

**REVISTA BRASILEIRA DE POLÍTICAS PÚBLICAS**  
**BRAZILIAN JOURNAL OF PUBLIC POLICY**

**A expressão “ativismo judicial”,  
como um “cliché constitucional”,  
deve ser abandonada: uma  
análise crítica**

**The expression “judicial  
activism”, as a “constitutional  
cliché”, must be abandoned: a  
critical analysis**

Thiago Aguiar Pádua

# Sumário

<b>EDITORIAL .....</b>	<b>V</b>
Carlos Ayres Britto, Lilian Rose Lemos Soares Nunes e Marcelo Dias Varella	
<b>GRUPO I - ATIVISMO JUDICIAL .....</b>	<b>1</b>
<b>APONTAMENTOS PARA UM DEBATE SOBRE O ATIVISMO JUDICIAL.....</b>	<b>3</b>
Inocêncio Mártires Coelho	
<b>A RAZÃO SEM VOTO: O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E O GOVERNO DA MAIORIA.....</b>	<b>24</b>
Luís Roberto Barroso	
<b>O PROBLEMA DO ATIVISMO JUDICIAL: UMA ANÁLISE DO CASO MS3326 .....</b>	<b>52</b>
Lenio Luiz Streck, Clarissa Tassinari e Adriano Obach Lepper	
<b>DO ATIVISMO JUDICIAL AO ATIVISMO CONSTITUCIONAL NO ESTADO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS.....</b>	<b>63</b>
Christine Oliveira Peter	
<b>ATIVISMO JUDICIAL: O CONTEXTO DE SUA COMPREENSÃO PARA A CONSTRUÇÃO DE DECISÕES JUDICIAIS RACIONAIS .....</b>	<b>89</b>
Ciro di Benatti Galvão	
<b>HERMENÊUTICA FILOSÓFICA E ATIVIDADE JUDICIAL PRAGMÁTICA: APROXIMAÇÕES.....</b>	<b>101</b>
Humberto Fernandes de Moura	
<b>O PAPEL DOS PRECEDENTES PARA O CONTROLE DO ATIVISMO JUDICIAL NO CONTEXTO PÓS-POSITIVISTA.....</b>	<b>116</b>
Lara Bonemer Azevedo da Rocha, Claudia Maria Barbosa	
<b>A EXPRESSÃO “ATIVISMO JUDICIAL”, COMO UM “CLICHÉ CONSTITUCIONAL”, DEVE SER ABANDONADA: UMA ANÁLISE CRÍTICA .....</b>	<b>135</b>
Thiago Aguiar Pádua	
<b>A ATUAÇÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL FRENTE AOS FENÔMENOS DA JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA E DO ATIVISMO JUDICIAL .....</b>	<b>170</b>
Mariana Oliveira de Sá e Vinícius Silva Bonfim	

**ATIVISMO JUDICIAL E DEMOCRACIA: A ATUAÇÃO DO STF E O EXERCÍCIO DA CIDADANIA NO BRASIL..191**

Marilha Gabriela Reverendo Garau, Juliana Pessoa Mulatinho e Ana Beatriz Oliveira Reis

**GRUPO II - ATIVISMO JUDICIAL E POLÍTICAS PÚBLICAS.....207**

**POLÍTICAS PÚBLICAS E ATIVISMO JUDICIAL: O DILEMA ENTRE EFETIVIDADE E LIMITES DE ATUAÇÃO.....209**

Ana Luisa Tarter Nunes, Nilton Carlos Coutinho e Rafael José Nadim de Lazari

**CONTROLE JUDICIAL DAS POLÍTICAS PÚBLICAS: PERSPECTIVA DA HERMENÊUTICA FILOSÓFICA E CONSTITUCIONAL .....224**

Selma Leite do Nascimento Sauerbronn de Souza

**A ATUAÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO NO ESTADO CONSTITUCIONAL EM FACE DO FENÔMENO DA JUDICIALIZAÇÃO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS NO BRASIL .....239**

Sílvio Dagoberto Orsatto

**POLÍTICAS PÚBLICAS E PROCESSO ELEITORAL: REFLEXÃO A PARTIR DA DEMOCRACIA COMO PROJETO POLÍTICO .....253**

Antonio Henrique Graciano Suxberger

**A TUTELA DO DIREITO DE MORADIA E O ATIVISMO JUDICIAL.....265**

Paulo Afonso Cavichioli Carmona

**ATIVISMO JUDICIAL E DIREITO À SAÚDE: A JUDICIALIZAÇÃO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS DE SAÚDE E OS IMPACTOS DA POSTURA ATIVISTA DO PODER JUDICIÁRIO..... 291**

Fernanda Tercetti Nunes Pereira

**A JUDICIALIZAÇÃO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS E O DIREITO SUBJETIVO INDIVIDUAL À SAÚDE, À LUZ DA TEORIA DA JUSTIÇA DISTRIBUTIVA DE JOHN RAWLS..... 310**

Urá Lobato Martins

**BIOPOLÍTICA E DIREITO NO BRASIL: A ANTECIPAÇÃO TERAPÊUTICA DO PARTO DE ANENCÉFALOS COMO PROCEDIMENTO DE NORMALIZAÇÃO DA VIDA .....330**

Paulo Germano Barrozo de Albuquerque e Ranulpho Rêgo Muraro

**ATIVISMO JUDICIAL E JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA DA RELAÇÃO DE CONSUMO: UMA ANÁLISE DO CONTROLE JURISDICIONAL DOS CONTRATOS DE PLANOS DE SAÚDE PRIVADO NO ESTADO DE SÃO PAULO.....348**

Renan Posella Mandarinó e Marisa Helena D'Arbo Alves de Freitas

<b>A ATUAÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO NA IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS: O CASO DA DEMARCAÇÃO DOS TERRITÓRIOS QUILOMBOLAS .....</b>	<b>362</b>
Larissa Ribeiro da Cruz Godoy	
<b>POLÍTICAS PÚBLICAS E ETNODESENVOLVIMENTO COM ENFOQUE NA LEGISLAÇÃO INDIGENISTA BRASILEIRA.....</b>	<b>375</b>
Fábio Campelo Conrado de Holanda	
<b>TENTATIVAS DE CONTENÇÃO DO ATIVISMO JUDICIAL DA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS .....</b>	<b>392</b>
Alice Rocha da Silva e Andrea de Quadros Dantas Echeverria	
<b>O DESENVOLVIMENTO DA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS.....</b>	<b>410</b>
André Pires Gontijo	
<b>O ATIVISMO JUDICIAL DA CORTE EUROPEIA DE JUSTIÇA PARA ALÉM DA INTEGRAÇÃO EUROPEIA.....</b>	<b>425</b>
Giovana Maria Frisso	
<b>GRUPO III - ATIVISMO JUDICIAL E DEMOCRACIA.....</b>	<b>438</b>
<b>LIBERDADE DE EXPRESSÃO E DEMOCRACIA. REALIDADE INTERCAMBIANTE E NECESSIDADE DE APROFUNDAMENTO DA QUESTÃO. ESTUDO COMPARATIVO. A JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NO BRASIL- ADPF 130- E A SUPREMA CORTE DOS ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. ....</b>	<b>440</b>
Luís Inácio Lucena Adams	
<b>A GERMANÍSTICA JURÍDICA E A METÁFORA DO DEDO EM RISTE NO CONTEXTO EXPLORATIVO DAS JUSTIFICATIVAS DA DOGMÁTICA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS.....</b>	<b>452</b>
Arnaldo Sampaio de Moraes Godoy	
<b>ANARQUISMO JUDICIAL E SEGURANÇA JURÍDICA.....</b>	<b>480</b>
Ivo Teixeira Gico Jr.	
<b>A (DES)HARMONIA ENTRE OS PODERES E O DIÁLOGO (IN)TENSO ENTRE DEMOCRACIA E REPÚBLICA.....</b>	<b>501</b>
Aléssia de Barros Chevitarese	
<b>PROMESSAS DA MODERNIDADE E ATIVISMO JUDICIAL.....</b>	<b>519</b>
Leonardo Zehuri Tovar	
<b>POR DENTRO DAS SUPREMAS CORTES: BASTIDORES, TELEVISIONAMENTO E A MAGIA DA TRIBUNA.....</b>	<b>538</b>
Saul Tourinho Leal	

<b>DIREITO PROCESSUAL DE GRUPOS SOCIAIS NO BRASIL: UMA VERSÃO REVISTA E ATUALIZADA DAS PRIMEIRAS LINHAS .....</b>	<b>553</b>
Jefferson Carús Guedes	
<b>A OUTRA REALIDADE: O PANCONSTITUCIONALISMO NOS ISTEITES .....</b>	<b>588</b>
Thiago Aguiar de Pádua, Fábio Luiz Bragança Ferreira E Ana Carolina Borges de Oliveira	
<b>A RESOLUÇÃO N. 23.389/2013 DO TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL E A TENSÃO ENTRE OS PODERES CONSTITUÍDOS .....</b>	<b>606</b>
Bernardo Silva de Seixas e Roberta Kelly Silva Souza	
<b>O RESTABELECIMENTO DO EXAME CRIMINOLÓGICO POR MEIO DA SÚMULA VINCULANTE Nº 26: UMA MANIFESTAÇÃO DO ATIVISMO JUDICIAL .....</b>	<b>622</b>
Flávia Ávila Penido e Jordânia Cláudia de Oliveira Gonçalves	
<b>NORMAS EDITORIAIS.....</b>	<b>637</b>
Envio dos trabalhos.....	639

# A expressão “ativismo judicial”, como um “cliché constitucional”, deve ser abandonada: uma análise crítica\*

## The expression “judicial activism”, as a “constitutional cliché”, must be abandoned: a critical analysis

Thiago Aguiar Pádua\*

### RESUMO

A finalidade principal deste artigo é realizar uma abordagem crítica sobre as ideias do Ministro Luís Roberto Barroso, do Supremo Tribunal Federal, acerca da utilização da expressão Ativismo Judicial. O presente artigo objetiva realizar uma breve análise sobre os problemas inerentes à discussão acadêmica da expressão Ativismo Judicial, desde o nascimento da expressão em 1947 na Revista Fortune com o famoso artigo de Arthur Schlesinger Jr., até a importação acrítica da expressão por parte da doutrina brasileira, observando-se que a expressão se tornou um “cliché constitucional”. Analisa-se a utilização da expressão Ativismo Judicial por parte do Ministro Luís Roberto Barroso, especialmente em sua sabatina perante o Senado Federal brasileiro, a partir de uma análise de fontes primárias de pesquisa (notas taquigráficas, artigos, entrevistas) descobrindo-se que houve uma banalização da expressão Ativismo Judicial.

**Palavras-chave:** Ativismo Judicial. Cliché Constitucional. Crítica ao Ministro Luís Roberto Barroso.

### ABSTRACT

The main purpose of this article is to make a critical approach to the ideas of the Justice Roberto Barroso, from the Brazilian Supreme Court, about the use of the expression Judicial Activism. This paper aims to conduct a brief analysis of the problems inherent in academic discussion of the expression Judicial Activism, since its birth in 1947 in Fortune Magazine with the famous Arthur Schlesinger Jr. article. We observe the uncritical importation of the expression (Judicial Activism) by the Brazilian doctrine, and we observed that this expression became a Constitutional Cliché. We analyzed the use of the term Judicial Activism by the Justice Roberto Barroso, especially in his confirmation hearings before the Brazilian Federal Senate, analyzing primary research sources (shorthand notes, articles, interviews), discovering that there was a trivialization of the term Judicial Activism.

**Keywords:** Judicial activism. Constitutional cliché. Critical to the Justice Roberto Barroso.

\* Artigo convidado.

\*\* Mestrando em Direito pelo UniCEUB. Pesquisador-Discente do CBEC – Centro Brasileiro de Estudos Constitucionais. Bolsista da CAPES. Integra os Grupos de Pesquisa: Direito & Literatura, Debatendo com o Supremo, ISO – Justiça Processual e Desigualdade. Advogado. E-mail: tsapadua@gmail.com

## 1. INTRODUÇÃO<sup>1</sup>

*“You’ve been with the professors (Você esteve com os professores)  
And they’ve all liked your looks (E todos eles gostaram da sua aparência)  
With great lawyers you have (Com os grandes advogados que você têm)  
Discussed lepers and crooks (Discutiram leprosos e pilantras)  
You’ve been through (Você já passou por)  
All of F. Scott Fitzgerald’s books (Todos os livros de Scott Fitzgerald)  
You’re very well read (Você é bem letrado)  
It’s well known (Isso é bem conhecido)  
But something is happening here (Mas está acontecendo alguma coisa aqui)  
And you don’t know what it is (E você não sabe o que é)  
Do you, Mister Jones?” (Sabe Mister Jones?)  
(Ballad Of A Thin Man - Bob Dylan – Tradução Livre)*

O presente artigo busca realizar uma abordagem sobre o ideário que considera a expressão “ativismo judicial” como uma espécie de “clichê constitucional”, buscando, para tanto, analisar o pensamento e o comportamento do Ministro Luís Roberto Barroso, do Supremo Tribunal Federal.

Utilizam-se especialmente fontes primárias de pesquisa, como entrevistas, manifestações e artigos escritos por Luís Roberto Barroso antes de ser nomeado para o STF, realizando-se uma análise das notas taquigráficas de sua sabatina perante o Senado, em busca de compreender, nesse julgador, o significado de “ativismo judicial” e de “clichê constitucional”.

A pesquisa coletou e levantou os dados referentes ao pensamento de Luís Roberto Barroso, e visou conferir maior relevância, fundamental e primacial, quando fossem encontrados elementos referentes a sua visão acerca do tema do “ativismo judicial”, com detida atenção para o período da arguição do Ministro do Supremo Tribunal Federal perante o Senado.

O artigo se compõe, além das “Considerações Iniciais e Finais”, de um núcleo que se inicia com uma primeira análise sobre o termo “ativismo judicial”, e em uma segunda parte se incursiona na questão dos denominados “clichês constitucionais” para só então, num terceiro momento abordar esses temas confrontados com o pensamento e a ação do Ministro Luís Roberto Barroso.

A preocupação central da análise será o entendimento de Luís Roberto Barroso acerca da sua compreensão teórica do que seria “ativismo judicial”, observando-a antes e durante a sabatina perante o Senado, especialmente tendo em vista a visão desse Ministro sobre os alegados papéis do STF: a) contramajoritário e de b) representação<sup>2</sup>. Busca-se em alguma medida saber se há coerência e consistência nas afirmações do Ministro<sup>3</sup>.

1 Faz-se necessário agradecer o apoio e o suporte intelectual do PPG/UniCEUB e do CBEC – Centro Brasileiro de Estudos Constitucionais pelo estímulo constante, especialmente nas pessoas dos professores e amigos Carlos Ayres Britto, Lilian Rose Lemos Soares Nunes, André Pires Gontijo, Arnaldo Sampaio de Moraes Godoy, Jefferson Carús Guedes, Paulo Carmona, Luís Carlos Martins Alves Jr., Pablo Malheiros da Cunha Frota, Ana Caroline Pereira Lima, Fábio Luiz Bragança Ferreira, João Paulo Echeverria, Ana Carolina Borges Oliveira, Paulo Cerqueira Campos, Debora Denys, Duguay Trouin, Tiago Felipe, Michelle Cardoso e Clarissa Tassinari.

2 BARROSO, Luís Roberto. Prefácio: avanço social, equilíbrio institucional e legitimidade democrática. In: CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. *Dimensões do ativismo judicial do STF*. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p. 20-21.

3 Em linhas gerais, utiliza-se aqui a distinção e a funcionalidade entre os conceitos de “consistência” e “coerência” em Neil McCormick, que considera a consistência presente quando não houver contradição, vale dizer, quando entre várias proposições, não se observe contradições entre elas. E será coerente num plano em que um conjunto de proposições faça sentido em sua totalidade. Cfr. MACCORMICK, Neil. *Retórica e estado de direito*. Trad. Conrado Hubner Mendes. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008. p. 248-302.

O argumento terá em mira a possibilidade de “transformação” do termo “ativismo judicial” em um “clichê constitucional”, que lhe esvazia de sentido e serve para o proposital empobrecimento do debate que se torna mais e mais necessário. Embora se realizem sucintas críticas, todas elas são restritas ao fecundo e necessárias ao campo das ideias, e nesse sentido, busca-se de fato a continuação desse diálogo.

A decisão de realizar a presente pesquisa e a seleção desse específico partícipe institucional (Ministro Luís Roberto Barroso do STF) ocorre por esse jurista ser um grande e reconhecido acadêmico, pesquisador incansável e Julgador dos mais preparados, e até por isso suas manifestações precisam ser seriamente refletidas e criticadas, vale dizer, as ideias e o Ministro do STF, e não a pessoa.

Em uma ambiência acadêmica que fomenta e estimula a liberdade, a crítica e a reflexão, obviamente deixa patente que as críticas e reflexões também estão sujeitas às mesmas ferramentas, e é natural e saudável que assim seja.

Não se trata de uma desconfortável e rasteira “patrulha ideológica”, esse conceito fluido e ele mesmo “clicherizado”. Até porque não é possível e nem desejável que se separe uma categoria de análises críticas que não devem ser realizadas acerca de um ocupante de um dos mais importantes cargos públicos do país.

Na esteira do que Lênio Streck e Sérgio Cademartori chamam de “fator Júlia Roberts” ou de “constrangimento epistemológico como forma de *accountability*”, as críticas ao STF e a seus membros devem ser realizadas sem receio algum, e elas se referem “às reflexões justeóricas, não sendo a favor e nem contra personagens ou protagonistas”<sup>4</sup>.

O método<sup>5</sup> escolhido para tal empreitada foi o de selecionar manifestações específicas do Ministro Luís Roberto Barroso, tais como entrevistas, artigos e manifestações, inclusive sua sabatina perante o Senado Federal, que tenham pertinência com o tema “ativismo judicial”, e, a partir do material selecionado, realizar uma análise crítica e reflexiva.

## 2. UMA BREVE REFERÊNCIA AO “ATIVISMO JUDICIAL”

A atuação e conformação do Supremo Tribunal Federal, da maneira como arquitetado a partir de 1988 e suas ações contemporâneas e feições atuais, tem sido objeto de discussão há algum tempo e muito tem-se refletido sobre temas como “nova teoria da divisão dos poderes”<sup>6</sup>, jurisdição constitucional<sup>7</sup>, diálogos ins-

4 Conforme observa Lênio Streck: “No filme O Dossiê Pelicano há uma cena na qual o professor de Direito Constitucional de Harvard relata para seus alunos que no Estado da Geórgia fora aprovada uma lei alçando a sodomia à categoria de crime (pena de 1 a 20 anos) e que a *US Supreme Court*, instada a decidir acerca da inconstitucionalidade da lei em vista da violação à privacidade dos cidadãos, decidiu, por 5x4, que ‘não é inconstitucional que o estado classifique determinadas condutas — entre elas, a sodomia — como criminosas.’ (*case Bowers vs. Hardwick*, 30.06.1986). ‘Este é o precedente’, anuncia o professor no filme, passando já ao próximo assunto. Neste exato momento, uma aluna, interpretada por Julia Roberts, interpela o mestre para dizer ‘*The Supreme Court is wrong*’ (‘A Suprema Corte está errada’). Eis o ‘fator Julia Roberts’: dizer/sustentar que o Tribunal Maior (ou qualquer outro tribunal) cometeu um equívoco”. Cfr.: STRECK, Lênio Luiz. *Compreender direito: como o senso comum pode nos enganar*. São Paulo: RT, 2014. v. 2. p. 123-131.

5 Como recorda Marc Fumaroli em defesa de Montaigne na sua “polêmica” sobre o método, este, em grego significa caminho “e que todos os caminhos, mesmo e principalmente os mais árduos, não são necessariamente traçados em linha reta, como o que Descartes se propõe para sair mais depressa da floresta [...] [a palavra e a ideia de caminho] estão ligadas ao exercício do passeio e da viagem, que põe em movimento o corpo com a mente, ainda que o itinerário seguido não seja fixado de antemão, ainda que revele um fraco pelos desvios e pelas digressões, ainda que conduza quem passeia ou viaja a tomar, enquanto caminha, vários pontos de vista muito diferentes sobre a própria diversidade da paisagem atravessada.” FUMAROLI, Marc. [Prefácio]. In: PASCAL, Blaise. *Arte de persuadir precedida de a Arte da Conferência de Montaigne*. Trad. Rosemary Abílio e Mario Laranjeira. São Paulo: M. Fontes, 2004. p. vii.

