

O ATIVISMO JUDICIAL À BRASILEIRA E A QUESTÃO PENITENCIÁRIA NO RIO GRANDE DO SUL

BRAZILIAN JUDICIAL ACTIVISM AND THE PRISON SYSTEM IN THE STATE OF RIO GRANDE DO SUL

André Karam Trindade*

RESUMO

Com base nos aportes teóricos e metodológicos da *Crítica Hermenêutica do Direito*, este artigo apresenta as “soluções judiciais” para a crise do sistema prisional no Estado do Rio Grande do Sul como um exemplo privilegiado do fenômeno denominado *ativismo à brasileira*. Para tanto, após resgatar as origens do ativismo judicial e traçar as particularidades do *ativismo à brasileira*, problematiza o conjunto de medidas adotadas pelo Poder Judiciário, especialmente a partir de 2009, todas elas marcadas por seu viés voluntarista e solipsista, sob o alibi da necessidade de concretização dos direitos fundamentais.

Palavras-chave: ativismo à brasileira; soluções judiciais, sistema prisional.

ABSTRACT

Based on the theoretical and methodological contributions of the *Critical Hermeneutics of Law*, this article presents “judicial solutions” to the crisis of the prison system in the State of Rio Grande do Sul as a prime example of judicial activism phenomenon in Brazil. After rescuing the origins of judicial activism and trace the peculiarities of activism to Brazil, discusses the set of measures taken by the judiciary, especially since 2009, all marked by their voluntarist and solipsistic bias under the alibi of need the realization of fundamental rights.

Keywords: brazilian activism; judicial solutions; prison system.

* Doutor em Teoria e Filosofia do Direito (Roma TRE/Itália). Mestre em Direito Público (Unisinos). Professor dos Programas de Pós-Graduação em Direito da Faculdade Meridional (Imed/RS) e da Faculdade Guanambi (FG/BA). Coordenador do Kathársis – Centro de Estudos em Direito e Literatura da Imed. Advogado. E-mail: andre.karam@imed.edu.br.

INTRODUÇÃO

A *questão penitenciária* atravessa a história do Brasil¹. Desde a Constituição Imperial, em cujo art. 179, inciso XXI, garantiam-se “cadêas seguras e limpas”, observa-se o abismo existente entre aquilo que estabelecem os textos normativos e a realidade prisional. Inúmeros são os episódios que, ao longo de dois séculos, evidenciam isso. Entre eles, o mais conhecido, certamente, ainda é o massacre do Carandiru, em 1992, na cidade de São Paulo; o mais recente, por sua vez, é o descontrole verificado no Complexo de Pedrinhas, em 2013, no Maranhão, onde houve a morte de mais de 60 apenados em menos de 1 ano.

Nos últimos anos, levando-se em conta a superlotação dos presídios e as condições degradantes às quais os presos são submetidos, o Poder Judiciário vem assumindo uma postura cada vez *ativista*, em razão da crise do sistema penitenciário, adotando um conjunto de medidas que, muitas vezes, transcendem aquelas previstas no ordenamento jurídico.

Assim, com base nos aportes teóricos e metodológicos da *Crítica Hermenêutica do Direito*², este estudo pretende: (a) investigar as origens do fenômeno conhecido por *ativismo* judicial; (b) caracterizar o ativismo às avessas praticado no Brasil, de viés voluntarista e solipsista; (c) ilustrar esse ativismo à *brasileira*, problematizando o conjunto de medidas adotadas pelo Poder Judiciário para superar a crise do sistema penitenciário no Rio Grande do Sul, especialmente a partir de 2009, mediante argumentos políticos, e não jurídicos.

Registre-se, por oportuno, que o presente artigo é resultado parcial do projeto de pesquisa desenvolvido em 2012/2014, financiado pela Fundação de Amparo à Pesquisa do Rio Grande do Sul – FAPERGS, que surge como uma extensão das investigações desenvolvidas na tese de doutorado intitulada *Garantismo versus Attivismo: in difesa d’una teoria garantista della decisione giudiziale*, defendida na Università Degli Studi Roma Tre, em 2011, sob a orientação do Prof. Luigi Ferrajoli, na qual se analisou, criticamente, o ativismo judicial emergente em *terrae brasilis*, especialmente nos últimos anos, sob o álibi da necessidade de concretização dos direitos fundamentais³.

¹ Ver, para tanto, BRITTO, José Gabriel Lemos de. *Os sistemas penitenciários do Brasil*. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1924. 3 v.

² Ver, para tanto, STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011; e, ainda, STRECK, Lenio Luiz. *Lições de crítica hermenêutica do direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014.

³ Cf. TRINDADE, André Karam. *Attivismo versus garantismo: in difesa d’una teoria garantista della decisione giudiziale*. Tesi di Dottorato. Scuola Dottorale Internazionale di Diritto ed Economia “Tullio Ascarelli”. Università Degli Studi Roma Tre, 2011; e, mais especificamente, TRINDADE, André Karam. As soluções judiciais para a crise do sistema prisional no estado do Rio Grande do Sul: um exemplo privilegiado do ativismo à brasileira. *Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica*, v. 18, p. 197-234, 2015.

O QUE É ISTO – O ATIVISMO À BRASILEIRA?

Com efeito, independentemente da forma como se apresente, o ativismo judicial é um conceito que nasce nos Estados Unidos para designar um fenômeno que transcende as fronteiras da *common law*, sobretudo a partir do papel conferido ao Poder Judiciário no paradigma do constitucionalismo do segundo pós-guerra – marcado pela positivação de um conjunto de princípios e, ainda, pela ampliação dos espaços de jurisdição⁴ –, de tal maneira que muitos juristas incorporaram a noção de um *direito judicial* no interior da tradição romano canônica⁵.

As origens do ativismo judicial

Como se sabe, a expressão *ativismo judicial* surge em 1947, em um artigo de Arthur Schlesinger Jr., sob o título *The Supreme Court: 1947*, publicado na revista *Fortune*⁶ – que é um conhecido periódico sobre negócios –, no qual se discutia o perfil dos juízes que à época integravam a Suprema Corte, classificando-os como “ativistas”, “campeões da autocontenção” e “moderados”. O primeiro grupo era composto dos juízes Black, Douglas, Murphy e Rutledge; no segundo grupo estavam os juízes Frankfurter, Jackson e Burton; o terceiro grupo era formado pelos juízes Reed e Vinson. No entanto, o artigo não indicava os elementos a partir dos quais seu autor fizera a identificação e o enquadramento dos juízes, de maneira que dele não se pode inferir nenhum sentido para a expressão *judicial activism*, exceto sua oposição à *judicial self restraint*.

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

O fato de sua origem remeter à metade do século XX não significa que o *ativismo judicial* seja um fenômeno recente. Como ensina Wolfe⁷, a história do constitucionalismo norte-americano pode ser dividida em três eras bastante distintas, a partir da noção de ativismo judicial, tendo em vista as transformações ocorridas ao longo dos séculos na forma de intervenção da Suprema Corte

⁴ Nesse sentido, CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes legisladores?* Porto Alegre: SaFe, 1993.

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

⁶ SCHLESINGER JR., Arthur. *The Supreme Court: 1947*, *Fortune*, n. 35, p. 73-79, jan. 1947.

⁷ WOLFE, Christopher. *The rise of modern judicial review. From constitutional interpretation to judge-made law*. Boston: Littlefield Adams Quality Paperbacks, 1994.

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

Observa-se, com isso, que o *ativismo judicial* envolve o problema da interferência do Poder Judiciário nas esferas legislativa e executiva. Tal fenômeno pode assumir, portanto, as mais diversas formas e conotações, do que resultam inúmeras dificuldades teóricas e práticas quando se trata de sua definição conceitual⁸.

Tanto é assim que, se consultados alguns dos principais vocabulários jurídicos norte-americanos, ver-se-á que não existe o mínimo consenso sobre o tema: o *Merriam-Webster's Dictionary of Law* refere-se ao ativismo como “a prática do Judiciário de proteger ou expandir os direitos individuais mediante decisões que se diferem dos precedentes ou que independem da intenção constitucional do legislativo”⁹; o *Black's Law Dictionary* traz o vocábulo *ativismo judicial* como “a filosofia da decisão judicial que leva os juízes a se afastarem dos precedentes em favor de novas e progressistas políticas sociais que nem sempre correspondem às expectativas da Corte, representando, ocasionalmente, uma invasão em questões legislativas e executivas”¹⁰; o *The Oxford Companion to the Supreme Court of the United States* relaciona o ativismo à atuação dos juízes que ultrapassa os poderes a eles conferidos ao “empreenderem na criação de lei, e não meramente na sua interpretação, em oposição à autocontenção judicial, que aconselha os juízes a resistir à tentação de influenciar políticas públicas através de decisões judiciais”¹¹.

