

REVISITANDO O PROBLEMA DO ATIVISMO JUDICIAL: CONTRIBUTOS DA EXPERIÊNCIA NORTE-AMERICANA

Clarissa Tassinari¹

1. CONSIDERAÇÕES INICIAIS

Ao longo dos anos, especialmente a partir da promulgação da Constituição de 1988, o Judiciário brasileiro vem sofrendo significativas alterações em sua *formatação*. Da mera função de aplicador das leis, este Poder passa a ter o compromisso de concretizar os direitos constitucionalmente previstos. Com isso, os juízes, que anteriormente tinham apenas a tarefa de controlar – através de parâmetros constitucionais – o processo legislativo, agora têm a responsabilidade de fazer cumprir – também materialmente – o pacto constitucional.

Assim, diante da necessidade de se superar um período marcado por uma *baixa constitucionalidade*², ganha cada vez mais espaço a jurisdição. Ocorre que este *fenômeno* é recepcionado na doutrina brasileira como a afirmação de um necessário protagonismo judicial (sem limites). Mais do que isso, essa maior interferência vem sendo majoritariamente *propagada* a título de *ativismo judicial*.

Apesar deste ser um termo bastante utilizado atualmente, pouco se tem esclarecido sobre o assunto. Ou seja, o ativismo judicial começou a ser defendido das mais variadas formas, sem que fosse realizado um necessário estudo sobre a abrangência de seu significado. Como consequência, a expressão passou a ser empregada *desprovida de sentido*, o que demonstra uma significativa ausência de compromisso acadêmico ao tratar dessa matéria.

¹ Mestranda em Direito Público pela Unisinos/RS. Bolsista CNPq-Brasil. Advogada (OAB/RS). Bacharel em Direito pela Unisinos. Membro do Grupo “*Dasein* – Núcleo de Estudos Hermenêuticos” (Unisinos). Membro do Grupo de Pesquisa “Hermenêutica Jurídica” (CNPq).

² Expressão cunhada por Lenio Luiz Streck em seu **Hermenêutica Jurídica e(m) Crise**. Uma exploração hermenêutica da construção do direito. 8. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

Pode-se afirmar que, no Brasil, o ativismo judicial é um tema que apenas recentemente vem ganhando destaque no âmbito da doutrina brasileira, embora sempre houvesse, desde a origem, dúvidas e oscilações quanto ao papel atribuído ao Judiciário. Isso pode ser vinculado ao fato de que o paradigma constitucional que ensejou o surgimento de tal problemática também é relativamente novo, basta que se observe que a chamada Constituição Cidadã – que proporcionou a mais *significativa abertura à jurisdição* – há pouco completou seus vinte anos de existência. Nesse contexto, de certo modo, é minimamente compreensível a existência de bases teoricamente frágeis sobre essa questão; entretanto, equivocadamente seria compactuar com a ausência de tentativas de se aprofundar o debate.

Dessa forma, percebido que o novo paradigma constitucional³ proporcionou uma profunda alteração na atuação dos juízes e tribunais, resta compreender o *quanto isso está relacionado com ativismo*. Considerando que as mudanças ocorridas na esfera judicial não constituem um fenômeno exclusivamente brasileiro, não se poderia propor um estudo que tão-somente tratasse deste país, como se não houvesse antecedentes nem circunstâncias similares em outras partes do mundo. Portanto, como é necessário fazer um recorte, é a partir do que a tradição norte-americana já vivenciou que se pretende encontrar *novos caminhos* para abordar o ativismo judicial no Brasil, *iluminando-se pontos até então escurecidos sobre a temática*.

2. GOVERNING WITH JUDGES? O PODER JUDICIÁRIO NA HISTÓRIA NORTE-AMERICANA

O constitucionalismo norte-americano é tradicionalmente caracterizado por uma intensa atividade judicial, isto é, marcado pela existência de uma Suprema Corte *notoriamente participativa* na definição dos mais polêmicos temas. Isso porque, nos

³ Este novo paradigma constitucional é denominado de neoconstitucionalismo. Ocorre que este novo constitucionalismo, da forma como foi abordada por alguns autores, acabou dando azo à defesa de um protagonismo judicial a partir de uma relação consequencialista entre princípios-moral-discricionariedade, o que se mostra incompatível como uma compreensão do neoconstitucionalismo em descontinuidade com o positivismo jurídico, proposta de Lenio Luiz Streck, com a qual concordo. Aliás, é por isso que, na quarta edição de seu livro **Verdade e Consenso** (Saraiva, 2011), Lenio Luiz Streck abandona o termo neoconstitucionalismo, passando a chamar o novo paradigma constitucional de Constitucionalismo Contemporâneo, para se distanciar destas propostas neoconstitucionalistas que não conseguem romper com o paradigma positivista de pensar o direito.

Estados Unidos, a construção do direito está muito mais assentada na primazia das decisões tomadas *caso a caso* do que é resultado da simples previsão abstrata de regramentos, oriundos do processo legislativo. Tal característica é decorrente do sistema jurídico adotado neste país: a *common law*, que, por sua vez, se estrutura a partir da doutrina do *stare decisis*, heranças dos colonizadores ingleses.

O sistema da *common law* surge na Inglaterra, através da afirmação de um *direito comum, proclamado pelo tribunal* (inicialmente, pelo Tribunal de Westminster; e, posteriormente, pelas chamadas “Cortes Comuns”, uma unificação da jurisdição exercida pelo Tribunal com outra que surgiu paralelamente, como represália ao formalismo exacerbado desta instituição). Um ano depois da formação das treze colônias, em 1608, a *common law*, por meio da decisão de Edward Coke (no julgamento do *Calvin’s Case*), deixa de ser apenas uma característica dos ingleses e passa a fazer parte da *cultura jurídica* do lugar que posteriormente se daria o nome de Estados Unidos. Juntamente com isso, foi se desenvolvendo a doutrina do *stare decisis*⁴.