6 SOUZA JUNIOR, C. S. *O tribunal constitucional como poder- uma nova teoria da divisão dos poderes*. São Paulo: Memória Jurídica, 2002.

7 MENDES, Gilmar Ferreira. *Jurisdição constitucional: controle abstrato de normas no Brasil e na Alemanha*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2004; MENDES, Gilmar Ferreira. *Estado de direito e jurisdição constitucional*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2011; MENDES, Gilmar Ferreira. *Estado de direito e jurisdição constitucional: 2002/2010*. São Paulo: Saraiva, 2012.



titucionais<sup>8</sup>, ativismo<sup>9</sup>, bem como entre aqueles que enxergam no ativismo judicial, talvez, um novo nome, uma espécie de eufemismo, para “criação judicial do direito”<sup>10</sup>.

Tal discussão suscita muitos questionamentos e conformações teóricas diversas, bem como nos remete ao famoso diálogo descrito por Bertolt Brecht entre um mendigo e um imperador que demonstra basicamente que de um longo “diálogo” os “debatedores” podem estar a falar de coisas distintas<sup>11</sup>. É evidente que tal percepção pode ser atribuída muito mais, talvez, à inépcia do hermenêuta do que à intenção discursiva e, ainda, ao fato de eventualmente tismarem temas conexos, mas não em diálogos entre si.

A propósito, a densa pesquisa de Clarissa Tassinari recorda que, no âmbito brasileiro, existe alguma dificuldade de se fixar “um acordo semântico” mínimo acerca do que se entende por ativismo judicial, ora significando exagerada interferência judicial na sociedade (protagonismo judiciário), ora aquela expressão acaba sendo invocada de maneira aleatória como “critério de conveniência”<sup>12</sup>.

A mencionada pesquisadora observou a existência de um “ativismo judicial à brasileira”, terminologia que evidencia ao menos duas importantes questões. Em primeiro lugar, haveria a conjugação de duas tradições (brasileira e norte-americana). Em segundo plano, seria possível que esteja implícita a crítica à utilização destes termos sem vinculação ao “contexto de seu surgimento”, implicando ao mesmo tempo a “transposição equivocada” do conceito, e ainda, “a ausência de uma necessária adaptação do que se apreende do constitucionalismo norte-americano”<sup>13</sup>.

Complementa-se essa percepção com uma reflexão realizada no ano de 2001, quando o constitucionalista norte-americano Mark Tushnet fez publicar um interessante artigo intitulado “*Mr. Jones & the Supreme Court*”. Aqueles que apreciam as letras e as melodias de Bob Dylan logo compreenderam a provocação, pois remontava ao sentido da música elencada na epígrafe (*Ballad of a Thin Man*), fazendo uma sátira a um jornalista (Mr. Jones<sup>14</sup>) que falava sobre inúmeros assuntos, mas que, na verdade, não sabia absolutamente do que estava falando.

São palavras do mencionado autor:

O que está acontecendo com o Direito Constitucional? Qualquer pessoa que preste atenção à Suprema Corte sabe que alguma coisa está acontecendo, mas é difícil dizer exatamente o que alguns Ministros ouvem os ecos do mundo anteriores a 1937, quando a Suprema Corte invalidou leis estaduais e nacionais a serviço de uma visão restrita, de um governo quase libertarianista.<sup>15</sup>

8 MENDES, Conrado Hübner. *Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação*. 2008. Tese (Doutorado em Ciência Política) - Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2008. Disponível em: <<http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/8/8131/tde-05122008-162952/>>. Acesso em: 05 nov. 2013.

9 LEAL, Saul Tourinho. *Ativismo ou altivez?* O outro lado do Supremo Tribunal Federal. Belo Horizonte: Fórum, 2010; CIT-TADINO, Gisele. Poder Judiciário, ativismo judiciário e democracia. *ALCEU*, n. 9, p. 105-113, 2004.; LUNARDI, Soraya Regina Gasparetto; DIMOULIS, D. Ativismo e autocontenção judicial no controle de constitucionalidade. In: FELLET, André; GIOTTI DE PAULA, Daniel; NOVELINO, Marcelo. (Org.). *As novas faces do ativismo judicial*. Salvador: Juspodivm, 2011.

10 COELHO, Inocêncio Mártires. Ativismo judicial ou criação judicial do direito? In: FELLET, André; GIOTTI DE PAULA, Daniel; NOVELINO, Marcelo. (Org.). *As novas faces do ativismo judicial*. Salvador: Juspodivm, 2011.

11 BRECHT, Bertolt. O mendigo ou o cachorro morto. In: \_\_\_\_\_. *Teatro completo*. Tradução de Fernando Peixoto. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1986. v. 1. p. 168.

12 TASSINARI, Clarissa. *Ativismo judicial: uma análise da atuação do judiciário nas experiências brasileira e norte-americana*. 2012. 141 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade do Vale do Rio dos Sinos, São Leopoldo, 2012. p. 128.

13 TASSINARI, Clarissa. *Ativismo judicial: uma análise da atuação do judiciário nas experiências brasileira e norte-americana*. 2012. 141 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade do Vale do Rio dos Sinos, São Leopoldo, 2012. p. 92.

14 Uma densa narrativa sobre Bob Dylan e também sobre o episódio de “Mr. Jones” pode ser observada em sua “Cinebiografia”, denominada “Não Estou lá” (*I’m Not There*), um filme de 2007, dirigido por Todd Haynes, em que seis atores fazem distintas interpretações das variadas e diferentes fases da vida de Bob Dylan através de “técnicas não tradicionais de narrativa” (Cate Blanchett, Christian Bale, Heath Ledger, Ben Whishaw, Richard Gere e Marcus Franklin).

15 Tradução nossa do original: “What’s happening to constitutional law? Everyone who pays attention to the Supreme Court knows that something’s going on, but it’s hard to pin down exactly what. Some justices hear echoes of the world before 1937, when the Supreme Court invalidated state and national laws in the service of a vision of restricted, almost libertarian government”. Cfr.: TUSHNET, Mark. Mr. Jones & the Supreme Court. *Green Bag*, v. 4, n. 2, p. 173-178, winter 2001.

Parece que tal raciocínio tem serventia não apenas para a realidade da Suprema Corte Americana, mas também para o Supremo Tribunal Federal, excetuada a questão da data, que lá remontava a atuação jurídico-política daquela Corte no período do *New Deal*, mas é sobre tal período que refletia o autor da expressão que daria origem ao termo “*judicial activism*”, que não apenas passou a dominar as discussões teóricas brasileiras, mas também causar certa perplexidade ao se observar a prática hodierna do STF.

Paulo Gustavo Gonet Branco constatara se tratar a expressão “ativismo judicial” de um conceito fugidio, observando as origens de seu nascimento “num contexto não técnico”, nascida com marcas de superficialidade. Tal expressão estaria mesmo “vacionada à equivocidade e à trivialidade de método no seu emprego”, recebida no Brasil mesmo com vícios de origem<sup>16</sup>.

Um dos argumentos centrais desse breve artigo, menos quedado em oferecer respostas prontas e acabadas do que instigar o debate, é o de que a expressão “ativismo judicial” é constitucionalmente inadequada e precisa ser “redesenhada”, não passando de uma “metáfora”, cunhada em um dia imaginativo por um famoso e importante historiador que em 1947, fazendo um bico de jornalista para a revista *Fortune*, escreveu e cunhou a expressão que viria a se identificar como “*judicial activism*”, mas tal fato sequer mereceu destaque, ou mesmo foi mencionado no seu mais famoso registro obituário bibliográfico, que não é uma nota curta de rodapé de jornal, mas sim uma longa abordagem de 12 páginas sobre seus mais notáveis feitos<sup>17</sup>.

Isso quer dizer apenas que entre seus feitos memoráveis, dignos de registro, não se encontrava o fato de ter sido o “pai criador” (*founding father*) da expressão “ativismo judicial”, e que os profissionais do direito provavelmente dão mais atenção a expressão do que ela merece, para designar coisas tão distintas quanto coloridas, retirando desse armário uma quantidade apreciável de fantasias, até porque, como mencionado por Marshall Berman, há uma certa paródia do passado, na qual o pretérito “precisa da história porque a vê como uma espécie de guarda-roupa onde todas as fantasias estão guardadas”<sup>18</sup>.

Não se contesta a proeminência do autor da expressão, mas sim a sua serventia para o direito atual. Observa-se que Arthur Schlesinger Jr., nascido em 1917 e falecido em 2007, foi um reconhecido historiador, memorialista, ensaísta, ativista político e conselheiro presidencial de John Kennedy<sup>19</sup>.

Além de se tornar professor de história em Harvard, Arthur Schlesinger Jr., em demonstração de ativismo político, ajudou a criar o “*Americans for Democratic Action*” (ADA) em 1947. Tal agremiação se posicionava à esquerda do Partido Democrata, e a organização era devotadamente Anticomunista e frequentemente travava disputas contra uma outra instituição, o “*Progressive Citizens of America*” (PCA)<sup>20</sup>.

Sobre o grupo de Arthur Schlesinger Jr., “*Americans for Democratic Action*” (ADA), alega-se que “tentou estimular uma visão que alguns chamariam hoje de ‘Guerra Fria do Liberalismo’ influenciada pelo Plano Marshall (auxílio econômico) sobre a Doutrina Truman (intervenção militar)”<sup>21</sup>.

Importantes obras brasileiras sobre ativismo judicial reconhecem a origem do termo em Arthur Sch-

16 BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Em busca de um conceito fugidio: o ativismo judicial. In: FELLET, André; GIOTTI DE PAULA, Daniel; NOVELINO, Marcelo. (Org.). *As novas faces do ativismo judicial*. Salvador: Juspodivm, 2011. p. 389.

17 MATTSON, Kevin. Arthur Schlesinger Jr.: biographical memoirs. *Proceedings of the American Philosophical Society*, v. 153, n. 1, 2009.

18 BERMAN, Marshall. *Tudo que é sólido desmancha no ar: a aventura da modernidade*. Trad. Carlos Felipe Moisés e Ana Maria Loriatti. São Paulo: Companhia das Letras, 1986. p. 22.

19 MATTSON, Kevin. Arthur Schlesinger Jr.: biographical memoirs. *Proceedings of the American Philosophical Society*, v. 153, n. 1, 2009.

20 MATTSON, Kevin. Arthur Schlesinger Jr.: Biographical Memoirs. *Proceedings of the American Philosophical Society*. v. 153, n° 1, 2009, p. 119.

21 MATTSON, Kevin. Arthur Schlesinger Jr.: Biographical Memoirs. *Proceedings of the American Philosophical Society*. v. 153, n° 1, 2009, p. 119.

lesinger Jr<sup>22</sup>, embora uma das mais densas e importantes delas sequer faça referência ao autor americano. Mencione-se, *ad exemplum*, a tese submetida por Elival da Silva Ramos<sup>23</sup> na Universidade de São Paulo para a disputa do cargo de professor titular de Direito Constitucional, tendo concorrido e vencido o certame no qual disputou com Marcelo Neves, que, por sua vez, apresentou a tese sobre o “Transconstitucionalismo”.

Elival da Silva Ramos aponta como importante a visão de Direito Comparado sobre o “ativismo judicial”: “porquanto, se a caracterização do ativismo judicial importa na avaliação do modo de exercício da função jurisdicional, o fenômeno será percebido diferentemente de acordo com o papel institucional que se atribua em cada sistema ao Poder Judiciário”<sup>24</sup>. O referido autor retoma o raciocínio da seguinte maneira:

Se o ativismo judicial, em uma noção preliminar, reporta-se a uma disfunção no exercício de função jurisdicional, em detrimento, notadamente, da função legislativa, a mencionada diferença de grau permite compreender porque nos ordenamentos filiados ao *common law* é muito mais difícil do que nos sistemas da família romano-germânica a caracterização do que seria uma atuação ativista da magistratura, a ser repelida em termos dogmáticos, em contraposição a uma atuação mais ousada, porém ainda dentro dos limites do juridicamente permitido<sup>25</sup>.

Reconhece-se que não há, de antemão um sentido negativo sobre a expressão “ativismo judicial” no “*common law*”, e a sua discussão geralmente desagua no “plano da filosofia política, em que a indagação central não é a consistência jurídica de uma atuação mais ousada do Poder Judiciário, e sim a sua legitimidade, tendo em vista a ideologia democrática que permeia o sistema político norte-americano”<sup>26</sup>.

Alega-se que, nos Estados Unidos, adota-se uma conceituação ampla do termo “ativismo judicial”, que pode ser visto como “uso da interpretação teleológica”, de “integração de lacunas”, e que, via de regra, é “elogiado por proporcionar a adaptação do direito diante de novas exigências sociais e de novas pautas axiológicas em contraposição ao ‘passivismo’”<sup>27</sup>.

É interessante notar que a abordagem teórica desse autor acaba por incursionar pelas veredas do Estado de Direito Democrático, em especial pelo princípio da separação dos Poderes e sobre a discricionariedade judicial interpretativa<sup>28</sup>, para então referir sobre a sua própria conceituação de ativismo judicial.

Menciona: “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, resolver litígios de feições subjetivas (conflitos de interesses) e controvérsias jurídicas de natureza objetiva (conflitos normativos)”<sup>29</sup>.

Em que pese a abordagem teórica densa, não se problematiza a própria expressão “ativismo judicial”. Tal questão parece indene de críticas, e passamos a importar a expressão “ativismo judicial”, cunhada por um “não profissional do Direito” e ardoroso defensor do “*New Deal*” ao escrever sobre a história evolutiva do *New Deal* na Suprema Corte Americana<sup>30</sup>. E efetivamos tal importação a partir de uma observação da Suprema Corte Americana que não é a realidade brasileira, bastando dizer que embora possua semelhança

22 Entre várias obras, confira-se algumas resultantes de pesquisas acadêmicas de Dissertações de Mestrado em Direito: LEAL, Saul Tourinho. *Ativismo ou alívio? O outro lado do Supremo Tribunal Federal*. Belo Horizonte: Fórum, 2010; CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. *Dimensões do ativismo judicial do STF*. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p. 43; CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. A evolução do ativismo judicial na Suprema Corte Norte-Americana (I). *RIDB*, ano 2, n. 6, 2013; CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. A evolução do ativismo judicial na Suprema Corte Norte-Americana (II). *RIDB*, ano 2, n. 7, 2013; CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. Explicando o avanço do ativismo judicial do Supremo Tribunal Federal. *RIDB*, ano 2, n. 8, 2013.

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

24 RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos*. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 104.

25 RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos*. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 107.

26 RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos*. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 110.

27 RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos*. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 110.

28 RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos*. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 111-128.

29 RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos*. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 129.

30 BARNETT, Randy E. Constitutional clichés. *Capital University Law Review*, v. 36, n. 3, p. 492-510, 2008. p. 493.

com o STF, pelo fato de constituírem a cúpula do Poder Judiciário, as coincidências terminam por aí.

Enquanto a Suprema Corte Americana é composta por 9 *Justices*, em que um deles é o *Chief Justice* — escolhido pelo Presidente dos Estados Unidos —, até a data de sua morte ou aposentadoria volitiva, o Supremo Tribunal Federal é composto por 11 Ministros, com modelo presidencial bienal (eleição por seus próprios pares); e ainda, os modelos deliberatórios de tomada de decisão (*Decision-Making*) são em tudo distintos. Lá adota-se uma “decisão da corte”, “*per curiam decisions*”<sup>31</sup>, sem que participem das deliberações quaisquer pessoas que não os próprios *Justices*, com publicidade restrita, e aqui adotamos decisões fragmentadas, (*seriatim decisions*), em que cada Julgador pode emitir a sua opinião e com tomada de decisão, em tese, ao vivo e em cores, transmitidas pela TV Justiça.

Embora os modelos de escolha e nomeação sejam de certo modo similares, lá há uma efetiva disputa bipartidária entre as nomeações de Juízes para a Corte entre Democratas e Republicanos, que se reflete nos debates do Senado para a Sabatina dos nomeados, e mais importante, lá os Julgadores podem permanecer de maneira vitalícia no cargo, enquanto aqui há a aposentadoria compulsória aos 70 anos de idade por imperiosa determinação Constitucional.

Por fim, a mais brutal diferença: enquanto lá há o apego ao precedente com o acolhimento do “*stare decisis*”, em razão de representar o acolhimento de um modelo advindo da família do “*common law*”, o que permite a Suprema Corte Americana inclusive realizar julgamentos pelo modelo de Júri<sup>32</sup>, nos casos e possibilidades constitucionalmente permitidas, aqui temos a impossibilidade de se falar em precedente<sup>33</sup> e em jurisprudência<sup>34</sup>, sendo de se notar que adotamos modelo advindo do “*civil law*”.

Nesse sentido, sendo a expressão “ativismo judicial” importada de uma prática judicial da Suprema Corte Americana, mesmo enquanto “modelo teórico de descrição de uma atividade”<sup>35</sup>, essa importação precisa encontrar sérias restrições alfandegárias, especialmente quando vulgarizada como na afirmação de Luís Roberto Barroso de que “o ativismo judicial é como o colesterol: tem do bom e tem do ruim”<sup>36</sup>.

31 HOCHSCHILD, Adam S. The modern problem of Supreme Court plurality decision: interpretation in historical perspective. *Washington University Journal of Law & Policy*, v. 4, jan. 2000; MOORHEAD, R. Dean. The 1952 Ross Prize Essay: concurring and dissenting opinions. *American Bar Association Journal*, v. 38, n. 10, p. 821, oct. 1952; STEWART, David O. A chorus of voices. *American Bar Association Journal*, v. 77, n. 50, p. 923, 1991.

32 Um caso distinto e diferenciado, embora raro e na prática atual quase inexistente, merece ser citado, qual seja, a previsão de juris especiais na Suprema Corte Americana no exercício de sua jurisdição originária, pois a Sétima Emenda à Constituição dos Estados Unidos, proposta em 1789, admite: “*In Suits at common law, where the value in controversy shall exceed twenty dollars, the right of trial by jury shall be preserved, and no fact tried by a jury, shall be otherwise re-examined in any Court of the United States, than according to the rules of the common law*”. Conforme se observa, a Suprema Corte Americana julgou pelo menos 3 casos pelo modelo de júri em 1870, dos quais apenas 1 restou registrado, qual seja, o caso *Georgia v. Brailsford*, 3 U.S. (3 Dall.) 1 (1797). Cfr.: SHELFER, Lochlan F. Special Juries in the Supreme Court, *The Yale Law Journal*, v. 123, n. 1, p. 208-252, 2013.

33 Veja-se a densa abordagem de José Rodrigo Rodriguez na alegação de que em nossos tribunais, predominam opiniões pessoais, confusão e dificuldade de compressão das decisões, embora tal abordagem mereça ser também criticada. Cfr.: RODRIGO RODRIGUEZ, José. *Como decidem as cortes? Para uma crítica do Direito (Brasileiro)*. Rio de Janeiro: FVG, 2013. p. 81.

34 Ao fim e ao cabo de nossa realidade brasileira, não podemos falar que existe jurisprudência no Brasil, na esteira do entendimento de Luiz Edson Fachin, pois segundo este pensador, não existe efetivamente jurisprudência no Brasil, pois jurisprudência é método, e deve ser correspondente a um resultado de compreensão dos sentidos acerca de determinado campo jurídico, propostos pela doutrina, bem como explicitados em julgamentos por meio de entendimentos consolidados que se projetam na cultura jurídica do país a partir de sua expressão pelos tribunais. No caso brasileiro, percebe-se uma dupla falta, vale dizer, uma falta de solidez hermenêutica que não traz previsibilidade e nem estabilidade em termos de precedentes, que “são próprias do verdadeiro sentido da jurisprudência”, e falta ainda uma profunda e sistemática ação doutrinária de comentários críticos e efetivos sobre as decisões judiciais”. Cfr.: FACHIN, Luiz Edson. Um país sem jurisprudência. *Programa de Mestrado e Doutorado em Direito do UniCEUB*, Brasília, de 28 à 31 de julho de 2014. Texto enviado por Luiz Edson Fachin para o Prof. Doutor Pablo Malheiros da Cunha Frota, para o SJA – Seminário Jurídico Avançado “Um País sem jurisprudência: Como decidem os Tribunais no Brasil?”.

