

V CONGRESSO NACIONAL DA FEPODI

Todos os direitos reservados e protegidos.

Nenhuma parte deste anal poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – FEPODI

Presidente - Yuri Nathan da Costa Lannes (UNINOVE)

1º vice-presidente: Eudes Vitor Bezerra (PUC-SP)

2º vice-presidente: Marcelo de Mello Vieira (PUC-MG)

Secretário Executivo: Leonardo Raphael de Matos (UNINOVE)

Tesoureiro: Sérgio Braga (PUCSP)

Diretora de Comunicação: Vivian Gregori (USP)

1º Diretora de Políticas Institucionais: Cyntia Farias (PUC-SP)

Diretor de Relações Internacionais: Valter Moura do Carmo (UFSC)

Diretor de Instituições Particulares: Pedro Gomes Andrade (Dom Helder Câmara)

Diretor de Instituições Públicas: Nevitton Souza (UFES)

Diretor de Eventos Acadêmicos: Abimael Ortiz Barros (UNICURITIBA)

Diretora de Pós-Graduação Lato Sensu: Thais Estevão Saconato (UNIVEM)

Vice-Presidente Regional Sul: Glauce Cazassa de Arruda (UNICURITIBA)

Vice-Presidente Regional Sudeste: Jackson Passos (PUCSP)

Vice-Presidente Regional Norte: Almério Augusto Cabral dos Anjos de Castro e Costa (UEA)

Vice-Presidente Regional Nordeste: Osvaldo Resende Neto (UFS)

COLABORADORES:

Ana Claudia Rui Cardia

Ana Cristina Lemos Roque

Daniele de Andrade Rodrigues

Stephanie Detmer di Martin Vienna

Tiago Antunes Rezende

A532

Anais do V Congresso Nacional da FEPODI [Recurso eletrônico on-line] organização FEPODI/ CONPEDI/ UFMS

Coordenadores: Livia Gaigher Bosio Campello; Yuri Nathan da Costa Lannes – Florianópolis: FEPODI, 2017.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-396-2

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: Ética, Ciência e Cultura Jurídica.

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Ética. 3. Ciência. V Congresso Nacional da FEPODI (5. : 2017 : Campo Grande - MS).

CDU: 34



V CONGRESSO NACIONAL DA FEPODI

Apresentação

Apresentamos os Anais do V Congresso Nacional da Federação Nacional dos Pós-Graduandos em Direito, uma publicação que reúne artigos criteriosamente selecionados por avaliadores e apresentados no evento que aconteceu em Campo Grande (MS) nos dias 19 e 20 de abril de 2017, com apoio fundamental do Programa de Pós-Graduação em Direito (PPGD) da Universidade Federal de Mato Grosso do Sul (UFMS).

Variadas problemáticas jurídicas foram discutidas durante o evento, com a participação de docentes e discentes de Programas de Pós-Graduação em Direito e áreas afins, representando diversos estados brasileiros. Em seu formato, com espaço para debates no âmbito dos 17 grupos temáticos coordenados por docentes de diversos programas de pós-graduação, o evento buscou estimular a reflexão crítica acerca dos trabalhos apresentados oralmente pelos pesquisadores.

Os Anais que ora apresentamos já podem ser considerados essenciais no rol de publicações dos eventos da FEPODI, pois além de registrar conhecimentos que passarão a nortear novos estudos em âmbito nacional e internacional, revelam avanços significativos em muitos dos temas centrais que são objeto de estudos na área jurídica e afins.

Estamos orgulhosos com a realização do V Congresso da FEPODI e com a possibilidade de oferecer aos pesquisadores de todo o país mais uma publicação científica, que representa o compromisso da FEPODI com o desenvolvimento e a visibilidade da pesquisa e com busca pela qualidade da produção na área do direito.

Campo Grande, outono de 2017.