A exemplo do que foram as codificações na *civil law*, o *stare decisis* também foi criado, ainda na Inglaterra, como mecanismo com pretensão de garantir a segurança jurídica. Por esta doutrina, ao julgar um caso, os juízes têm a obrigação de considerar as regras estabelecidas em julgamentos passados, respeitando, assim, o efeito vinculante da decisão posteriormente tomada em outro caso. Entretanto, essa vinculação obrigatória não se dá de forma descontextualizada: é necessário que se perquiria sobre a força que liga o caso em julgamento com aquele que ensejou o *decisum* a ser usado como referência⁵.

É por esse motivo que alguns autores afirmam que a grande virtude da *common law* é que ela “constrói os princípios caso a caso”, “adquirindo seu poder através da história”⁶. Com base nisso, não é de se estranhar que o Poder Judiciário norte-americano, a partir do surgimento do *judicial review*, tenha passado por momentos distintos, assumindo características peculiares. Igualmente, é também por isso que os

⁴ DAVID, René. **Grandes sistemas do direito contemporâneo**. Tradução de Hermínio A. Carvalho. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

⁵ *Ibid.*, p. 447-494.

⁶ Esta é uma tradução livre do que foi exposto por John Laws (Lord Justice Appeals) : “[...] great virtue [da *common law*] is that it builds principle case by case. It never starts with a premise given *aliunde*, from which in the particular field all else is said to follow. It has no premise *outside itself*. Seemingly basic principles, such as the court’s duty to obey and give effect to primary legislation, are not given to the common law; they are creature of it. It owes its power not to dictar, but to history. There is, therefore, nothing *dirigiste* about the common law”. LAWS, John. *Judicial review and the meaning of law*. In: FORSYTH, Christopher (Ed.). **Judicial review and the Constitution**. Oxford: Hart Publishing, 2000, p. 173-190.

Estados Unidos foi o país onde nasceu a noção de ativismo judicial e a preocupação com a formação de um governo de juízes, conforme se verá na seqüência.

2.1. As origens do *judicial review*

A origem do *judicial review* vem sendo alvo de muitas discussões teóricas. Dentre os diversos posicionamentos desenvolvidos, pelo menos há um ponto comum: de que a sentença proferida por Chief Justice Marshall, no famoso caso *Marbury v. Madison*⁷, foi uma manifestação do poder da Corte em *revisar* uma decisão política. Isto é, embora as alterações que se operaram na atuação da Suprema Corte a partir do século XIX resultem uma dificuldade de se enxergar nesta decisão o *judicial review* tal como ele é atualmente exercido, não se pode negar as contribuições que este caso trouxe para o direito norte-americano, pois se, algumas modificações ocorreram, foram a partir de uma base – e esta é o caso *Marbury v. Madison*⁸.

Entretanto, pouco se questiona ou se aprofunda os estudos no sentido de compreender o que levou Marshall a decidir daquela maneira. Ou seja, a doutrina simplesmente enxerga o constitucionalismo estadunidense a partir de 1803, *num fechar de olhos para o passado*. Assim, na tentativa de encontrar a origem do *judicial review* em um momento anterior, David Ball, em uma síntese do que propõe em seu livro, faz a importante afirmação: “[...] the origins of the constitutional power of judicial review lie in the historical development and application of the duty to resist tyranny”⁹.

De fato, a decisão proferida no julgamento do caso *Marbury v. Madison* justamente estabelecia limites ao agir governamental a partir do que estava previsto no

⁷ O resumo do caso *Marbury v. Madison*, pode ser assim feito: John Adams, presidente dos Estados Unidos, na véspera de deixar o cargo, designou que William Marbury ocupasse o posição de juiz de paz, entretanto, Thomas Jefferson, sucessor na presidência, não reconheceu o desígnio de Adams. Marbury recorreu à Suprema Corte para que James Madison, então Secretário de Estado, o empossasse como juiz de paz com base na seção 13 do Judiciary Act de 1789. No entanto, em 1802, o Congresso revogou o Judiciary Act. Então, ciente de que se fosse concedido o mandado a decisão poderia não ser cumprida, Marshall estabeleceu que Marbury tinha direito de ser empossado, tendo em vista que a nomeação era irrevogável. Mas negou que a Suprema Corte poderia julgar o caso, pois a seção 13 do Judiciary Act, que lhe atribuía tal competência, era inconstitucional, na medida em que ampliava a competência da Suprema Corte estabelecida constitucionalmente. Sobre o caso, ver: LEVY, Leonard W. *Marbury v. Madison*. In: _____; KARST, Kenneth L; MAHONEY, Dennis J. (Orgs.). **Judicial Power and the Constitution**. Selections from the Encyclopedia of the American Constitution. New York: Macmillan, 1990, p. 15-20.

⁸ BALL, David T. **The historical origins of judicial review, 1536-1803**. The duty to resist tyranny. Queenston: The Edwin Mellen Press, 2005.

⁹ *Ibid.*, p. 4. Convém destacar que o autor vai um pouco mais além, atribuindo a origem do *judicial review* à Reforma de John Calvin.

texto constitucional, especialmente: *a*) no Art. III, que coloca o Poder Judiciário como um dos subordinados à Constituição; e *b*) no Art. VI, que garante a supremacia da Constituição. Nesse contexto, se, por um lado, o dever judicial de aplicar a Constituição era inquestionável, considerando a supremacia constitucional; por outro, havia uma forte dúvida quanto à legitimação do exercício de um controle de constitucionalidade pelas Cortes, o que, por muitos, foi compreendido como abusivo, pois, apesar de estar firmado na Constituição norte-americana que o Poder Judiciário deveria atuar sob os ditames constitucionais, não estava expressamente incluído *revisar* os atos emanados dos demais Poderes. Nesse sentido, a história do constitucionalismo norte-americano é muito importante, pois foi em seu âmbito que surgiram os primeiros debates sobre a legitimidade da atuação da Corte Constitucional¹⁰.