35 BARROSO, Luís Roberto. Prefácio: avanço social, equilíbrio institucional e legitimidade democrática. In: CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. *Dimensões do ativismo judicial do STF*. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p. 20.

36 BARROSO, Luís Roberto. Anabolizante judicial: entrevista: Luís Roberto Barroso, advogado constitucionalista. *Conjur*, 21 de setembro de 2008. Disponível em: <[http://www.conjur.com.br/2008-set-21/quando\\_legislativo\\_mal\\_judiciario\\_toma\\_conta?pagina=3](http://www.conjur.com.br/2008-set-21/quando_legislativo_mal_judiciario_toma_conta?pagina=3)>. Acesso em: 17 ago. 2014. Entrevista concedida a Rodrigo Haidar.

Em certo momento anterior, Luís Roberto Barroso havia mencionado que “ativismo judicial” e “judicialização” seriam “primos”, oriundos da mesma família e frequentadores dos mesmos lugares, mas que não teriam, no entanto, “as mesmas origens”, afirmando-se que “ativismo judicial é uma atitude, a escolha de um modo específico e proativo de interpretar a Constituição”<sup>37</sup>.

Luís Roberto Barroso alega que o “ativismo judicial” seria então parte da solução, e não do problema, vale dizer, o “ativismo judicial” seria “um antibiótico poderoso cujo uso deve ser eventual e controlado”:

Em dose excessiva, há risco de se morrer da cura. A expansão do Judiciário não deve desviar a atenção da real disfunção que aflige a democracia brasileira: a crise de representatividade, legitimidade e funcionalidade do Poder Legislativo. Precisamos de reforma política. E essa não pode ser feita por juízes.<sup>38</sup>

Cabe recordar que Luís Roberto Barroso entende que “o déficit democrático do judiciário, decorrente da dificuldade contramajoritária, não é necessariamente maior que o do Legislativo, cuja composição pode estar afetada por disfunções diversas, dentre as quais o uso da máquina administrativa nas campanhas, o abuso do poder econômico, a manipulação dos meios de comunicação”<sup>39</sup>.

Se confrontássemos as percepções de Elival da Silva Ramos com as de Luís Roberto Barroso, poderíamos então indagar sobre “Estado de Direito Democrático do Bom”, e “Separação de Poderes da Boa”, e seus respectivos inversos, o que seria no mínimo curioso, embora academicamente instigante.

Perceba-se que logo a expressão “ativismo judicial” vai perdendo significado e sendo transformada em “Colesterol Bom e Colesterol Ruim”, e já estaremos discutindo “ativismo judicial” com termos e expressões médicas (veja-se também o termo “ativismo judicial” “antibiótico poderoso”), os quais a grande maioria das pessoas desconhece efetiva e tecnicamente, induzindo que se aceite com naturalidade que existam “ativismo judicial” do bom, e do ruim. Um pejorativo e outrolouvaminheiro.

Tal situação ganha foros de dramaticidade quando Luís Roberto Barroso afirma que, em certos temas, quando houver inércia dos demais poderes, o Judiciário deveria se portar então como “o motor da história”, e suas palavras então foram as de que o “povo na rua mobilizado por mudança é a energia que move a história”, mas que para ele — Luís Roberto Barroso —, “pra fazer andar a história não precisa estar com o povo andando atrás”, complementando a assertiva com a frase: “está ruim, não está funcionando, nós temos que empurrar a história. Está emperrado, nós temos que empurrar”<sup>40</sup>. Essa afirmação não passou despercebida e indene de crítica<sup>41</sup>.

37 BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. In: COUTINHO, Jacinto Miranda; FRAGALE, Roberto; LOBÃO, Ronaldo (Org.). *Constituição e ativismo judicial: limites e possibilidades da norma constitucional e da decisão judicial*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 275-290.

38 BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. In: COUTINHO, Jacinto Miranda; FRAGALE, Roberto; LOBÃO, Ronaldo (Org.). *Constituição e ativismo judicial: limites e possibilidades da norma constitucional e da decisão judicial*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 275-290.

39 BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 390.

40 BARROSO, Luís Roberto. Entrevista concedida ao Grupo Folha: parte 2. *Poder e Política*, Brasília, 18 de dezembro de 2013. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/poder/poderepolitica/2013/12/1388983-leia-a-transcricao-da-entrevista-de-luis-roberto-barroso-a-folha-e-ao-uol---parte-2.shtml>>. Acesso em: 17 ago. 2014. Entrevista concedida a Fernando Rodrigues.

41 Mencione-se ao menos 4 inquietações de acadêmicos com relação a tal expressão “motor da história”, ou com o caso ao qual ela é vinculada, qual seja, votos dos ministros do STF e mais especificamente do Ministro Luís Roberto Barroso (e/ou sobre sua entrevista posterior) quando do julgamento sobre o “financiamento de campanhas eleitorais” (ADI 4650), nos artigos de Lênio Luiz Streck, José Levi Mello do Amaral Junior, José Miguel Garcia Medina e Rafael Tomaz de Oliveira: STRECK, Lênio Luiz. Senso incomum: o realismo ou ‘quando tudo pode ser inconstitucional’. *Conjur*, 2 de janeiro de 2014. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2014-jan-02/senso-incomum-realismo-ou-quando-tudo-inconstitucional>>. Acesso em: 01 set. 2014; OLIVEIRA, Rafael Tomaz. Diário de classe: financiamento de campanha e o STF como ‘motor da história’. *Conjur*, 4 de janeiro de 2014. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2014-jan-04/diario-classe-financiamento-campanha-stf-motor-historia>>. Acesso em: 01 set. 2014; AMARAL JÚNIOR, José Levi Mello do. Análise constitucional: inconstitucionalidade sem parâmetro no Supremo. *Conjur*, 29 de dezembro de 2013; MEDINA, José Miguel Garcia. Processo novo: uma breve retrospectiva sobre o que o Supremo

Um problema adicional será vislumbrando se o trem da história atropelar aquele que estiver atravessando a rua, como dito em metáfora pelo mesmo e próprio Luís Roberto Barroso: “Houve uma mudança qualitativa, uma mudança de paradigma. E o que era antes aceitável, subitamente passou a ser objeto de grande repulsa. Quem estava atravessando a rua nessa hora foi atropelado pelo trem da história”<sup>42</sup>.

O trem da história atropela, embora, nessa última frase, o referido autor não estivesse falando de ativismo judicial, mas se a história empurra, e se o juiz pode empurrar a história, que (e)história é essa? Esse é o motivo pelo qual parece importante abordar a questão sobre “clichês constitucionais”, para então, posteriormente, retomarmos a questão do “ativismo judicial” em Luís Roberto Barroso.

Observamos acima algumas distintas concepções sobre o “ativismo judicial”, e no próximo item iremos refletir sobre como essa expressão se torna um “cliché”, a partir da noção, conceito e críticas que essa última expressão invoca, para chegarmos a uma ideia sobre o “ativismo judicial como cliché constitucional”.

## 2.1. A questão dos “clichês constitucionais”

O conceito de “cliché” não pertence a nenhuma disciplina reconhecida. Como uma noção que ganhou corpo e ocorrência a partir do século XIX, o “cliché” não ocupa um lugar especial no campo da retórica<sup>43</sup>. “Cliché”, originalmente o nome de um preformado bloco em peça de metal fundido para produção em massa de material impresso, funciona como um instrumento de crítica no domínio cultural, e continua sendo invocado em *reviews*, debates, e nos discursos do dia a dia sem que seja objeto de uma definição mais precisa<sup>44</sup>.

Em seu nível mais básico, chamar uma expressão de “cliché” significa marcá-la subjetivamente pelo excesso de uso. A noção convencional de “cliché” sugere que este será utilizado quando um discurso tiver se tornado irritante em face de seu uso repetitivo<sup>45</sup>. Mais especificamente:

Compreende-se o cliché, geralmente, como uma maneira de expressar irritação com um pronunciamento por sua falha, divergindo até mesmo no menor grau de seu completo reconhecimento.

Isso é, novamente, demanda maior estímulo de sentidos. Desde que o inteligível está enraizado num acordo não apenas de sentidos, mas no progressivamente calcificado acordo com a comunidade, a irritação com o pronunciamento ‘excessivamente inteligível’ pode ser a expressão de um mal-estar estético com um sistema de axiomas socialmente ancorados.

A pessoa que repudia um cliché declara irritação ou mesmo exasperação com a forma sobre o que todos sabem e dizem, e portanto assinala sua impaciência com as máximas e categorias que são compartilhadas com a comunidade. Isto é, neste ponto, podemos promover a definição de um cliché [...] como algo que demanda muito pouco de sentido.<sup>46</sup>

não fez. Conjur, 23 de dezembro de 2013. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2013-dez-23/processo-breve-retrospectiva-supremo-nao-fez>>. Acesso em: 05 nov. 2013.

42 BARROSO, Luís Roberto. Entrevista concedida ao Grupo Folha: parte 2. *Poder e Política*, Brasília, 18 de dezembro de 2013. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/poder/poderepolitica/2013/12/1388983-leia-a-transcricao-da-entrevista-de-luis-roberto-barroso-a-folha-e-ao-uol---parte-2.shtml>>. Acesso em: 17 ago. 2014. Entrevista concedida a Fernando Rodrigues.

43 NORBERG, Jakob. The political theory of the cliché: Hannah Arendt reading Adolf Eichmann. *Cultural Critique*, n. 76, fall p. 77, 2010.

44 NORBERG, Jakob. The political theory of the cliché: Hannah Arendt reading Adolf Eichmann. *Cultural Critique*, n. 76, fall p. 77, 2010.

45 NORBERG, Jakob. The political theory of the cliché: Hannah Arendt reading Adolf Eichmann. *Cultural Critique*, n. 76, fall p. 80, 2010.

46 Tradução livre do original: “To complain about clichés is generally a way to express irritation at statements for their failure to diverge even in the slightest degree from complete recognizability. It is, again, to demand more stimulation for the senses. Since the intelligible is rooted in agreement not only of the senses, but in the (progressively calcified) agreement within the community, the irritation with ‘overly intelligible’ statements can also be the expression of aesthetic malaise within a system of socially anchored axioms. The person who repudiates the cliché declares irritation or even exasperation at the form of what everyone knows and

Essa é uma das possíveis análises acerca da compreensão da expressão “clichê”, e a construção dessa análise decorre da abordagem da “teoria política do clichê” a partir da escrita de Hannah Arendt para a revista *New Yorker* sobre o julgamento de Adolf Eichmann em Jerusalém<sup>47</sup>. Entretanto, outras abordagens são possíveis, e algumas delas sobre o próprio termo “ativismo judicial”.

Aliás, parece que o grande problema, talvez o maior deles, acerca da expressão “ativismo judicial”, seja o fato de que ela se tornou um “clichê”, como nos recorda Randy Barnett. Esse autor observa que o discurso popular sobre a interpretação constitucional e sobre o “*judicial review*” tendem a empregar uma série de frases repetitivas que se tornam “clichês Constitucionais”:

Frases como ‘ativismo judicial’, ‘autocontenção judicial’, ‘construção estrita’, ‘não legislar da bancada’, ‘intenção dos criadores’, ‘mão morta do passado’ e ‘*stare decisis*’ se tornaram tão dominantes no comentário público que é tudo que se ouve. Infelizmente, mesmo professores de Direito não são imunes. Havia um tempo em que cada uma destas frases grudentas significava algo e, embora cada uma delas pudesse significar alguma coisa novamente, no debate atual todas se tornaram banais e largamente ausentes de substância. Brevemente, elas se tornaram clichê<sup>48</sup>.

Segundo o referido autor, possivelmente o maior “clichê Constitucional” seja a expressão “ativismo judicial”, ao lado de sua cara-metade, a “autocontenção judicial”. Arthur Schlesinger Jr categorizou os Juízes da Corte Suprema do período do *New Deal* em 3 grupos: 1) aqueles que eram “ativistas judiciais” (*judicial activists*) (*Justices* Black, Douglas, Murphy e Rutlege), 2) aqueles que eram os “campeões da autocontenção” (*champions of self restraint*) (*Justices* Frankfurter, Jackson e Burton), e 3) um grupo intermediário (*midle group*) (*Justices* Reed e o Chief Justice Vinson).

Distinguiram-se os dois primeiros grupos de juizes da seguinte maneira: “Um grupo [dos ativistas] é mais adepto do emprego do poder judicial para a sua própria concepção sobre o bem social; o outro, é mais adepto da expansão de miríade de julgamentos para o Legislativo, mesmo se isso significar sustentar conclusões que eles particularmente condenem”<sup>49</sup>.

Ou seja, o primeiro grupo “ativistas judiciais” (*judicial activists*) relacionava a Corte a um instrumento para consecução de resultados sociais desejados, no qual a Suprema Corte poderia desenvolver um modelo de ação afirmativa de promoção do bem-estar social (*social welfare*), enquanto o segundo grupo “campeões da autocontenção” (*champions of self restraint*), relacionava o Tribunal a um instrumento que permitisse que os demais Poderes encontrassem os resultados que o povo queria, para o bem ou para o mal<sup>50</sup>.

Menciona-se sobre a referida publicação que Arthur Schlesinger Jr encontrou-se com o *Justice* Jackson após este ter sido um dos responsáveis pelas acusações de Nuremberg, tendo entrevistado todos os juizes da Suprema Corte com vistas a angariar material para sua publicação. Trabalhando para a revista *Fortune*, fora incumbido de escrever um artigo sobre juizes fraticidas em uma corte que possuía um novo presidente (Fred Vinson). Após a repercussão negativa da publicação, com os juizes zangados acerca do que fora publicado, Arthur Schlesinger Jr teria dito que é muito mais simples escrever sobre pessoas mortas<sup>51</sup>.

---

everyone says, and hence signals his or her impatience with the maxims and categories that are shared within the community. It is at this point that we can provide a definition of the cliché [...] that - demand too little of the senses”. Cfr.: NORBERG, Jakob. The political theory of the cliché: Hannah Arendt reading Adolf Eichmann. *Cultural Critique*, n. 76, fall p. 81, 2010.

47 NORBERG, Jakob. The political theory of the cliché: Hannah Arendt reading Adolf Eichmann. *Cultural Critique*, n. 76, fall 2010.

48 Tradução livre do original: “Phrases such as ‘judicial activism’, ‘judicial restraint’, ‘strict construction’, ‘not legislating from the bench’, ‘framers intent’, ‘the dead hand of the past’, and ‘stare decisis’ so dominate public commentary on the Constitution and the courts that quite often that is all one hears. Unfortunately, even law professors are not immune. There was a time when each of these catch phrases meant something and, although each could mean something again, in current debates all have become trite and largely devoid of substance. In short, they have become clichés”. Cfr.: BARNETT, Randy E. Constitutional clichés. *Capital University Law Review*, v. 36, n. 3, p. 492-510, 2008. p. 493.

49 SCHLESINGER JR., Arthur M. The Supreme Court: 1947, *Fortune*, v. 35, p. 201, jan. 1947.

50 SCHLESINGER JR., Arthur M. The Supreme Court: 1947, *Fortune*, vol. 35, p. 201-202, jan. 1947.

51 SCHLESINGER JR., Arthur M. *A life in the 20th century: innocent beginnings, 1917-1950*. New York: Houghton Mifflin, 2000;

Conforme se observou há algum tempo, “ativismo judicial” seria uma expressão notoriamente desprovida de qualquer significado consistente. Keenan Kmiec sintetiza alguns dos sentidos atribuídos a expressão “ativismo judicial” através dos anos: 1) Invalidação de Ações Constitucionais de outros Poderes, 2) Falha na aderência ao precedente, 3) Legislação judicial, 4) afastamento de metodologia interpretativa aceitável, e, 5) Julgado de resultado orientado<sup>52</sup>.

Como observado, a vinculação do termo “ativismo judicial” ao período do *New Deal* deixa claro que se trata de interferência judicial sobre o legislativo, com a declaração de inconstitucionalidade, e geralmente tem sido utilizada de maneiras as mais diversas, positivamente, negativamente até mesmo de maneira neutra<sup>53</sup>, mas normalmente é utilizada para “criticar uma prática judicial que deveria ser evitada por juízes e oposta ao público”. Passa a ser um “cliché Constitucional vazio”. Falar em “ativismo judicial” tornou-se um etiquetamento que se impõe ao final de uma análise metodológica e substantiva de uma decisão judicial em particular<sup>54</sup>.

Um “cliché” ainda pode ser descrito como “um tipo de argumento que não é um argumento”, vazio de sentido, e que as pessoas utilizam na esperança de vencer um diálogo sem que o argumento seja eventualmente contestado, algumas vezes ligado a preguiça de pensar, e outras vezes essa preguiça de pensar meramente propicia a vulnerabilidade para o pensamento radical<sup>55</sup>, e tais clichês podem ser utilizados tanto por liberais quanto por conservadores<sup>56</sup>.

Já na década de 1980 observa-se que o Justice William Rehnquist, da Suprema Corte Americana, se preocupava com o fato de que a Corte pudesse estar trilhando um caminho de atuação por “clichês”<sup>57</sup>. O referido Juiz menciona a definição dicionarista de clichê, que trata do significado da palavra como “expressão ou frase banal ou estereotipada”, afirmando que o problema com o clichê não seria o fato de este representar uma falseabilidade, mas sim o de representar uma simplificação daquilo que é complexo, evitando-se que se preste atenção a questões mais sensíveis que estão inseridas naquilo que as discussões mais complicadas remetem. Os “clichês” não substituem uma inverdade, propriamente dita, mas representam uma troca “supsimplificada” por uma questão muito mais complexa<sup>58</sup>.

Lemas e frases curtas geralmente são utilizados na “arena política” em períodos eleitorais, mas ainda nos anos 1980 temeu-se que tal estivesse ocorrendo na “arena judicial”, que teria sucumbido a tentação de substituir análises racionais profundas e pensamento sofisticado por “clichês”. Alegou-se que a única maneira de evitar ser governado por “clichês” seria empreender uma discussão intensa e profunda de questões importantes, conforme o exemplo do famoso debate Lincoln-Douglas no verão de 1858 sobre a decisão da Suprema Corte no caso *Dred Scott v. Sandford*<sup>59</sup>.

Sintetiza-se o seguinte fragmento do pensamento do autor: “Eu tenho muito receio que ao invés de sentar e pensar cuidadosamente sobre o papel dos governos nacional, estadual e local, dos legislativos e do judiciário em nossa sociedade, nós sucumbimos à tentação de aceitar os “clichês” que os outros atribuem a

BARRETT, John Q. *Arthur M. Schlesinger Jr.: in action, in archives, in history*, 2007. Available at: <<http://thejacksonlist.com/wp-content/uploads/2014/02/20071015-Jackson-List-re-Arthur-Schlesinger.pdf>>. Accessed on: 17 aug. 2014.

52 KMIIEC, Keenan D. The origin and current meanings of ‘judicial activism’. *California Law Review*, v. 92, n. 5, oct. 2004.

53 Esta afirmação de que a expressão pode ser utilizada de maneira neutra, positiva ou negativa refere-se respectivamente a utilizações que valoram (positivamente ou negativamente) ou que simplesmente deixam de valora a expressão (limitando-se a relatar, com ares de indiferença).

54 BARRETT, John Q. *Arthur M. Schlesinger Jr.: in action, in archives, in history*, 2007. Available at: <<http://thejacksonlist.com/wp-content/uploads/2014/02/20071015-Jackson-List-re-Arthur-Schlesinger.pdf>>. Accessed on: 17 aug. 2014. p. 495.

