Fredie *et al.* *Ativismo judicial e garantismo processual*. Salvador: Juspodivm, 2013; CAMPOS, *op. cit.*

<sup>26</sup> VERÍSSIMO, Marcos Paulo. A Constituição de 1988, vinte anos depois: suprema corte e ativismo judicial à brasileira. In: *Revista Direito GV*, São Paulo, n. 4, v. 2, p. 407-440, 2008, p. 415.

<sup>27</sup> POGREBINSCHI, Thamy. *Judicialização ou representação?* Política, direito e democracia no Brasil. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011.

(república), ainda no século XIX, até aplicação de doutrinas (jurisprudência dos valores) e técnicas interpretativas (ponderação), no século XX.

Ao contrário dos norte-americanos - que sempre analisam os problemas relativos à tensão entre Direito e Política com certa cautela -, no Brasil, é comum encontrar juristas que rapidamente aderiram ao ativismo judicial, levantando sua bandeira. Observa-se, igualmente, que a expressão ativismo judicial vem empregada das mais diversas formas e sem qualquer compromisso no sentido de delimitar seu significado, alimentando a falácia de que o ativismo é imprescindível para a implementação dos direitos fundamentais.

Entre nós, um dos exemplos mais conhecido é a leitura proposta por Luís Roberto Barroso<sup>28</sup> - e isso vem se confirmando após sua nomeação para o Supremo Tribunal Federal<sup>29</sup> -, para quem o ativismo judicial está associado “a uma participação mais ampla e intensa do Judiciário na concretização dos valores e fins constitucionais, com maior interferência no espaço de atuação dos outros dois Poderes. Em muitas situações, sequer há confronto, mas mera ocupação de espaços vazios”.<sup>30</sup> Para ele, o ativismo estaria relacionado à expansão da atividade jurisdicional, de maneira que os tribunais não devem se limitar mais à função típica de aplicar o Direito, mas também criar o Direito: “o ativismo é uma atitude, a escolha de um modo específico e proativo de interpretar a Constituição, expandindo o sentido e alcance”.<sup>31</sup>

Na mesma linha, embora não apresente uma definição do fenômeno, Daniel Sarmento defende uma versão moderada de ativismo judicial, admitindo um catálogo de matérias que podem ser deliberadas pelo Poder Judiciário:

o ativismo judicial se justifica no Brasil, pelo menos em certas searas, como a tutela de direitos fundamentais, a proteção de minorias e a garantia do funcionamento da própria democracia [...] Mas, em outros campos, pode ser mais recomendável uma postura de autocontenção judicial, seja por respeito às deliberações majoritárias adotadas no espaço político, seja pelo reconhecimento da falta de expertise do Judiciário para tomar decisões que promovam eficientemente os valores constitucionais em jogo, em áreas que demande

<sup>28</sup> BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. In: COUTINHO, Jacinto N. M. et. all. **Constituição e ativismo judicial**. Limites e possibilidades da norma constitucional e da decisão judicial. Rio de Janeiro: Lumem Juris, 2011, p. 275-290.

<sup>29</sup> Ver, para tanto, a divergência nos julgamentos da Ação Penal nº 565 (*caso Cassol*) e do Mandado de Segurança nº 32.326 (*caso Donadon*), dos quais o ministro Roberto Barroso foi relator.

<sup>30</sup> BARROSO, *op. cit.*, p. 279

<sup>31</sup> BARROSO, *op. cit.*, p. 279.

profundos conhecimentos técnicos fora do Direito - como Economia, políticas públicas e regulação.<sup>32</sup>

O mesmo otimismo pode ser verificado em artigo de Anderson Teixeira, para quem o ativismo judicial representa a deslegitimação da política e, portanto, pode ser compreendido como uma patologia constitucional, eis que resulta da insuficiência do Estado em atender aos anseios da população. Para o autor gaúcho, o ativismo judicial contempla uma dimensão positiva e outra nociva:

Um juiz ativista, em sentido positivo, atua na busca da proteção dos direitos fundamentais e da garantia da supremacia da Constituição, assumindo uma postura concretizadora quando diante da abstração de princípios constitucionais, como dignidade da pessoa humana, proteção ao menor, assistência aos desamparados, etc. A realização da Constituição passa pela atividade intelectual de interpretar/aplicar conceitos e categorias jurídicas de elevado grau de generalidade e abstração, mesmo que para tanto seja necessário abraçar competências institucionais que ordinariamente tocam a outros Poderes.<sup>33</sup>