Muitos foram os esforços, portanto, para encontrar um meio de legitimação para o *judicial review*. A primeira tentativa foi buscar amparo constitucional, mas, como já visto anteriormente, tal hipótese fracassava diante da ausência de previsão expressa da possibilidade de exercício deste controle pelo Judiciário. Diante disso, se voltou olhares para a tradição inglesa, especificamente para o posicionamento a favor da *judicial review* proferido por Sir Edward Coke (no julgamento do *Bonham's Case*, em 1610), entretanto, isso não poderia servir como base, pois, embora declarado o poder de revisão dos juízes, não se via concretizar na Inglaterra o que por ele havia sido proposto. Por último, foi tentado um retorno às origens, numa busca de fundamentação pré-constitucional, contudo, foi muito difícil encontrar vestígios de que os *Framers* teriam sido favoráveis a um controle de constitucionalidade exercido pelos juízes, sendo que o mais próximo disso que se possa ter chegado foi o projeto (frustrado) de estabelecer o exercício do poder de veto de forma conjunta pelo Presidente e pelos juízes¹¹.

Todos esses entraves para legitimar a atuação das Cortes foram frutos do momento histórico vivenciado pelos Estados Unidos. Não se pode esquecer que isso possui estreita relação com o fato de que, quando do surgimento do constitucionalismo estadunidense, havia uma forte discussão, entre Federalistas e Antifederalistas, quanto à compreensão de República Americana. O chamado “republicanismo populista”, defendido por Thomas Jefferson e os Antifederalistas, partia da idéia que a participação popular era fundamental para a República, motivo pelo qual,

¹⁰ GUNTHER, Gerald. Judicial Review. In: LEVY, Leonard W.; KARST, Kenneth L.; MAHONEY, Dennis J. (Orgs.). **Judicial Power and the Constitution**. Selections from the Encyclopedia of the American Constitution. New York: Macmillan, 1990, p. 3-14.

¹¹ *Ibid.*, p. 5-7.

se o Poder Judiciário não pudesse ser reduzido a mere machine, ou seja, a órgão obrigado a uma estreita aplicação do texto da lei, o poder dos juízes poderia, de fato, [...] abalar a lógica democrática, tornando-se um poder impróprio no interior de um governo republicano¹².

Por outro lado, para Adams e os Federalistas, era necessário se romper com a concepção republicana francesa e inglesa (de participação popular), na medida em que a “onipotência de um regime democrático” acabava retomando justamente o absolutismo com o qual se pretendia romper. Com isso, ganhava espaço o controle de constitucionalidade das leis exercido pelo Judiciário, na defesa dos interesses contramajoritários.

Como se pode perceber, na verdade, a intervenção das Cortes na revisão dos frutos do processo legislativo é resultado da compreensão da existência de um “governo das leis” (“*rule of law*”), à distinção de “governo dos homens”, como *império* da soberania popular (“*rule of people*”). Ou seja, não bastaria a legalidade para que se substituísse o “governo dos homens” pelo das leis, mas seria necessária uma correspondência entre a legislação e a afirmação dos direitos civis e políticos. Com isso, houve uma “desvalorização da legislação parlamentar como fonte do direito”, fortalecendo o papel das Cortes de tal forma que a tradição norte-americana ficou *marcada* pelo “risco de uma passagem da supremacia das Constituições à supremacia das Cortes Constitucionais”, devido à existência de um controle de constitucionalidade fortalecido¹³.

2.2. As três eras da jurisdição (Wolfe): sobre ativismos e auto-contenções

Estabelecido o controle de constitucionalidade (*judicial review*) por meio da decisão de Marshall, restava saber quais *os caminhos que trilhariam o direito constitucional americano*. Doutrinariamente, como foi possível notar, este foi considerado um marco significativo para a história dos Estados Unidos. Entretanto,

¹² CASALINI, Brunella. Soberania popular, governo da lei e governo dos juízes nos Estados Unidos da América. In: COSTA, Pietro; ZOLO, Danilo (Orgs.). **O Estado de Direito**. História, teoria e crítica. Tradução de Carlo Alberto Dastoli. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p 274-5.

¹³ *Ibid.*, p. 266.

faltaria observar quais seriam os posicionamentos das Cortes em face do estabelecimento de um novo paradigma no cenário jurídico norte-americano.

Passados muitos anos desde esta decisão, por tudo já abordado, é unânime que o perfil de atuação jurisdicional das Cortes no exercício do controle de constitucionalidade muito se distancia daquele inicialmente *projetado*. Atualmente, tem se observado um grande crescimento do *judicial review*, o que não está apenas relacionado com o entendimento pacífico de que o Judiciário está legitimado a controlar – a partir de parâmetros constitucionais – as decisões políticas dos demais Poderes, mas que diz respeito a uma grande interferência judicial em questões tradicionalmente consideradas como âmbito exclusivo do Legislativo e do Executivo. Entretanto, nem sempre foi assim, ou seja, isso não foi uma consequência imediata da incorporação do controle de constitucionalidade a partir do *Marbury v. Madison*: como afirma Christopher Wolfe, na tradição norte-americana, é possível ser identificadas três diferentes eras (*stages*) do *judicial review*.