55 GOLDBERG, Jonah. *The tyranny of clichés: how liberals cheat in the war of ideas*. New York: Sentinel, 2012. p. 1-4.

56 GOLDBERG, Jonah. *The tyranny of clichés: how liberals cheat in the war of ideas*. New York: Sentinel, 2012. p. 17.

57 REHNQUIST, William H. Government by cliché: keynote address of the Earl F. Nelson lectures series, *Missouri Law Review*, v. 45, n. 3, summer 1980.

58 REHNQUIST, William H. Government by cliché: keynote address of the Earl F. Nelson lectures series, *Missouri Law Review*, v. 45, n. 3, summer 1980. p. 379.

59 REHNQUIST, William H. Government by cliché: keynote address of the Earl F. Nelson lectures series, *Missouri Law Review*, v. 45, n. 3, summer 1980. p. 380.



estas inter-relações”<sup>60</sup>.

O argumento aqui é o de que a expressão “ativismo judicial” tem sido manipulada para tentar retirar o foco, e mesmo decompor a mais importante equação constitucional quando estivermos falando de efetiva prática decisória: se a Constituição foi cumprida, com respeito aos direitos fundamentais e deferência especial ao postulado democrático que repousa no respeito a separação dos poderes.

São 4 elementos fundantes que o uso da expressão “*judicial activism*”, “ativismo judicial” tenta escamotear, e vem realizando sobre esse propósito um excelente trabalho. Se existe “Colesterol bom no bom Ativismo Judicial”, logo a discussão que se encontra na parte subcutânea dessa camada argumentativa será se existe um “**Cumprimento da Constituição** bom no bom Ativismo Judicial sem Colesterol”, ou se existe uma “**Separação de Poderes** boa no bom Ativismo Judicial sem Colesterol”, ou se existe uma “**Democracia** boa no bom Ativismo Judicial sem Colesterol”, ou se existe “**Respeito aos Direitos Fundamentais** bom no bom Ativismo Judicial sem Colesterol”.

Mesmo quando se escrevem artigos longos, teses e dissertações partindo-se de um dado construído como “ativismo judicial”, estaremos diante da tentativa de se “complexificar” um “cliché” sem que essa palavra seja de fato problematizada, questionada, debatida sua existência, função, estrutura e racionalidade à exaustão.

Para utilizar um exemplo referido por William Rehnquist, basta observar as palavras esculpidas na entrada principal do esplêndido prédio que abriga a Suprema Corte Americana: “*Equal Justice Under Law*”, ou mesmo o “lema” cravado na entrada mais privativa do mesmo edifício: “*Justice, Guardian of Liberty*”. Podem até ser lemas inspiradores, mas nada dizem por si mesmos acerca das questões mais óbvias que podem surgir sobre o sistema de administração da justiça dos Estados Unidos<sup>61</sup>.

Seria o caso de se complexificar um clichê, se alguém começasse a divagar sobre “*Equal Justice Under Law*” ou sobre “*Justice, Guardian of Liberty*” sem questionar a raiz de onde se parte, ou como mencionado acima, “sem que esta[s] palavra[s] seja[m] de fato problematizada[s], questionada[s], debatida[s] sua[s] existências[s], função[ões], estrutura[s] e racionalidade[s] à exaustão”. Tal tentativa de complexificar em nada contribuirá para o debate sério, antes, servirá para propagar a perpetuação de um fantasma, terá quase ajudado a criar um “*hoax*”.

Não se está a sustentar que qualquer discussão sobre “ativismo judicial” seja desnecessária. Bem entendido, está a se sustentar que quando ela, a expressão “ativismo judicial” se torna um “cliché”, vazia de significado por si mesma, sem que se questione o seu “*founding father*” (Arthur Schlesinger Jr) e sem que se problematize o contexto, as razões, os fundamentos, a função, a estrutura, e todas as implicações daí advindas, então ai sim será observada a discussão rasa e talvez desnecessária.

Para uma breve provocação, podemos partir de Miguel Reale na elementar e perturbadora alegação de que “o sentido de universalidade revela-se inseparável da filosofia” e que se deve procurar “renovar as perguntas formuladas, no sentido de atingir as respostas que sejam ‘condições’ das demais”<sup>62</sup>.

Os “clichês” fazem exatamente o contrário, procurando etiquetar um lema, uma frase simplificadora que tenha pretensão de finalizar uma questão antes mesmo de discuti-la, e a partir desse “fundamento” “criado/estabelecido”, permitir que se aponham outros tijolos, argamassa e cimento, mas o destino já é de antemão conhecido. É inexorável. O ‘edifício’ rui como se tivesse sido construído com utilização de material impróprio e/ou muitos defeitos de construção. Assim temos o “ativismo judicial”, o “nosso” Palace II<sup>63</sup>.

60 REHNQUIST, William H. Government by cliché: keynote address of the Earl F. Nelson lectures series, *Missouri Law Review*, v. 45, n. 3, summer 1980. p. 381.

61 REHNQUIST, William H. Government by cliché: keynote address of the Earl F. Nelson lectures series, *Missouri Law Review*, v. 45, n. 3, summer 1980. p. 380.

62 REALE, Miguel. *Introdução à filosofia*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 1-3.

63 Debalde a talvez desnecessária referência, ante o fato público e notório, fica o registro aos mais novos, pois fatos públicos

Observe-se, *en passant*, que o problema não é o uso de/da metáfora, aliás muitas delas são utilizadas neste artigo. O problema, ou o perigo, é quando a metáfora passa a elidir o processo racional que está nos limites da analogia que a metáfora transmite<sup>64</sup>. Em seu melhor, as metáforas auxiliam a moldar o pensamento conjurando imagens vivas para clarificar conceitos difíceis, mas seu mal uso pode conduzir a imagens equivocadas<sup>65</sup>, sendo certo que no desenvolvimento constitucional há uma miríade de possibilidades que as metáforas naturais e orgânicas obscurecem (casos de ‘*living tree*’ e de ‘*living constitution*’ no Constitucionalismo Americano)<sup>66</sup>.

Observa-se que não é novidade o fato de que o raciocínio jurídico é a um só tempo analógico e taxonômico, e que a metáfora é uma poderosa ferramenta para ambos. O poder da metáfora é tamanho que colore e controla o pensamento subsequente sobre determinado assunto<sup>67</sup>.

A propósito, observando de perto o estudo linguístico da metáfora e o discurso jurídico, ambos envolvem paradoxos e apropriação, e o Direito é uma disciplina que requer um alto grau de precisão linguística que a linguagem metafórica pode não fornecer. Aliás, a metáfora pode ser definida como “o sistema de transferência”, um processo de mudança semântica de um domínio para outro<sup>68</sup>. O problema da metáfora, por si mesma, além do que já se mencionou, também é o seu reducionismo e a sua simplificação. No caso do “ativismo judicial” (colesterol do bom e do ruim), esse reducionismo e simplificação é particularmente significativo e facilmente observável.

A excessiva simplificação de questões que não são tão simples está inserida nas inúmeras críticas feitas por Lênio Streck, que afirma que “ativismo judicial” é a vulgata da judicialização, e foi exatamente a partir dessa alegação que passamos a suspeitar que a expressão é um “cliché”. Esse autor realiza crítica a Luís Roberto Barroso e a Thamy Pogrebinski, afirmando que há excesso de judicialização, e que quando diz excesso não está admitindo um “ativismo adequado ou necessário”, mas sim que “ativismo é vulgata de judicialização. Não há bom ou mau ativismo”<sup>69</sup>. Excessiva simplificação também encontra reflexo na chamada “dificuldade crítica do Direito”, como menciona o mesmo Lênio Streck:

“É árdua a missão de criticar. Mais fácil é pegar um tema e partir dele, como se nada houvesse antes: ‘saio escrevendo e... bingo!’. E descrever e, quando muito dar uns ‘palpites’, algo do tipo ‘fiz uma tese e saquei que a justiça está com excesso de processos e, portanto, devemos limitar o acesso dos (e aos) utentes’ ou ‘o artigo tal, da lei tal tem um furo e os utentes podem partir por ali para conseguirem pagar menos impostos’[...]. Criticar o que tem sido feito no Direito não é tarefa fácil. Escrever contra a *communis opinio* é ‘dureza. É mais fácil seguir a correnteza do que nadar contra ela’<sup>70</sup>

É a partir dessa discussão que a expressão “Ativismo Judicial” tem pretensão simplificadora, e se tornou de fato um “cliché constitucional”, barato e vazio, e que deve urgentemente ser abandonado enquanto pre-

---

e notórios são datados no tempo e seu registro temporal atrelado a um determinado espaço. Palace II foi um Edifício residencial construído na Barra da Tijuca, Rio de Janeiro e que desabou parcialmente em 22 de fevereiro de 1998. Há época alegou-se de maneira midiática que teria sido utilizada areia de praia em sua construção, mas conforme dados contidos na sentença, após análise de inúmeras perícias, atribuiu-se o desabamento ao comprometimento das estruturas por erro de cálculo e de construção, conforme registrado na Sentença do Juiz Heraldo Saturnino de Oliveira, nos autos nº 98.001.184167-8, no Juízo da 33ª Vara Criminal da Comarca do Rio de Janeiro, Capital.

64 SIRICO JR, Louis J. Failed constitutional metaphors: the wall of separation and the penumbra. *University of Richmond Law Review*, v. 45, p. 488, jan. 2011.

65 JACKSON, Vicki C. Constitutional as ‘living trees’? Comparative Constitutional Law and Interpretative Metaphors. *Fordham Law Review*, v. 75, n. 2, p. 960, 2006.

66 GARDNER, James. The ‘states-as-laboratories’ metaphor in state constitutional law. *Valparaiso University Law Review*, v. 30, n. 2, p. 475-491, 1996. p. 475.

67 FROMKIN, Michael. The metaphor is the key: cryptography, the clipper chip, and the constitution. *University of Pennsylvania Law Review*, v. 143, p. 709-897, 1995. p. 860.

68 SZE-MAN SIMONE, Yeung. *The rule of metaphor and the rule of law: critical metaphor analysis in judicial discourse and reason*. 2010. 133 f. Thesis (Master of Philosophy) – The University of Hong Kong, Hong Kong, 2010. p. 1-5.

69 STRECK, Lênio Luiz. *Compreender direito: como o senso comum pode nos enganar*. São Paulo: RT, 2014. v. 2. p. 164-165.

70 STRECK, Lênio Luiz. *Compreender direito: como o senso comum pode nos enganar*. São Paulo: RT, 2014. v. 2. p. 88-92.

tensão de discussão acadêmica, especialmente quando estamos a tratar de coisas tão sérias quanto decisões judiciais.

Não se pretende, por meio deste estudo, banir a (s) palavra (s) “ativismo judicial”, “ativismo judicial bom”, “ativismo judicial mau” para que a (s) coisa (s) desapareça (m), bem entendido. A esse propósito, para compreensão do quanto necessário, observe-se o luminoso texto de Lênio Streck (As Palavras e as Coisas na terra dos fugitivos) que denuncia certa falácia realista, deixando claro que as palavras não carregam a essência e nem portam seu próprio sentido, e de que não se aprisionam coisas dentro dos seus próprios conceitos<sup>71</sup>.

Repita-se, não se sustenta aqui que se deixarmos de utilizar o termo ativismo judicial (bom, mau, co-lesterol) ele — o ativismo judicial — deixará de existir, com(o) “aquilo que o termo denota no imaginário social”<sup>72</sup>. Absolutamente, até porque, conforme observado pela já citada Clarissa Tassinari, não se observa um acordo semântico mínimo sobre a expressão. Antes, sustentamos que o termo e sua utilização prática têm sido empregados como um “clichê” de modo a encerrar um debate antes mesmo dele se iniciar.

Sustenta-se que a expressão é inadequada da maneira como utilizada, fora de contexto histórico e institucional, banalizada e com pretensão simplificadora. Não parece adequada para acusação ou defesa de decisão judicial (ativismo bom, ativismo ruim). Reclama-se densificação de sentidos, e exaustão de debate sobre todas as questões que a expressão aparenta camuflar. As críticas às decisões judiciais devem ser constantes, profundas e densificadas ao extremo, com sofisticação e verticalidade.

Assim, tomamos clichê também como a “reprodução de uma figura já fechada, de uma fórmula já conhecida, e que só aparece no interior de um contexto enunciativo, no interior de um discurso”<sup>73</sup>. O próximo item irá abordar a utilização da expressão “Ativismo Judicial” e de como ela se torna um “clichê” em Luís Roberto Barroso, explorando manifestações por ele externadas antes de se tornar Ministro do STF, e ainda, manifestações durante sua sabatina no Senado.

## 2.2. O ativismo judicial como clichê constitucional em LRB

Para uma pequena digressão sobre o conceito de “ativismo judicial” específico e contextualizado, referente ao pensamento de Luís Roberto Barroso, verifica-se que esse professor e Ministro do STF definiu o tema “ativismo” como “uma atitude: um modo proativo e expansivo de interpretar a Constituição, dela extraíndo regras não expressamente criadas pelo constituinte ou pelo legislador”<sup>74</sup>. Sugestiona como sendo algo bom: agir proativo, afastado da inércia, criando norma que poderia ter sido criada apenas “implicitamente” pelo legislador ou mesmo pelo constituinte.

Essa afirmação de Luís Roberto Barroso é complementada por um raciocínio pretensamente sofisticado que precisa ser aqui analisado. Esse Ministro do STF menciona que o Supremo Tribunal Federal tem desempenhado dois papéis específicos, quais sejam: 1) papel contramajoritário, e, 2) papel representativo. No primeiro caso (papel contramajoritário), alega que teria lugar quando o Poder Judiciário vier a sobrepor a sua própria valoração sobre a atuação do Executivo ou do Legislativo, seja declarando a inconstitucionalidade

71 O contexto do texto de Lênio Streck tocou a polêmica palavra/expressão (e a polêmica sobre o uso da palavra/expressão) “periguetização do direito”, ou mais especificamente, a frase: “Se o direito fosse fácil, seria periguetete”. Cfr.: STRECK, Lênio Luiz. Senso incomum: as palavras e as coisas na terra dos fugitivos. *Conjur*, 20 de março de 2014. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2014-mar-20/senso-incomum-palavras-coisas-terra-fugitivos>>. Acesso em: 01 set. 2014.

72 STRECK, Lênio Luiz. Senso incomum: as palavras e as coisas na terra dos fugitivos. *Conjur*, 20 de março de 2014. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2014-mar-20/senso-incomum-palavras-coisas-terra-fugitivos>>. Acesso em: 01 set. 2014.

73 SANTOS, Fernanda Ferreira dos. O clichê como esvaziamento do discurso: uma leitura de Bouvard et Pécuchet, de Gustave Flaubert. *Revista Litteris*, n. 9, 2012.

74 BARROSO, Luís Roberto. Prefácio: avanço social, equilíbrio institucional e legitimidade democrática. In: CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. *Dimensões do ativismo judicial do STF*. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p. 20.

de uma Lei ou “existindo uma política pública conduzida pela Administração em relação a determinada matéria, o tribunal determina sua modificação ou uma política alternativa”<sup>75</sup>.

Luís Roberto Barroso menciona que essa competência deve ser executada com grande cautela institucional, sugerindo que juízes e tribunais deverão ser “deferentes para com as opções feitas pelo Congresso ou pelo Presidente”, mencionando ainda que decisões políticas “devem ser tomadas por quem tem voto, por quem tem o batismo da representação popular”, ressaltando que esse não seria o caso dos Ministros do STF<sup>76</sup>.

No entanto, Luís Roberto Barroso afirma que a “pretensão de autonomia absoluta do direito em relação à política é impossível de se realizar”, e que “as soluções para os problemas nem sempre são encontradas prontas no ordenamento jurídico, precisando ser construídas argumentativamente por juízes e tribunais”. Afirma ainda que, em tais casos, “a experiência demonstra que os valores pessoais e a ideologia do intérprete desempenham, tenha ele consciência ou não, papel decisivo nas conclusões a que chega”<sup>77</sup>.

Para uma minimamente adequada apreensão ideológica de Luís Roberto Barroso, além de suas próprias palavras quando do depoimento por ocasião dos 70 anos da UERJ, indispensável à leitura e reflexão das 66 páginas que compreendem o “prefácio”<sup>78</sup>, a “apresentação”<sup>79</sup> e a “introdução”<sup>80</sup> da obra “Direito Regulatório”, de autoria de Diogo de Figueiredo Moreira Neto<sup>81</sup>, mas, neste estudo, nos ocuparemos especificamente do item que possui o nome “uma nota ideológica”, escrito pelo próprio autor.

Tal nota ideológica é precedida pelo enfoque acerca de duas maneiras de enxergar o mundo. Menciona que “Diogo de Figueiredo” e ele (Luís Roberto Barroso) seriam “originários de lados opostos do espectro político”. Diogo seria um militante da causa da liberdade de iniciativa, do modo de produção capitalista e um cético sobre as potencialidades do Estado em sua atuação na área econômica<sup>82</sup>.

Já Luís Roberto Barroso se confessa como o oposto, pois vem de uma militância de juventude que via o Estado como o grande protagonista da transformação social. Menciona sobre si mesmo um excerto de anos atrás, como marca que o caracterizaria:

Em meio aos escombros, existe no Brasil toda uma geração de pessoas engajadas, que sonharam o sonho socialista, que acreditavam estar comprometidas com a causa da humanidade e se supunham passageiras do futuro. Compreensivelmente abalada, esta geração vive uma crise de valores e de referencial. Onde se sonhou a solidariedade, venceu a competição. Onde se pensou a apropriação coletiva, prevaleceu o lucro. Quem imaginou a progressiva universalização dos países, confronta-se com embates nacionalistas e éticos. [...] É indiscutível: eles venceram<sup>83</sup>.

O autor faz uma sucinta resenha histórica da ditadura brasileira, e de tudo que isso representou para “sua geração”, e que a promulgação da Constituição de 1988 e a queda do “Muro de Berlim”, em outubro de 1989 mudariam o curso da história. Nesse último caso, pontua:

75 BARROSO, Luís Roberto. Prefácio: avanço social, equilíbrio institucional e legitimidade democrática. In: CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. *Dimensões do ativismo judicial do STF*. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p. 20.

76 BARROSO, Luís Roberto. Prefácio: avanço social, equilíbrio institucional e legitimidade democrática. In: CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. *Dimensões do ativismo judicial do STF*. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p. 20-21.

77 BARROSO, Luís Roberto. *O Controle de constitucionalidade no direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 404.

78 BARROSO, Luís Roberto. Prefácio: o estado que nunca foi. In: MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Direito regulatório*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 1-9.

79 BARROSO, Luís Roberto. Apresentação. In: MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Direito Regulatório*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 11-14.

80 BARROSO, Luís Roberto. Prefácio: o estado que nunca foi. In: MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Direito regulatório*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p.15-66.

81 MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Direito regulatório*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

82 BARROSO, Luís Roberto. Prefácio: o estado que nunca foi. In: MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Direito regulatório*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 2.

83 BARROSO, Luís Roberto. Prefácio: o estado que nunca foi. In: MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Direito regulatório*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 3, nota de rodapé n. 2.

A experiência com o socialismo real, que empolgara corações e mentes pelo mundo afora, e que foi seguida por mais de um terço da humanidade, desabava ruidosamente. Um sonho desfeito em autoritarismo, burocracia, privilégios e pobreza. A crença ambiciosa na possibilidade de mudar o curso da história e de reelaborar a própria condição humana, em nome de um projeto humanista e solidário, virara cinzas. **Ao menos naquele momento e por aquele modelo institucional**<sup>84</sup>. (sem o destaque no original)

Menciona sua construção epistemológica da história do Brasil, afirmando herança patrimonialista oriunda de atávica “apropriação do espaço público pelo interesse privado dos estamentos dominantes”, e que sem chegar jamais a ser verdadeiramente liberal, social e socialista, o Estado brasileiro chegara ao final do século XX estigmatizado pela burocracia, ineficiência, apropriação privada, desperdícios de recursos públicos, corrupção, seria o Brasil pré-2003, um Estado da Direita, e portanto do atraso social<sup>85</sup>.