Segundo Keenan Kmiec¹², entre os diversos sentidos adotados usualmente pelos juristas, o ativismo judicial vem frequentemente associado às seguintes práticas: (a) a invalidação de atos produzidos por outros Poderes, ainda que constitucionais, em desaprovação à escolha de diretrizes políticas; (b) o afasta-

⁸ KMIEC, Keenan D. The Origin and Current Meanings of “Judicial Activism”. *California Law Review*, v. 92, n. 5, p. 1441-1477, oct. 2004.

⁹ MERRIAM-WEBSTER. *Merriam-Webster's Dictionary of Law*. Massachusetts: Merriam-Webster, 1996, p. 270.

¹⁰ BLACK, Henry Campbell. *Black's Law Dictionary*. 5. ed. St. Paul: West Group, 1983, p. 440.

¹¹ HALL, Kermit L. (Ed.). *The Oxford Companion to the Supreme Court of the United States*. New York: Oxford University Press, 1992, p. 454.

¹² KMIEC, op. cit., p. 1442-1444.

mento dos precedentes, seja vertical ou horizontalmente; (c) a atuação como legislador positivo mediante a produção de sentença aditivas; (d) o desvio da metodologia interpretativa aceita; (e) a predeterminação dos julgamentos orientados para atender a uma determinada finalidade.

Na mesma linha, elencando diversas concepções de ativismo judicial, Willian Marshall¹³ enumera sete tipos: (1) *ativismo contramajoritário*, quando os tribunais relutantes discordam de decisões tomadas por órgãos democraticamente eleitos; (2) *ativismo não originalista*: quando os tribunais negam o *originalismo* na interpretação judicial, desconsiderando as concepções mais estritas do texto legal ou, então, a intenção dos autores da Constituição; (3) *ativismo de precedentes*: quando os tribunais rejeitam a aplicação de precedentes anteriormente estabelecidos; (4) *ativismo jurisdicional*: quando os tribunais não obedecem os limites formais estabelecidos para sua atuação, violando as competências a eles conferidas; (5) *ativismo criativo*: quando os tribunais criam, materialmente, novos direitos e teorias por meio da doutrina constitucional; (6) *ativismo remediador*: quando os tribunais usam seu poder para impor obrigações positivas aos outros poderes ou para controlar o cumprimento das medidas impostas; (7) *ativismo partisan*: quando os tribunais decidem com a finalidade de atingir objetivos nitidamente partidários ou de determinado segmento social.

Outro autor que menciona as múltiplas faces do ativismo judicial é Ernest A. Young¹⁴, para quem é possível identificar seis categorias de *comportamentos judiciais* (*judicial behaviors*), no sistema jurídico norte-americano, que podem ser considerados ativistas: (1) reprovar as escolhas políticas tomadas pelo Estado; (2) distorcer a interpretação jurídica da norma e/ou da história; (3) desvirtuar a interpretação do precedente judicial; (4) emitir interpretações maximalistas em detrimento das minimalistas; (5) exercer amplos poderes de correção; (6) decidir de acordo com convicções político-partidárias.

Com base nas tipologias oferecidas tanto por Kmiec, quanto por Marshall e Young, o que se verifica é que, de certa maneira, todas as formulações – exceto o *ativismo remediador* – pressupõem uma disfunção no exercício da atividade jurisdicional. Isso nos permite concluir que o ativismo judicial envolve uma recusa dos tribunais de se manterem dentro dos limites jurisdicionais estabelecidos para o exercício do poder a eles atribuídos pelo sistema constitucional¹⁵.

¹³ MARSHALL, Willian P. Conservatism and the Seven Signs of Judicial Activism. *University of Colorado Law Review*, Chapel Hill, n. 73, p. 101-140, 2002.

¹⁴ YOUNG, Ernest A. Judicial Activism and Conservative Politics. *University of Colorado Law Review*, v. 73, n. 4, p. 1139-1216, 2002.

¹⁵ GREEN, Craig. An Intellectual History of Judicial Activism. *Emory Law Journal*, Atlanta, v. 58, n. 5, p. 1195-1263, 2009.

Tal problemática, como se sabe, não é uma exclusividade do Direito norte-americano e tampouco da tradição da *common law*¹⁶. Nas últimas décadas, sobretudo após os anos de ouro da *Corte Warren*, “uma onda ativista inundou o mundo”, como destaca Hirschl¹⁷. E essa onda também atingiu o Brasil¹⁸.

O ativismo à brasileira

No Brasil, especialmente após a ressaca que marcou a primeira década que sucedeu à promulgação da Carta de 1988 e, ainda, a etapa da assimilação da necessidade de uma filtragem hermenêutica-constitucional dos direitos¹⁹, a discussão acerca do papel do Poder Judiciário tornou-se uma pauta constante nas discussões jurídico-políticas, com o progressivo abandono do *passivismo judicial*²⁰.

Nesse contexto, o ativismo judicial ainda pode ser considerado um tema emergente, que vem suscitando o desenvolvimento de muitas pesquisas e resultando na publicação de inúmeros artigos científicos e livros, sobretudo na última década²¹.

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

O fato de possuir uma corte suprema ativista não chegaria, por si só, a tornar o caso brasileiro uma espécie de anomalia entre as nações ocidentais, já que o crescente ativismo das cortes supremas e constitucionais tem sido um fenômeno relativamente global. No entanto, o que torna o

¹⁶ HOLLAND, Kenneth (Ed.). *Judicial Activism in Comparative Perspective*. London: Macmillan, 1991.

¹⁷ HIRSCHL, Ran. O novo constitucionalismo e a judicialização da política pura no mundo. *Revista de Direito Administrativo*, São Paulo, v. 251, p. 139-178, 2009.

¹⁸ Ver, para tanto, TASSINARI, Clarissa. *Jurisdição e ativismo judicial. Limites da atuação do Judiciário*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012; e, mais recentemente, CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. *Dimensões do ativismo judicial no STF*. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

¹⁹ TRINDADE, André Karam; MORAIS, Fausto Santos de. Ativismo Judicial: as experiências norte-americanas, alemã e brasileira. *Revista da Faculdade de Direito (UFPR)*, v. 53, p. 57-84, 2011.

²⁰ FRANCISCO, José Carlos. *Neoconstitucionalismo e atividade jurisdicional. Do passivismo ao ativismo judicial*. Belo Horizonte: Del Rey, 2012.

²¹ Entre as principais obras publicadas no Brasil sobre o tema, destacam-se cronologicamente: VALLE, Vanice Regina Lírio do (Org.). *Ativismo jurisdicional e Supremo Tribunal Federal*. Curitiba: Juruá, 2009; RAMOS, Elival. *Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos*. São Paulo: Saraiva, 2010; OLIVEIRA, Umberto Machado de; ANJOS, Leonardo (Orgs.). *Ativismo judicial*. Curitiba: Juruá, 2010; COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda; FRAGALE FILHO, Roberto; LOBÃO, Ronaldo (Orgs.). *Constituição & Ativismo judicial*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011; LEAL, Rogério Gesta; LEAL, Monia H. (Orgs.). *Ativismo judicial e déficits democráticos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011; FELLET, André Luiz Fernandes et al. *As novas faces do ativismo judicial*. Salvador: Juspodivm, 2011; TASSINARI, op. cit.; FRANCISCO, op. cit.; DIDER JR., FREDIE et al. *Ativismo judicial e garantismo processual*. Salvador: Juspodivm, 2013; CAMPOS, op. cit.

caso brasileiro anômalo é o fato de essa corte ser, também, a mais produtiva do País (certamente, uma das mais produtivas do mundo), sobretudo quando se considera o número de casos julgados ao ano por magistrado. Isso, sem dúvida, é um traço particular de nossa experiência, caracterizando aquilo que poderia ser chamado, com alguma ironia, talvez, de ativismo “à brasileira”²².

Todavia, afastando-se da análise quantitativa formulada por Veríssimo e, igualmente, por Pogrebinski²³, que contesta a judicialização da política e o ativismo judicial – sem, contudo, distinguir os conceitos – a partir de estatísticas do Supremo Tribunal Federal, o presente estudo rejeita a premissa de que o ativismo praticado no Brasil possa ser aferido a partir do número de ações de inconstitucionalidade julgadas procedentes. Para os fins desse artigo, a identificação do ativismo exige uma investigação qualitativa acerca do conteúdo das decisões judiciais. É na interpretação e na fundamentação, portanto, que reside o problema.

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

Portanto, “ativismo à brasileira” se deve, fundamentalmente, à sua recepção descontextualizada. Aliás, somos pródigos e incansáveis em recepções equivocadas e incompletas, desde a importação das formas de estado (federação) e de governo (república), ainda no século XIX, até aplicação de doutrinas (jurisprudência dos valores) e técnicas interpretativas (ponderação), no século XX.