Para este autor, a partir das transformações ocorridas na forma de intervenção das Cortes, é possível estabelecer *fases* na história do *judicial review*. Fazendo uma *correspondência temporal*, a primeira delas, a chamada “*traditional era*”, se inicia com o estabelecimento da Constituição e perdura até 1890. Já a segunda, a considerada “*transitional era*”, se inicia com o término da primeira e tem seu fim não muito bem esclarecido porque, em 1937, ainda com reflexos da política do *New Deal* de Franklin Roosevelt, se inicia uma alteração no modo de interferência judicial, entretanto, não se tem muita convicção de que estas mudanças foram significativas a tal ponto que ensejam o início de um novo período, a nomeada “*modern era*”, atual *momento* do Judiciário norte-americano¹⁴.

Sobre a “*traditional era*”, Wolfe afirma que ela se caracteriza por uma nova visão de Constituição, que se dá a partir de duas perspectivas. Trata-se de compreender que do texto constitucional é possível construir sentidos quando realizada uma leitura adequada e, ao mesmo tempo, de perceber que, em decorrência disso, a Constituição estabelece princípios a serem cumpridos tais como são as leis, rompendo com a idéia de que o constitucionalismo estaria restrito a estabelecer “generalidades vagas”. Tudo isso pode ser resumido na substancial concepção de Constituição¹⁵.

¹⁴ WOLFE, Christopher. **The rise of modern judicial review**. From constitutional interpretation to judge-made law. Boston: Littlefield Adams Quality Paperbacks, 1994, p. 3-11.

¹⁵ *Ibid.*, p. 4.

Com base nisso, nesse primeiro momento, o *judicial review* poderia ser visto tão-somente como uma postura da Corte de dar preferência à aplicação da Constituição em face das leis. Numa segunda análise, simbolizou o intuito dos juízes (*Justices*) de cumprir o texto constitucional, numa espécie de compromisso com que havia sido exposto pelos *Founders*. Não havia, assim, qualquer intenção de se *fazer aparecer o exercício da jurisdição* ou, sob uma ótica mais *moderna* (no sentido trabalhado por Wolfe), de se reforçar o papel do juiz – existiam, de fato, “juízos”, e não “vontades”.

O segundo estágio, a “*transitional era*”, por sua vez, é marcado pela influência de um “capitalismo *laissez-faire*” na Suprema Corte. Isso impediu que fossem tomadas certas decisões com o fito de regular políticas de bem-estar, como o estabelecimento de limites de horas de trabalho, bem como questões relativas à segurança e saúde. Um dos mais famosos casos julgados nesse período foi o *Lochner v. New York*, no qual a Suprema Corte reconheceu que o poder de legislação dos Estados deveria ser limitado, motivo pelo qual, em face da liberdade de contratar, o Estado de Nova Iorque não estaria autorizado a expedir uma lei que viesse a fixar a jornada máxima de trabalho em padarias. Com isso, se abria espaço para que a Corte tivesse liberdade para invalidar aquela lei que considerasse intrusiva demais na política econômica do Estado. Nas palavras de Wolfe, “isso demonstrou ser muito mais uma questão de *vontade (will)* – ou de legislação – da Corte do que propriamente de julgamento e interpretação¹⁶”.

Veja que, a princípio, a tendência é de se identificar esse período como marcado pelo exercício de uma política judiciária de contenção (*self-restraint*), no sentido de que a decisão da Suprema Corte não possibilita a interferência do Estado no âmbito das relações privadas, especialmente as econômicas. Entretanto, a realização de um estudo com mais acuidade, como faz Christopher Wolfe, demonstra que é possível perceber o quanto de ativismo há em um posicionamento como este. Isso porque, na verdade, havia um caráter eminentemente político na decisão da Suprema Corte, que invadia o âmbito de produção legislativa. Dessa forma, fica claro que, mesmo um *comportamento conservador* do Judiciário, de não-intervenção, pode revelar um perfil ativista.

Convém mencionar que a decisão da Suprema Corte de não se poder legislar sobre questões de política econômica estava assentada no direito de propriedade, que,

¹⁶ Christopher Wolfe, quando caracteriza a segunda era do *judicial review* aborda que, à diferença da primeira, o poder judicial está muito mais uma questão de vontade, do que de julgamento ou interpretação: “[...] Such Power seems much more a matter of will – legislation, in the *Federalist’s* term – than judgement or adjudication or ‘intepretation’”. *Ibid.*, p. 4-5.

para dar uma *roupagem* jurídica a seu entendimento, a Corte afirmava ser decorrente de um direito natural ou, inclusive, de uma *leitura adequada* da Constituição (e perceba-se que ainda se pode encontrar resquícios da *traditonal era*). Isso foi alvo de duras críticas feitas pelo realismo jurídico, que, partindo da idéia de que todos os julgamentos possuem caráter legislativo, afirmava que a defesa do direito à propriedade não passava de uma decisão judicial (novamente, uma questão de *will*), não possuindo nem relação com o direito natural, nem com a Constituição. Esse embate entre o que a Corte afirmava fazer – cumprir a Constituição – e o que os juristas norte-americanos, em especial os adeptos do realismo jurídico, pensavam que ela efetivamente fazia (ou deveria fazer), é que inspirou a nomeação da existência um momento *transitório*.

Em 1937, sob o governo de Franklin Roosevelt, a Suprema Corte, em função das medidas de recuperação econômica tomadas pelo governo, passou a defender e compactuar com a existência de leis que anteriormente entendia como contrárias à Constituição:

Judicial Power was used instead to *uphold* congressional actions taken pursuant to the commerce clause, the necessary and proper clause, and other constitutional sources of legislative power¹⁷.