Financiador dos ricos e “favelizador ideológico”, haveria “um exercício inevitável de desconstrução a ser feito”. Para Luís Roberto Barroso “a redefinição do Estado brasileiro” e o “desmonte de determinadas estruturas viciadas não constitui uma opção ideológica”, seria, para ele, “uma inevitabilidade histórica”. O autor é contra o Estado Mínimo<sup>86</sup>.

Ou seja, observa-se que, para Luís Roberto Barroso, o ideário utópico do Socialismo Real que ruiu com a queda do Muro de Berlim teria virado cinzas “ao menos naquele momento e por aquele modelo institucional”, sendo de se supor que ele poderia ser “revigorado” por meio de outra instituição (O Supremo Tribunal Federal), num momento histórico em que ele, Luís Roberto Barroso, passa a ser um dos “motores da história”, por meio do instrumental dos “valores pessoais e da ideologia” que estariam presentes nas suas futuras decisões judiciais, como afirma o próprio autor.

Luís Roberto Barroso menciona ainda, que: “todavia, quando a ação política contrariar, de modo inequívoco, a Constituição, não haverá alternativa”, e que “salvo uma ou outra decisão fora da curva, é possível afirmar que o STF exerce, com bastante parcimônia, sua função contramajoritária”. Faltou apenas mencionar o que seria considerado como “fora da curva”, e/ou o que seria “contrariar de modo inequívoco a Constituição”<sup>87</sup>. Observa-se um déficit de densificação das palavras avaliatórias<sup>88</sup>.

Alega ainda que em muitas circunstâncias, o STF tem exercido — com mais frequência — seu papel “representativo” (função representativa). Isso seria exercer o “atendimento de demandas sociais inequívocas que não foram satisfeitas a tempo e a hora pelo processo político majoritário”, e que neste caso sua atuação teria sido “mais ativista”, citando o exemplo do caso que “equiparou as uniões homoafetivas às uniões estáveis convencionais”, ou ao caso da “autorização de interrupção de gestação de fetos anencefálicos”<sup>89</sup>.

Para Luís Roberto Barroso, ambas as situações seriam casos em que direitos fundamentais ficariam paralisados pela incapacidade de o legislativo editar lei que os regulamentasse, mas como os problemas existiam “na vida real”, a criação judicial do Direito teria sido ou se tornado “inevitável”, e que ninguém vislumbraria excessos nesses exemplos, mencionando que estariam mais “próximos da fronteira” as decisões sobre a fidelidade partidária, mas que, ainda assim, “seria possível vislumbrar uma imensa demanda social por reforma

84 BARROSO, Luís Roberto. Prefácio: o estado que nunca foi. In: MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Direito regulatório*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 7.

85 BARROSO, Luís Roberto. Prefácio: avanço social, equilíbrio institucional e legitimidade democrática. In: CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. *Dimensões do ativismo judicial do STF*. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p. 6-7.

86 BARROSO, Luís Roberto. Prefácio: avanço social, equilíbrio institucional e legitimidade democrática. In: CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. *Dimensões do ativismo judicial do STF*. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p. 7-8.

87 BARROSO, Luís Roberto. Prefácio: avanço social, equilíbrio institucional e legitimidade democrática. In: CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. *Dimensões do ativismo judicial do STF*. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p. 21.

88 A este propósito, confira-se a abordagem de Roberto Freitas Filho acerca da necessidade de se densificar as palavras avaliatórias. Cfr.: FREITAS FILHO, Roberto. *Intervenção Judicial nos contratos e aplicação dos princípios e das cláusulas gerais: o caso do leasing*. Porto Alegre: S. A. Fabris, 2009.

89 BARROSO, Luís Roberto. Prefácio: avanço social, equilíbrio institucional e legitimidade democrática. In: CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. *Dimensões do ativismo judicial do STF*. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p. 21.

política, não satisfeita pelo processo político majoritário”<sup>90</sup>.

Triplamente equivocado. Primeiro, é possível vislumbrar excessos, sim; e segundo, tenta naturalizar de maneira positiva a expressão “ativismo”, reduzindo a Constituição a um inconveniente ao qual é preciso se livrar quando questões da vida invocam “criação judicial do Direito”. Mais equivocado ainda, em terceiro lugar, quando refere que o Supremo Tribunal Federal exerce “função representativa”<sup>91</sup>.

O STF não pode se arrogar em buscar representatividade popular e ao mesmo tempo exercer uma “contrarrepresentatividade” popular, pois equivaleria a dizer que a Suprema Corte ora pode fazer (com base em ideologia e valores pessoais) do preto o branco, e ora fazer do branco o preto, cobrar o escanteio, cabecear e defender o gol, ou melhor, agindo como verdadeiro Poder Moderador, como se fosse um legitimado representante divino, ignorando a existência dos artigos 2º e 60 § 4º da Constituição Federal da República Federativa do Brasil.

Dito de outro modo: se o STF vier a exercer papel de representação popular, ele se sentirá legitimado para “emendar” a Constituição “*sponte sua*”, legislando — porque estará exercendo “representação popular” — e, de outro modo, quando lhe for conveniente, impedirá a atuação dos outros poderes sob o pretexto do signo “contramajoritário”. Tudo, com base em valores pessoais e ideologia.

Parece interessante, nesse sentido, recordar o ideário de Oscar Vilhena Vieira que visualiza o Supremo Tribunal Federal como “o novo poder moderador” na reconhecidamente provocativa expressão “Supremocracia”<sup>92</sup>. No mencionado texto de Oscar Vilhena Vieira, a expressão “Supremocracia” cuida de focar momento histórico em que as Constituições seriam feitas para “liderar o processo de mudança social” e a expressão mesma “Supremocracia” seria utilizada para explicar o atual estado da arte do STF após muitos anos de seu desenvolvimento histórico e após o período inicial da promulgação do texto constitucional de 1988, em que se “aponta para uma mudança no equilíbrio do sistema de separação de poderes no Brasil”<sup>93</sup>.

Fala-se então de “Supremocracia” em um duplo sentido, vale dizer, primeiro sobre a autoridade do Supremo em relação às demais instâncias do poder judiciário especialmente sobre a histórica “enorme dificuldade em impor suas decisões” que teria sido “resolvida” somente em 2005 com a criação do instituto das súmulas vinculantes com que o STF poderia “enquadrar as demais instâncias” em que se teria completado um ciclo de concentração de poderes “nas mãos do Supremo”<sup>94</sup>.

O segundo sentido do termo “Supremocracia” se refere à expansão da autoridade do STF frente aos demais poderes, referindo-se, a partir da grande historiadora do Supremo, Leda Boechat Rodrigues, que já no Império havia a ideia de colocar a Suprema Corte no centro de nosso sistema político: “Pedro II, no final de seu reinado, indagava se a solução para os impasses institucionais do Império não estaria na substituição do Poder Moderador por uma Corte Suprema como a de Washington”<sup>95</sup>. Hoje, aquela Corte Americana é vista não como uma Corte de verdade, mas como “muito Política”, comparada a Casa dos Lordes<sup>96</sup>.

90 BARROSO, Luís Roberto. Prefácio: avanço social, equilíbrio institucional e legitimidade democrática. In: CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. *Dimensões do ativismo judicial do STF*. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p. 21.

91 BARROSO, Luís Roberto. Prefácio: avanço social, equilíbrio institucional e legitimidade democrática. In: CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. *Dimensões do ativismo judicial do STF*. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p. 21.

92 VIEIRA, Oscar Vilhena. Supremo Tribunal Federal: o novo poder moderador. In: MOTA, Carlos Guilherme; SALINAS, Natasha S. C. (Coord.). *Os juristas na formação do estado-nação brasileiro: de 1930 aos dias atuais*. São Paulo: Saraiva, 2010; VIEIRA, Oscar Vilhena. Supremocracia. *Revista Direito GV*, n. 8, p. 441-464, 2008.

93 VIEIRA, Oscar Vilhena. Supremo Tribunal Federal: o novo poder moderador. In: MOTA, Carlos Guilherme; SALINAS, Natasha S. C. (Coord.). *Os juristas na formação do estado-nação brasileiro: de 1930 aos dias atuais*. São Paulo: Saraiva, 2010; VIEIRA, Oscar Vilhena. Supremocracia. *Revista Direito GV*, n. 8, 2008. p. 441-464.

94 VIEIRA, Oscar Vilhena. Supremo Tribunal Federal: o novo poder moderador. In: MOTA, Carlos Guilherme; SALINAS, Natasha S. C. (Coord.). *Os juristas na formação do estado-nação brasileiro: de 1930 aos dias atuais*. São Paulo: Saraiva, 2010; VIEIRA, Oscar Vilhena. Supremocracia. *Revista Direito GV*, n. 8, 2008. p. 441-464.

95 VIEIRA, Oscar Vilhena. Supremo Tribunal Federal: o novo poder moderador. In: MOTA, Carlos Guilherme; SALINAS, Natasha S. C. (Coord.). *Os juristas na formação do estado-nação brasileiro: de 1930 aos dias atuais*. São Paulo: Saraiva, 2010; VIEIRA, Oscar Vilhena. Supremocracia. *Revista Direito GV*, n. 8, 2008. p. 441-464.

96 POSNER, Richard. Como eu escrevo. Trad. Ana Caroline Pereira Lima, Thiago Santos Aguiar de Pádua. *Revista Brasileira de*

Recorde-se, ainda, que não é apenas no final do reinado de Pedro II que se cogitara reforçar o papel e os poderes do Supremo, mas, também, em 1978 há referência sobre a pretensão de fazer com que a Corte Suprema, que seria transformada em Conselho Constitucional, fosse “substituir a ação discricionária do governo revolucionário” e tivesse o destino de conduzir a nação aos rumos do Estado de Direito exercendo funções políticas e judiciais<sup>97</sup>.

Não obstante, o papel de “árbitro” entre os poderes nos dias depois do império foi menos exercido pelo Supremo do que pelas forças armadas, como relembra Oscar Vilhena, e que apenas com a Constituição de 1988 é que houve uma espécie de encaixe no qual de fato o STF “deslocou-se para o centro de nosso arranjo político”. A discussão acerca de “controle” e “equilíbrio” permeia parte significativa do texto mencionado que suscita e provoca o debate sobre a expressão “Supremocracia”<sup>98</sup>.

No entanto, essa função “Supremocrática” não se coaduna com o ora vigente texto Constitucional, uma vez que o STF não é a chave que controla os demais poderes, e nem está acima e fora da clássica separação de poderes, em razão do quanto estipulado pelo Constituinte no art. 2º, e no artigo 60, § 4º, da Constituição de 1988, a menos e não antes que se realize (acaso se a aceite) uma “dupla revisão” no texto Constitucional<sup>99</sup>.

A dupla revisão, que deveria inicialmente alterar o art. 60, § 4º da Constituição de 1988, estabelecendo uma consulta popular sobre a segunda alteração, que acaso também realizada e aceita, deveria inserir o art. 10 e o art. 98 da Constituição do Império de 1824 no corpo da atual Constituição, a inserir e dizer expressamente no artigo 2º da Constituição de 1988 que “São 4 os Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Poder Moderador, o Executivo e o Judiciário. Parágrafo Único. O Supremo Tribunal Federal passa a representar o Poder Moderador, representando a chave de toda organização política, a quem cabe velar sobre a manutenção da independência, equilíbrio, e harmonia dos demais Poderes”<sup>100</sup>.

Conforme nos relembra Gisela Maria Bester, a separação dos poderes existe primordialmente para limitar o poder em relação aos direitos dos cidadãos, e em termos gerais: “a separação dos poderes no fundo foi o meio encontrado para conter o poder unitário do governante nas suas investidas contra a liberdade dos governados (em tal época, súditos), vale dizer, contra os direitos destes”, e ainda, segundo a mesma autora, a teoria da separação dos poderes (em realidade separação das funções do Estado), originalmente desenvolvida por Locke e depois aperfeiçoada por Montesquieu, e que muito embora atualmente seja possível referirmo-nos à separação tripartite (Executivo, Legislativo e Judiciário) “no Império tivemos a separação quadripartite (ou pentapartite) com a presença do poder moderador” por influência do francês Benjamin Constant em seus “Princípios de Política”<sup>101</sup>.

De todo modo, a construção da ideia de um “poder” que “guarda sem ser guardado e que “controla sem ser controlado”<sup>102</sup> ostenta certa semelhança com as observações contemporâneas feitas sobre o STF, acusado de “Supremocracia” por Oscar Vilhena Vieira, que aponta a Suprema Corte Brasileira como “o novo poder moderador” e, nesse sentido, controlaria sem ser controlado e guardaria sem ser guardado. Isso não é a sua função e nem a sua missão Constitucional.

---

*Políticas Públicas*, Brasília, v. 4, n. 1 jan.-jun. 2014. p. 13.

97 CAVALCANTI, Themístocles. O Supremo Tribunal Federal e a constituição. In: MARINHO, Josaphat; ROSAS, Roberto (Org.). *Sesquicentário do Supremo Tribunal Federal: conferências e estudos realizados na Universidade de Brasília entre 11 e 14 de setembro de 1978*. Brasília: EdUnB, 1982. (Coleção Temas Brasileiros, v. 25).

98 VIEIRA, Oscar Vilhena. Supremo Tribunal Federal: o novo poder moderador. In: MOTA, Carlos Guilherme; SALINAS, Natasha S. C. (Coord.). *Os juristas na formação do estado-nação brasileiro: de 1930 aos dias atuais*. São Paulo: Saraiva, 2010; VIEIRA, Oscar Vilhena. Supremocracia. *Revista Direito GV*, n. 8, 2008. p. 441-464.

99 ROCHA, Carmen Lúcia Antunes. Constituição e mudança constitucional: limites ao exercício do poder de reforma constitucional. *Revista de Informação Legislativa*, v. 30, n. 120, 1993. p. 159-186.

100 O traço riscando a harmonia e a independência é proposital. Pode chocar a primeira vista. Isso equivaleria a rasgar a Constituição. No entanto, se isso vier a ocorrer, será porque o nível de arbitrariedade já será tamanho, que rasgar a Constituição será apenas um ato de equiparar uma arbitrariedade a outra. Equiparação de realidades.

101 BESTER, Gisela Maria. *Direito constitucional: fundamentos teóricos*. São Paulo: Manole, 2005. v. 1. p. 299-301.

102 NOGUEIRA, Adalício. [Discurso]. In: SESSÃO ORDINÁRIA DO PLENÁRIO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 21., 1966, Brasília. Ata da [...], em 10 de agosto de 1966: centenário do Ministro Pedro dos Santos. *Diário da Justiça*, 11 ago. 1966.

Sobre a alegada função representativa, Luís Roberto Barroso menciona que essa questão, no entanto, é mais complexa, e desenvolve seu argumento afirmando que a “Teoria Constitucional” que se pratica no mundo não se adequa à realidade brasileira, afirmando que a maioria dos autores (embora não cite um único nome) que critica a expansão judicial estaria baseada na assertiva de que o judiciário seria uma instância conservadora protetora das elites contra o avanço democrático, que estaria expressa nos demais poderes<sup>103</sup>.

O autor alega que isso não seria “verdade” no caso brasileiro, citando o exemplo do “episódio envolvendo a regulamentação do dispositivo constitucional que cuidava da indenização do trabalhador por demissão imotivada — em que, sob pressão das classes empresariais, uma lei foi aprovada a toque de caixa”, quando a Suprema Corte anunciou que regulamentaria a matéria, concluindo a afirmação no sentido de que no geral, a jurisdição constitucional se situa à esquerda da política ordinária, clamando, então, que a crítica político-ideológica não se aplicaria sem ressalvas ao Brasil<sup>104</sup>.

Complementando esta afirmação, Luís Roberto Barroso alega que “em certa medida, pelos desmandos do sistema eleitoral e partidário, o Judiciário tornou-se mais representativo do que o Legislativo”, afirmando ainda que “a sociedade se identifica mais com seus juizes do que com seus deputados”<sup>105</sup>. Diga-se desde logo que tal afirmação carece de base empírica mínima.

Alega o suposto fato de o Judiciário possuir um acesso mais “democratizado”, em razão de o acesso ao cargo de magistrado na primeira instância se constituir por meio de concurso público, tornaria o Judiciário mais democrático que o Parlamento, que envolve necessidade muito grande de enormes somas de dinheiro para financiar uma campanha, que “obriga o candidato, com frequência, a buscar financiamentos e alianças com diferentes atores econômicos e empresariais”, e que por esta razão, em muitas circunstâncias, o Judiciário teria se tornado um “representante mais autêntico da sociedade do que muitos agentes eletivos”<sup>106</sup>.

Se o argumento de Luís Roberto Barroso estiver correto — e não está — então esse autor acaba de se pular, de vez, qualquer “legitimidade” que eventualmente pudesse existir nas decisões do Supremo Tribunal Federal, pois seus Juizes não ascendem ao cargo de Ministro por meio de concurso público, e o ritual das indicações pode ser muitas vezes tão ou mais escuso do que alianças eleitorais político-partidárias, mas Luís Roberto Barroso ainda finaliza a reflexão com um argumento ainda mais intrigante:

Há ainda, e por fim, um aspecto ainda mais complexo e delicado, que estaria a exigir uma reflexão política e sociológica à parte: o nível de formação e qualificação dos integrantes do Judiciário, selecionados em concursos públicos árdus e competitivos, tende a ser mais elevado do que o dos outros Poderes. Tal circunstância, por vezes, leva à imposição de certa racionalidade judicial sobre as circunstâncias argumentativamente menos bem-postas de outros agentes. Como intuitivo, esse desequilíbrio é ruim e o risco da arrogância judicial é real e, evidentemente, negativo, como é a arrogância em geral<sup>107</sup>.

Mais uma vez, se o argumento de Luís Roberto Barroso estiver correto — e não está — então estaremos diante de um quadro no qual, como quando no início do Império Brasileiro e posteriormente da República, em que tanto o Legislativo quanto o Judiciário eram constituídos pelos “mais bem preparados” de Coimbra, teríamos um cenário mais adequado pela existência de um “equilíbrio intelectual”?

Esquece-se ainda de que a representatividade, da maneira como arquitetado pelo Constituinte de 1988, permitiu que um operário e sindicalista fosse alçado a Presidência da República, e que pelo argumento cons-

103 BARROSO, Luís Roberto. Prefácio: avanço social, equilíbrio institucional e legitimidade democrática. In: CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. *Dimensões do ativismo judicial do STF*. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p. 21.

104 BARROSO, Luís Roberto. Prefácio: avanço social, equilíbrio institucional e legitimidade democrática. In: CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. *Dimensões do ativismo judicial do STF*. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p. 21.

105 BARROSO, Luís Roberto. Prefácio: avanço social, equilíbrio institucional e legitimidade democrática. In: CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. *Dimensões do ativismo judicial do STF*. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p. 21.

106 BARROSO, Luís Roberto. Prefácio: avanço social, equilíbrio institucional e legitimidade democrática. In: CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. *Dimensões do ativismo judicial do STF*. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p. 22.

107 BARROSO, Luís Roberto. Prefácio: avanço social, equilíbrio institucional e legitimidade democrática. In: CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. *Dimensões do ativismo judicial do STF*. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p. 22.



truído deveria permitir que um operário e sindicalista também fosse alçado ao Supremo Tribunal Federal?

Luís Roberto Barroso descuida também do fato de que “parcela considerável dos concursos públicos se transformou em “*quix’shon*”, como se fosse um conjunto de pegadinhas para responder coisas que só assumem relevância porque são ditas pelos professores de cursos de preparação”, especialmente na seara jurídica<sup>108</sup>.