Profa. Dra. Livia Gaigher Bósio Campello

Coordenadora do V Congresso da FEPODI

Coordenadora do Programa de Mestrado em Direito da UFMS

Prof. Yuri Nathan da Costa Lannes

Presidente da FEPODI

ATIVISMO JUDICIAL: A INFLUÊNCIA DO COMMON LAW

JUDICIAL ACTIVISM: THE INFLUENCE OF COMMON LAW

Roselia Furman Carneiro da Silva ¹
Pamela Danelon Reina Justen de Oliveira ²
Cláudia Cristina Pereira ³

Resumo

A presente pesquisa tem por objetivo analisar o ativismo jurídico sob o viés da experiência do Common Law. Sendo visto como uma medida proativa do judiciário, essencial para dinâmica do tribunal constitucional, bem como confirmador da legitimidade da Corte Judicial, se este se der dentro dos limites. A partir do direito comparado entre ativismo judicial na Índia sob o prisma ambiental, nos Estados Unidos sob o aspecto social e no Brasil sob a perspectiva efetivação dos direitos constitucionais e assim observar a constante embate entre o ativismo judicial e a autocontenção.

Palavras-chave: Ativismo judicial, common law, Sistema de precedentes, Direito comparado, Garantismo, Auto-contenção

Abstract/Resumen/Résumé

The present research aims to analyze legal activism under the bias of the Common Law experience. Being seen as a proactive measure of the judiciary, essential for the dynamics of the constitutional court, as well as confirming the legitimacy of the Judicial Court, if this falls within the Limits. From the comparative law of judicial activism in India under the environmental prism, in the United States under the social aspect and in Brazil under the perspective of the realization of constitutional rights and thus observe the constant clash between judicial activism and self-restraint.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Judicial activism, Common law, System of precedents, Comparative law, Garantism, Self-restraint

¹ Mestranda em Direito Empresarial e Cidadania - Unicuritiba. Bacharel em Direito. Especialista em Administração. Bacharel em História.

² Mestranda em Direito Empresarial e Cidadania. Advogada. Especialista.

³ Mestranda em Direito Empresarial e Cidadania. Desembargadora TRT 9ª Região. Especialista.

1 INTRODUÇÃO

Mesmo sem contar com um conceito preciso ou uma uniformização doutrinária e jurisprudencial, o ativismo jurídico é uma das expressões mais recorrentes dentro da epistemologia moderna no tocante a personificação dos papéis políticos e jurídicos incumbidos ao magistrado. Embora no ordenamento jurídico brasileiro, tal preocupação somente se instaurou majoritariamente após a promulgação do texto constitucional em 1988, em outros países - Estados Unidos da América e Índia - o ativismo já havia sido incorporado ao texto léxico desde o início do século XX, como no caso do primeiro país nomeado.

Tal temática merece aprofundamentos teóricos e históricos para a compreensão moderna do poder normativo, ou criador, dos magistrados, que atuam para contribuir de forma dinâmica a um direito estático quando concebido pelos legisladores. A hermenêutica jurídica é posta em reflexão em momentos nos quais a criação de uma decisão judicial atingem a Política, os princípios republicanos e a capacidade de legitimação de uma vontade popular. Por sua vez, os componentes sociológicos, tais como as políticas públicas, o garantismo e a burocratização estatal, são pontos fomentadores das crescentes tendências ativistas, ora progressistas ora liberais, para judicializar as relações sociais.

Desta forma, procurar-se-á nas linhas abaixo evidenciar esse fenômeno crescente no ordenamento pátrio, demonstrar suas experiências na *Common Law*, sintetizando os limites doutrinários que observam o ativismo, além de suas origens epistemológicas e as tendências dentro da *civil law* brasileira.

2 A EXPERIÊNCIA DO *COMMON LAW*

Diferentemente do desenvolvimento e funcionamento do sistema da *Civil Law* em que as normas são criadas pelo poder legislativo ou executivo e possibilita, ainda que de forma suplementar, a criação de normas por meio da conduta social, criadas espontaneamente pelo povo, através do uso reiterado (direito costumeiro) na *Common Law* as normas são criadas e desenvolvidas pelos juízes, ou seja, são normas declaradas pela autoridade judiciária por meio dos julgados, conhecidos como precedentes, que tem caráter obrigatório.

Na "common-law", um único julgado é considerado como precedente obrigatório, pois declara a existência de uma norma jurídica, para o "fatispecie", sendo, portanto a jurisprudência, a fonte primeira formal do direito; as relações entre o direito costumeiro, "customary law" e a "common-law" (entendido como direito declarado pela autoridade e não aquele que espontaneamente é praticado pelo povo) são as mesmas suscitadas entre o "jus scriptum" e o "jus non scriptum" do sistema

romano-germânico: necessidade de prova, reserva a seu possível valor derogatório do direito estatal a determinados campos do direito comercial, do comércio internacional, e do Direito Internacional Público, e, sobretudo, de um valor localizado no espaço (SOARES, 1997, p. 13).