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

²² VERÍSSIMO, Marcos Paulo. A Constituição de 1988, vinte anos depois: suprema corte e ativismo judicial à brasileira. *Revista Direito GV*, São Paulo, n. 4, v. 2, p. 407-440, 2008, p. 415.

²³ POGREBINSCHI, Thamy. *Judicialização ou representação? Política, direito e democracia no Brasil*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011.

Entre nós, um dos exemplos mais conhecido é a leitura proposta por Luís Roberto Barroso²⁴ – e isso vem se confirmando após sua nomeação para o Supremo Tribunal Federal²⁵ –, para quem o ativismo judicial está associado “a uma participação mais ampla e intensa do Judiciário na concretização dos valores e fins constitucionais, com maior interferência no espaço de atuação dos outros dois Poderes. Em muitas situações, sequer há confronto, mas mera ocupação de espaços vazios”²⁶. Para ele, o ativismo estaria relacionado à *expansão da atividade jurisdicional*, de maneira que os tribunais não devem se limitar mais à função típica de aplicar o Direito, mas também criar o Direito: “o ativismo é uma atitude, a escolha de um modo específico e proativo de interpretar a Constituição, expandindo o sentido e alcance”²⁷.

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

o ativismo judicial se justifica no Brasil, pelo menos em certas searas, como a tutela de direitos fundamentais, a proteção de minorias e a garantia do funcionamento da própria democracia [...] Mas, em outros campos, pode ser mais recomendável uma postura de autocontenção judicial, seja por respeito às deliberações majoritárias adotadas no espaço político, seja pelo reconhecimento da falta de *expertise* do Judiciário para tomar decisões que promovam eficientemente os valores constitucionais em jogo, em áreas que demande profundos conhecimentos técnicos fora do Direito – como Economia, políticas públicas e regulação²⁸.

210

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

Um juiz ativista, em sentido positivo, atua na busca da proteção dos direitos fundamentais e da garantia da supremacia da Constituição, assumindo uma postura concretizadora quando diante da abstração de princípios constitucionais, como dignidade da pessoa humana, proteção

²⁴ BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. In: COUTINHO, Jacinto N. M. et al. *Constituição e ativismo judicial. Limites e possibilidades da norma constitucional e da decisão judicial*. Rio de Janeiro: Lumem Juris, 2011, p. 275-290.

²⁵ Ver, para tanto, a divergência nos julgamentos da Ação Penal n. 565 (*caso Cassol*) e do Mandado de Segurança n. 32.326 (*caso Donadon*), dos quais o ministro Roberto Barroso foi relator.

²⁶ BARROSO, op. cit., p. 279.

²⁷ BARROSO, op. cit., p. 279.

²⁸ SARMIENTO, Daniel. O neoconstitucionalismo no Brasil. In: FELLET, André Luiz Fernandes et al. *As novas faces do ativismo judicial*. Salvador: Juspodivm, 2011, p. 73-113.

O ativismo judicial à brasileira e a questão penitenciária no Rio Grande do Sul

ao menor, assistência aos desamparados, etc. A realização da Constituição passa pela atividade intelectual de interpretar/aplicar conceitos e categorias jurídicas de elevado grau de generalidade e abstração, mesmo que para tanto seja necessário abraçar competências institucionais que ordinariamente tocam a outros Poderes²⁹.

Ocorre que, ao contrário da visão romântica concebida no Brasil – baseada na ideia de que o ativismo judicial é uma tendência mundial, na esteira do *neo-constitucionalismo*³⁰, em face da fluidez da fronteira entre política e direito –, ele exsurge como um problema, complexo e perigoso, especialmente às jovens democracias constitucionais, na medida em que envolve uma recusa dos tribunais de se manterem dentro dos limites estabelecidos para o exercício do poder a eles atribuídos pela Constituição³¹.

Nesse sentido, merece destaque a advertência de Elival da Silva Ramos, para quem o ativismo judicial seria “o exercício da função jurisdicional para além dos limites impostos pelo próprio ordenamento que incumbe, institucionalmente, ao Poder Legislativo fazer atuar, resolvendo litígios de feições subjetivas (conflitos de interesses) e controvérsias jurídicas de natureza objetiva (conflitos normativos)”³².

Mas isso não é tudo. Há algo mais que distingue o ativismo de *terrae brasilis*. Além das dimensões trabalhadas por Campos³³ – que propõe uma definição multidimensional do problema –, o ativismo praticado no Brasil vem marcado pela absoluta falta de racionalidade na produção das decisões judiciais, que não seguem nenhum padrão, metodologia ou critério capaz de conferir a mínima coerência e integridade ao ordenamento jurídico³⁴.

Dito de outro modo: no Brasil, o ativismo resulta de todo ato decisório fundado na vontade do juiz e, portanto, a partir de convicções pessoais, escolhas políticas, argumentos morais, enfim, elementos metajurídicos³⁵. É por isso que todo ativismo pressupõe certo grau de solipsismo e, portanto, não pode ser classificado em bom, ou positivo, e mau, ou nocivo³⁶.

²⁹ TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski. Ativismo judicial: nos limites entre racionalidade jurídica e decisão política. *Revista Direito GV*, São Paulo, v. 8, p. 37-57, 2012, p. 48-49.

³⁰ TRINDADE, André Karam. Garantismo versus neoconstitucionalismo: os desafios do protagonismo judicial em *terrae brasilis*. In: FERRAJOLI, Luigi; STRECK, Lenio Luiz; TRINDADE, André Karam (Orgs.). *Garantismo, hermenêutica e (neo)constitucionalismo: um debate com Luigi Ferrajoli*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p. 231-253.

³¹ GARAPON, Antoine. *O guardador de promessas: justiça e democracia*. Lisboa: Piaget, 1996.

³² RAMOS, op. cit., p. 129.

³³ CAMPOS, op. cit., passim.

³⁴ Ver, nesse sentido a crítica de RODRIGUEZ, José Rodrigo. *Como decidem as cortes? Para uma crítica do direito (brasileiro)*. São Paulo: FGV, 2013.

³⁵ Cf. TRINDADE; MORAIS, op. cit., p. 75-81.

³⁶ Ver, nesse sentido, STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição constitucional e decisão jurídica*. São Paulo: Saraiva, 2013; e, igualmente, STRECK, Lenio Luiz. *O que é isto – decido conforme minha consciência?* 5. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

Tudo isso nos conduz, mais uma vez, ao problema – já presente em Kelsen³⁷ – da *discricionariedade judicial* e, conseqüentemente, da diferença existente entre os atos de “escolher” e “decidir”³⁸: enquanto o primeiro depende da subjetividade, isto é, das preferências do sujeito³⁹; o segundo se dá na intersubjetividade, uma vez que toda decisão é antecipada por algo, que é a compreensão daquilo que a comunidade política constrói como Direito⁴⁰.

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

Apenas em um sistema que predomina a vontade do mais forte é que se poderia medir a justiça pela vontade de alguém, por mais absurda que ela fosse. No Estado Democrático Direito, a justiça não se mede pela vontade de ninguém, nem pela do STF; pois todo juiz ao decidir precisa prestar contas de por que sua decisão é a melhor para o caso, a decisão mais consentânea com o texto constitucional, bem como qual a sua principiologia⁴¹.

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

212

A *incerteza patológica* é gerada por decisões nas quais não subsistem as condições mínimas de *accountability*. Isso ocorre porque tais decisões são fundamentadas de tal maneira que não é possível constringer o *voluntarismo decisório*. Esta circunstância ocorre nas decisões *ad hoc*, na qual há um casuísmo tamanho que não é possível lhe impor regras gerais a partir de *semelhanças* ou *dessemelhanças* com outros casos. Neste tipo de estrutura argumentativa, cada decisão é tratada como se fosse única e, portanto, *absolutamente imprevisível*, ou “como se, a cada caso novo, houvesse uma amnésia institucional e um retorno ao ponto zero da história constitucional” (Hübner Mendes). Para garantir que a

³⁷ KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. 6. ed. Coimbra: Armênio Armado, 1984, em especial o capítulo oitavo.

³⁸ Cf. STRECK, *O que é isto...*, op. cit.; e, sobretudo, STRECK, *Verdade e consenso*, op. cit. Ainda sobre o tema, porém sob outra perspectiva, consultar: BAPTISTA, Bárbara Gomes Lupetti. *Paradoxos e ambigüidades da imparcialidade judicial: entre “quereres” e “poderes”*. Porto Alegre: Safe, 2013.