Ocorre que, ao contrário da visão romântica concebida no Brasil - baseada na ideia de que o ativismo judicial é uma tendência mundial, na esteira do neoconstitucionalismo<sup>34</sup>, em face da fluidez da fronteira entre política e direito -, ele exsurge como um problema, complexo e perigoso, especialmente às jovens democracias constitucionais, na medida em que envolve uma recusa dos tribunais de se manterem dentro dos limites estabelecidos para o exercício do poder a eles atribuídos pela Constituição.<sup>35</sup>

Nesse sentido, merece destaque a advertência de Elival da Silva Ramos, para quem o ativismo judicial seria “o exercício da função jurisdicional para além dos limites impostos pelo próprio ordenamento que incumbe, institucionalmente, ao Poder Legislativo fazer atuar, resolvendo litígios de feições subjetivas (conflitos de interesses) e controvérsias jurídicas de natureza objetiva (conflitos normativos)”.<sup>36</sup>

<sup>32</sup> SARMENTO Daniel. O neoconstitucionalismo no Brasil. In: FELLET, André Luiz Fernandes *et al.* **As novas faces do ativismo judicial**. Salvador: Juspodivm, 2011, p. 73-113

<sup>33</sup> TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski. Ativismo judicial: nos limites entre racionalidade jurídica e decisão política. In: **Revista Direito GV**, São Paulo, v. 8, p. 37-57, 2012, p. 48-49.

<sup>34</sup> TRINDADE, André Karam. Garantismo versus neoconstitucionalismo: os desafios do protagonismo judicial em terrae brasilis. In: FERRAJOLI, Luigi; STRECK, Lenio Luiz; TRINDADE, André Karam (Orgs.). **Garantismo, hermenêutica e (neo)constitucionalismo: um debate com Luigi Ferrajoli**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p. 231-253

<sup>35</sup> GARAPON, Antoine. **O guardador de promessas: justiça e democracia**. Lisboa: Piaget, 1996.

<sup>36</sup> RAMOS, Elival. **Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos**. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 129.

Mas isso não é tudo. Há algo mais que distingue o ativismo de *terrae brasilis*. Além das dimensões trabalhadas por Campos<sup>37</sup> - que propõe uma definição multidimensional do problema - , o ativismo praticado no Brasil vem marcado pela absoluta falta de racionalidade na produção das decisões judiciais, que não seguem qualquer padrão, metodologia ou critério capaz de conferir a mínima coerência e integridade do ordenamento jurídico.<sup>38</sup>

Dito de outro modo: no Brasil, o ativismo resulta de todo ato decisório fundado na vontade do juiz e, portanto, a partir de convicções pessoais, escolhas políticas, argumentos morais, enfim, elementos metajurídicos.<sup>39</sup> É por isso que todo ativismo pressupõe certo grau de solipsismo e, portanto, não pode ser classificado em bom, ou positivo, e mau, ou nocivo.<sup>40</sup>

Tudo isso conduz, mais uma vez, ao problema - já presente em Kelsen<sup>41</sup> - da discricionariedade judicial e, conseqüentemente, da diferença existente entre os atos de “escolher” e “decidir”<sup>42</sup>: enquanto o primeiro depende da subjetividade, isto é, das preferências do sujeito<sup>43</sup>; o segundo se dá na intersubjetividade, uma vez que toda decisão é antecipada por algo, que é a compreensão daquilo que a comunidade política constrói como Direito.<sup>44</sup>

Na mesma linha, merece destaque a crítica de Nelson Nery e Georges Abboud, segundo a qual a dependência de convicções pessoais do julgador enfraquece a democracia, em especial na questão da responsabilidade do juiz:

Apenas em um sistema que predomina a vontade do mais forte é que se poderia media a justiça pela vontade de alguém, por mais absurda que ela fosse. No Estado Democrático Direito, a justiça não se mede pela vontade de ninguém, nem pela do STF; pois todo juiz ao decidir precisa prestar contas de porque sua

<sup>37</sup> CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. **Dimensões do ativismo judicial no STF**. Rio de Janeiro: Forense, 2014, passim.

