

INTRODUÇÃO:

É crescente a utilização, por parte dos juristas, de matérias decisivas produzidas pelos tribunais estrangeiros nos tribunais nacionais, consequência do inter-relacionamento que vem ocorrendo entre os países.

Tal situação tem origem no fato de que certos conflitos estão perpassando as fronteiras nacionais, porém, ao mesmo tempo, não estão sendo alcançadas pelos Tribunais Internacionais; esses conflitos chamados transfronteiriços, em face dos direitos nacionais não possuem marcos jurídicos capazes de apresentar soluções “caseiras” àqueles, estão alterando a forma de produzir o próprio Direito, transformando também as decisões judiciais, fazendo com que o juiz, muitas vezes, tome para si o papel de legislador para ver solvida uma querela.

Todavia, apesar da necessidade de não deixar sem solução conflitos de qualquer espécie e viés, pode ser perigoso para a estrutura dos Estados, que os juízes passem a tomar para si o papel que cabe ao legislador.

Mas, o crescente avanço das decisões judiciais nacionais com matérias produzidas por tribunais estrangeiros torna-se importante para diminuir esse perpasso por parte dos juízes ao lugar do legislador. Isto porque, a utilização de decisões estrangeiras nas decisões nacionais demonstra uma evolução na própria metodologia judiciária dos Estados, contribuindo para a superação de certos dogmas e princípios nitidamente inadaptados à contemporaneidade.

Assim, para evitar o descontrole nas decisões judiciais, é importante que o Direito Transnacional passe a ter uma transnormatividade jurídica capaz de dar suporte aos operadores do direito, em especial aos juízes, uma vez que o Direito Transnacional passou a existir a partir do momento que surgiu a necessidade de regular conflitos jurídicos ocorridos além das fronteiras nacionais, as quais também não se encaixavam na seara internacional.

1. A Transnacionalização do Direito como aspecto transformador das decisões judiciais.

A planificação mundial traduzida pela expressão “Aldeia Global”, pode ter possibilitado que os vínculos sociais, antes adstritos à determinados espaços territoriais, ganhassem dimensões globais, possibilitando a adoção de novos paradigmas. A expressão “paradigma” não possui um conceito unívoco e, no âmbito das ciências sociais, como é o caso do Direito, também sofre influências ideológicas e até mesmo socioculturais. O uso da expressão surge em substituição ao termo “verdade”, tendo em vista a grande dificuldade em

definir o que pode ser considerado cientificamente como verdadeiro. As fronteiras foram relativizadas acarretando, se é possível dizer, uma relativização do próprio Estado nacional.

Paradigmas que, anteriormente, demoravam séculos para serem alterados, hoje, em razão da instantaneidade das comunicações, caem por terra com muita facilidade. As organizações modernas são capazes de conectar o local e o global de formas que seriam impensáveis em sociedades mais tradicionais, e, assim fazendo, afetam rotineiramente a vida de milhões de pessoas. E, assim, se o Estado não possuir meios capazes de, pelo menos de longe, acompanhar a rapidez das mudanças, poderá vir a ser superado; todavia, tais mudanças poderão ser mais significativas¹.

Nesse sentido, no atual cenário mundial, o papel dos velhos e novos atores, especificamente dentre esse último grupo, dos juristas nacionais e internacionais, é de estarem preparados para localizar mecanismos lógicos de solução de controvérsias que surgem das disputas propostas não apenas entre os cidadãos de um mesmo Estado, mas, também, de disputas entre diferentes Comunidades Mundiais, diferentes Nações, ou conflitos entre pessoas de diferentes países².

A proximidade evidente entre o Direito Transnacional e o Direito Inglês faz com que seja imprescindível a plena harmonização entre este último e a Civil Law, pois somente desta forma o diálogo e a comunicação entre os povos restarão asseguradas, facilitando a formação de Comunidades jurídicas internacionais. Igualmente, possibilitará que os juristas nacionais adotem fontes primárias de um ou outro Direito na tentativa de não deixar insolúveis os problemas corriqueiros da população, trazidos pelo Direito Transnacional; problemas esses que são levados aos Tribunais nacionais para serem sanados, muitas vezes, criando novos ditames para não deixar o caso na mais absoluta lacuna. (DELLA BONA, 2022, p. 38).