A Suprema Corte segue essa linha de raciocínio, no sentido de que o juiz não profere a vontade da lei, mas sim ele a cria, demonstrando claramente o caráter ativista dos magistrados da suprema corte norte-americana. Nesses termos:

Observa-se que a ideologia prevalecente nas primeiras composições da Suprema Corte voltava-se para os postulados de um liberalismo absoluto e formal, típico do final do Século XVIII e início do Século XIX. Posteriormente, esta perspectiva idealista cede espaço para uma ideologia amparada no chamado realismo jurídico, no qual se postula uma ampla participação do Estado na vida econômica norte-americana, além de exigir do magistrado uma postura mais ativista (SOUZA, 2008, p. 18).

Denota-se que o realismo jurídico, determinante no Direito chamado de “vivo” que traduz a ideologia de valorização da cultura jurídica preponderante e porvindoura das decisões dos magistrados, hábeis, portanto, a criação do Direito.

2.1 O SISTEMA DE PRECEDENTES

Nos Estados Unidos assim como na Inglaterra, a *doctrine of precedents*, “regra do precedente”, é determinante para o funcionamento do sistema da *Common Law*. O precedente é a decisão judicial tomada em um caso concreto, que serve de paradigma para apreciação de casos semelhantes.

O precedente é proferido por um órgão coletivo de segundo grau e tem caráter vinculante. Obriga o próprio Tribunal ou juízes de primeiro grau a julgarem segundo a decisão ou várias decisões utilizadas como referência para casos semelhantes. “Precedente pode ser definido como a única ou várias decisões de um *appellate court*, órgão coletivo de segundo grau, que obriga sempre o mesmo tribunal ou os juízes singulares que lhe são subordinados” (SOARES, 1997, p. 8).

Desta forma, os julgados dos tribunais inferiores não constituem precedentes e estão subordinados a julgar de acordo com o órgão coletivo de segundo grau, mostrando a obrigatoriedade dos precedentes nesse sistema jurídico.

Ainda, “o precedente não é uma regra abstrata, mas uma regra intimamente ligada aos fatos que lhe deram origem. Por tal motivo, o conhecimento das razões da decisão e seu íntimo relacionamento com os fatos discutidos, torna-se imprescindível” (SOARES, 1997, p.8). A

partir de tal excerto, verifica-se que não somente o direito positivado interessa para a tomada de uma decisão. As questões fáticas e a realidade social que determinam uma lide são postas em um novo patamar. Isso possibilita o entendimento de que o direito é fruto das decisões judiciais. Estas, por sua vez, recebem o impulso dos fatos sociais. A ciência jurídica se ocupa, portanto, de analisar as decisões judiciais anteriores e que são capazes de prever o modo pelo qual certas lides serão decididas.

Importante salientar que o termo Realismo vem do seu próprio conceito filosófico que nada mais é do que “uma orientação ou atitude espiritual que implica a preeminência do objeto, dada a sua afirmação fundamental de que *nós conhecemos as coisas*” (REALE, 2013, p. 114). O objeto, portanto, o Direito, é algo posto fora do indivíduo, e sua subjetividade aliada aos estímulos externos é que são capazes para a compreensão jurídica.

Mais uma vez, nos faz valer a lúcida explicação de Reale:

Há, portanto, no realismo, a tese ou doutrina fundamental de que existe correlação ou uma adequação da inteligência a “algo” como objeto do conhecimento, de maneira que nós conhecemos quando a nossa sensibilidade e inteligência se conformam a algo de exterior a nós (REALE, 2013, p. 116).

Logo, o realismo jurídico acaba por negar os elementos morais de uma decisão, pois para os que seguem esta corrente, a crítica moral não deve ganhar espaço, mas sim, se ater ao lado empirista dos entendimentos jurídicos.

A regra jurídica tem, da mesma forma, um sentido diferenciado, pois é interpretada pela figura do magistrado que ganhou o status de *agente criador do direito*. Assim, o sistema de precedentes (*leading cases*) surge para simplificar a análise comportamental da sociedade sujeita e este tipo de método interpretativo de fazer o Direito.