Com isso, acreditava-se que se iniciaria uma nova fase na história do exercício da jurisdição nos Estados Unidos, contudo, significou apenas uma mudança de foco: o ativismo judicial direcionava-se da defesa do direito à propriedade para a das liberdades civis. Portanto, apenas no pós-1937 é que, efetivamente, será possível visualizar o início da “*modern era*” do *judicial review*.

A “era moderna” da *judicial review* é predominantemente marcada por um protagonismo judicial, no qual é reforçada a característica destacadamente legislativa das Cortes. Inseridos na tradição da *common law*, os juízes passaram não apenas a atribuir à lei caráter secundário, mas a *reescrevê-las*. Como mesmo escreve Wolfe no subtítulo de seu livro, parte-se “from constitutional interpretation to judge-made law”¹⁸. Dessa forma, não seria demais afirmar que a atual concepção de *judicial review* distorceu completamente a pretensão de Marshall quando introduziu o controle de constitucionalidade, pois sua idéia *nasce* não de uma noção de sobreposição do

¹⁷ FISHER, Louis. Introduction. In: LEVY, Leonard W.; KARST, Kenneth L.; MAHONEY, Dennis J. (Orgs.). **Judicial Power and the Constitution**. Selections from the Encyclopedia of the American Constitution. New York: Macmillan, 1990, p. ix.

¹⁸ WOLFE, op. cit., p. 6-7.

Judiciário, mas de um agir enquanto pertencente a determinado sistema jurídico, isto é, surge de uma “me too position”, contraditória ao atual perfil de jurisdição, que se encontra fundado na “me superior” ou até mesmo “me only view”¹⁹.

2.3. A influência da *civil law*: pela *integridade da legislação*

A *supremacia judicial* que caracteriza a fase atual do *judicial review* não é considerada um avanço por todos juristas norte-americanos. Na verdade, grande parte da doutrina tem justamente se dedicado a analisar esse fenômeno com o intuito de questionar se tal postura seria compatível com as bases constitucionais e democráticas do país. É claro que *nem de longe* esse olhar crítico sobre a atuação do Judiciário pretende retomar a compreensão de jurisdição presente no pensamento de Thomas Jefferson (*juízes máquinas*); entretanto, é inegável que, mesmo em um país cuja base jurídica seja a *common law*, muitos autores tenham investido na tentativa de encontrar alternativas para se *colocar freios* à atividade jurisdicional.

Em meio a tudo isso, há quem afirme que a necessidade de limitar o poder das Cortes está vinculada à importância de se retomar o debate do significado de *rule of law*. Isso porque a atual prática judiciária tem cada vez mais se afastado da idéia de *soberania popular*, em prol da defesa de um *governo de (e talvez para) juízes*. Essa ligação entre o *rule of law* e o alcance da decisão judiciária é abordada por Brunella Casalini, para quem

A prática constitucional novecentista ultrapassou tanto os limites entre direito público e direito privado quanto aqueles entre direito e política. O reconhecimento de um ineliminável elemento de discricionariedade interpretativa por parte do juiz e o ativismo da Corte Suprema obrigaram a repensar o papel da interpretação judiciária da Constituição, bem como o significado, as virtudes e os limites próprios do *rule of law*²⁰.

¹⁹ Nas palavras de Gerald Guinter: “Marshall’s argument that court also have competence to take the Constitution into account in their work was essentially a ‘me too’ position. Modern variants on justifications for judicial reviews – and a number of statements from the modern Supreme Court itself – lend stronger support than anything in Marshall’s reasoning to a ‘me superior’ or even a ‘me only’ view”. GUINTER, op. cit., p.7.

²⁰ CASALINI, op. cit., p. 283. Sobre a relação entre público e privado, ver também: TOMAZ DE OLIVEIRA, Rafael. **Decisão Judicial e o Conceito de Princípio**: A hermenêutica e a (in)determinação do Direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 80-85; e STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e**

Diante de tudo isso, diversos autores se dedicaram a estudar a relação existentes entre o *rule of law* e a interpretação judicial. De um lado, manifestam-se posturas favoráveis ao caráter *intervencionista da jurisdição*, como é o caso do movimento *Critical Legal Studies*, que tentou romper com o formalismo jurídico próprio do Estado Liberal, afirmando a “politicidade do direito e da atividade jurisdicional”. Conforme expõe Casalini, para os adeptos, na mão inversa da tão *festejada* segurança jurídica, e enxergando o *rule of law* como um entrave para a concretização de direitos, “[...] o juiz exerce sempre um poder discricional, selecionando, entre muitos pontos de vista deixados abertos pelo direito, aquele que está mais próximo das suas preferências subjetivas”²¹.

Isso demonstra, portanto, o rompimento com a idéia de “governo da lei”, o que se dá a partir do inegável “caráter ideológico da deliberação judiciária”. Por outro lado, também surgiram posicionamentos que tentaram escapar dessa *visão negativa* do *rule of law*. Alguns deles, inclusive, tentaram construir uma objetividade para a atividade jurisdicional sob a égide de um (*forte*) governo da lei.

É o caso de Antonin Scalia, que procurou combater o poder arbitrário dos juízes. Para tanto, na defesa do *rule of law*, posicionou-se a favor de uma interpretação judicial que não fosse baseada nem na vontade do legislador – porque isso seria uma retomada do elemento subjetividade que ele pretende criticar no âmbito da decisão judicial – nem em critérios externos à lei, mas na objetividade do texto. Entretanto, contraditoriamente, em relação à interpretação constitucional, afirma ser necessária uma visão originalista, que, inclusive, busca orientação nos elaboradores da constituição (no caso norte-americano, dos *Founders*). Isso porque, nas palavras de Brunella Casalini, para Scalia,

[...] a busca do significado “atual” é típica dos juízes que pretendem transformar a Constituição em uma *living Constitution*, em uma Constituição flexível e adaptável à mudança. Por detrás da aparente virtude da flexibilidade, a noção de *living Constitution* esconde, segundo Scalia, o perigo do arbítrio por parte do Poder Judiciário e da incerteza do direito²².