¹ Esse descrédito não se limita ao Estado, mas se generalizou em desconfiança ante a todas as instituições, inclusive nos sindicatos e nos partidos políticos de esquerda. Isso traz, dentre outras consequências, a incompreensão quase que generalizada do anacronismo da forma atual de Estado (e de participação através de partidos políticos) e da forma atual de regulação social (do Direito e das formas jurídicas de solução dos conflitos). MARQUES NETO, Agostinho Ramalho; COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda; RAMOS FILHO, Wilson; CARMAGO E GOMES, Manoel Eduardo Alves; FACHIN, Luiz Edson. **Direito e Neoliberalismo** – Elementos para uma leitura interdisciplinar. Curitiba: Editora do Instituto Brasileiro de Estudos Jurídicos, 1996, p. 82.

² Esta posição nem sempre foi assim. A aplicação de normas de direito internacional pelos juízes revela, de maneira geral, desconhecimento desse ramo do Direito e, mais do que isso, incompreensão sobre sua eficácia. No passado, era considerado por muitos verdadeira “perfumaria jurídica”, razão por que, no Brasil, chegou a ser retirado do *currículo* obrigatório das escolas de Direito, e poucas foram as faculdades do país que mantiveram o ensino do Direito Internacional, a despeito da imprudência dos responsáveis pela formulação do programa mínimo do ensino superior. Muitos profissionais do Direito formaram-se com a ideia de que aquele ramo nada significa, senão mero exercício poético sobre o Direito ideal que poderia, com o aprimoramento das relações internacionais, em futuro distante, regular o convívio das nações. Como juízes dotados dessa visão, tornaram-se responsáveis pela formação de jurisprudência sobre matérias de repercussão internacional. MAGALHÃES, José Carlos de. **O Supremo Tribunal Federal e o Direito Internacional uma análise crítica**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000, p.13.

Entretanto, é importante ressaltar que, apesar deste novo cenário mundial, o Estado continua forte e a prova disso é que nem as empresas transnacionais, nem as instituições supranacionais dispõem de força normativa para impor, sozinhas, dentro de cada território, uma vontade política ou econômica, continuando dependentes das estruturas do Estado, neste caso jurídicas, para resolução dos conflitos. (SANTOS, 2009, p. 38).

É neste cenário, então, que o Direito Transnacional busca alterar paradigmas sem, todavia, prescindir dos velhos atores do cenário mundial, em especial dos Estados, como ferramenta para implementação deste Direito, propiciando aos atores nacionais e internacionais novas formas de solução de conflitos. E, apesar dos Estados necessitarem de mudança em termos de governança dentre outras situações, o Direito como um todo não pode prescindir dos Estados para a aplicação e implementação de decisões judiciais transnacionais e internacionais.

Por essa razão, discutir as condições da transnacionalidade e, por consequência, da transnormatividade do Direito, é levantar a possibilidade de modificar nossas concepções de cidadania para encontrar uma clara sensibilidade e responsabilidade com relação aos efeitos de ações políticas e econômicas em um mundo planejado³. (RIBEIRO, 1999, p. 74).

A razão de ser para tanto, pode estar no fato que o transnacionalismo atravessa diferentes níveis de integração, de tal forma que é muito difícil circunscrevê-lo em algum território. Seu espaço somente pode ser concebido como difusor ou disseminador de uma trama. Desta maneira, o nível de integração transnacional não corresponde as realidades espaciais. De fato, o transnacionalismo se manifesta tipicamente através de uma articulação diferente do espaço real ou de criação de um novo domínio político e cultural⁴. (RIBEIRO, 1999, p. 86).

Além do que, como já mencionado diversas vezes, o Direito Transnacional surge como um Direito além-fronteiras (nacionais e internacionais), sem prescindir do Estado para aplicação do Direito, mas com normativas capazes de dar solução concreta a comunidade mundial.

Concorre para tanto, o fato de que os regimes jurídicos transnacionais estarem abrindo-se para essa transnormatividade, penetrando em espaços nacionais até então fechados⁵. Os

³ *Discutir las condiciones de la transnacionalidad es levantar la posibilidad de modificar nuestras concepciones de ciudadanía para encontrar una clara sensibilidad y responsabilidad con relación a los efectos de acciones políticas y económicas en un mundo globalizado.*