Nos EUA, a organização federal e a independência dos Estados federados (fala-se numa State sovereignty – soberania dos Estados-membros) vêm trazer algumas complicações à jurisdição, permanecendo a norma de que são obrigatórios os precedentes conforme julgados pelos tribunais superiores (os julgados das inferior courts of original jurisdiction, órgãos de primeiro grau, não constituem precedents). (SOARES, 1997, p. 8).

Considerando que o precedente é fonte primária do direito na *Common Law*, a segurança e previsibilidade das decisões tornam-se duvidosas por causa da dificuldade de reconhecer como idênticos dois fatos que na verdade são apenas semelhantes.

2.2 *RATIO DECIDENDI* E *STARE DECISIS*

O precedente é uma regra de direito que vincula julgamentos futuros, sendo constituída por três elementos: “a indicação dos fatos relevantes (*statement of material facts*); o raciocínio lógico-jurídico da decisão (*legal reasoning*); e o juízo decisório (*judgement*)” (LEAL, 2016, p. 1). Ressalta-se que neste sistema, a *rule of law*, tese jurídica suficiente para decidir o caso concreto não é definida pelo órgão colegiado que constituiu o precedente, mas do juiz que repetiu a decisão em momento posterior.

Ou seja, “cabe ao juiz posterior, ou seja, aquele que está no momento julgando e não se constitui numa imposição do juízo anterior como no caso da edição de súmula, máxime quando e se de caráter vinculante” (PORTO, 2005, p. 11).

A *ratio decidendi* (para os ingleses) ou *holding* (para os norte americanos) é para Tucci (2004) a essência da tese jurídica suficiente para decidir o caso concreto (*rule of law*). Trata-se da regra de direito (e, em nenhuma hipótese, de fato) que vincula os julgamentos futuros. É constituída de três elementos: a indicação dos fatos relevantes (*statement of material facts*); o raciocínio lógico jurídico da decisão (*legal reasoning*); e o juízo decisório (*judgement*). É importante advertir que a *ratio decidendi* não é extraída pelo órgão da qual emanou a decisão que se tornou precedente, mas pelos juízes que a analisam em momento posterior (LEAL, 2016, p.1).

Desta forma, essencial realizar a principal diferenciação entre a *stare decisis* e a coisa julgada dentro do ordenamento jurídico brasileiro. Enquanto o primeiro instituto apresenta uma força transcendental ao processo no qual está inserido, gerando um precedente capaz de basilar novos casos futuros, a coisa julgada na *civil law* apresenta como uma das principais características a estabilização nos limites da lide processual, resultando apenas uma referência comportamental para futuros casos.

Entretanto, com o advento do Código de Processo Civil de 2015 houve a previsão de modificação e aproximação dos institutos da *Common Law* à *civil law*, destacando o sistema de precedentes, ora de Recursos Repetitivos, conforme abaixo se demonstrará.

2.3 ATIVISMO E *SELF-RESTRAINT*

Aranha Filho e Aranha (2014) dispõe que os juízes são separados em dois grupos distintos. O primeiro grupo liderado por Hugo Black e William Douglas, entendia que a Suprema Corte poderia exercer a efetivação e promoção do bem-estar social com base nas concepções políticas dos juízes, “ativistas judiciais”. E o Segundo grupo, liderado por Felix Frankfurter e Robert Jackson, defendia uma postura contenciosa judicialmente falando,

deixando as decisões sobre políticas públicas para os poderes eleitos, auto-contencioso (*self-restraint*).

Os juízes foram separados em dois grupos: “ativistas judiciais” e de “autocontenção judicial” (ou *self-restraint*). O primeiro grupo, encabeçado por Hugo Black e William Douglas, entendia que a Suprema Corte poderia desempenhar um papel de efetivação de políticas para a promoção do bem-estar social com base nas concepções políticas dos juízes. O segundo grupo, encabeçado por Felix Frankfurter e Robert Jackson, defendia uma postura de autocontenção judicial, deixando as decisões sobre políticas públicas para os poderes eleitos (ARANHA FILHO; ARANHA, 2014, p. 310).

O ativismo judicial é um termo controverso na doutrina, encontrando diversos significados, tanto críticos quanto meramente explicativos. A expressão tem sido usada por diversos constitucionalistas para explicar um comportamento judicial divergente da opinião jurisprudencial dominante. Logo, pode-se conceituar, em breves linhas, que o ativismo judicial está ligado ao fenômeno de judicialização da política, concorrendo com uma série de fatores, tais como, o sistema político democrático e a separação de poderes. Desta forma, “o ativismo judicial é conceituado, como a recusa dos Tribunais em se manterem dentro dos limites jurisdicionais estabelecidos para o exercício dos poderes” (MARSHALL, 2002, p. 37).