<sup>38</sup> Ver, nesse sentido a crítica de RODRIGUEZ, José Rodrigo. **Como decidem as cortes? Para uma crítica do direito (brasileiro)**. São Paulo: FGV, 2013.

<sup>39</sup> Ver, nesse sentido, TRINDADE, André Karam. As soluções judiciais para a crise do sistema prisional no estado do Rio Grande do Sul: um exemplo privilegiado do ativismo à brasileira. **Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica**, v. 18, p. 197-234, 2015.

<sup>40</sup> Ver, nesse sentido, STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição constitucional e decisão jurídica**. São Paulo: Saraiva, 2013; e, igualmente, STRECK, Lenio Luiz. **O que é isto - decido conforme minha consciência?** 5. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

<sup>41</sup> KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. 6. ed. Coimbra: Armênio Armado, 1984, em especial o Cap. 8.

<sup>42</sup> Cf. STRECK, *O que é isto...*, *op. cit.*; e, sobretudo, STRECK, **Verdade e consenso**, *op. cit.* Ainda sobre o tema, porém sob outra perspectiva, consultar: BAPTISTA, Bárbara Gomes Lupetti. **Paradoxos e ambigüidades da imparcialidade judicial: entre “quereres” e “poderes”**. Porto Alegre: Safe, 2013.

<sup>43</sup> Sobre o tema, consultar CARBASSE, Jean-Marie; DEPAMBOUR-TARRIDE, Laurence. **A consciência do juiz na tradição europeia**. Belo Horizonte: Tempus, 2010; e, também, HOMEM, António Pedro Barbas *et al.* **O perfil do juiz na tradição ocidental**. Coimbra: Almedina, 2009.

<sup>44</sup> DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

decisão é a melhor para o caso, a decisão mais consentânea com o texto constitucional, bem como qual a sua principiologia.<sup>45</sup>

E isso leva à questão da imprevisibilidade das decisões, fortemente criticada por Paulo André Nassar e Rubens Eduardo Glezer, em especial nos órgãos colegiados:

A incerteza patológica é gerada por decisões nas quais não subsistem as condições mínimas de accountability. Isso ocorre porque tais decisões são fundamentadas de tal maneira que não é possível constranger o voluntarismo decisório. Esta circunstância ocorre nas decisões ad hoc, na qual há um casuismo tamanho que não é possível lhe impor regras gerais a partir de semelhanças ou dessemelhanças com outros casos. Neste tipo de estrutura argumentativa cada decisão é tratada como se fosse única e, portanto, absolutamente imprevisível, ou “como se, a cada caso novo, houvesse uma amnésia institucional e um retorno ao ponto zero da história constitucional” (Hübner Mendes). Para garantir que a incerteza da decisão judicial saia do campo patológico e entre no estrutural, é preciso que suas razões de decidir (ratio decidendi) possibilitem que a decisão seja inserida em uma cultura de precedentes.<sup>46</sup>

## CONCLUSÃO

Todas as críticas oferecidas aqui ao ativismo judicial e o cuidado que se deve ter com relação às potenciais decisões ativistas estão envolvidas em uma preocupação maior que é compreender de que modo a busca pelo poder judiciário se torna mais intensa em períodos de crise, especialmente nos casos que afetam o élan do sistema de governo.

No caso brasileiro, isso se mostra evidente: desde a chamada de crise política - que culminou com a instauração de um processo de impeachment contra a Presidente da República - foi possível perceber um aumento exponencial da participação do poder judiciário para desatar os nós da disputa político-partidária ou, no limite, destravar o sistema político, bloqueado pelo enfraquecimento da coalizão que sustentava o governo.

Nos Estados Unidos, com outro horizonte de problemas, evidentemente, também encontramos uma situação parecida: uma vez entrincheirado pelo Congresso, o Presidente

<sup>45</sup> ABBOUD, Georges; NERY JÚNIOR, Nelson. Ativismo judicial como conceito natimorto para a consolidação do Estado Democrático de Direito. In: DIDIER JÚNIOR, Fredie; NALINI, José Renato; RAMOS, Glauco; LEVY, Wilson. **Ativismo judicial e garantismo processual**. Salvador: Juspodivm, 2013, p. 533-534.