Consenso: Da possibilidade à necessidade de respostas corretas em direito. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, especialmente o posfácio.

²¹ *Ibid.*, p. 284.

²² *Ibid.*, p. 286-7.

Como se pode perceber, o *Critical Legal Studies* e o posicionamento de Antonin Scalia representam dois extremos na compreensão do *rule of law*. Entretanto, a tese de Scalia, que é a que tenta enfrentar o problema da ausência de limites para a atividade jurisdicional, não resolve a questão, pois delega para a objetividade do texto a fixação de critérios para a interpretação do direito, esquecendo, todavia, que a própria percepção de objetividade do enunciado dependerá do sujeito. Assim, adequada é a manifestação de Walter Murphy, que, ao se dedicar especificamente ao tema da *supremacia judicial*, afirma que o “judicial review [...] does not imply that judges are superior to legislators but that the power of the people is superior to both”²³.

Veja: a *common law* tinha tudo para ser um sistema que não temesse o Poder Judiciário. Entretanto, a doutrina norte-americana vem se dedicando ao longo dos tempos em resolver o conflito (ou a tensão) entre democracia e jurisdição. Robert Bork, por exemplo, rechaça uma postura do Judiciário que venha a alterar as decisões tomadas pelo constituinte (the *Framers*)²⁴, solucionando o problema através da interpretação. Isto é, não se trata de manter a decisão tomada pelo constituinte no sentido de que, para aquilo que já se modificou, ou melhor, para as situações que eles não puderam prever (como se fosse possível fazer este tipo de controle), haveria a criação de um *novo direito*. É errado pensar dessa forma exatamente porque há princípios estabelecidos pelo constituinte que, uma vez interpretados, devem ser aplicados a situações atuais.

Não se poderia deixar de mencionar que essa crítica ao poder das Cortes acabou gerando um fortalecimento da legislação no país da *common law*. Ao que parece, o constitucionalismo norte-americano, em face do ativismo judicial vivenciado, tem buscado fazer um *intercâmbio* com a experiência da *civil law*. Basta que se observe, por exemplo, a proposta feita por Jeremy Waldron: a defesa da *dignidade da legislação*²⁵.

Este autor fala que, nos países onde é adotado o sistema da *common law*, como nos Estados Unidos e na Inglaterra, não há uma preocupação com a legislação e que, em função disso, as decisões políticas dificilmente são tomadas com base em princípios,

²³ MURPHY, Walter F. Judicial Supremacy. In: LEVY, Leonard W.; KARST, Kenneth L.; MAHONEY, Dennis J. (Orgs.). **Judicial Power and the Constitution**. Selections from the Encyclopedia of the American Constitution. New York: Macmillan, 1990, p. 55.

²⁴ “Many judges and scholars now believe that the courts’ obligations to intent are so highly generalized and remote that judges are in fact free to create the Constitution they think appropriate to today’s society”. BORK, Robert H. Judicial Review and democracy. In: LEVY, Leonard W.; KARST, Kenneth L.; MAHONEY, Dennis J. (Orgs.). **Judicial Power and the Constitution**. Selections from the Encyclopedia of the American Constitution. New York: Macmillan, 1990, p. 25. (grifo meu)

²⁵ WALDRON, Jeremy. **A dignidade da legislação**. Tradução de Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

sendo este espaço destinado a “negociatas, trocas de favores, manobras de assistência mútua, intrigas por interesses e procedimentos eleitoreiros”²⁶. Em razão disso, aos tribunais é delegada a tarefa de realizar a correção dessas decisões políticas, através do exercício da *revisão judicial*, o que é alvo de suas críticas, pois isso revela a ausência do que se pode chamar de uma *teoria da legislação*, na linha que Dworkin criou para a decisão judicial, tendo como principal exemplo a metáfora do juiz Hércules.

Waldron não apenas discorda que o Judiciário seja o Poder que possua mais condições de definir questões pertencentes ao âmbito político de decisão, como também questiona, inserido numa tradição que reconhece a esfera judicial como a referência de produção de direito, a razão pela qual seria este o *locus* mais adequado para a criação do direito:

O pensamento parece ser que os tribunais com suas perucas e cerimônias, seus volumes encadernados em couro e seu relativo isolamento ante a política partidária, sejam um local mais adequado para solucionar questões desse caráter.

[...]

Por que é o direito feito pelos juízes, não o direito feito pela legislatura que se liga mais naturalmente a outros valores políticos que “direito”, “justiça”, “legalidade” e “estado de direito” evocam? Por que é *esse* o nosso conceito de direito na jurisprudência, ao passo que os estatutos e a legislação se detêm na periferia dos nossos interesses filosóficos, como exemplos um tanto quanto embaraçosos e problemáticos desse conceito, se é que são exemplos de conceito?²⁷

Por tudo que foi exposto sobre a tradição jurídica dos Estados Unidos, é possível perceber que o surgimento do *judicial review* se deu na tentativa de cumprir o pacto constitucional. Todavia, essa função se viu desvirtuada em face de posicionamentos ativistas da Suprema Corte. Um ativismo que ficou caracterizado não somente por uma maior interferência do Judiciário na esfera política, mas também por posturas conservadoras de ausência de intervenção no âmbito econômico e social. Assim, considerando a existência de três momentos do *judicial review*, a atual *modern era* é que vem causando uma necessária revisão das clássicas compreensões sobre o *rule of*

²⁶ Ibid., p. 02.