Por outro lado, de que racionalidade judicial está a falar Luís Roberto Barroso? Seria aquela advinda do “*Decision-Making*” de decisões fraturadas (*seriatim decisions*) nas quais cada julgador apresenta seu voto, emitindo muitas vezes opiniões judiciais, em acórdãos que não se consegue muitas vezes compreender qual teria sido a efetiva decisão da corte? Ou aquela racionalidade oriunda de decisão judicial que não segue suas próprias “decisões judiciais anteriores”, e em uma situação na qual sequer se permite falar sobre “precedente” ou “jurisprudência”?<sup>109</sup>

As afirmações do Ministro Luís Roberto Barroso sobre ativismo judicial, especialmente quando banaliza e simplifica a discussão (como ativismo judicial colesterol bom, ativismo judicial colesterol ruim, ativismo judicial antibiótico poderoso) e suas percepções sobre o papel do STF (contramajoritário e/ou representação) não guardam coerência e nem consistência se tomamos por coerente a argumentação na qual um conjunto de proposições possua sentido em sua totalidade, e como consistência quando não houver contradição, ou seja, quando entre várias proposições, não se observe contradições entre elas<sup>110</sup>.

Com efeito, não há coerência e nem consistência em afirmar que o STF não possui representação popular por não ser ungido pelo batismo do voto, e que a Suprema Corte deve ser deferente para com o poder legislativo, e ao mesmo tempo afirmar que o STF exerce papel contramajoritário e de representação.

Pode-se arguir o papel paradoxal desempenhado pelas Cortes Constitucionais no Constitucionalismo contemporâneo, alegando como defesa de certa mitigação democrática o fato de que a noção de papel contramajoritário invocaria a reflexão de Dworkin de que nas democracias que possuem dois corpos legislativos (no Brasil podemos pensar na Câmara e no Senado), um deles seria menos representativo e exerceria certo controle sobre as decisões do outro (Senado sobre a Câmara)<sup>111</sup>.

Tal argumento somente justificaria o papel de representação (e não apenas contramajoritário) do STF se, e apenas se, acolhêssemos e encampássemos o entendimento de que seria o Supremo Tribunal Federal uma espécie de “terceira câmara do congresso”, como afirmado por Aliomar Baleeiro no RMS 17.443/MG<sup>112</sup>, ou mais do que isso, estando próximos de reconhecer que de fato o Supremo exerce (e representa) o papel de Poder Moderador, em afronta ao texto Constitucional originário de 1988.

É preciso certa dose de coragem, e alguma insana loucura para reconhecer e apregoar isso de maneira franca e aberta, pois o passo seguinte seria avançar e transpor as linhas dos escrúpulos da racionalidade e do respeito constitucional para declarar uma “norma Constitucional inconstitucional”, fulminando ou conferindo “interpretação conforme” (à arbitrariedade e à consciência do intérprete) aos artigos 2º e 60, §4º da CF/88.

Também não há coerência e nem consistência em se afirmar que “ativismo judicial” seria “uma atitude: um modo proativo e expansivo de interpretar a Constituição, dela extraindo regras não expressamente cria-

108 STRECK, Lênio Luiz. Concursos públicos: é só não fazer perguntas imbecis! In: STRECK, Lênio Luiz. *Compreender direito: como o senso comum pode nos enganar*. São Paulo: RT, 2014. v. 2. p. 56-61.

109 Sobre tais questões críticas acerca do precedente e da jurisprudência, vide os comentários, baseados em José Rodrigo Rodriguez e Luiz Edson Fachin, nas notas número 34 e 35, *supra*.

110 Conforme mencionado, utiliza-se aqui a distinção e a funcionalidade entre os conceitos de “consistência” e “coerência” em Neil MacCormick, que considera a consistência presente quando não houver contradição, vale dizer, quando entre várias proposições, não se observe contradições entre elas. E será coerente num plano em que um conjunto de proposições faça sentido em sua totalidade. Cfr. MACCORMICK, Neil. *Retórica e estado de direito*. Trad. Conrado Hubner Mendes. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008. p. 248-302.

111 DWORKIN, Ronald. Direitos fundamentais: a democracia e os direitos do homem. In: DARNTON, Robert; DUHAMEL, Olivier. *Democracia*. Trad. Clovis Marques. Rio de Janeiro: Record, 2001. p. 158.

112 AMARAL JÚNIOR, José Levi Mello do. *Memória jurisprudencial*: Ministro Aliomar Baleeiro. Brasília: STF, 2006. p. 195.

das pelo constituinte ou pelo legislador”<sup>113</sup>, e que existiria “ativismo do bom e do ruim”, e, por fim, externar a alegação de que “a experiência demonstra que os valores pessoais e a ideologia do intérprete desempenham [...] papel decisivo nas conclusões a que chega”<sup>114</sup>.

Nesse sentido, o ativismo judicial de Luís Roberto Barroso, vulgata da judicialização de processos (Lênio Streck), seria sempre ruim, pois seria produto de atuação “proativa” decisionista e arbitraria do julgador, que deixaria de aplicar normas eventualmente existentes (fora das seis hipóteses em que isso é permitido)<sup>115</sup> para criar suas próprias normas a partir de seus valores pessoais e ideologia.

Não há diferença entre isso e a barbárie. Isso representa, de alguma forma e em certa medida, a violência de que nos diz Hannah Arendt, como algo distinto do poder, da força ou do vigor, que precisa sempre de instrumentos, cuja substância reside no meio/objetivo que possui como mais importante característica, quando aplicada às atividades humanas, a de que os fins correm o perigo de serem dominados pelos meios, que justificam e que são necessários para alcançá-los, e abriga em seu seio um elemento adicional de arbitrariedade<sup>116</sup>.

É interessante notar que pela data do escrito de Luís Roberto Barroso ora referido (Prefácio, de 15.05.2013), podemos observar que ele ainda não havia sido indicado por Dilma Rousseff para o cargo de Ministro do STF, o que somente viria a ocorrer na data de 22.05.2013<sup>117</sup>, e antes inclusive de ser sabatinado pelo Senado em 05.06.2013, em que o tema central das perguntas foi, exatamente o “ativismo judicial”<sup>118</sup>. Após ser indicado, aprovado pelo Senado e empossado, Luís Roberto Barroso escreveria um artigo para o *site* Consultor Jurídico, descrevendo o processo de sua escolha para o STF, quando estava se preparando para uma estada acadêmica na Alemanha. Exatamente naquela data do prefácio, acima referida (15.05.2013), o telefonema:

Na quarta-feira, dia 15 de maio de 2013, o voo de Brasília para o Rio de Janeiro pousara com atraso. Eu tentava vencer o tráfego rumo à Faculdade Nacional de Direito, onde falaria na solenidade de entrega do título de Doutor *Honoris Causa* ao professor Paulo Bonavides, decano dos constitucionalistas brasileiros. Ele próprio me convidara, para minha honra e alegria. Quando eu chegava ao velho prédio do Caco, toca o telefone. Do outro lado da linha, o ministro da Justiça, José Eduardo Cardozo: “Professor, a presidente gostaria de conhecê-lo. O senhor pode vir até aqui para irmos ao Planalto”. Expliquei que estava no Rio, para um compromisso que era ao mesmo tempo acadêmico e afetivo. Não tinha como retornar. “E amanhã?” Expliquei que estaria em Natal, para falar na abertura de um Congresso. “Melhor cancelar”, disse ele. “É importante”. Constrangido, avisei aos organizadores do evento que não poderia estar lá por um motivo de força maior e voltei para Brasília. Na manhã de sexta-feira, dia 17 de maio, a presidente recebeu-me em seu gabinete.<sup>119</sup>

Sua narrativa sobre ser nomeado e empossado Ministro do STF tem um ponto alto, quando menciona que estar no Supremo “É quase como estar no céu sem precisar morrer”<sup>120</sup>. Uma questão a ser ressaltada,

113 BARROSO, Luís Roberto. Prefácio: avanço social, equilíbrio institucional e legitimidade democrática. In: CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. *Dimensões do ativismo judicial do STF*. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p. 20.

114 BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 404.

115 STRECK, Lênio Luiz. *Verdade e consenso*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 327-416; STRECK, Lênio Luiz. Leis que aborrecem devem ser inquinadas de inconstitucionais! In: \_\_\_\_\_. STRECK, Lênio Luiz. *Compreender direito: como o senso comum pode nos enganar*. São Paulo: RT, 2014. v. 1. p. 118.

116 ARENDT, Hannah. *Sobre a violência*. Trad. André Duarte. 4. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2013. p. 18-20.

117 DILMA indica constitucionalista Luís Roberto Barroso para o STF. *G1*, 23 de maio de 2013. Disponível em: <<http://g1.globo.com/politica/noticia/2013/05/dilma-indica-constitucionalista-luis-roberto-barroso-para-o-stf.html>>. Acesso em: 17 ago. 2014.

118 HIDAR, Rodrigo. Tensão entre poderes: ativismo judicial dá o tom da sabatina de Barroso. *Conjur*, 05 de junho de 2013. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2013-jun-05/ativismo-judicial-tom-sabatina-luis-roberto-barroso-ccj-senado>>. Acesso em: 17 ago. 2014.

119 BARROSO, Luís Roberto. Retrospectiva 2013: as ruas, a opinião pública, a constituição e o Supremo. *Conjur*, 26 de dezembro de 2013. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2013-dez-26/retrospectiva-2013-ruas-opinio-publica-constituicao-supremo>>. Acesso em: 17 ago. 2014.

120 BARROSO, Luís Roberto. Retrospectiva 2013: as ruas, a opinião pública, a constituição e o Supremo. *Conjur*, 26 de dezembro

embora pareça filigrana, é que Luís Roberto Barroso chama Dilma Rousseff de presidente (com a letra “e” no final), nos dias 15 e 17 de maio de 2013 — e no relato do dia 26.05.2013 —, mas na sabatina perante o Senado a chama de presidenta (com a letra “a” no final)<sup>121</sup>.

Sobre o fato de Luís Roberto Barroso dizer que estar no STF representaria “quase estar no céu sem precisar morrer”, mais do que representar uma autêntica “condição Adâmica do Magistrado”, revela uma certa ambição mais do que pretensiosa, que já havia sido criticada por João Costa Neto, mencionando que o STF ainda não havia descoberto na Constituição o “conceito de humildade constitucional”. Especificamente sobre Luís Roberto Barroso, João Costa Neto observou de maneira ácida:

[...] defensor do assim chamado neoconstitucionalismo, afirmou, em mais de uma palestra, que os professores de Direito Constitucional, atualmente, tornam-se especialistas em todas as matérias. No seu caso, ele mencionou com orgulho o fato de ter atuado em processos como o da permissão de pesquisas com células-tronco embrionárias e o da extradição do ex-militante da esquerda italiana Cesare Battisti diante do STF. O novo Ministro do STF disse que: “Tornei-me especialista em fertilização *in vitro*, nos anos de chumbo da Itália e tantas outras questões. Tanto que incluí no meu cartão: ‘Jogo búzios, prevejo o futuro e trago a pessoa amada em três dias.’” Parece claro que a arrogância de alguns constitucionalistas impede-os de enxergar que a legislação infraconstitucional é que deve solucionar a maioria dos conflitos entre valores constitucionais, inclusive entre direitos fundamentais.<sup>122</sup>

Em sua sabatina no Senado, Luís Roberto Barroso cita inicialmente José Ortega y Gasset, e invoca uma humildade que contrasta com a assertiva de João Costa Neto, acima referida, dizendo que se apresentaria por inteiro, com suas visões de mundo e sobre as instituições:

Eu penso ser um direito dos senhores, do Senado e da sociedade brasileira saberem um pouco sobre a minha trajetória pessoal, sobre a minha concepção de mundo e sobre a minha visão das instituições. E porque é um direito dos senhores é um dever meu, e passo a me desincumbir dessa tarefa, mas devo dizer, por dever meu, e passo a me desincumbir dessa tarefa, mas, devo dizer, por dever que por desejo de me apresentar, tentando superar um pouco a inibição inicial.

Gostaria de dizer, desde logo, que me submeto ao Senado com grande humildade. Preparei-me com muito empenho para estar aqui.

Tenho trafegado pela vida tendo em mente sempre uma advertência de Ortega y Gasset, que dizia: “Entre o querer ser e o crer que já se é vai a distância entre o sublime e o ridículo”. Portanto, estou aqui com aplicação e humildade para submeter meu nome ao Poder Legislativo do Brasil.

Na sequência de sua manifestação, alega que nunca aspirou efetivamente a ocupar o cargo de Ministro do STF em razão de outros dois ministros do Supremo serem oriundos da mesma cidade que ele (Vassouras, RJ), alegando tal questão de maneira retórica, quase como um tribuno parlamentar, e o auditório para o qual falara era constituído eminentemente por Senadores.

Faz uma menção sobre sua formação escolar, dizendo de suas escolas, e posterior graduação em Direito na UERJ, mas pula evidentemente de maneira proposital sua militância acadêmica, deixando nesse ponto de se entregar por inteiro, e, portanto, contrariando sua alegada intenção inicial. Até porque, como se observará da leitura de excertos da Sabatina, pairará certa dúvida acerca de qual partido político teria vinculações ideológicas.

É que Luís Roberto Barroso, em depoimento prestado para os 70 Anos da UERJ, faz um rico relato de sua militância estudantil-político-partidária, que não tem importância para julgá-lo de maneira pejorativa oulouvaminheira, mas apenas para contextualizar o fato de que ele não se deu por inteiro ao Senado. Segue,

de 2013. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2013-dez-26/retrospectiva-2013-ruas-opinio-publica-constituicao-supremo>>. Acesso em: 17 ago. 2014.

121 Embora pareça uma “filigrana”, essa questão demonstra certa “adulação”, pois chamar Dilma Rousseff ora de Presidente (com “e” ao final), ora de Presidenta (com “a” ao final), especialmente em razão de toda a polêmica que circunda a questão.

122 COSTA NETO, João. Humildade constitucional: o conceito que o STF ainda não “descobriu” na Constituição, e o retorno à legalidade. *Crítica Constitucional*, 15 de julho de 2013. Disponível em: <<http://www.criticaconstitucional.com/480/>>. Acesso em: 17 ago. 2014.

portanto, excerto da narrativa do próprio Luís Roberto Barroso em 2005 sobre suas atividades oriundas do movimento estudantil:

Às vezes as reuniões eram na casa dela, às vezes eram aqui na faculdade, às vezes eram no Petisco e excepcionalmente, - mas isso era o pessoal que tinha um pouquinho mais de grana -, ali no Baixo Leblon, Diagonal, Pizzaria Guanabara. E ali se reunia o pessoal ligado ao Partidão, que era o nome de guerra do PCB. Uma curiosidade do movimento estudantil é que não tinha a direita, porque a direita estava no poder.

Não tinha nem direita, nem liberais! Porque a direita, os conservadores e os liberais (estes nem tanto) estavam no poder. Então não havia nenhuma mobilização neste sentido. Portanto, o movimento estudantil se dividia em diferentes segmentos de esquerda. Esta era a curiosidade. A facção menos à esquerda era a do velho “Partidão”, dos socialistas, da esquerda democrática - onde eu me incluía, eu não era do ‘Partidão’ -, e os liberais assim mais progressistas.

E aí estes grupos se segmentaram. E no grupo de resistência - porém sem radicalismo, sem considerar a opção de luta armada contra a ditadura -, ficamos basicamente a Rita e eu, que éramos as lideranças: o nosso grupo se chamava ‘Construção’. E a liderança da ala mais à esquerda - o grupo deles -, se chamava “Participação” (que depois se uniu com outras tendências de esquerda, como o MEP).

Além de não se doar “por inteiro” ao Senado, parece necessário observar que, durante a sabatina de Luís Roberto Barroso, o tema “Ativismo Judicial” aparece 14 (quatorze) vezes de maneira explícita, e que merecem ser retomadas.

Inicialmente a pergunta do Senador Vital do Rêgo (PMDB/PB), sobre qual seria a concepção do então indicado Luís Roberto Barroso sobre o “Ativismo Judicial”, e sobre o que pensava sobre este tema em relação à separação dos Poderes:

O SR. VITAL DO RÊGO (Bloco/PMDB – PB) – Prof. Luís Barroso, [...] Como compreende V. S<sup>a</sup> as questões pertinentes ao chamado ativismo judicial nos tempos atuais? Cabe aos magistrados formular e editar regras de procedimentos gerais e abstratas decorrentes diretamente do Texto Constitucional ou tal procedimento fere o princípio democrático elementar da separação dos Poderes? A edição de normas gerais por magistrados e tribunais não estaria ofendendo prerrogativas desse Poder?

O tema volta a ser questionado e salientado pelo Senador Álvaro Dias (PSDB/PR), que também atribui necessidade em saber de Luís Roberto Barroso, após criticar o modelo de Sabatina dos indicados para o STF, quais seriam os limites da “criação judicial dos direitos”, vinculando a pergunta ao “Ativismo” da indagação anterior, e a separação de Poderes, sobre a manutenção do equilíbrio entre os Poderes:

O SR. ALVARO DIAS (Bloco/PSDB – PR) – Presidente Anibal Diniz, Presidente Vital do Rêgo, as minhas homenagens aos colegas, as minhas homenagens ao Dr. Luís Roberto Barroso, ao Dr. Marcus Vinicius, ao Ministro Luis Felipe Salomão, que nos honra com a sua presença. Nós não podemos perder a oportunidade para a crítica. Parece-me que estamos banalizando este momento, um momento que deveria ser exponencial na vida pública brasileira, o da indicação de um Ministro para o Supremo Tribunal Federal. Os seis meses permitiram, inclusive, campanha eleitoral. Só não vimos comitês eleitorais instalados. E eu não creio que essa seja a melhor forma de se escolher um Ministro para o Supremo Tribunal Federal.

A crítica tem que ter o sentido da construção, e o objetivo é exatamente ouvir o Ministro Luís Roberto Barroso sobre eventuais sugestões para que possamos aprimorar esse processo de escolha de Ministros do Supremo Tribunal Federal. Já tivemos lances inusitados, histórias contadas por atuais Ministros sobre a trajetória percorrida para chegar até o Supremo Tribunal Federal, momentos nada republicanos nessa trajetória.

Sabemos que esta sabatina é uma formalidade. O País sabe que é uma formalidade, que ela não é definidora. A decisão está tomada, e o Senado funciona, como tem funcionado quase sempre — é regra geral —, como a chancelaria do Poder Executivo. O Senado avaliza independentemente das qualidades do indicado. Neste caso, não temos nenhuma dificuldade em afirmar que o indicado atende a todos os pressupostos constitucionais básicos e elementares para que alguém possa ocupar o cargo de Ministro do Supremo Tribunal Federal: qualificação profissional, trajetória jurídica percorrida, conteúdo, probidade

e todos os elementos indicativos da boa escolha. Mas veja que levamos seis meses apesar disso tudo.

Seria bom que o futuro Ministro pudesse sugerir mudanças em relação a esse estratagema de escolha de Ministro do Supremo Tribunal Federal.

Indago a partir de uma expressão que o Ministro acaba de utilizar, definindo como momentos de tensão no estabelecimento dos limites de atuação dos Poderes. Ai está a razão das perguntas, muitas delas, do Senador Vital do Rêgo sobre judicialismo, sobre ativismo judicial etc.

Modernamente estamos diante de alguns casos concretos — poderíamos citar nepotismo, fidelidade partidária, questões ligadas ao aborto, à união homoafetiva — de criação do direito subjacente em decisões judiciais. Essa foi, inclusive, a indagação do Senador Vital do Rêgo. O importante é saber: quais são os limites? Como estabelecer esses limites? Quais são os limites desse poder da criação do direito subjacente em decisões judiciais?

O tema volta a ser questionado pelo Senador Ricardo Ferraço (PMDB/ES), que utiliza o *twitter* para receber e repassar uma pergunta sobre o que seria “Ativismo bom” e “Ativismo ruim”, a partir de anterior alegação de Luís Roberto Barroso:

O SR. RICARDO FERRAÇO (Bloco/PMDB – ES) – Dr. Luís Roberto Barroso, [...] Eu recebo, Sr. Presidente, também aqui pelo Twitter — porque nós temos uma prática, no Senado, de uma ação interativa, e quero crer que não apenas eu, mas outros colegas Senadores estejam também recebendo indagações —, uma pergunta do Dr. Saulo Salvador, que indaga o seguinte a V. Ex<sup>a</sup>, através da minha intervenção: “O Prof. Barroso disse, por mais de uma vez, que, ante a mora do Congresso, cabe à vanguarda do Supremo Tribunal Federal promover os avanços; defendeu que existe um ativismo bom e um ruim. O critério para diferenciar é o juízo pessoal dos ministros? Não seria isso antidemocrático? Para V. Ex<sup>a</sup>, onde está a linha que não se ultrapassa na soberania do Congresso Nacional?”