<sup>46</sup> NASSAR, Paulo André; GLEZER, Rubens. **Os juízes no país da imprevisibilidade? Research Paper Series - Legal Studies**, Paper n. 80, São Paulo, Direito GV, 2013, p. 9; e, ainda, GRAU, Eros Roberto. **Por que tenho medo dos juízes**. São Paulo: Malheiros, 2013.

precisou contar com a Suprema Corte para levar adiante suas reformas, cujo exemplo principal é, sem dúvida, o conflito envolvendo o sistema de saúde, conhecido como *Obama Care*.<sup>47</sup>

Nos dois casos, a pressão que o governo - seja no campo legislativo, seja no braço do executivo - sofre acaba por desaguar no judiciário, que funcionará como árbitro do conflito. E isso, para os norte-americanos, é algo que atravessa os séculos, como é possível perceber na descrição das atribuições da Suprema Corte feita por Alexis de Tocqueville em sua obra “A Democracia na América”. Claro que o padrão decisório precisa demonstrar ajuste e justificação constitucionais. Mas, uma vez instalado um caos político, o que pode garantir que as decisões respeitarão os pré-compromissos constitucionais?<sup>48</sup>

No caso brasileiro, isso fica ainda mais intensificado por conta dos dilemas de nosso “presidencialismo de coalizão”. Com efeito, segundo Sérgio Abranches<sup>49</sup>, desde o Brasil da “nova república” e daquilo que já se projetava a partir dos trabalhos constituintes e que desaguaram na formatação do sistema com a Constituição de 1988, tornou-se a única democracia contemporânea que definiria o seu sistema político a partir da conjugação de (a) um “presidencialismo imperial” (ao estilo estadunidense); (b) um modelo multi ou pluripartidário de

<sup>47</sup> Cf. TRIBE, Laurence. MATZ, Joshua. **Uncertain Justice. The Roberts Court and the Constitution**. Nova York: Henry Holt, 2014, p. 52 e segs. Os autores apontam, ainda, para a dimensão tomada pela Corte Robert na decisão de temas centrais para o governo da união, colocando-a lado a lado com outras grandes composições da Suprema Corte e que proferiram decisões similares. Todas essas decisões partilhariam a característica de produzir uma espécie de “efeito boomerang” uma vez que, para além das partes envolvidas nos casos decididos, a divergência por elas ventiladas continuariam a produzir efeitos durante décadas. Nos termos de Tribe e Matz: “No one can doubt that great cases like *Brown v. Board of Education*, have this kind of boomerang effect. That `s true partly because interpreting and implementing the principles and requirements such cases lay down often prove harder than anticipated. Thus, six decades on we still grappling in a wide range of contexts with the challenge of enforcing *Brown`*s desegregation mandate. That project is all the more daunting because even today, the nation - and, unsurprisingly, its highest court - remains divided over what *Brown`*s mandate really means and, more fundamentally, what the Constitution`s promise of “equal protection of the laws” requires. So, too, with the *Health Care Case* and *Citizens United* and the Roberts Court`s decisions about gun rights, GPS surveillance, and presidential detentions at Guantánamo. Once those cases were decided, the world would never be quite the same again” (p. 315).

<sup>48</sup> *In verbis*: “Nas mãos dos sete juizes federais repousam incessantemente a paz, a prosperidade, a própria existência da União. Sem eles, a Constituição é obra morta; é a eles que recorre o Poder Executivo para resistir às intromissões do corpo legislativo; a legislatura, para se defender das empreitadas do poder executivo; a União para se fazer obedecer pelos Estados; os Estados, para repelir as pretensões exageradas da União; o interesse público contra o interesse privado; o espírito de conservação contra a instabilidade democrática. Seu poder é imenso, mas é um poder de opinião. *Eles são onipotentes enquanto povo aceitar e obedecer a lei; nada podem quando ele a despreza*. Ora, a força de opinião é a mais difícil de empregar, porque é impossível dizer exatamente onde estão seus limites. Costuma ser tão perigoso ficar aquém deles, quanto ultrapassá-los” (TOCQUEVILLE, Alexis de. *A Democracia na América*. Livro 1. São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 169-170).