³⁹ Sobre o tema, consultar CARBASSE, Jean-Marie; DEPAMBOUR-TARRIDE, Laurence. *A consciência do juiz na tradição europeia*. Belo Horizonte: Tempus, 2010; e, também, HOMEM, Antônio Pedro Barbas et al. *O perfil do juiz na tradição ocidental*. Coimbra: Almedina, 2009.

⁴⁰ DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

⁴¹ ABOUD, Georges; NERY JÚNIOR, Nelson. Ativismo judicial como conceito natimorto para a consolidação do Estado Democrático de Direito. In: DIDIER JÚNIOR, Fredie; NALINI, José Renato; RAMOS, Glauco; LEVY, Wilson. *Ativismo judicial e garantismo processual*. Salvador: Juspodivm, 2013, p. 533-534.

O ativismo judicial à brasileira e a questão penitenciária no Rio Grande do Sul

incerteza da decisão judicial saia do campo *patológico* e entre no *estrutural*, é preciso que suas *razões de decidir (ratio decidendi)* possibilitem que a decisão seja inserida em uma cultura de precedentes⁴².

Assim, considerando que o ativismo à brasileira é caracterizado pelo emprego de argumentos metajurídicos, passamos à análise de uma situação concreta – as soluções judiciais à crise penitenciária no Rio Grande do Sul – que serve para ilustrar suas particularidades, facilitando a compreensão da definição sugerida neste artigo.

A QUESTÃO PENITENCIÁRIA E O PAPEL DO PODER JUDICIÁRIO

Com efeito, a história da questão penitenciária repete-se há décadas no Estado do Rio Grande do Sul. O mesmo se verifica, como se sabe, em outras unidades da federação, onde a segurança pública e o sistema penitenciário continuam sendo um tema negligenciado pelos diversos governos que se alternam no poder⁴³.

Todavia, especialmente nos últimos anos, observa-se que, no Rio Grande do Sul, o Poder Judiciário passou a adotar um conjunto de medidas até então inéditas – ora denominadas “soluções judiciais” –, tendo em vista a superlotação dos presídios e as condições degradantes às quais os presos são submetidos.

Que o Poder Judiciário, após a Segunda Guerra Mundial, é guindado à condição de fiador dos direitos fundamentais e do regime democrático, todos sabem. A questão que permanece em aberto, porém, é até onde ele pode ir? A garantia constitucional da inafastabilidade do Poder Judiciário (art. 5º, XXXV, CR) não significa que sua atuação seja ilimitada. Até onde a intervenção judicial mostra-se legítima no caso da crise do sistema prisional do Estado do Rio Grande do Sul? Se é verdade que o Poder Judiciário criou suas próprias “soluções para o problema”, então compete à ciência do Direito discutir os eventuais “problemas das soluções”.

213

O problema das “soluções judiciais” adotadas pelos juízes gaúchos

Como se viu, a crise do sistema prisional no Estado do Rio Grande do Sul acentua-se sobremodo a partir de junho 2009, mais especificamente do *Encontro de Juízes de Execução Criminal do Rio Grande do Sul*, quando 70 magistrados gaúchos, diante da inércia estatal em solucionar o problema da superlotação dos presídios, resolveram adotar procedimento padrão consistente na suspensão da

⁴² NASSAR, Paulo André; GLEZER, Rubens. Os juízes no país da imprevisibilidade? *Research Paper Series – Legal Studies*, Paper n. 80, São Paulo, Direito GV, 2013, p. 9; e, ainda, GRAU, Eros Roberto. *Por que tenho medo dos juízes*. São Paulo: Malheiros, 2013.

⁴³ ROLIM, Marcos. A crise do sistema penitenciário brasileiro. *Textual*, Porto Alegre, v. 1, p. 22-28, 2011.

expedição de mandado de prisão para cumprimento de pena decorrente de condenação transitada em julgado para os presos que responderam ao processo em liberdade até que haja as condições mínimas necessárias, excetuados apenas os casos de crimes hediondos e aqueles decorrentes da iminência da prescrição.

Tal evento, na verdade, resultou da posição assumida pelos desembargadores da 5ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça, ainda no mês de abril, ao julgarem o *leading case Rafael*, em que o réu fora condenado pela prática de crime de roubo à pena de 4 anos e 3 meses de reclusão, a ser cumprida em regime semiaberto, porém se concedeu, *ex officio*, a prisão domiciliar, enquanto não houvesse estabelecimento que atendesse às exigências da Lei de Execução Penal:

Roubo majorado. Condenação: mantida ante a solidez probatória. Atenuante: pode deixar a pena aquém do mínimo (o art. 65, Código Penal, fala em sempre, e sempre é sempre, pena de sempre não o ser. Majorante do uso de arma: excluída por inexistência de prova da potencialidade ofensiva do aparato. Recolhimento prisional: o condenado *somente* será recolhido a estabelecimento prisional que atenda rigorosamente aos requisitos impostos pela legalidade – Lei de Execução Penal. Legalidade: não se admite, no Estado Democrático de Direito, o cumprimento da lei apenas no momento em que prejudique o cidadão, sonegando-a quando lhe beneficie. Missão judicial: fazer cumprir, apesar de algum ranger de dentes, os direitos da pessoa – seja quem for, seja qual o crime cometido. À unanimidade, deram parcial provimento ao apelo para reduzir a pena do acusado. *Por maioria, determinaram que o apenado cumpra pena em domicílio enquanto não houver estabelecimento que atenda aos requisitos da LEP, vencido o Relator, que determinava a suspensão da expedição do mandado de prisão enquanto não houver estabelecimento que atenda a tais requisitos*⁴⁴.

No referido acórdão, em que o garantismo é invocado inúmeras vezes na fundamentação dos votos – mesmo Ferrajoli sendo contrário a posturas ativistas⁴⁵ –, os desembargadores justificam sua decisão com base na caótica situação prisional do Estado do Rio Grande do Sul. Em seu voto, o relator, desembargador Amilton Bueno de Carvalho, propôs a suspensão do mandado de prisão até que a burocracia estatal garanta as condições asseguradas na legislação vigente:

O pacto constitucional assim está posto: cidadão que comete delito de roubo majorado responde pena em presídio (no caso concreto, o acusado, se viu, restou condenado a pena de quatro anos e três meses de

⁴⁴ Apelação-Crime n. 70029175668, Rel. Des. Amilton Bueno de Carvalho, 5ª Câmara Criminal, TJRS, julgada em 15/04/09.

⁴⁵ Ver, para tanto, FERRAJOLI, Luigi; STRECK, Lenio Luiz; TRINDADE, André Karam. *Garantismo, hermenêutica e neoconstitucionalismo: um debate com Luigi Ferrajoli*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

reclusão, em regime carcerário semi-aberto) – a pena ora concretizada entre os limites postos pela legalidade.

É a primeira face do sistema – a sanção sofrida por agressão à lei penal. Aqui está a dor a ser infligida a ele.

A segunda face do cumprimento da pena imposta está no limite que o Estado impõe a ele mesmo, para que a arbitrariedade não se faça presente. Ou seja, a lei – limite ao poder desmesurado – que determina as condições que devem imperar no cumprimento da sanção corporal.

Aqui o Estado inibe, no viés constitucional, como direito e garantia fundamental, penas cruéis (art. 5, XLVII, e); “a pena será cumprida em estabelecimentos distintos, de acordo com a natureza do delito, a idade e o sexo do apenado” (XLVIII); “é assegurado aos presos o respeito à integridade física e moral” (XLIX); “ninguém será submetido à tortura nem a tratamento desumano e degradante” (III).

Na suma, a Lei Maior estabelece – diferente não poderia ser neste estágio civilizatório – o princípio da humanidade das penas!

Ao aterrissar o comando constitucional, a Lei de Execução Penal define explicitamente, nos artigos 82 a 95, as condições objetivas das unidades prisionais. Já nos artigos 40 a 43, fixa os direitos dos apenados.

Assim, vê-se, com obviedade, que o Estado deve punir aquele que agride a lei penal e, numa outra ponta, deve cumprir rigorosamente com as normas estabelecidas para o cumprimento das penas que ele impõe.

Ou seja, a legalidade tem dois vieses: um que determina a prisão (contra o cidadão) e outro que protege o apenado.

Tanto é assim que a própria LEP estabelece o incidente do “excesso ou desvio” da execução para as situações em que “algum ato for praticado além dos limites fixados na sentença, em normas legais ou regulamentares” (art. 185).

Todavia, tem acontecido – máxime no Estado Gaúcho – verdadeira autofagia sistêmica: com base na lei se condenam pessoas à pena de prisão (para prejudicar), mas no momento em que se deve beneficiá-las (condições prisionais), nega-se a legalidade. Algo intolerável, beirando a hipocrisia. Todos, absolutamente todos, sabemos que o Estado é violador dos direitos da população carcerária. Todos, absolutamente todos, sabemos das condições prisionais. E, mesmo assim, confirmamos o sofrimento gótico que alcança os apenados.