²⁷ Ibid., p. 5-13.

law e da *teoria da legislação*. Tudo isso com o fito de, mesmo inserido na tradição da *common law*, evitar que se instaure um *governo de juízes*.

3. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A abordagem aqui feita sobre a experiência norte-americana pode muito *contribuir para o direito constitucional brasileiro*. Evidentemente, não se está a dizer que a solução para as *incompreensões jurídicas deste país* seja repetir (ou copiar) o que foi teoricamente produzido nos Estados Unidos. Isso nem seria possível, aliás, dadas as contingências históricas existentes entre as duas tradições.

O que se pretende, assim, é que, a partir de um *diálogo*, seja possível surgir o desenvolver de um *caminho próprio*, que considere as especificidades de um país como o Brasil. Ou seja, não se trata de, como vem sendo feito por alguns, transformar o ativismo numa temática *essencialmente brasileira*, construindo definições e conceituações *a partir do nada, com base no agora*. Por outro lado, também não se quer um estudo que venha tão-somente a repetir constatações já feitas, corroborando a tese de que a doutrina brasileira seja uma *junção de conceitos que não lhe pertencem*.

Além disso, expor o exemplo norte-americano evidencia também o quanto alguns juristas brasileiros possuem compreensões distorcidas sobre o ativismo nesta tradição²⁸. Isso é importantíssimo, porque muito do que é abordado *desacertadamente* sobre o ativismo no Brasil tem a pretensão de estar fundamentado nas idéias desenvolvidas, principalmente, pelos constitucionalistas norte-americanos, sendo que, na verdade, o equívoco está justamente na falta de um aprofundamento da base teórica que se pretende utilizar. Ainda, um *estudo comparativo* demonstra a atenção que se deve ter com as particularidades do sistema (nesse caso, jurídico) de cada país.

Partindo disso, com o fito de fazer um *balanço final*, podem ser feitos os seguintes apontamentos, a fim de que seja possível encontrar uma *identidade brasileira* na compreensão do ativismo:

²⁸ Essa questão é muito bem trabalhada por Lenio Luiz Streck, na obra **O que é isto – decido conforme minha consciência?** (2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010), quando o autor alerta para o problema das recepções equivocadas do ativismo norte-americano, da jurisprudência dos valores e da teoria da argumentação de Robert Alexy.

1. Tem razão quem afirma que o primeiro país que mencionou, para o âmbito judicial, a tensão entre o ativismo e a auto-contenção foi os Estados Unidos. Entretanto, no contexto norte-americano, o ativismo judicial ficou caracterizado tanto quando a Suprema Corte decidiu que não poderia haver intervenção do Estado no âmbito das relações privadas, em especial, da liberdade contratual, evitando, assim, que a Corte estivesse comprometida com a garantia das políticas de bem-estar (lembre-se que justamente declarou inconstitucional a medida do Estado de Nova Iorque de estipular limite máximo de horas para a jornada de trabalho); quanto nos momentos subseqüentes, que passou a agir com uma política de *judge-made law*.

2. É preciso observar que o controle de constitucionalidade norte-americano nasceu por uma decisão judicial, do que se conclui ser natural que, nesta tradição, haja uma espécie de protagonismo judicial, o que é melhor compreendido se considerado a inserção do país no sistema da *common law*.

3. É equivocado, a título de ativismo judicial e para fins de concretização de direitos, se defender *a criação judicial do direito com base no caso* fazendo uso do exemplo norte-americano, porque, nos Estados Unidos, o julgamento não é descontextualizado, mas faz parte de um sistema de precedentes guiado pelo efeito vinculante das decisões, se – e somente se – comprovada a similitude do caso a ser julgado com o que ensejou a decisão que se pretende usar como fundamento.

4. Se a doutrina norte-americana, que escreve para uma tradição em que ao Judiciário não é negada a centralidade, é necessário um olhar crítico sobre a atividade jurisdicional, no Brasil, isso ainda ganha mais destaque, dada sua constante luta para a implementação da democracia e para a concretização de direitos.

Esse *balanço final* certamente pouco contribui para a formulação de um conceito do que seja o ativismo. Contudo, ao contrário do que se poderia pensar, chegar a essa conclusão só garante que este estudo cumpriu com o objetivo que foi a ele proposto: *produzir reflexão*. Assim, de tudo o que foi abordado, resta um principal indício

esclarecedor sobre o tema: *discutir sobre ativismo judicial implica pensar na construção de uma teoria da decisão.*

Ou seja, o debate sobre o ativismo judicial *indica* algo que vai muito mais além de distinções e conceituações – uma espécie de manipulação teórica e objetiva – sobre o tema. Trata-se, na verdade, de perceber o quão imprescindível é *colocar-se diante de um problema*. Para esse caso, a reflexão se direciona *ao questionamento dos limites da intervenção do Judiciário*. É necessário, portanto, pensar numa *teoria da decisão*, aos termos do que propõe Lenio Luiz Streck²⁹, numa imbricação Gadamer-Dworkin.

O autor constrói sua teoria afirmando a necessidade (o direito) de se obter respostas corretas (ou constitucionalmente adequadas), a partir da negação da discricionariedade judicial (considerada principal característica do positivismo). Nisso está incluído algo que a prática dos juízes e tribunais parece se esquecer – de que há um dever de fundamentar as decisões ou, nas palavras do autor, de que é imprescindível a existência de “‘uma fundamentação da fundamentação’, traduzida por uma radical aplicação do art. 93, IX, da Constituição³⁰”. Veja-se que a proposta de Lenio Streck é algo muito maior do que o mero conferir se a decisão está de acordo com o manancial de leis existentes e com o texto constitucional: por óbvio, pragmaticamente, também passa por isso; entretanto, seu posicionamento vai bem mais além, afirmando a ruptura com a clássica compreensão positivista do direito e a importância de *pensá-lo como um todo*.