<sup>49</sup> Cf. ABRANCHES, Sérgio H. H. Presidencialismo de Coalizão: O Dilema Institucional Brasileiro. *Revista de Ciências Sociais*, Rio de Janeiro, v. 31, n. 1, p. 5-34, 1988.

organização dos partidos políticos; e (c) um sistema de representação proporcional para a composição de uma das Câmaras do Poder Legislativo Federal.

A conjugação desses três elementos levaria à especificidade do modelo brasileiro, gerando um tipo específico de práticas políticas desenvolvidas para produzir maiorias - coalizões - aptas a garantir estabilidade para o governo realizar as reformas que considera necessárias e impedir aquelas que sejam contrárias ao seu projeto político. Haveria, no interior desse sistema, um verdadeiro dilema institucional na medida em que tais práticas tendem, em determinados momentos, a acirrar a tensão entre o legislativo e o executivo.

Abranches define da seguinte maneira o que seria o “nó górdio do presidencialismo de coalizão”: “Um sistema caracterizado pela instabilidade, de alto risco e cuja sustentação baseia-se, quase exclusivamente, no desempenho corrente do governo e na sua disposição de respeitar estritamente os pontos ideológicos ou programáticos considerados inegociáveis, os quais nem sempre são explicita e coerentemente fixados na fase de formação da coalizão”.<sup>50</sup>

O ponto aqui abordado pela interpretação de Abranches pode ser descrito de forma simples: para garantir apoio da maioria congressional, o Presidente da República precisa negociar com um Congresso composto por um grupo heterogêneo de partidos, que representam uma esfera também heterogênea de interesses, sendo que essas negociações acontecem, geralmente, a partir do chamamento das principais forças políticas para comporem o governo a partir do assentamento em uma das cadeiras que guarnecem o “gabinete de ministros”. Posteriormente, a manobra estende-se também para o preenchimento de cargos de segundo escalão. Nesse sentido, trava-se um acordo e forma-se uma coalizão que possibilitará alguma estabilidade para a ação governamental. Todavia, como a pauta que compõe esse acordo não é claramente definida, os termos podem ser revistos de tempos em tempos e, nesse caso, a relação do executivo com o legislativo pode apresentar dificuldades que, dependendo do grau de divergências, pode chegar a bloquear ações importantes do governo.

Todavia, o espaço compreensivo que projeta tal interpretação é composto por elementos mais complexos.

Deve-se ter em mente, por exemplo, que a necessidade de composição de maiorias é um ponto central para o governo das democracias contemporâneas. O ponto de estofa da questão, ou o nó górdio de que fala Abranches é que, no nosso modelo, a técnica de formação dessas maiorias governistas encontra-se prisioneira dos dilemas do presidencialismo de coalizão.

<sup>50</sup> ABRANCHES, Sérgio H. H. Presidencialismo de Coalizão: O Dilema Institucional Brasileiro. *Revista de Ciências Sociais*, Rio de Janeiro, v. 31, n. 1, 1988, p. 27.

A cada momento em que o executivo se apresenta enfraquecido, a base congressional se volta para redefinição dos termos do acordo que a sustenta, colocando o presidente na berlinda. Por outro lado, se o presidente possui total domínio sobre o congresso, com ampla base de apoio, o legislativo apresenta pouquíssima ou nenhuma resistência aos projetos do governo.

Esse modelo, o grau de intervenção judicial nas questões políticas intensifica-se na medida em que ele é programado para produzir crises cíclicas, como a vivenciada, atualmente, no Brasil. As decisões citadas na introdução desse trabalho dão amostra dessa afirmação. Diante disso, períodos de intensa polarização política exigem redobrada atenção por parte da comunidade jurídica com relação às decisões da Corte Constitucional. A tendência para se querer fazer política aqui é quase insuportável. Todavia, num sistema constitucional equilibrado, o judiciário deve se manter no seu devido lugar que é ser o fiel da balança.