Nos últimos tempos, tudo é desvelado pela imprensa: juiz da execução penal, às lágrimas, denuncia que tem vergonha de ser gaúcho, ante o que acontece nos presídios; tentativa de responsabilização de juízes e promotores pelas condições prisionais; os presídios gaúchos estão como os piores da nação – *o pior entre os piores do mundo!*

A dor é tão antiga, tão denunciada, tão presenciada, tão acomodada, tão escamoteada, que é de pasmar que nunca tenha sido superada – e tudo aponta no sentido de que nunca será. E aqui a Câmara faz *mea culpa* por ter sido conivente com o sistema prisional.

É momento (tardio, talvez) de dar um basta. Ou seja, de se cumprir integralmente a legalidade (não apenas naquilo que prejudica o cidadão). Não se trata de se pregar anomia, mas sim de cumprir com a lei.

Há, repito, contradição insuportável em se condenar alguém com base na lei e, depois, negá-la no momento da execução da pena!

Aliás, Ferrajoli já denunciou que a história dos presídios é mais degradante que a história dos crimes!

Não se pode, jamais, tratar pessoa alguma (seja quem for, seja qual o delito cometido) como meio (coisa), mas como fim (pessoa), em atenção ao imperativo kantiano.

[...]

Luigi Ferrajoli, também, afirma que a desumanidade das penas vai de encontro ao “princípio do respeito à pessoa humana” – da dignidade da pessoa –, no sentido de que “cada hombre, y por conseqüente también el condenado, no debe ser tratado nunca como un ‘medio’ o ‘cosa’, sino siempre como *fin o persona*”, isto é, “o valor de la persona humana impone una limitación fundamental a la calidad y a la cantidad de la pena” (FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y Razón*. Madrid: Editorial Trotta, 2001, p. 395). De tal modo, a legitimidade do Estado se funda “unicamente en las funciones de tutela de la vida y los restantes derechos fundamentales; de suerte que, conforme a ello, un estado que mata, que tortura, que humilla e un ciudadano no sólo pierde cualquier legitimidad, sino que contradice su razón de ser, poniéndose al nivel de los mismos delincuentes” (Ferrajoli, p. 396). É dever do Estado, portanto, assegurar que as condições de vida no presídio “sean para todos lo más humanas posible y lo menos aflictivas que se pueda” (p. 397).

Alguns poderão alegar que o Estado não tem condições econômicas de executar as penas de acordo com a lei: primeiro, não é verdade – há, sim, possibilidade financeira, apenas é questão de prioridade; e, segundo, se não se cumpre a lei que favorece, que não se cumpra a que desfavorece!

[...]

Neste contexto, tenho que o juiz é também responsável pela vida prisional, ou seja, pelo cumprimento das penas de acordo com a lei. É responsabilidade ética e legal: ele apresenta o Estado que condena e apresenta o Estado que encarcera. Duas faces indissociáveis: não se pode atuar ao modo de Pilatos. Enfim, deve atuar para que *toda a legalidade* (e não apenas parte dela) seja cumprida eficazmente.

Aliás, Rui Barbosa ensinava: “Não há salvação para o juiz covarde” (*O Justo e a Justiça Política*).

Então, qual o caminho a seguir?

De logo, saliento que a Suprema Corte aponta para solução inovadora ao permitir que condenados em regime aberto, em locais onde casa do albergado não cumpre condições de higiene suficientes e estão superlotadas, sem separação de condenados em regime semiaberto (legalidade

que se impõe), cumpram pena em regime domiciliar (HC 95332/RS, de 03.03.2009).

Por outro lado, se vê da Folha *On Line*, de 22.02.2009, que os juízes do Estado da Califórnia estão prestes a liberar cerca de sessenta mil presos porque há superpopulação carcerária, a violar os direitos dos apenados: “A evidência indica que não existe outro remédio a não ser uma liberação dos presos com o objetivo de solucionar as condições inconstitucionais”, afirmam.

Que se cumpra a lei, é o caminho que se segue.

Assim, o ora condenado somente irá a presídio se e quando for preservada a vida prisional de acordo com a lei. Enquanto isso não for providenciado, o mandado de prisão ficará suspenso e correndo a prescrição. Como a condenação presente, se viu, será cumprida em regime inicial semiaberto, a determinação ora explicitada ao colega a quem cumprir a execução da pena é a seguinte:

(a) o condenado somente será recolhido em Colônia Agrícola, Industrial ou similar (art. 91, da LEP, c/c o art. 33, § 1º, “b”, do CP);

(b) poderá ser alojado em compartimento coletivo, com rigoroso cumprimento dos requisitos da letra “a”, do parágrafo único do art. 88 da LEP (salubridade do ambiente pela concorrência dos fatores de aeração, insolação e condicionamento térmico adequado à existência humana), com (1) seleção adequada dos presos e (2) obediência rigorosa do limite máximo da capacidade prisional, nos termos do art. 85 e seu parágrafo da LEP.

Inexistindo casas prisionais que atendam a todos os requisitos acima, se disse, o mandado de prisão será suspenso até que a burocracia estatal tudo supere. Em outras palavras, mesmo correndo o risco de ser repetitivo: em estando o réu preso em estabelecimento incompatível/inadequado, deverá ser imediatamente posto em liberdade.

Em síntese, o que se determina é que a Lei seja cumprida!

Muito embora os demais desembargadores tenham aderido ao voto do relator, reforçando inclusive o reiterado descaso do Estado com a situação penitenciária, a solução inicialmente proposta – suspensão do mandado de prisão até que a burocracia estatal providencie estabelecimento carcerário adequado – restou aperfeiçoada a partir do voto do vogal, desembargador Luís Gonzaga da Silva Moura, que sugeriu:

Ao invés da suspensão do cumprimento do mandado de prisão, “até que a burocracia estatal tudo supere”, na linha do que decidem os Tribunais Superiores em situações análogas, cumprirá o apelante a pena imposta em *regime* de prisão domiciliar (art. 117 da LEP), cabendo ao Juiz da Execução Criminal estabelecer suas condições.

Tal solução veio ratificada pelo voto do revisor, desembargador Aramis Nassif, que acompanhou, honradamente, seus colegas, consignando:

Na verdade, muito se ouve em torno do *garantismo* que, para alguns, em seu descuido intelectual, é execrado. E daí perguntar-me: é possível ser juiz sem ser garantista? Então, o que somos? Para que servimos? O juiz não só é e tem que ser garantista, como ele mesmo é a garantia. Ninguém mais o é no Estado Democrático de Direito. E se ele não for, quem será? O Ministério Público, com sua nobre destinação constitucional? Obviamente que não, porque, assim como ele na condição de representante da sociedade, sempre é parte no processo e sua natural vocação é a acusatória. A defesa? Por óbvio que não. Sua destinação constitucional, que tantas vezes exige inomináveis sacrifícios, é a da representação do indivíduo, assegurado amplamente na Carta para que nós juízes, com a presença desses dois segmentos construtores da nação solidária e justa, que contrariamos em inúmeras oportunidades com nossas decisões, possamos fazer o que nos é destinado: julgar (com justiça).

Então, percebo neste voto exatamente isto: a coragem de ser juiz, a coragem de garantir direitos, a coragem de não se limitar a ser um mero justiceiro abrigado ao som de um discurso falacioso que reverbera em expressões como proteção, violência, criminalidade, impunidade, etc., para varrer para baixo do tapete a severa e grave omissão do Estado em proteger o indivíduo e a sociedade, recuperar os que tiveram uma conduta desviante e humanizar o sistema carcerário.

218

Essa inédita decisão da 5ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul – marcada pelo nítido propósito de pressionar o governo a resolver o problema da superlotação dos presídios – não só serviu de *leitmotiv* para o *pacto dos juízes*, sobretudo o voto vencido, como também passou a ser seguida em diversas varas de execuções criminais da Capital e interior do Estado, além de outras câmaras criminais do Tribunal de Justiça.

Seu problema, todavia, foi corretamente identificado por Maurício Ramires, para quem a “missão” assumida pelos juízes coloca em xeque o próprio Estado de Direito:

afigura-se difícil considerar que o direito reconhecido a Rafael possa ser mesmo estendido a toda a população de segregados. Significaria abrir as portas das prisões do país que não obedecem à risca as regras da Lei nº 7.210/84 – e são virtualmente todas –, até que se criassem as condições adequadas. Implicaria, na prática, suspender a aplicação do direito penal no país, “seja qual for o crime cometido”, quer dizer, mesmo para crimes hediondos. Não parece possível que alguém responsável sustente essa sugestão a sério. Fazer esse tipo de *bypass* no sistema penal poderia simplesmente derreter as instituições nacionais e, por consequência, toda a espécie de garantias jurídicas. Criar-se-ia um estado de exceção, no qual a legalidade constitucional seria suspensa; um vazio

O ativismo judicial à brasileira e a questão penitenciária no Rio Grande do Sul

de direito, uma indistinção e uma plenitude originária do poder, de forma análoga à ideia de estado de natureza⁴⁶.