Já o oposto do ativismo é a auto-contenção, pela qual o Judiciário procura reduzir sua interferência nas ações dos outros Poderes. Nessa linha juízes e tribunais evitam aplicar diretamente a Constituição a situações que não estejam no âmbito de incidência expressa, aguardando o pronunciamento do legislador ordinário. Os critérios para a declaração de inconstitucionalidade de leis e atos normativos são mais rígidos e conservadores, abstendo-se de interferir na definição das políticas públicas (OLIVEIRA, 2013, s/p).

Considerando que a Constituição não foi elaborada para garantir a solução de nossos problemas sociais, mas para servir de parâmetro de validade a todas as demais espécies normativas e, ainda, impor limites para resolução de tais adversidades, isso tem representado um forte contraste com os defensores do ativismo judicial de marca liberal, que consideram que a Constituição é um conjunto de princípios que devem ser interpretados pelos juízes de acordo com as referências e atitudes preferenciais de cada época (SOUZA, 2008).

Conhecido por sua particular modéstia, caracterizava-se por sua interpretação ortodoxa do texto constitucional. Segundo manifestou Harry M. Clor, da Universidade de Kenyon, Rehnquist considera que a Magna Carta não foi redigida para solucionar nossos problemas sociais, senão para garantir que quando os ramos políticos do governo empreendam tais iniciativas, o façam dentro de certos limites (SOUZA, 2008, p. 35).

Nesse sentido, a interpretação dada aos defensores do ativismo judicial pautam-se na moderna técnica de interpretação constitucional, Princípio da Máxima Efetividade. Em síntese, a interpretação consiste em enunciar princípios e regras constitucionais, adquirindo conteúdo normativo. Contudo ao enunciar essas normas de forma proativa, o juiz opta por dar interpretação diversa da constante no texto constitucional, muitas vezes adequando a contemporaneidade.

2.4 ATIVISMO COMO MÉTODO

A ideia de ativismo judicial como método se consubstanciou a partir do constitucionalismo norte-americano. Nos EUA, a postura ativista e a postura contida dos juízes travaram um embate de conteúdo ideológico que revelou o dinamismo natural do sistema de freios e contrapesos.

A questão nuclear tende a passar pelo estudo hermenêutico do controle jurisdicional de constitucionalidade (*judicial review* impregnado no ordenamento norte-americano). Isto se dá pela intenção, tanto legislativa quanto judiciária, de proteção da democracia e da autodeterminação, independentemente do Estado perquirido em pesquisa, pois tentar-se-á prezar pelo sistema como um todo.

Por ocasião dos anos 20 e início dos anos 30, o ativismo judicial desenvolvido pela Suprema Corte teve por foco um frontal ataque à regulamentação governamental da economia. Nesse período, os chamados justices conservadores assumiram uma posição ativista, enquanto que os chamados justices liberais argumentavam a favor da contenção judicial. A partir dos anos 40, o denominado ativismo judicial visou a condução de um apoio às liberdades civis contra ações legislativas e executivas, razão pela qual os liberais passaram a ser considerados ativistas, enquanto que os conservadores defendiam uma contenção judicial. Na realidade, esta história sugere que as posições sobre ativismo e contenção têm servido principalmente como justificativas de escolhas de políticas em vez de determinarem estas escolhas (SOUZA, 2008, p. 21).

Até a promulgação da Constituição de 1988, a atuação do Poder Judiciário se dava de forma muito mais restrita no Brasil. Logo, a partir do texto constitucional, houve uma enorme diferença metodológica entre as posições pretérita e presente, pois, com o ativismo, procurou-se extrair as potencialidades do texto constitucional, sem invadir o campo de criação da ciência jurídica advinda dos tribunais.