## REFERÊNCIAS

- ABBOUD, Georges; NERY JÚNIOR, Nelson. Ativismo judicial como conceito natimorto para a consolidação do Estado Democrático de Direito. In: DIDIER JÚNIOR, Fredie; NALINI, José Renato; RAMOS, Glauco; LEVY, Wilson. **Ativismo judicial e garantismo processual**. Salvador: Juspodivm, 2013. p. 525-546.
- ABRANCHES, Sérgio H. H. Presidencialismo de Coalizão: O Dilema Institucional Brasileiro. **Revista de Ciências Sociais**, Rio de Janeiro, v. 31, n. 1, p. 5-34, 1988.
- BAPTISTA, Bárbara Gomes Lupetti. **Paradoxos e ambiguidades da imparcialidade judicial: entre “quereres” e “poderes”**. Porto Alegre: Safe, 2013.
- BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. In: COUTINHO, Jacinto N. M. et. all. **Constituição e ativismo judicial**. Limites e possibilidades da norma constitucional e da decisão judicial. Rio de Janeiro: Lumem Juris, 2011, p. 275-290.
- BLACK, Henry Campbell. **Black’s Law Dictionary**. 5. ed. St. Paul: West Group, 1983, p. 440.
- CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. **Dimensões do ativismo judicial no STF**. Rio de Janeiro: Forense, 2014.
- CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes legisladores?** Porto Alegre: SaFe, 1993.
- CARBASSE, Jean-Marie; DEPAMBOUR-TARRIDE, Laurence. **A consciência do juiz na tradição europeia**. Belo Horizonte: Tempus, 2010;

CITTADINO, Gisele. Poder Judiciário, ativismo judicial e democracia. *Revista Alceu*, Rio de Janeiro, v. 5, n. 9, p. 105-113, jul./dez. 2004;

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda; FRAGALE FILHO, Roberto; LOBÃO, Ronaldo (Orgs.). *Constituição & Ativismo judicial*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011;

DIDER JR., Fredie. *Ativismo judicial e garantismo processual*. Salvador: Juspodivm, 2013;

DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

ESSER, Josef. *Principio y Norma en la Elaboración Jurisprudencial del Derecho Privado*. Barcelona: Bosch, 1961.

FELLET, André Luiz Fernandes *et al.* *As novas faces do ativismo judicial*. Salvador: Juspodivm, 2011.

FRANCISCO, José Carlos. *Neoconstitucionalismo e atividade jurisdicional*. Do passivismo ao ativismo judicial. Belo Horizonte: Del Rey, 2012.

GARAPON, Antoine. *O guardador de promessas: justiça e democracia*. Lisboa: Piaget, 1996.

GRAU, Eros Roberto. *Por que tenho medo dos juízes*. São Paulo: Malheiros, 2013.

GREEN, Craig. An Intellectual History of Judicial Activism. In: *Emory Law Journal*, Atlanta, v. 58, n. 5, p. 1195-1263, 2009.

HALL, Kermit L. (Ed.). *The Oxford Companion to the Supreme Court of the United States*. New York: Oxford University Press, 1992, p. 454.

HIRSCHL, Ran. O novo constitucionalismo e a judicialização da política pura no mundo. *Revista de Direito Administrativo*, São Paulo, v. 251, p. 139-178, 2009.

HOLLAND, Kenneth (Ed.). *Judicial Activism in Comparative Perspective*. London: Macmillan, 1991.

HOMEM, António Pedro Barbas *et al.* *O perfil do juiz na tradição ocidental*. Coimbra: Almedina, 2009.

KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. 6. ed. Coimbra: Armênio Armado, 1984, em especial o Cap. 8.

KMIEC, Keenan D. The Origin and Current Meanings of “Judicial Activism”. *California Law Review*, v. 92, n. 5, p. 1441-1477, oct. 2004.

LEAL, Rogério Gesta; LEAL, Monia H. (Orgs.). *Ativismo judicial e déficits democráticos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011;

LOSANO, Mario G. *Sistema e Estrutura no Direito II*. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

---

MARSHALL, Willian P. Conservatism and the Seven Signs of Judicial Activism. **University of Colorado Law Review**, Chapel Hill, n. 73, p. 101-140, 2002.

MAYER, Milton. The Americanization of Europe. **New Europe and the U.S.A.:** Part One. Great Books by Encyclopaedia Britannica. Nova York: Atheneum Publishers, 1964, p. 119 e segs.

MERRIAM-WEBSTER. **Merriam-Webster's Dictionary of Law**. Massachusetts: Merriam-Webster, 1996.