Observa-se, assim, que as “soluções judiciais” consistentes tanto nas decisões que suspendem o cumprimento das condenações transitadas em julgado, com base em argumentos políticos, quanto nas decisões que concedem indistintamente prisão domiciliar – todas em razão da superlotação dos presídios – representam a institucionalização de um estado de exceção, à revelia do ordenamento constitucional, que prevê expressamente mecanismos para as chamadas *situações de emergência*.

Eis, portanto, o “problema da solução”: a resposta à violação (administrativa) da lei não pode se dar por meio da violação (judicial) da lei.

Registre-se, por fim, que a representação feita pelo *Fórum da Questão Penitenciária* – liderado pela Associação dos Juízes do Rio Grande do Sul – à Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH) da Organização dos Estados Americanos (OEA), denunciando o Brasil pela reiterada violação dos direitos humanos no Presídio Central de Porto Alegre, não pode ser considerada, ao menos para os fins deste artigo, como uma “solução judicial”. Isso porque a Ajuris é uma entidade de classe – formada por juízes, é bem verdade – que tem legitimidade para provocar a Comissão Interamericana de Direitos Humanos. Trata-se, portanto, de uma *medida de política*, dirigida a organismo internacional, com a finalidade de pressionar as autoridades brasileiras, estadual e federal, a buscar uma solução para a superlotação do Presídio Central de Porto Alegre e, de um modo geral, do sistema penitenciário gaúcho.

219

A resposta constitucionalmente adequada: a intervenção federal no Estado do Rio Grande do Sul

Jon Elster é um filósofo reconhecido por utilizar a metáfora do *canto das sereias* – narrada na célebre *Odisseia*, de Homero – para discutir o tema da auto-limitação constitucional, isto é, os compromissos assumidos previamente pelo povo para que, no futuro, ele mesmo, o povo, não caia na tentação de abandonar certos princípios⁴⁷.

Pois, tudo indica que os magistrados gaúchos foram seduzidos pelo canto das sereias na medida em que optaram, corajosamente, por enfrentar o problema da crise do sistema penitenciário no Rio Grande do Sul, lançando mão de decisões judiciais fundadas em argumentos metajurídicos e contribuindo, assim, para a institucionalização de um estado de exceção.

⁴⁶ RAMIRES, Maurício. *Crítica à aplicação de precedentes no direito brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 118-119.

⁴⁷ ELSTER, Jon. *Ulisses liberto*. São Paulo: Unesp, 2009.

Muito embora se reconheça a coragem dos juízes que assumiram a linha de frente e se negaram a compactuar com a reiterada omissão estatal no que diz respeito à superlotação dos presídios, as soluções judiciais postas em prática carecem de legitimidade constitucional.

Como se viu, em 2009, a crise do sistema penitenciário atingiu um nível sem precedentes na história do Rio Grande do Sul: não há segurança; não há estrutura; não há vagas; não há nem mesmo comida para todos. Todavia, esse problema não tem um dia “D” e tampouco inicia com o *pacto dos juízes* ou com as decisões judiciais inspiradas no *Caso Rafael*, julgado pela 5ª Câmara Criminal do TJRS.

Ora, todos sabem que, de há muito, o sistema faliu. O caos que se instalou, recentemente, na administração do sistema prisional – aqui entendida desde a estrita administração até a administração das vagas por parte do Judiciário – revela um autêntico “estado de exceção”, no sentido (re)trabalhado, contemporaneamente, por Giorgio Agamben⁴⁸, que reformula a clássica noção desenvolvida por Carl Schmitt.

Segundo o pensador italiano, o estado de exceção acontece quando a legalidade constitucional é suspensa, ou seja, o estado de exceção constitui um estado *kenomatico*, um vazio de Direito, e a ideia de uma indistinção e de uma plenitude originária do poder deve ser considerada como um *mitologema* jurídico, análogo à ideia de estado de natureza⁴⁹. Embora a face da exceção se mostre com maior evidência no âmbito das ordenanças com “força de lei” editadas pelo poder Executivo, é possível afirmar que qualquer atividade de qualquer um dos poderes que delibere pela suspensão da lei propicia a erupção do estado de exceção. Isso vale, inclusive, para decisões judiciais tomadas fora de um contexto de preservação da história institucional do direito. No fundo, como afirma Agamben, o que se verifica é que, no estado de exceção, os três poderes se diluem, de modo que a distinção entre eles não pode ser visualizada.

Isso implica afirmar que o estado de exceção surge em decorrência da suspensão da legalidade. Há alguma dúvida de que foi isso o que ocorreu no Rio Grande do Sul? O estado de exceção não precisa necessariamente romper com a estrutura global de um ordenamento jurídico para fazer emergir a exceção. Essa ruptura pode ser total ou parcial. Sobre a *topografia da exceção*, Agamben afirma:

o estado de exceção não é nem exterior nem interior ao ordenamento jurídico e o problema de sua definição diz respeito a um patamar, ou a uma zona de indiferença, em que dentro e fora não se excluem, mas se

⁴⁸ AGAMBEN, Giorgio. *Estado de exceção*. São Paulo: Boitempo, 2004.

⁴⁹ AGAMBEN, Giorgio. *Estado de exceção*. São Paulo: Boitempo, 2004, p. 17.

O ativismo judicial à brasileira e a questão penitenciária no Rio Grande do Sul

indeterminam. *A suspensão da norma não significa sua abolição e a zona de anomia por ela instaurada não é (ou, pelo menos, não pretende ser) destituída de relação com a ordem jurídica*⁵⁰.

In casu, o elemento que torna mais evidente a erupção do estado de exceção é, precisamente, o uso da *necessidade* como fator determinante e justificante da suspensão da lei. Essa é, com certeza, a maior contribuição que Agamben pode dar para a iluminação do problema ora examinado. Para ele, o núcleo do estado de exceção aparece no adágio latino *necessitas legem non habet*:

ou seja, a necessidade não tem lei, o que deve ser entendido em dois sentidos opostos: “a necessidade não reconhece nenhuma lei” e “a necessidade cria sua própria lei”. Em ambos os casos, a teoria do estado de exceção se resolve integralmente na do *status necessitatis*, de modo que o juízo sobre a subsistência deste esgota o problema da legitimidade daquele⁵¹.

Em suma, como na hipótese do presente estudo, a necessidade que provoca a ruptura com a legalidade e abre o estado de exceção não procura investigar o caráter lícito ou ilícito da hipótese. A necessidade “age aqui como justificativa para uma transgressão em um caso específico por meio de uma exceção”⁵². Por isso, Agamben assevera que “o estado de exceção moderno é, ao contrário, uma tentativa de incluir na ordem jurídica a própria exceção, criando uma zona de indiferenciação em que fato e direito coincidem”⁵³.

Retomando o problema da (im)possibilidade das prisões em razão da superlotação, a situação que se apresenta é, resumidamente, a seguinte: desde 1984 – e, portanto, desde antes da Constituição –, há uma Lei de Execução Penal que estabelece que o preso tem direito à alimentação, vestuário, saúde e educação, entre outros igualmente imprescindíveis à dignidade humana⁵⁴.

⁵⁰ AGAMBEN, Giorgio. *Estado de exceção*. São Paulo: Boitempo, 2004, p. 39.

⁵¹ AGAMBEN, Giorgio. *Estado de exceção*. São Paulo: Boitempo, 2004, p. 41.

⁵² AGAMBEN, Giorgio. *Estado de exceção*. São Paulo: Boitempo, 2004, p. 41.

⁵³ AGAMBEN, Giorgio. *Estado de exceção*. São Paulo: Boitempo, 2004, p. 42.

⁵⁴ Art. 41. Constituem direitos do preso: I – alimentação suficiente e vestuário; II – atribuição de trabalho e sua remuneração; III – Previdência Social; IV – constituição de pecúlio; V – proporcionalidade na distribuição do tempo para o trabalho, o descanso e a recreação; VI – exercício das atividades profissionais, intelectuais, artísticas e desportivas anteriores, desde que compatíveis com a execução da pena; VII – assistência material, à saúde, jurídica, educacional, social e religiosa; VIII – proteção contra qualquer forma de sensacionalismo; IX – entrevista pessoal e reservada com o advogado; X – visita do cônjuge, da companheira, de parentes e amigos em dias determinados; XI – chamamento nominal; XII – igualdade de tratamento salvo quanto às exigências da individualização da pena; XIII – audiência especial com o diretor do estabelecimento; XIV – representação e petição a qualquer autoridade, em defesa de direito; XV – contato com o mundo exterior por meio de correspondência escrita, da leitura e

Entretanto, no mundo da vida, vige um sistema caótico e absolutamente perverso, em que o preso é tratado como *homo sacer*; aquele que pode ser sacrificado e está pronto para o abate; o homem à cuja vida somos indiferentes⁵⁵.