3 O ATIVISMO JUDICIAL NO *COMMON LAW*

A partir do direito comparado possibilita-se:

No Direito Comparado, o que se tem em mira, é realizar uma comparação e, feita esta, partir para uma dupla tarefa: a) conhecer cada termo, isoladamente, na sua individualidade e especificidade, em cada sistema frente a frente e b) da aproximação de ambos, distinguir os elementos que existem em comum e, a partir do descobrimento de valores comuns, realizar a Comparação. O Direito Comparado deverá propiciar julgamentos de valor do tipo ‘são equivalentes’, ‘produzem efeitos semelhantes, dadas as mesmas circunstâncias’, ‘são equiparáveis, desde que se desprezem tais ou quais elementos factuais’, julgamentos esses que devem propiciar a uma decisão final que, no fundo, residiria em ‘reconhecer um instituto desconhecido’ nos seus efeitos, num determinado ordenamento jurídico (SOARES, 1997, p. 1).

As decisões proferidas pelos justices da Suprema Corte inclinam-se ora para uma perspectiva liberal ora para uma perspectiva conservadora. Estas questões podem ser agrupadas em três categorias:

a) a primeira é chamada liberal, incluindo questões de liberdades civis, como a liberdade de expressão e a liberdade de religião; b) a segunda é rotulada de igualdade, incluindo questões concernentes a tratamento discriminatórios baseados na 14^a Emenda; c) a terceira, New Dealism, também denominada de regulamentação econômica, visa regulamentar ou resolver questões concernentes a aspectos econômicos e atividades associadas com o New Deal (SOUZA, 2008, p. 18).

O ativismo jurídico pode ser visto como uma medida proativa do judiciário, não necessariamente como uma aberração, visto que essencial para dinâmica do tribunal constitucional, bem como confirmador da legitimidade da Corte Judicial, se este se der dentro dos limites.

O ativismo judicial não é uma aberração. É um aspecto essencial da dinâmica de um tribunal constitucional. É uma conferência contra-majoritária na democracia. Ativismo judicial, no entanto, não significa o governo pelo Judiciário. O ativismo judicial também deve funcionar dentro dos limites do processo judicial. Dentro desses limites, ele executa a função de confirmador, bem como legitimante, das ações dos outros órgãos de governo, mais frequentemente legitimante do que confirmador (SOUZA, 2008, p. 19).

O judiciário é um órgão de limitada expressão perante o Estado. Sua força decorre principalmente da confiança e da fé que os jurisdicionados conferem a ele, constituindo legitimidade da Corte e do ativismo judicial. Esses tribunais devem sustentar continuamente esta legitimidade, de modo a não se curvar à opinião pública. O que o garante a plausibilidade do ativismo judicial não é sua submissão ao populismo, mas a sua capacidade para resistir a essa pressão sem sacrificar a imparcialidade e a objetividade. Tribunais não devem apenas ser justos, eles devem parecer justos.

3.1 ESTADOS UNIDOS: ATIVISMO JUDICIAL SOCIAL

Nos Estados Unidos da América, o sistema de *Common Law* adota perspectivas diferentes daquelas constituintes. A atividade jurisdicional, em especial a da Suprema Corte, atua de forma peculiar e inovadora. É objeto de estudos exemplificativos do ativismo jurídico que se interessa com demandas de grande reverberação social.

A jurisdição da Suprema Corte, salvo quando revê decisões dos tribunais de segunda instância, federais e estaduais, revisão judicial (judicial review), é discricionária (Bob Woodward e Scott Armstrong. *The bretheren*. New York: Avalon, 1981, p. XII). O jurisdicionado interessado requer que seu pedido seja atendido através de um writ of certiorari e fica na expectativa de seu deferimento (William H. Rehnquist. *The Supreme Court*. New York: Vintage Books, 2001, p. 8 e ss.). Com o deferimento do certiorari, as partes são intimadas para confecção e encaminhamento de razões escritas (briefs): petições concisas, diretas, com limitado número de laudas (Martha Faulk e Irving Mehler. *The elements of legal writing*. New York: Longman, 1994). Interesse nacional, manutenção da ordem, desafio constitucional e nuances políticas, além da carga de trabalho (woorkload), orientam a discricionariedade da Suprema Corte (SOUZA, 2008, p. 15).