NASSAR, Paulo André; GLEZER, Rubens. **Os juízes no país da imprevisibilidade? Research Paper Series - Legal Studies**, Paper n. 80, São Paulo, Direito GV, 2013.

OLIVEIRA, Umberto Machado de; ANJOS, Leonardo (Orgs.). **Ativismo judicial**. Curitiba: Juruá, 2010;

POGREBINSCHI, Thamy. **Judicialização ou representação?** Política, direito e democracia no Brasil. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011.

RAMOS, Elival. **Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos**. São Paulo: Saraiva, 2010.

RODRIGUEZ, José Rodrigo. **Como decidem as cortes? Para uma crítica do direito (brasileiro)**. São Paulo: FGV, 2013.

SARMENTO Daniel. O neoconstitucionalismo no Brasil. In: FELLET, André Luiz Fernandes *et al.* **As novas faces do ativismo judicial**. Salvador: Juspodivm, 2011, p. 73-113

SCHLESINGER JR., Arthur. The Supreme Court: 1947. In: **Fortune**, n. 35, p. 73-79, jan. 1947.

STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição constitucional e decisão jurídica**. São Paulo: Saraiva, 2013;

STRECK, Lenio Luiz. **O que é isto - decido conforme minha consciência?** 5. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

STRECK, **Verdade e consenso**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

TASSINARI, Clarissa. **Jurisdição e ativismo judicial. Limites da atuação do Judiciário**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012;

TATE, Chester Neal; VALLINDER, Torbjörn. **The global expansion of Judicial Power**. New York: New York University Press, 1995.

TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski. Ativismo judicial: nos limites entre racionalidade jurídica e decisão política. **Revista Direito GV**, São Paulo, v. 8, p. 37-57, 2012, p. 48-49.

TOCQUEVILLE, Alexis de. **A Democracia na América**. Livro 1. São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 169-170.

TOMAZ DE OLIVEIRA, Rafael. ABBOUD, Georges. O Supremo Tribunal Federal e a Nova Separação de Poderes: Entre a interpretação da Constituição e as modificações na Engenharia Constitucional. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 233, p. 13-31, 2014.

TRIBE, Laurence. MATZ, Joshua. **Uncertain Justice. The Roberts Court and the Constitution**. Nova York: Henry Holt, 2014, p. 52 e segs.

TRINDADE, André Karam. As soluções judiciais para a crise do sistema prisional no estado do Rio Grande do Sul: um exemplo privilegiado do ativismo à brasileira. **Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica**, v. 18, p. 197-234, 2015.

TRINDADE, André Karam. Garantismo versus neoconstitucionalismo: os desafios do protagonismo judicial em terrae brasilis. In: FERRAJOLI, Luigi; STRECK, Lenio Luiz; TRINDADE, André Karam (Orgs.). **Garantismo, hermenêutica e (neo)constitucionalismo: um debate com Luigi Ferrajoli**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p. 231-253

TRINDADE, André Karam; MORAIS, Fausto Santos de. Ativismo Judicial: as experiências norte-americana, alemã e brasileira. **Revista da Faculdade de Direito (UFPR)**, v. 53, p. 57-84, 2011.

VALLE, Vanice Regina Lírio do (Org.). **Ativismo jurisdicional e Supremo Tribunal Federal**. Curitiba: Juruá, 2009

VERÍSSIMO, Marcos Paulo. A Constituição de 1988, vinte anos depois: suprema corte e ativismo judicial à brasileira. **Revista Direito GV**, São Paulo, n. 4, v. 2, p. 407-440, 2008, p. 415.

VIANNA, Luiz Werneck et al. **A judicialização da política e das relações sociais no Brasil**. Rio de Janeiro: Revan, 1999.

Wilson. **Ativismo judicial e garantismo processual**. Salvador: Juspodivm, 2013, p. 533-534.

WOLFE, Christopher. **The rise of modern judicial review**. From constitutional interpretation to judge-made law. Boston: Littlefield Adams Quality Paperbacks, 1994.

YOUNG, Ernest A. Judicial Activism and Conservative Politics. **University of Colorado Law Review**, v. 73, n. 4, p. 1139-1216, 2002.

Recebido em: 30/06/2016 / Aprovado em: 02/08/2016