Assim, se, no papel, existe o direito mínimo do preso de não ser um *homo sacer*, na verdade, o que há é um sistema que o transforma em “suco”. De um lado, o preso – provisório ou não –, que deve ser (até porque ele assume a posição de prisioneiro do Estado) isolado do convívio social; de outro, a sociedade, que tem o direito de que esse preso não viole o direito dela à segurança e outros direitos fundamentais, etc.

No entanto, inerte ao longo dos anos, tanto o Executivo quanto o Legislativo assistem à situação sem tomar nenhuma providência. É acaciano que a omissão na construção de presídios foi – e é – um produto decorrente da incompetência e da falta de vontade política dos sucessivos governos e legislaturas.

E o Judiciário? Nesse caso, evidencia-se uma aporia, isto é, um dilema sem saída. Por um lado, os juízes se reúnem e dizem à sociedade que estão suspendendo a expedição de mandados de prisão, salvo algumas exceções. De outro, a cúpula do Tribunal cassa liminarmente algumas das decisões que determinam prisão domiciliar até que o sistema carcerário apresente as condições mínimas exigidas pela lei, apontando para o fato de não concordar com a tese da maioria dos juízes.

222

O grande problema é que o “estado de exceção” que se instaurou no âmbito da administração pública não pode se estender à esfera da justiça – responsável pela conservação da civilização –, sob pena de retornarmos à barbárie, no sentido metafórico empregado por Hobbes. Ou seja, se a administração pública promove o “estado de exceção” carcerário, não podem os juízes responder mediante a institucionalização de um “estado de exceção” judiciário.

Se a situação é absolutamente preocupante – e sobre isso já se alcançou certo consenso, inclusive em setores mais conservadores da sociedade –, a ponto de se falar inclusive em um “estado de exceção” no sistema penitenciário, então é preciso que se busquem as alternativas previstas no sistema constitucional de emergência, e não institucionalizar a exceção, como se aos juízes fosse transferida a função do soberano de suspender a Lei – aqui entendida como o ordenamento vigente –, autorizando-os a formular a solução que entenderem mais pertinente.

de outros meios de informação que não comprometam a moral e os bons costumes; XVI – atestado de pena a cumprir, emitido anualmente, sob pena da responsabilidade da autoridade judiciária competente (LEP).

⁵⁵ Ver AGAMBEN, Giorgio. *Homo sacer: o poder soberano e a vida nua I*. Belo Horizonte: UFMG, 2002.

O ativismo judicial à brasileira e a questão penitenciária no Rio Grande do Sul

O problema da superlotação dos presídios não pode ser solucionado por um “ativismo à brasileira”, por mais louvável, necessário e contingente que ele possa parecer à primeira vista. Isso porque não há motivo para se procurar solução fora do ordenamento jurídico quando a própria Constituição oferece os instrumentos necessários para o enfrentamento das chamadas situações de emergência.

No caso, a crise do sistema penitenciário gaúcho revela um quadro digno de intervenção federal, daqueles de ordem predominantemente jurídica, mediante representação do Procurador-Geral da República perante o Supremo Tribunal Federal⁵⁶, em razão de ofensa a princípio constitucional sensível: violação da dignidade da pessoa humana⁵⁷.

Ora, como se sabe, a intervenção federal é uma medida jurídica – e, portanto, legítima –, a ser proposta em conformidade com o ordenamento constitucional, e não com base em argumentos políticos.

Com efeito, não é função do Poder Judiciário solucionar o problema do déficit de vagas do sistema prisional. O Supremo Tribunal Federal já reconheceu, em mais de uma oportunidade, a gravidade do problema: no HC nº 98.675/RS, de relatoria do ministro Eros Grau, autorizou-se que acusados de homicídio qualificado respondessem ao processo em prisão domiciliar, eis que os estabelecimentos prisionais não tinham condições de atender aos cuidados de saúde que os apenados demandavam. Ainda nessa mesma oportunidade, ao final do julgamento, o decano do STF, ministro Celso de Mello, comentou as medidas adotadas a partir do pacto dos juízes gaúchos, registrando que “há um descumprimento crônico, pelo Estado, das normas da LEP”. Ora, isso não quer dizer que os direitos humanos estão sendo violados?

Nesse mesmo sentido, aliás, cumpre referir um importante precedente do Supremo Tribunal Federal:

Representação do Procurador-Geral da República pleiteando intervenção federal no Estado de Mato Grosso, para assegurar a observância dos “direitos da pessoa humana”, em face de fato criminoso praticado com extrema crueldade a indicar a inexistência de “condição mínima”, no Estado, “para assegurar o respeito ao primordial direito da pessoa humana, que é o direito à vida” [...] Representação que merece conhecida, por seu fundamento: alegação de inobservância pelo Estado-Membro do princípio constitucional sensível previsto no art. 34, VII, alínea b, da

⁵⁶ Art. 36. A decretação da intervenção dependerá: [...] III de provimento, pelo Supremo Tribunal Federal, de representação do Procurador-Geral da República, na hipótese do art. 34, VII, e no caso de recusa à execução de lei federal (CR/88).

⁵⁷ Art. 34. A União não intervirá nos Estados nem no Distrito Federal, exceto para: [...] VII – assegurar a observância dos seguintes princípios constitucionais: [...] b) direitos da pessoa humana (CR/88).

Constituição de 1988, quanto aos “direitos da pessoa humana” [...] Hipótese em que estão em causa “direitos da pessoa humana”, em sua compreensão mais ampla, revelando-se impotentes as autoridades policiais locais para manter a segurança de três presos que acabaram subtraídos de sua proteção, por populares revoltados pelo crime que lhes era imputado, sendo mortos com requintes de crueldade. Intervenção federal e restrição à autonomia do Estado-Membro. Princípio federativo. Excepcionalidade da medida interventiva⁵⁸.

No caso do Estado do Mato Grosso não se configurou a intervenção porque o Estado federado demonstrou estar tomando providências reais e efetivas para resolver o problema dos direitos humanos. De todo modo, o julgado serve para registrar que, em casos menos abrangentes e mais transcendentais, o STF conheceu do pedido e da “situação de intervenção”, o que revela ser o pedido de intervenção a resposta constitucionalmente adequada para o caso, tal qual suscitado, à época, por Lenio Streck, embora arquivado pela Procuradoria-Geral da República após o Governo prestar-lhe as informações requisitadas⁵⁹.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente estudo analisou uma situação concreta que se faz cada vez mais presente no cotidiano da sociedade brasileira, sobretudo nas últimas décadas: a questão penitenciária. O objeto delimitado para essa pesquisa foi a crise do sistema prisional no Estado do Rio Grande do Sul, marcado pela superlotação e pelas condições subumanas verificadas de um modo particular em Porto Alegre, onde se encontra o maior presídio da América Latina, com uma população carcerária que, recentemente, chegou a atingir mais de cinco mil presos.

Todavia, como se viu, o problema assumiu proporção ainda maior quando mais de 70 juízes e desembargadores criminais do Estado do Rio Grande do Sul reuniram-se, em 5 de junho de 2009, e firmaram um pacto voltado à adoção de um conjunto de medidas – entre elas, a suspensão de mandados de prisão de réus condenados definitivamente – em resposta à inércia das autoridades competentes no que diz respeito à superlotação dos presídios e ao descumprimento da Lei de Execução Penal.

A partir de então, surgiram inúmeras decisões do Tribunal de Justiça, sobretudo na 5ª Câmara Criminal, em que se reconhecia expressamente a falência do sistema prisional e, conseqüentemente, determinava-se o cumprimento de prisão domiciliar – sem nenhuma distinção relativa ao tipo de delito praticado,

⁵⁸ IF n. 114/MT, Rel. Min. Néri da Silveira, Supremo Tribunal Federal, julgado em 13/03/91, DJ de 27/09/96.

⁵⁹ Trata-se do PA n. 1.00.000.006929/2009-33, que tramitou junto à Procuradoria-Geral da República.

exceto os crimes hediondos e os iminentes de prescrição – até que as condições da LEP fossem, de fato, cumpridas pelo Estado.