A Suprema Corte estadunidense foi responsável pela consolidação de precedentes que condicionaram ainda hoje o sistema jurisprudencial. Os objetivos de desenvolvimento da sociedade se tornaram dependentes da atuação judicial, vez que tal atividade foi (e ainda é) a força motriz para que antigos paradigmas sejam quebrados e novas fronteiras desbravadas. O formalismo, entretanto, foi o condutor de afirmação inicial do processo como agente transformador social, enquanto que o ativismo ganhou terrenos, a partir do empirismo, para, hegemonicamente, alterar as perspectivas coletivas, conforme os exemplos de julgamentos paradigmáticos:

Uma religião civil, jurídica, fez-se unificadora dos objetivos sociais desta sociedade, tendo a Suprema Corte como santuário da sedimentação dessa ideologia (Allan B. Magrude, John Marshall, p. 159 e ss.), propiciando o agigantamento do capital, a expansão ferroviária (caso *Farwell vs. Boston & Worcester Railroad*, 45 Mass. 49 (1842)), a manutenção temporária da ordem escravocrata (Caso *Dred Scott vs. Sandford*, 60 U.S. (19 How.) 393, 1856), a ampliação dos poderes do Congresso (Caso *Gibbons vs. Ogden*, 22 U.S. 1 (1824)), a dizimação do nativo (Caso *Cherokee Nation vs. Geórgia*, 30 U.S. 1 (1831)), a exploração do trabalhador (especialmente nos casos de sindicalistas, como in *Re debs*, Stephen G. Christianson, In *Re debs*. Edward Knappman (Ed.). *Great american trials*, p. 209 e ss (SOUZA, 2008, p. 16).

O ativismo judicial estadunidense foi empregado no decorrer da história tanto para a concretização dos direitos sociais, visando o exercício dos direitos fundamentais, direitos

individuais, quanto para consolidação atrocidades como a manutenção da ordem escravocrata e dizimação do nativo (defendida principalmente por dificultarem o trabalho dos empreiteiros construtores de ferrovias).

4 O ATIVISMO JUDICIAL NO BRASIL: EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS CONSTITUCIONAIS

Utiliza-se como marco inicial do neoconstitucionalismo a promulgação da Constituição de 1988, vez que positivou princípios e garantias que fortaleceram o Judiciário, tal como ampliou o controle de constitucionalidade e, ora, a judicialização da política. Desta forma, os magistrados obtiveram a oportunidade de adequar suas decisões, de forma mais justa, aos casos concretos, convencionando, assim, o nascimento do ativismo judicial brasileiro que, em tempos presentes, é indispensável à efetivação dos direitos constitucionais.

Atualmente, interpretar de forma limitada o sentido da lei, somente pela vontade do legislador não impede que ao juiz seja auferida a prática de uma construção hermenêutica mais rica para a solução da problemática enfrentada. De forma inevitável, a norma terá um espaço reservado ao magistrado preencher para superar as omissões dos demais Poderes. Sobre tal tema, o ministro Mello sustentou:

Nem se censure eventual ativismo judicial exercido por esta Suprema Corte, especialmente porque, dentre as inúmeras causas que justificam esse comportamento afirmativo do Poder Judiciário, de que resulta uma positiva criação jurisprudencial do direito, inclui-se a necessidade de fazer prevalecer a primazia da Constituição da República, muitas vezes transgredida e desrespeitada por pura, simples e conveniente omissão dos poderes públicos (MELLO, 2016, p. 11).

A mensagem é evidente: em caso do julgador se orientar pela necessidade, se afasta da exigência de julgar, ou seja, da vontade de ponderar, axiologicamente, os elementos normativos e fáticos no caso concreto. No cenário institucional e político atual, onde prepondera a burocratização que permite o distanciamento do Estado e do indivíduo, o ativismo judicial serve de instrumento para a efetivação das normas constitucionais, afastando, assim, o caráter meramente programático de tal texto normativo.

5 CONCLUSÃO

A permanente tensão entre o ativismo judicial e seu oposto, a autocontenção, configura um dos variados aspectos da crise na jurisdição. O ativismo judicial se desenvolve no plano da aplicação concreta do direito.

Na Índia o ativismo jurídico se perfez por meio tanto do desastre de Bhopal quanto a Era da Emergência que foram os verdadeiros catalisadores para esta proatividade judicial, da expansão da doutrina integrante das causas ambientais e da saúde pública no país como um todo.

O ativismo jurídico é referido nos Estados Unidos como uma medida proativa do judiciário, primordial a desenvolvimento do tribunal constitucional, bem como confirmador da legitimidade da Corte Judicial, se este se der dentro dos limites. Ora concretizador de direitos sociais, ora consubstanciador de barbarias no decorrer de sua história.