Atualmente, afirma-se que o Judiciário, ao decidir certas questões, tem invadido esfera própria de competência do Poder Legislativo. O tema não é simples e decorre de, na falta de legislação adequada proveniente do Congresso Nacional, o Supremo Tribunal Federal tomar decisões, que, ao ver de muitos, inovam a ordem jurídica, o que não seria próprio. Contudo, quando a Constituição dispõe num sentido de que determinados programas e objetivos sejam cumpridos, o que supõe legislação a ser implementada pelo Congresso Nacional e este se omite a respeito, fica o Tribunal na difícil posição de ou também se omitir ou dispor sobre a matéria até que o Legislativo o faça.

Como deverá se comportar o juiz em situações em que não é clara a distinção entre os domínios do direito e o domínio da política? Para ele, por força do chamado ativismo judicial, tomar decisões que inovam a ordem jurídica e que deveriam ser da competência do Congresso Nacional, qual o limite, enfim, da discricionariedade do Supremo Tribunal Federal nessas situações e circunstâncias?

O Prof. Barroso, em obra publicada na revista do Direito Público, vol. 55, sob o título “Constituição, Democracia e Supremacia Judicial: Direito e Política no Brasil Contemporâneo”, afirmou que o Judiciário não exerce vontade própria, não deveria criar regras, não podendo, em consequência, inventar o Direito do nada.

A tais indagações, em linhas gerais, respondeu Luís Roberto Barroso, da maneira como colacionado abaixo, dando-se destaque para a utilização frequente do termo “Ativismo Judicial”, e sem responder de maneira objetiva sobre “Ativismo bom” e “Ativismo ruim”, e sendo bastante analítico sobre o ponto, ele não respondeu de maneira alguma as questões como elas mereciam ser respondidas sobre esse tema:

O SR. LUÍS ROBERTO BARROSO — Sr. Presidente, [...] Diante da exiguidade do tempo, vou procurar responder com a maior objetividade possível, mas continuarei à disposição se alguém quiser aprofundar alguma questão.

Começo pela primeira indagação do Senador Vital do Rêgo a propósito do ativismo judicial e se ele fere o princípio democrático.

Eu faço uma distinção entre judicialização e ativismo.

A judicialização no Brasil decorre de uma questão institucional. A Constituição brasileira é extremamente abrangente. Ela cuida de uma grande quantidade de matérias.

Como os senhores bem intuirão, trazer uma matéria para a Constituição é de certa forma retirá-la da política e trazê-la para o Direito. Na medida em que exista uma norma constitucional, existem pretensões que podem ser veiculadas.

Como a Constituição cuida do sistema tributário, do sistema previdenciário, do sistema educacional, de crianças, de adolescentes, de idosos, de meio ambiente, compreensivelmente essas questões terminam sendo judicializadas.

Portanto, a judicialização é um fato decorrente de um arranjo institucional que nós temos.

Já o ativismo é primo da judicialização, mas não é a mesma coisa. O ativismo é uma atitude. É uma postura de interpretação da Constituição e do Direito mais expansiva por parte do Poder Judiciário, muitas vezes com base em um princípio, criando uma regra específica que não estava prevista nem na Constituição, nem na legislação.

Retomando o argumento que sustentei anteriormente, penso que, quando haja um ato do Congresso, uma manifestação política do Congresso ou mesmo do Presidente da República, o Judiciário não deve ser ativista. O Judiciário deve ser autocontido e respeitar a deliberação política. Porém, situações há em que o Judiciário precisa resolver um problema e não há norma editada pelo Congresso. Foi o que aconteceu no caso de anencefalia. Portanto, o Poder Judiciário entendeu que uma mulher deveria ter o direito de interromper a gestação na hipótese de o feto ser anencefálico, portanto não ter cérebro e não ter viabilidade de vida extrauterina.

E o Judiciário entendeu, a meu ver com acerto — respeitando quem pensa diferentemente —, que obrigar uma mulher que faz o diagnóstico no terceiro mês a permanecer com mais seis meses de gestação, para ao final dessa gestação o parto para ela não ser uma celebração da vida, mas um ritual de morte, o Judiciário entendeu que essa mulher deveria ter o direito de interromper a gestação. Eu penso que entendeu corretamente. Essa foi uma decisão, em alguma medida, criativa? Penso que sim. Essa foi uma medida desrespeitosa ao Congresso? Penso que não, porque no momento em que o Congresso legislar a respeito, é essa a vontade que vai prevalecer.

A mesma hipótese ocorreu com uniões homoafetivas. Não havia no direito brasileiro uma regra específica para tratar dessa questão. Mas há uniões homoafetivas, esse é um fato da vida, e o juiz precisa decidir se há direito à sucessão, se o patrimônio é comum, se na hipótese de venda de um bem o casal homoafetivo deve assinar junto. Portanto, os problemas surgem. Como o Congresso, compreensivelmente, tem dificuldade de produzir uma norma nessa matéria, o Judiciário teve que produzi-la.

Portanto, eu acho que se alguém quiser chamar isso de ativismo, que eu acho que talvez seja uma denominação um pouco pejorativa, eu acho que essas decisões são legítimas. Portanto, onde faltava uma norma, mas havia um direito fundamental a ser tutelado, eu acho que o Judiciário deve atuar. Quando o Congresso tenha atuado ou atue posteriormente, essa é a vontade que deve prevalecer.

[...]

O SR. LUIS ROBERTO BARROSO — Senador Aloysio Nunes, agradeço a fidalguia, a distinção da sua arguição, bem como a profundidade. Uso, mais uma vez, em trabalhos meus, a expressão criação judicial do Direito. Em parte, é uma superação do positivismo jurídico. Diante da indagação de V Ex<sup>a</sup>, sinto-me na circunstância de ter de explicitar o que quero dizer com criação judicial do Direito.

Na concepção jurídica tradicional liberal positivista, como V. Ex<sup>a</sup> observou, o juiz desempenhava — e ainda desempenha em muitas situações — uma atividade, um tipo de raciocínio jurídico que funciona mais ou menos assim: a lei é a premissa maior, o fato relevante é a premissa menor e a sentença é a conclusão que ele produz enquadrando o fato relevante na norma. Portanto, o raciocínio jurídico típico é um raciocínio silogístico. Esse é o silogismo, a premissa maior à lei, o fato e a conclusão. Esse raciocínio jurídico resolve muitos problemas, mas não resolve uma boa quantidade de problemas constitucionais, sobretudo porque, no mundo contemporâneo, muitas vezes não há uma solução pré-pronta no ordenamento jurídico.

Eu vou dar a V. Ex<sup>a</sup>s um exemplo que estava em todos os jornais. E estava ontem, por acaso, o protagonista dele, que é o grande cantor e ídolo popular Roberto Carlos, visitando Brasília. O que aconteceu no caso do cantor Roberto Carlos? Um jornalista escreveu uma biografia não autorizada sobre a vida desse importante ícone da música popular brasileira. O cantor Roberto Carlos foi a juízo e pediu a proibição

da divulgação daquela obra que era a sua biografia, invocando violação do seu direito de imagem e violação do seu direito de privacidade, dois bens jurídicos, Senador, constitucionais, previstos no art. 5º da Constituição. Vem o jornalista e diz: “Espere aí. É a minha liberdade de expressão e o direito à informação. É o direito de informação do público, a propósito de uma personalidade pública!” Qual é o problema nessa disputa que se estabeleceu? O problema é que os dois lados têm razão, os dois lados têm argumentos constitucionais valiosos a seu favor. Evidentemente, não vou cometer a imprudência de dizer qual é a solução que acho correta, pelo menos não nessa contingência agora, mas eu quero dizer que o juiz, para produzir a solução deste caso, não pode utilizar o método tradicional de raciocínio, que é enquadrar o fato — a invocação de que uma biografia não autorizada não pode — em uma norma. Por quê? Porque há quatro normas antagônicas que postulam incidência nesse caso, de modo que o juiz vai ter de construir argumentativamente a solução desse problema e demonstrar por que ele acha que, naquele caso, ele deve prestigiar a liberdade de expressão ou ele deve prestigiar o direito de privacidade.

Essas situações ocorrem no mundo contemporâneo recorrentemente. Quem assistiu ou acompanhou a discussão da implantação dessas duas usinas hidrelétricas na Amazônia, também assistiu a um debate em que, de um lado, estavam os ambientalistas, que diziam que a usina causaria grande impacto ambiental, além de desalojar as populações ribeirinhas, e, do outro lado, o Presidente da República ou a Presidenta da República dizendo: “Eu tenho um compromisso com o desenvolvimento, que também está previsto na Constituição; preciso aumentar o potencial energético do País e a melhor opção, por muitas circunstâncias, é a energia elétrica.”

De novo, nós temos um debate em que os dois lados têm direitos constitucionais relevantes e, portanto, ninguém pode dizer que a solução para este problema está pré-pronta no ordenamento jurídico. Quando isso acontece, o juiz tem de, argumentativamente, criar a solução. Essa é a ideia que procuro transmitir quando falo em criação judicial do Direito. Não é inventar uma norma que não existe; é reconhecer que, muitas vezes, a norma não trará a integralidade da solução e ele precisará complementar o sentido da norma.

Aí, há uma questão muito interessante — e queria não amolar os senhores com **miudezas doutrinárias**: é que, tradicionalmente, a legitimação da função do judiciário é baseada na separação de Poderes; quem tem voto cria o direito, e o Judiciário, que não tem voto, desempenha uma função técnica de aplicar o direito já criado à situação da vida. Nesses casos desses exemplos que dei, o juiz vai ter que criar parte do Direito, de modo que, nesses casos, reforça-se o seu dever de argumentação jurídica. Ele precisa demonstrar, lógica e racionalmente, por que aquela solução é a constitucionalmente mais adequada; por que, naquele caso concreto, a liberdade de expressão deve prevalecer, e não o direito de privacidade. É esse o sentido da expressão.

A propósito da anencefalia, nós tínhamos três grandes teses, respondendo à sua pergunta se houve ou não criação judicial do Direito. A primeira tese é de que não é aborto, porque, como o feto não tem potencialidade de vida, vida não havendo, não há cessação da vida pela interrupção da gestação. Este era o argumento um. O argumento dois era de que o Código Penal era de 1940. Ele só não previa esta excludente, ao lado do estupro e do risco de vida para a mãe, porque não havia meio tecnológico de se fazer o diagnóstico da anencefalia em 1940. Mas agora há. E, verdadeiramente, interromper a gestação no caso de feto anencefálico é menos do que interromper no caso de estupro, onde a potencialidade de vida é evidente.

E a terceira e última é um argumento que eu já havia respondido ao Senador Pedro Taques. Impor a uma mulher que faz o diagnóstico no terceiro mês levar a gestação até o nono mês, portanto, ter de dormir e acordar, durante seis meses, com a consciência de que carregava no ventre o filho que não iria ter, seria impor um sofrimento imenso, inútil e evitável a essa mulher. Viola a dignidade da pessoa humana impor esse tipo de sofrimento. De modo que o princípio da dignidade paralisaria, neste caso específico, a incidência da norma que criminaliza o aborto.

Eram esses os argumentos.

O SR. ALOYSIO NUNES FERREIRA (Bloco/PSDB – SP) — O objetivo era exatamente que o senhor explicitasse o raciocínio político a partir desse caso concreto.

O SR. LUÍS ROBERTO BARROSO — Muito obrigado. Na questão da união homoafetiva, havia – V. Exª tem toda razão — um obstáculo difícil de ser transposto era o art. 226, §3º, da Constituição, que diz: “Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como

entidade familiar, devendo a lei facilitar a sua conversão em casamento.”

De modo que quem era contrário argumentava que a Constituição fala apenas em união estável entre homem e mulher. Então, construímos um argumento. E, para dar o crédito, trabalhava comigo, participou da discussão, teve insights muito bons, o hoje Secretário-Geral do Conselho Federal da OAB — Presidente Marcus Vinícius — Cláudio Pereira de Souza Neto. O argumento que construímos foi de que o art. 226, §3º da Constituição foi inserido para proteger a mulher não casada. A união estável virou uma categoria constitucional para proteger a mulher não casada, porque havia na sociedade, ainda, um grande preconceito contra a mulher que vivia conjugalmente com um homem sem ser casada.

De modo que, com esse dispositivo, a mulher que vivia em união estável com um homem sem ser casada passou a integrar o que a Constituição chama de família legítima, entidade familiar legítima. Esse dispositivo foi incluído para acabar com a discriminação contra a mulher. Assim, seria trair o seu objetivo interpretá-lo como um dispositivo que permite discriminar os homossexuais. Portanto, esse foi o argumento que se criou para superar o único obstáculo normativo que havia. Acho que é verdadeiro e acredito nele.

Fora isso, acho que o princípio, para ficar em um só, na dignidade da pessoa humana. As pessoas, na vida, têm o direito de escolher os seus projetos existenciais, de fazerem as suas valorações morais, se não estiverem interferindo no direito de ninguém. **Então, duas pessoas maiores e capazes que escolhem viver uma relação homoafetiva têm todo o direito de fazê-lo. As pessoas têm o direito de colocar o seu afeto onde mora o seu desejo. É assim que deve ser vivida a vida.**

V. Ex<sup>a</sup> disse que eu não defendi o suficiente as minorias parlamentares. **Todo direito constitucional é uma defesa das minorias parlamentares.**

**Eu só disse, e acho que é uma inevitabilidade, que, ao demarcar o quanto queremos e não queremos de judicialização, nós estaremos em alguma medida demarcando o quanto queremos ou não de proteção às minorias parlamentares.**

Há uma decisão formidável do Supremo, do Ministro Celso de Mello, depois ratificada, em que uma determinada CPI não era constituída porque as maiorias não escolhiam os integrantes das CPIs, e o Ministro Celso de Mello, numa decisão ousada, criativa, própria, de proteção às minorias, disse que a CPI é um instrumento de exercício de poder político pelas minorias. Portanto, a maioria não pode frustrar a instalação de uma CPI, e ela tem de nomear as maiorias ou ter uma fórmula de os integrantes.

Acho que essa foi uma decisão acertada, de proteção das minorias. Mas, repito, é uma inevitabilidade. **Quanto mais se protegerem as minorias, mais vai haver interferência do Judiciário no processo legislativo.**

O SR. ALOYSIO NUNES FERREIRA (Bloco/PSDB – SP) — **Na medida em que haja maiorias tirânicas e que afrontem a Constituição, não tem jeito.**

O SR. LUÍS ROBERTO BARROSO — Assim funciona. Estava em John Stuart Mill há mais de dois séculos: a democracia também precisa se proteger contra a tirania das maiorias, V. Ex<sup>a</sup> tem toda razão.

O SR. PEDRO SIMON (Bloco/PMDB – RS) — **Se bem que, geralmente, a maioria democrática é aquela de que nós fazemos parte; a maioria tirânica são os nossos adversários. Essa é uma regra...**

O SR. ALOYSIO NUNES FERREIRA (Bloco/PSDB – SP) — **Não, não é o meu caso. Não compartilho desse ponto de vista.**

O SR. LUÍS ROBERTO BARROSO — **Senador Pedro Simon, isso vale para a judicialização. Quando qualquer pessoa ou Parlamentar está de acordo, ele diz: “Foi uma bela interpretação da Constituição”. E, quando ele não está de acordo, ele diz: “Estão invadindo a competência do Legislativo”.**

O SR. ALOYSIO NUNES FERREIRA (Bloco/PSDB – SP) — **É o ativismo judiciário.**

O SR. LUÍS ROBERTO BARROSO — Perdão?

O SR. ALOYSIO NUNES FERREIRA (Bloco/PSDB – SP) — **E diz que é ativismo judiciário.**

O SR. LUÍS ROBERTO BARROSO — **Ativismo judicial. Assim funciona a vida. E não são os**



**outros; somos nós. As pessoas geralmente se sentem mais confortáveis quando prevalece a sua posição.”** (Sem os destaques no original).

Escudado atrás de um “Cliché”, (ativismo judicial), Luís Roberto Barroso revolveu e remexeu a superfície desse esconderijo linguístico e respondeu para que não tivesse que responder, de fato, às questões. Em dado momento afirma que não quer amolar os Senadores com “miudezas doutrinárias”(?!), e em momento seguinte reduz o tema exatamente ao seu molde original, quando estabelece, em diálogo com os Senadores Pedro Simon e Aloysio Nunes, que será Ativismo Judicial aquilo que resultar de uma decisão com a qual não se concorde.

Observa-se que o discurso de Luís Roberto Barroso encantou a praticamente todos os Senadores, valendo destacar que o Senador Aécio Neves o elogiou em público, e o Senador Pedro Simon afirmou que nunca tinha visto um candidato como ele no Senado, diferente de todos que ele já havia visto, mesmo estando desde 1978 no Senado. Destacou o diálogo de entendimento:

O SR. PEDRO SIMON (Bloco/PMDB – RS) — [...] eu apenas diria o seguinte: Sr. Ministro, eu cheguei nesta Casa em 1978, há 37 ou 38 anos atrás. Eu não me lembro de alguém que tenha chegado com tanta simpatia, com tanto respeito e com tanta confiança como V. Ex<sup>a</sup>.

É interessante que é uma unanimidade em todos os partidos. Se é MDB, se é PDT, se é PT, se é PSB. Ninguém analisa nem faz ideia de qual é o seu partido. Quando eles falam com relação a isso, dizem que V. Ex<sup>a</sup> é um constitucionalista, um jurista brilhante.

Deu para ver, nesse pequeno espaço de tempo, que realmente, ao lado da imensa capacidade jurídica que tem, V. Ex<sup>a</sup> é uma capacidade impressionante de diálogo, de entendimento, de formação, de “co[n]sturação” de ideias. Eu, então, diria — e isso pode até ser considerado fora de momento —, que V. Ex<sup>a</sup> chega ao Supremo em um bom momento.

O Senador Aécio Neves por sua vez se diz sentir obrigado a mudar de postura, afirmando o acerto da nomeação:

O SR. AÉCIO NEVES (Bloco/PSDB – MG) — Ilustre Presidente, Senador Anibal, Presidente Vital do Rêgo, caríssimo Dr. Luís Roberto Barroso.

Na verdade, Dr. Luís Roberto, V. S<sup>a</sup> me obriga, nesse instante, a fazer algo que não costumo fazer desta tribuna e de nenhuma outra tribuna, até porque não tenho tido motivos para fazê-lo, mas V. Ex<sup>a</sup> me obriga a dizer daqui, para todo o Brasil, que, desta vez, a Presidente Dilma acertou.

V. Ex<sup>a</sup> preenche, e isso é claro, todos os requisitos para ocupar o assento [...].

Vale ressaltar que é o próprio Luís Roberto Barroso que disse sobre uma “superioridade da formação” dos Magistrados em relação aos políticos, e vale ressaltar que se destacou na sabatina seus dons de “construção de ideias”. Mas somente um grande orador, “quase-político”, com habilidades descomuns conseguiria responder a perguntas sobre delicados temas Constitucionais e se esconder atrás de um “Cliché” sem ser incomodado.

Observa-se que suas observações sobre “ativismo colesterol” não foram tocadas, e nem foi preciso, pois a *absentia* da resposta sequer foi notada ou reclamada. A separação dos Poderes foi reduzida a “miudezas doutrinárias”, e a “criação judicial do Direito” foi explicitada como uma inexorável contingência da vida, em que será Ativista a decisão com a qual não se concordar.

Com o perdão da metáfora, Luís Roberto Barroso colocou no bolso Senadores, políticos experimentados, experientes e que estão na Câmara Alta há muitos e muitos anos. Não se pode atribuir a questão a uma espécie de chancelaria protocolar a que se reduziu as Sabinas do Senado, como reconheceu e criticou o próprio Senador Álvaro Dias, anteriormente mencionado.