Observa-se, entretanto, que essas decisões judiciais – reiteradas ao longo dos anos em todas as esferas do Poder Judiciário – apontam para a configuração de um verdadeiro “estado de exceção” no âmbito da execução das penas e das prisões cautelares, uma vez que, ao fim e ao cabo, por meio delas os juízes optaram pela adoção de uma política judiciária: “suspender” a aplicação da legislação penal-processual.

Tal situação se agrava ainda mais na medida em que a crise do sistema prisional não foi, efetivamente, enfrentada por nenhum dos três governos que se alternaram no poder durante o período analisado. A título ilustrativo, cumpre referir que, em 2010, a população carcerária no Estado do Rio Grande do Sul atingiu a marca de 30 mil presos, conforme os dados apontados no mapa disponibilizado pelo Departamento de Segurança e Execução Penal da Superintendência de Serviços Penitenciários, enquanto o déficit de vagas superava 10 mil.

Como se isso não bastasse, considerando-se a gravidade da crise aliada à constante omissão dos poderes Executivo e Legislativo, em 2013, a Associação dos Juízes do Rio Grande do Sul, junto com outras entidades, decidiu encaminhar uma representação à Comissão Interamericana de Direitos Humanos, ligada à Organização dos Estados Americanos, denunciando o Brasil pelas condições subumanas verificadas no Presídio Central de Porto Alegre.

Neste contexto é que se questiona o papel desempenhado pelo Poder Judiciário diante da crise do sistema prisional no Estado do Rio Grande do Sul: seriam as “soluções judiciais” o modo apropriado para enfrentar o problema da superlotação dos presídios? Tudo indica que o discurso da necessidade de concretização dos direitos fundamentais dos presos serviu, no caso, como um álibi retórico para reforçar uma postura nitidamente ativista que vem crescendo no Direito brasileiro.

De todo modo, se há uma intervenção indevida, excessiva e ilegítima do Poder Judiciário, é importante atentar para outro aspecto contido nesse dado: o fato de os juízes estarem ocupando um espaço que não lhes compete resulta, também, de que esse espaço não estar sendo devidamente ocupado pelas demais Instituições, especialmente aquelas essenciais à Justiça, cuja inércia possibilita – embora não autorize – a atuação política dos juízes.

Em suma, o artigo buscou demonstrar que as “soluções judiciais” adotadas entre 2009 e 2012 para enfrentar o problema da superlotação dos presídios e, de um modo geral, a crise do sistema penitenciário do Estado do Rio Grande do Sul constituem um exemplo privilegiado do *ativismo judicial à brasileira*, considerando que grande parte dos juízes e desembargadores optou por institucionalizar um conjunto de medidas, com base em argumentos políticos, à margem do sistema constitucional vigente.

REFERÊNCIAS

ABBOUD, Georges; NERY JÚNIOR, Nelson. Ativismo judicial como conceito natimorto para a consolidação do Estado Democrático de Direito. In: DIDIER JÚNIOR, Fredie; NALINI, José Renato; RAMOS, Glauco; LEVY, Wilson. *Ativismo judicial e garantismo processual*. Salvador: Juspodivm, 2013. p. 525-546.

AGAMBEN, Giorgio. *Estado de exceção*. São Paulo: Boitempo, 2004.

AGAMBEN, Giorgio. *Homo sacer: o poder soberano e a vida nua I*. Belo Horizonte: UFMG, 2002.

BAPTISTA, Bárbara Gomes Lupetti. *Paradoxos e ambiguidades da imparcialidade judicial: entre “quereres” e “poderes”*. Porto Alegre: Safe, 2013.

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

BLACK, Henry Campbell. *Black's Law Dictionary*. 5. ed. St. Paul: West Group, 1983.

BRANCO, Paulo Gonet. Em busca de um conceito fugidio – o ativismo judicial. In: FELLETT, André Luiz Fernandes et al. *As novas faces do ativismo judicial*. Salvador: Juspodivm, 2011. p. 378-402.

BRITTO, José Gabriel Lemos de. *Os sistemas penitenciários do Brasil*. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1924, 3 v.

226

CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. *Dimensões do ativismo judicial no STF*. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes legisladores?* Porto Alegre: SaFe, 1993.

CARBASSE, Jean-Marie; DEPAMBOUR-TARRIDE, Laurence. *A consciência do juiz na tradição europeia*. Belo Horizonte: Tempus, 2010.

CARVALHO, Luís Gustavo Grandinetti Castanho de. Constituição e ativismo judicial: uma perspectiva interdisciplinar. In: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda; FRAGALE FILHO, Roberto; LOBÃO, Ronaldo (Orgs.). *Constituição & Ativismo judicial*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 259-273.

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

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

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

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

ELSTER, Jon. *Ulisses liberto*. São Paulo: Unesp, 2009.

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

FERRAJOLI, Luigi; STRECK, Lenio Luiz; TRINDADE, André Karam. *Garantismo, hermenêutica e neoconstitucionalismo: um debate com Luigi Ferrajoli*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

Rev. Fac. Dir. Sul de Minas, Pouso Alegre, v. 32, n. 1: 203-228, jan./jun. 2016

O ativismo judicial à brasileira e a questão penitenciária no Rio Grande do Sul

- FRANCISCO, José Carlos. *Neoconstitucionalismo e atividade jurisdicional. Do passivismo ao ativismo judicial*. Belo Horizonte: Del Rey, 2012.
- GARAPON, Antoine. *O guardador de promessas: justiça e democracia*. Lisboa: Piaget, 1996.
- GRAU, Eros Roberto. *Por que tenho medo dos juízes*. São Paulo: Malheiros, 2013.
- GREEN, Craig. An Intellectual History of Judicial Activism. *Emory Law Journal*, Atlanta, v. 58, n. 5, p. 1195-1263, 2009.
- HALL, Kermit L. (Ed.). *The Oxford Companion to the Supreme Court of the United States*. New York: Oxford University Press, 1992.
- HIRSCHL, Ran. O novo constitucionalismo e a judicialização da política pura no mundo. *Revista de Direito Administrativo*, São Paulo, v. 251, p. 139-178, 2009.
- HOLLAND, Kenneth (Ed.). *Judicial Activism in Comparative Perspective*. London: Macmillan, 1991.
- HOMEM, António Pedro Barbas et al. *O perfil do juiz na tradição ocidental*. Coimbra: Almedina, 2009.
- KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. 6. ed. Coimbra: Armênio Armado, 1984.
- KMIEC, Keenan D. The Origin and Current Meanings of “Judicial Activism”. *California Law Review*, v. 92, n. 5, p. 1441-1477, oct. 2004.
- LEAL, Rogério Gesta; LEAL, Monia H. (Orgs.). *Ativismo judicial e déficits democráticos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.
- MARSHALL, Willian P. Conservatism and the Seven Signs of Judicial Activism. *University of Colorado Law Review*, Chapel Hill, n. 73, p. 101-140, 2002.
- MELOSSI, Dario; PAVARINI, Massimo. *Cárcere e fábrica. As origens do sistema penitenciário (séculos XVI-XIX)*. Rio de Janeiro: Revan, 2006.
- MERRIAM-WEBSTER. *Merriam-Webster’s Dictionary of Law*. Massachusetts: Merriam-Webster, 1996.
- NASSAR, Paulo André; GLEZER, Rubens. Os juízes no país da imprevisibilidade? *Research Paper Series – Legal Studies*, Paper n. 80, São Paulo, Direito GV, 2013.
- OLIVEIRA, Umberto Machado de; ANJOS, Leonardo (Orgs.). *Ativismo judicial*. Curitiba: Juruá, 2010.
- POGREBINSCHI, Thamy. *Judicialização ou representação? Política, direito e democracia no Brasil*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011.
- RAMIRES, Maurício. *Crítica à aplicação de precedentes no direito brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.
- RAMOS, Elival. *Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos*. São Paulo: Saraiva, 2010.
- RODRIGUEZ, José Rodrigo. *Como decidem as cortes? Para uma crítica do direito (brasileiro)*. São Paulo: FGV, 2013.
- ROLIM, Marcos. A crise do sistema penitenciário brasileiro. *Textual*, Porto Alegre, v. 1, p. 22-28, 2011.
- SCHLESINGER JR., Arthur. The Supreme Court: 1947, *Fortune*, n. 35, p. 73-79, jan. 1947.

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

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

STRECK, Lenio Luiz. *Lições de crítica hermenêutica do direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014.

STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição constitucional e decisão jurídica*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

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

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

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

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

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

228

TRINDADE, André Karam. *Attivismo versus garantismo: in difesa d'una teoria garantista della decisione giudiziale*. Tesi di Dottorato. Scuola Dottorale Internazionale di Diritto ed Economia "Tullio Ascarelli". Università Degli Studi Roma Tre, 2011.

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

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

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

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

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

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

Data de recebimento: 08/04/2016

Data de aprovação: 02/05/2016