No Brasil, a interpretação não fica adstrita à forma limitada o sentido da lei, somente pela vontade do legislador. Nada impede que ao juiz seja auferida a prática de uma construção hermenêutica mais rica para a solução da problemática enfrentada.

O ativismo judicial é uma resposta ao caráter lesivo das omissões do Congresso e do Executivo. Nestes casos, “não há interferência indevida do Supremo: o Tribunal está apenas cumprindo sua função” (ARANHA FILHO; ARANHA, 2014, p. 314). Entretanto, excessos do Poder Judiciário, atuação ativa legiferante, fere manifestamente o princípio da isonomia, demonstrando um ambiente delicado que fomenta a crise jurisdicional presente no ordenamento jurídico brasileiro.

REFERÊNCIAS

ABBOUD, Georges; LUNELLI, Guilherme. Ativismo judicial e instrumentalidade do processo. **Revista de processo**, São Paulo, v. 242, p. 21-47, abr. 2015.

ARANHA FILHO, A. T. C.; ARANHA, M. D. C. A legitimidade constitucional do ativismo judicial. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**, São Paulo, v. 86, p. 307-325, jan./mar. 2014.

BERIZONCE, Roberto Omar. *Activismo judicial y participación em la construcción de las políticas públicas*. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 1990, p. 37-70, dez. 2010.

FATA, Elizabeth B. *Actions and reactions: the evolution of environmental Common Law and judicial activism in India and the United States*. **University of Miami Law School – Institutional Repository**. Miami, v. 23, rev. 215, p. 215-255, 2015, disponível em: <<http://repository.law.miami.edu/umiclr/vol23/iss1/7>>, acesso em 29/08/2016.

FRANCO, Tiago B. Ativismo judicial: a desarrazoada busca do razoável. **Revista do Instituto dos Advogados de São Paulo**, São Paulo, v. 32, p. 59-104, jul./dez. 2013.

HOLMES JR, Oliver Wendell. **The Essential Holmes**. Chicago: Chicago University Press, 1992. p, 219.

LEAL, Diego de Lima. **O significado dos precedentes judiciais na *Common Law* dos EUA.** Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=17564>. Acesso em: 29 ago. 2016.

MARQUES, Fernando C. Ativismo judicial: *Common Law* e civil law. **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XVII, n. 130, nov. 2014. Disponível em: <http://ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=14374&revista_caderno=9>. Acesso em: 29 ago. 2016.

MARSHALL, William P. *Conservatives and Seven sins of judicial activism*. University of Colorado. **Law Review**, v. 73, set. 2002.

MELLO, Celso de. **Discurso proferido, em nome do Supremo Tribunal Federal, na solenidade de posse do Ministro Gilmar Mendes, na Presidência da Suprema Corte do Brasil, em 23.4.2008.** Disponível em: <www.stf.gov.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/discursoCM.pdf> Acesso em: 28 set. 2016.

OLIVEIRA, Rafael Machado de. Ativismo judicial – Brasil e EUA: hermenêutica no controle de constitucionalidade. **Revista Jus Navegandi**, Teresina, ano 18, n. 3596, 2013. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/24367>>. Acesso em: 29 ago. 2016.

PORTO, Sérgio Gilberto. Sobre a *Common Law*, civil law e o precedente judicial. **Academia Brasileira de Direito Processual Civil**, São Paulo, p. 1-26, 2005.

RAMOS, Glaucio Gumerato. **Ativismo e garantismo no processo civil:** apresentação do debate. Disponível em: < www.agu.gov.br/page/download/index/id/2461823> Acesso em: 28 set. 2016.

RAMOS, Glaucio Gumerato. Actual debate em el procesalismo brasileño: garantismo o activismo? **Revista de Processo**, São Paulo, v. 221, p. 381-396, jul. 2013.

REALE, Miguel. **Filosofia do direito**. São Paulo: Saraiva, 2013.

SANTOS, B.S; MARQUES, M. M. L; Pedroso, J. Os tribunais nas sociedades contemporâneas. **Revista Brasileira de Ciências Sociais**, São Paulo, nº 30, 1996.

SOARES, Guido Fernando Silva. O que é a “*Common Law*”, em particular a dos EUA. **Revista da Faculdade de Direito da USP**, p. 1-16, 1997.

SOUZA, Artur César de. As Cortes de Warren e Rehnquist: judicial activism ou judicial self-restraint. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 874, p. 11-44, ago. 2008.