Pensar o direito como um todo significa “a obrigação de os juízes respeitarem a integridade do direito e aplicá-lo coerentemente³¹”. A noção de integridade do direito (*integrity in law*) é retirada da obra de Ronald Dworkin, que põe fim à velha discussão sobre se os juízes descobrem ou inventam o direito, demonstrando que, de fato, “they do both and neither³²”. Isso porque, para o jurista norte-americano, a aplicação do direito está vinculada à prática da comunidade:

According to law as integrity, propositions of law are true if they figure in or follow from the principles of justice, fairness and procedural due process that provide the best constructive interpretation of the community's legal practice. [...] Law as

²⁹ Sobre o tema, ver: STRECK, **Verdade e Consenso**, op. cit.

³⁰ *Ibid.*, p. 571.

³¹ *Ibid.*, p. 570 (grifo do autor).

³² DWORKIN, Ronald. **Law's empire**. Cambridge/Massachusetts: Harvard University Press, 1986, p. 225.

integrity, then, begins in the present and pursues the past only so far as and in the way its contemporary focus dictates³³.

Tanto as contribuições de Dworkin, quanto o que Lenio Streck, com aportes da hermenêutica filosófica de Heidegger e Gadamer, desenvolve a partir disso, demonstram quão importante tematizar a atuação do Judiciário. Note-se que a preocupação é comum, ainda que estes juristas sejam de países com sistemas jurídicos diferentes. E que, além disso, ambos fazem uma abordagem *ampla* do direito, isto é, não se restringem a fazer uma reflexão apenas numa *perspectiva interna (institucional) da jurisdição*, mas pretendem, a partir do estudo da teoria e da filosofia do direito, criar as bases para se discutir a postura judicial³⁴.

É preciso perceber, portanto, que *refletir* sobre os limites da atividade jurisdicional exige uma espécie de *visão panorâmica do direito*. Ou seja, tematizar o ativismo judicial ou qualquer outra questão atualmente considerada relevante não pode ser feito sem que haja uma *reconstrução do direito e de tudo o que lhe compõe*. Particularmente neste caso, é imprescindível que se tenha presente o quanto o empenho de limitar a atuação do Judiciário está vinculado a *uma questão de democracia*.

REFERÊNCIAS

BALL, David T. **The historical origins of judicial review, 1536-1803**. The duty to resist tyranny. Queenston: The Edwin Mellen Press, 2005.

BORK, Robert H. Judicial Review and democracy. In: LEVY, Leonard W.; KARST, Kenneth L.; MAHONEY, Dennis J. (Orgs.). **Judicial Power and the Constitution**. Selections from the Encyclopedia of the American Constitution. New York: Macmillan, 1990.

CASALINI, Brunella. Soberania popular, governo da lei e governo dos juízes nos Estados Unidos da América. In: COSTA, Pietro; ZOLO, Danilo (Orgs.). **O Estado de Direito**. História, teoria e crítica. Tradução de Carlo Alberto Dastoli. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

DAVID, René. **Grandes sistemas do direito contemporâneo**. Tradução de Hermínio A. Carvalho. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

³³ Ibid., p. 225 e 227.

³⁴ À exemplo disso, ambos os autores trabalham a questão da moral no direito, os princípios, a interpretação, dentre outros temas, que, embora tenham vínculo estreito com a atuação do Judiciário, na maioria das vezes, não são discutidos pela doutrina brasileira, porque não fazem parte da dogmática jurídica, do âmbito *institucionalizado* do direito.

DWORKIN, Ronald. **Law's empire**. Cambridge/Massachusetts: Harvard University Press, 1986.

FISHER, Louis. Introduction. In: LEVY, Leonard W.; KARST, Kenneth L.; MAHONEY, Dennis J. (Orgs.). **Judicial Power and the Constitution**. Selections from the Encyclopedia of the American Constitution. New York: Macmillan, 1990.

GUINThER, Gerald. Judicial Review. In: LEVY, Leonard W.; KARST, Kenneth L.; MAHONEY, Dennis J. (Orgs.). **Judicial Power and the Constitution**. Selections from the Encyclopedia of the American Constitution. New York: Macmillan, 1990.

LAWs, John. Judicial review and the meaning of law. In: FORSYTH, Christopher (Ed.). **Judicial review and the Constitution**. Oxford: Hart Publishing, 2000.

LEVY, Leonard W. Marbury v. Madison. In: _____; KARST, Kenneth L.; MAHONEY, Dennis J. (Orgs.). **Judicial Power and the Constitution**. Selections from the Encyclopedia of the American Constitution. New York: Macmillan, 1990.

MURPHY, Walter F. Judicial Supremacy. In: LEVY, Leonard W.; KARST, Kenneth L.; MAHONEY, Dennis J. (Orgs.). **Judicial Power and the Constitution**. Selections from the Encyclopedia of the American Constitution. New York: Macmillan, 1990.

STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica Jurídica e(m) Crise**. Uma exploração hermenêutica da construção do direito. 8. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

_____. **Verdade e Consenso**: Da possibilidade à necessidade de respostas corretas em direito. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

_____. **O que é isto – decido conforme minha consciência?** 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

TOMAZ DE OLIVEIRA, Rafael. **Decisão Judicial e o Conceito de Princípio**: A hermenêutica e a (in)determinação do Direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

WALDRON, Jeremy. **A dignidade da legislação**. Tradução de Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

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