### 3. CONCLUSÃO

Observou-se, assim, que o termo “ativismo judicial” é utilizado de inúmeras maneiras distintas, mas não é devidamente problematizado, num contexto em que se discute academicamente a expressão sem que se remonte às suas origens.

Aliás, nota-se que a expressão “ativismo judicial” converteu-se em uma espécie de “ clichê constitucional”, destinado à simplificação excessiva das questões a ela relacionadas, e, assim sendo, destinada a se tornar um argumento que na realidade passa a ser um “não argumento”.

Em relação a Luís Roberto Barroso, é interessante notar que esse Ministro do STF maneja o não argumento do “ativismo judicial”, criando uma variante que o banaliza, ao afirmar que ativismo judicial é como o colesterol: tem do bom e tem do ruim. Ou ainda, seria como um potente antibiótico.

A compreensão de Luís Roberto Barroso sobre o papel desempenhado pelo Supremo Tribunal Federal parece bastante perturbadora, não apenas porque afirma que o Judiciário exerceria papel de representação, mas por afirmar que o Judiciário seria mais democrático, e que os Juízes seriam mais preparados intelectualmente que os Parlamentares.

Ao ser ouvido perante o Senado, durante sua Sabatina, no entanto, Luís Roberto Barroso esqueceu-se de dizer aos ilustres Senadores da Câmara Alta que o Judiciário seria mais preparado, deixando de afirmar ainda sua crença na “condição Adâmica do magistrado”, que ao estar no STF seria quase como estar no céu, só que sem precisar morrer.

Na realidade, ao estar perante o Senado, quase como que hipnotizando “velhas raposas”, saiu ovacionado, sem responder de verdade a uma só pergunta sobre o ativismo judicial de maneira sofisticada, densa e profunda. Antes, escondeu-se atrás de clichês, e os clichês invocavam mais clichês, e os novos clichês criavam um novo vazio argumentativo que preencheu e pareceu ter reconfortado o ambiente.

Reduziu a separação de poderes a “miudezas doutrinárias”, e isso foi o bastante para que fosse aprovado e empossado no cargo de Ministro do Supremo Tribunal Federal. Foi um pragmático, não apenas da “*realpolitik*”, mas também da “*realconstitutionis*”, seja lá o que isso queira dizer. Aliás, nem é preciso densificar o argumento, pois, pelo visto basta criar um novo clichê!

Não, nada disso. Parece que a expressão “ativismo judicial”, enquanto “ clichê constitucional”, enquanto um argumento que nem mesmo é um argumento, deve ser abandonado, e devemos debater de maneira séria, densa, detida e profunda as questões constitucionais, criticando e constringendo epistemologicamente as decisões constitucionais e os pronunciamentos dos Ministros do Supremo Tribunal Federal.

A propósito, o Ministro Luís Roberto Barroso começou muito mal<sup>123</sup>, e no campo das ideias deve ser criticado, para que deixe de se esconder atrás de um “ clichê constitucional”, e se abra para a academia, de maneira igualmente densa, detida e profunda, explicando e explicitando o que quer dizer “ativismo colesterol bom” e “ativismo colesterol ruim”, “ativismo antibiótico” e principalmente, o que tudo isso tem a ver com o STF ser o “motor da história”, e mais do que isso, que história é essa de descumprimento cronológico da “jurisprudência do STF”<sup>124</sup>, junto com papel representativo do STF.

123 A afirmação “começou muito mal” refere-se a sabatina de Luís Roberto Barroso perante o Senado. A propósito, observa-se a alegação de Luís Roberto Barroso de que o Brasil chegou ao novo milênio “atrasado e com pressa”. Parece que essa mesma observação poderia ser endereçada ao Ministro Luís Roberto Barroso, de que ele chegou ao STF “atrasado e com pressa”. Cfr. BARROSO, Luís Roberto. Democracia, desenvolvimento e dignidade humana: uma agenda para os próximos dez anos. In: CONFERÊNCIA NACIONAL DA ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL, 21., 2011, Curitiba. *Anais...* Curitiba: ExpoUnimed, 2011.

124 Sobre este último caso, a referência é a seguinte frase do Ministro Luís Roberto Barroso: “SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO – Como eu cheguei posteriormente à constituição dessa jurisprudência, eu me sinto à vontade para divergir dela”. Cfr.: BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário. RE 230.536/SP. Relator: Min. Marco Aurélio. *DJE*, 6 de agosto de 2014.

Não se observam coerência e consistência nas alegações do Ministro Luís Roberto Barroso, acima analisadas, e parece perturbador mais do que supor que esse julgador perfilhe um entendimento que tisna a invocação do papel de Poder Moderador por parte do STF, em que as decisões serão ao final das contas decididas basicamente pelo suplemento da ideologia e das convicções pessoais do Juiz.

Do que se deflui de tudo isso é que a expressão “ativismo judicial” está “aqui, ali e em todo lugar”, sem que se observe consensos mínimos de significado, vulgata vulgarizada, transformada em álibi argumentativo para se rotular uma decisão com a qual se concorde (ativismo judicial colesterol bom) ou com a qual não se concorde (ativismo judicial colesterol ruim).

Não se trata de combater a metáfora. Não se cuida de banir a expressão para que a coisa desapareça. Cuida-se de um clichê que se pauta pela excessiva simplificação de questões importantes e complexas, transformada em um “não argumento” para que se encerre um debate antes mesmo de inicia-lo. A expressão “ativismo judicial” não serve mais, se é que algum dia serviu, ao Direito Constitucional nacional.

São questões que precisam ser melhor explicitadas, e que poderia começar, sugestivamente pela ordem cronológica. Como referido no início: alguma coisa parece estar acontecendo aqui, mas não podemos esperar a resposta de Mr. Jones, e nem um jornalista de fim de semana pode pautar eternamente as discussões sobre temas tão mais complexos e delicados.

## REFERÊNCIAS

AMARAL JÚNIOR, José Levi Mello do. *Memória jurisprudencial*. Ministro Aliomar Baleeiro. Brasília: Supremo Tribunal Federal, 2006.

AMARAL JÚNIOR, José Levi Mello do. Análise constitucional: inconstitucionalidade sem parâmetro no Supremo. *Conjur*, 29 de dezembro de 2013.

ARENDT, Hannah. *Sobre a violência*. Trad. André Duarte. 4. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2013.

BARNETT, Randy E. Constitutional clichés. *Capital University Law Review*, v. 36, n. 3, p. 492-510, 2008.

BARRETT, John Q. *Arthur M. Schlesinger Jr.: in action, in archives, in history*, 2007. Available at: <<http://thejacksonlist.com/wp-content/uploads/2014/02/20071015-Jackson-List-re-Arthur-Schlesinger.pdf>>. Accessed on: 17 aug. 2014.

BARROSO, Luís Roberto. Apresentação. In: MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Direito regulatório*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

BARROSO, Luís Roberto. Anabolizante judicial: entrevista: Luís Roberto Barroso, advogado constitucionalista. *Conjur*, 21 de setembro de 2008. Disponível em: <[http://www.conjur.com.br/2008-set-21/quando\\_legislativo\\_mal\\_judiciario\\_toma\\_conta?pagina=3](http://www.conjur.com.br/2008-set-21/quando_legislativo_mal_judiciario_toma_conta?pagina=3)>. Acesso em: 17 ago. 2014. Entrevista concedida a Rodrigo Haidar.

BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. São Paulo: Saraiva, 2009.

BARROSO, Luís Roberto. Democracia, desenvolvimento e dignidade humana: uma agenda para os próximos dez anos. In: CONFERÊNCIA NACIONAL DA ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL, 21., 2011, Curitiba. *Anais...* Curitiba: ExpoUnimed, 2011.

- BARROSO, Luís Roberto. Entrevista concedida ao Grupo Folha: parte 2. *Poder e Política*, Brasília, 18 de dezembro de 2013. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/poder/poderepolitica/2013/12/1388983-leia-a-transcricao-da-entrevista-de-luis-roberto-barroso-a-folha-e-ao-uol---parte-2.shtml>>. Acesso em: 17 ago. 2014. Entrevista concedida a Fernando Rodrigues.
- BARROSO, Luís Roberto. Introdução. In: MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Direito regulatório*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.
- BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. In: COUTINHO, Jacinto Miranda; FRAGALE, Roberto; LOBÃO, Ronaldo (Org.). *Constituição e ativismo judicial: limites e possibilidades da norma constitucional e da decisão judicial*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.
- BARROSO, Luís Roberto. Prefácio: avanço social, equilíbrio institucional e legitimidade democrática. In: CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. *Dimensões do ativismo judicial do STF*. Rio de Janeiro: Forense, 2014.
- BARROSO, Luís Roberto. Prefácio: o estado que nunca foi. In: MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Direito regulatório*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.
- BARROSO, Luís Roberto. Retrospectiva 2013: as ruas, a opinião pública, a constituição e o Supremo. *Conjur*, 26 de dezembro de 2013. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2013-dez-26/retrospectiva-2013-ruas-opiniao-publica-constituicao-supremo>>. Acesso em: 17 ago. 2014.
- BERMAN, Marshall. *Tudo que é sólido desmancha no ar: a aventura da modernidade*. Trad. Carlos Felipe Moisés e Ana Maria Loriatti. São Paulo: Companhia das Letras, 1986.
- BESTER, Gisela Maria. *Direito constitucional: fundamentos teóricos*. São Paulo: Manole, 2005. v. 1.
- BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Em busca de um conceito fugidio: o ativismo judicial. In: FELLET, André; GIOTTI DE PAULA, Daniel; NOVELINO, Marcelo. (Org.). *As novas faces do ativismo judicial*. Salvador: Juspodivm, 2011.
- BRECHT, Bertolt. O mendigo ou o cachorro morto. In: \_\_\_\_\_. *Teatro completo*. Tradução de Fernando Peixoto. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1986. v. 1.
- CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. *Dimensões do ativismo judicial do STF*. Rio de Janeiro: Forense, 2014.
- CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. A evolução do ativismo judicial na Suprema Corte Norte-Americana (I). *RIDB*, ano 2, n. 6, 2013.
- CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. A evolução do ativismo judicial na Suprema Corte Norte-Americana (II). *RIDB*, ano 2, n. 7, 2013.
- CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. Explicando o avanço do ativismo judicial do Supremo Tribunal Federal. *RIDB*, ano 2, n. 8, 2013.
- CAVALCANTI, Themístocles. O Supremo Tribunal Federal e a constituição. In: MARINHO, Josaphat; ROSAS, Roberto (Org.). *Sesquicentenário do Supremo Tribunal Federal: conferências e estudos realizados na Universidade de Brasília entre 11 e 14 de setembro de 1978*. Brasília: EdUnB, 1982. (Coleção Temas Brasileiros, v. 25).
- CITTADINO, Gisele. Poder Judiciário, ativismo judiciário e democracia. *ALCEU*, n. 9, 2004.
- COELHO, Inocêncio Mártires. Ativismo judicial ou criação judicial do direito? In: FELLET, André; GIOTTI DE PAULA, Daniel; NOVELINO, Marcelo. (Org.). *As novas faces do ativismo judicial*. Salvador: Juspodivm, 2011.
- COSTA NETO, João. Humildade constitucional: o conceito que o STF ainda não “descobriu” na constituição, e o retorno à legalidade. *Crítica Constitucional*, 15 de julho de 2013. Disponível em: <<http://www.criticaconstitucional.com/480/>>. Acesso em: 17 ago. 2014.

- DWORKIN, Ronald. Direitos fundamentais: a democracia e os direitos do homem. In: DARNTON, Robert; DUHAMEL, Olivier. *Democracia*. Trad. Clovis Marques. Rio de Janeiro: Record, 2001.
- FACHIN, Luiz Edson. Um país sem jurisprudência. *Programa de Mestrado e Doutorado em Direito do UniCEUB*, Brasília, de 28 à 31 de julho de 2014. Texto enviado por Luiz Edson Fachin para o Prof. Doutor Pablo Malheiros da Cunha Frota, para o SJA – Seminário Jurídico Avançado “Um País sem jurisprudência: Como decidem os Tribunais no Brasil?”.
- FREITAS FILHO, Roberto. *Intervenção Judicial nos contratos e aplicação dos princípios e das cláusulas gerais: o caso do leasing*. Porto Alegre: S. A. Fabris, 2009.
- FROOMKIN, Michael. The metaphor is the key: cryptography, the clipper chip, and the constitution. *University of Pennsylvania Law Review*, v. 143, p. 709-897, 1995.
- FUMAROLI, Marc. Prefácio. In: PASCAL, Blaise. *A Arte de persuadir precedida de a arte da Conferência de Montaigne*. Trad. Rosemary Abílio e Mario Laranjeira. São Paulo: M. Fontes, 2004.
- GARDNER, James. The ‘states-as-laboratories’ metaphor in state constitutional law. *Valparaiso University Law Review*, v. 30, n. 2, p. 475-491, 1996.
- GOLDBERG, Jonah. *The tyranny of clichés: how liberals cheat in the war of ideas*. New York: Sentinel, 2012.
- HOCHSCHILD, Adam S. The modern problem of Supreme Court plurality decision: interpretation in historical perspective. *Washington University Journal of Law & Policy*, v. 4, jan. 2000.
- JACKSON, Vicki C. Constitutional as ‘living trees’? Comparative Constitutional Law and Interpretative Metaphors. *Fordham Law Review*, v. 75, n. 2, 2006.
- KMIEC, Keenan D. The origin and current meanings of ‘judicial activism’. *California Law Review*, v. 92, n.5, oct. 2004.
- LEAL, Saul Tourinho. *Ativismo ou altivez? O outro lado do Supremo Tribunal Federal*. Belo Horizonte: Fórum, 2010.
- LUNARDI, Soraya Regina Gasparetto; DIMOULIS, D. Ativismo e autocontenção judicial no controle de constitucionalidade. In: FELLET, André; GIOTTI DE PAULA, Daniel; NOVELINO, Marcelo. (Org.). *As novas faces do ativismo judicial*. Salvador: Juspodivm, 2011.
- MACCORMICK, Neil. *Retórica e estado de direito*. Trad. Conrado Hubner Mendes. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.
- MARKHAM, James. Against individually signed judicial opinions. *Duke Law Journal*, v. 56, p. 923-951, 2006.
- MATTSON, Kevin. Arthur Schlesinger Jr.: biographical memoirs. *Proceedings of the American Philosophical Society*, v. 153, n. 1, 2009.
- MEDINA, José Miguel Garcia. Processo novo: uma breve retrospectiva sobre o que o Supremo não fez. *Conjur*, 23 de dezembro de 2013. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2013-dez-23/processo-breve-retrospectiva-supremo-nao-fez>>. Acesso em: 05 nov. 2013.
- MENDES, Conrado Hübner. *Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação*. 2008. Tese (Doutorado em Ciência Política) - Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2008. Disponível em: <<http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/8/8131/tde-05122008-162952/>>. Acesso em: 05 nov. 2013.
- MENDES, Gilmar Ferreira. *Jurisdição constitucional: controle abstrato de normas no Brasil e na Alemanha*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.
- MENDES, Gilmar Ferreira. *Estado de direito e jurisdição constitucional*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.
- MENDES, Gilmar Ferreira. *Estado de direito e jurisdição constitucional: 2002/2010*. São Paulo: Saraiva, 2012.

- MOORHEAD, R. Dean. The 1952 Ross Prize Essay: concurring and dissenting opinions. *American Bar Association Journal*, v. 38, n. 10, oct. 1952.
- MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Direito regulatório*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.
- NOGUEIRA, Adalício. [Discurso]. In: SESSÃO ORDINÁRIA DO PLENÁRIO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 21., 1966, Brasília. Ata da [...], em 10 de agosto de 1966: centenário do Ministro Pedro dos Santos. *Diário da Justiça*, 11 ago. 1966.
- NORBERG, Jakob. The political theory of the cliché: Hannah Arendt reading Adolf Eichmann. *Cultural Critique*, n. 76, fall 2010.
- OLIVEIRA, Rafael Tomaz. Diário de classe: financiamento de campanha e o STF como ‘motor da história’. *Conjur*, 4 de janeiro de 2014. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2014-jan-04/diario-classe-financiamento-campanha-stf-motor-historia>>. Acesso em: 01 set. 2014.
- POSNER, Richard. Como eu escrevo. Trad. Ana Caroline Pereira Lima, Thiago Santos Aguiar de Pádua. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, v. 4, n. 1 jan.-jun. 2014.
- RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos*. São Paulo: Saraiva, 2010.
- REALE, Miguel. *Introdução à filosofia*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.
- REHNQUIST, William H. Government by cliché: keynote address of the Earl F. Nelson lectures series, *Missouri Law Review*, v. 45, n. 3, summer 1980.
- ROCHA, Carmen Lúcia Antunes. Constituição e mudança constitucional: limites ao exercício do poder de reforma constitucional. *Revista de Informação Legislativa*, v. 30, n. 120, 1993.
- RODRIGO RODRIGUEZ, José. *Como decidem as cortes? Para uma crítica do Direito (Brasileiro)*. Rio de Janeiro: FVG, 2013.
- SANTOS, Fernanda Ferreira dos. O clichê como esvaziamento do discurso: uma leitura de Bouvard et Pécuchet, de Gustave Flaubert. *Revista Litteris*, n. 9, 2012.
- SCHLESINGER JR., Arthur M. The Supreme Court: 1947, *Fortune*, v. 35, jan. 1947.
- SCHLESINGER JR., Arthur M. *A life in the 20th century: innocent beginnings, 1917-1950*. New York: Houghton Mifflin, 2000.
- SIRICO JR, Louis J. Failed constitutional metaphors: the wall of separation and the penumbra. *University of Richmond Law Review*, v. 45, jan. 2011.
- SOUZA JUNIOR, C. S. *O tribunal constitucional como poder- uma nova teoria da divisão dos poderes*. São Paulo: Memória Jurídica, 2002.
- STEWART, David O. A chorus of voices, *American Bar Association Journal*, v. 77, n. 50, 1991.
- STRECK, Lênio Luiz. *Verdade e consenso*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.
- STRECK, Lênio Luiz. *Compreender direito: como o senso comum pode nos enganar*. São Paulo: RT, 2014. v. 1.
- STRECK, Lênio Luiz. *Compreender direito: como o senso comum pode nos enganar*. São Paulo: RT, 2014. v. 2.
- STRECK, Lênio Luiz. Senso incomum: as palavras e as coisas na terra dos fugitivos. *Conjur*, 20 de março de 2014. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2014-mar-20/senso-incomum-palavras-coisas-terra-fugitivos>>. Acesso em: 01 set. 2014.
- STRECK, Lênio Luiz. Senso incomum: o realismo ou ‘quando tudo pode ser inconstitucional’. *Conjur*, 2 de janeiro de 2014. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2014-jan-02/senso-incomum-realismo-ou-quando-tudo-inconstitucional>>. Acesso em: 01 set. 2014.

SZE-MAN SIMONE, Yeung. *The rule of metaphor and the rule of law: critical metaphor analysis in judicial discourse and reason*. 2010. 133 f. Thesis (Master of Philosophy) – The University of Hong Kong, Hong Kong, 2010.

TASSINARI, Clarissa. *Ativismo judicial: uma análise da atuação do judiciário nas experiências brasileira e norte-americana*. 2012. 141 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade do Vale do Rio dos Sinos, São Leopoldo, 2012.

TUSHNET, Mark. Mr. Jones & the Supreme Court. *Green Bag*, v. 4, n. 2, p. 173-178, winter 2001.

VIEIRA, Oscar Vilhena. Supremo Tribunal Federal: o novo poder moderador. In: MOTA, Carlos Guilherme; SALINAS, Natasha S. C. (Coord.). *Os juristas na formação do estado-nação brasileiro: de 1930 aos dias atuais*. São Paulo: Saraiva, 2010.

VIEIRA, Oscar Vilhena. Supremocracia. *Revista Direito GV*, n. 8, 2008.

Para publicar na revista Brasileira de Políticas Públicas, acesse o endereço eletrônico [www.rbpp.uniceub.br](http://www.rbpp.uniceub.br)  
Observe as normas de publicação, para facilitar e agilizar o trabalho de edição.