⁴ *El transnacionalismo atraviesa diferentes niveles de integración de tal forma que es muy difícil circunscribirlo a algún territorio. Su espacio solo puede ser concebido como difusor o diseminador de una trama. De esta manera, el nivel de integración transnacional no corresponde a realidades espaciales como los otros niveles. De hecho el transnacionalismo típicamente a través de una articulación diferente al espacio real o de creación de un nuevo dominio de contestación política y de ambiente cultural que no son equivalentes al espacio que normalmente experimentamos, son los llamados ciberespacio y cibercultura.*

⁵ Tornou-se comum nos dias de hoje distinguir dois tipos de sociedade, as “abertas” e as “fechadas”. No primeiro tipo, afirma-se existir um vasto campo favorável à decisão pessoal, em que o indivíduo assume a responsabilidade

profissionais do direito⁶ já são chamados a participar ativamente – muitas vezes fora do controle estatal – na construção de regimes transnacionais e supranacionais. E, em determinadas ocasiões, essas ações afetarão o poder e a própria legitimidade dos Estados nacionais e de seus campos jurídicos. (ARNEUD, 1999, p. 21).

Isto vem acontecendo, porque em todo o ocidente, as cortes judiciais de diferentes Estados têm interagido cada vez mais umas com as outras, o que se constata pelo próprio fato de que precedentes judiciais internacionais são cada vez mais utilizados pelas cortes de outros países na fundamentação de suas decisões judiciais. (PEREIRA, 2012, p. 170).

E, a importância deste tipo de *precedent* está na formação de decisões judiciais universais/transnacionais, versando sobre os mais variados temas e nuances traz a possibilidade de utilização de precedentes judiciais estrangeiros por parte de outros Tribunais, nacionais e internacionais, e que tais sirvam de fundamento às referidas decisões, é de importância vital para ter-se a possibilidade de formação de uma verdadeira comunidade global formando as chamadas interações judiciais. (DELLA BONA, 2022, p. 380).

Este transnacionalismo jurídico, através das interações transjudiciais⁷, pode ter como objetivo ampliar o papel das cortes internacionais ou supranacionais, dentre outros atores internacionais, abrindo espaço para que juízes nacionais e internacionais ganhem espaço, o que poderia ser capaz de normatizar questões de relevância internacional. Ademais, os juízes seriam

pelos seus próprios atos, ao passo que na sociedade “fechada” existe um modelo tribal ou coletivista, em que a comunidade é completamente dominante e o indivíduo conta pouco ou nada. ARNAUD, André-Jean. **O Direito entre a Modernidade e Globalização**. pgs.166-167.

⁶ Os profissionais do Direito estão, hoje, muito mais expostos a operações que tem algum componente jurídico internacional do que estavam há uma década; e, provavelmente estarão ainda mais expostos num futuro próximo do que hoje. A Globalização e, por consequência a transnacionalização, não são apenas mais intensas, como assumem novas configurações a cada deslocamento dos fluxos econômicos, a cada crise, a cada mudança de paradigma tecnológico. Hoje, o principal parceiro comercial do Brasil não é mais a América do Norte. O crescimento das relações com a China, com os países árabes e com a própria América Latina nos impõe readaptar o olhar. Exige-se, cada vez mais, que os operadores do Direito compreendam as relações do Direito com a economia, com o mundo corporativo, ou com a política internacional, assim como a relação entre as normas domésticas, internacionais, transnacionais e o regime de outros países; tudo isto num processo de constante mudança tecnológica. VIERA, Oscar Vilhena. **Desafios do ensino jurídico num mundo em transição**: o projeto da Direito GV. Rio de Janeiro, RDA – Revista de Direito Administrativo, v. 261, p. 375-407, set/dez 2012, p. 376.

⁷ É importante ressaltar a posição de Neves sobre a questão do Transconstitucionalismo: Entre cortes de diversos Estados vem-se desenvolvendo, de maneira cada vez mais frequente, uma “conversação” constitucional mediante referências recíprocas a decisões constitucionais migram mediante legislação e doutrina de uma ordem jurídica para outra, há um entrecruzamento de problemas que exigem um diálogo constitucional no nível jurisdicional, sobretudo através do desenvolvimento de tribunais constitucionais ou cortes supremas. Não se trata simplesmente de constatar que as decisões tomadas no âmbito de uma ordem estatal influenciam outras ordens estatais e têm efeitos sobre os cidadãos de outros Estados. Tampouco a questão se refere simplesmente a uma “transjudicialismo”, como forma de referências recíprocas entre decisões de tribunais de Estados diversos. Mais do que isso, o transconstitucionalismo entre ordens jurídicas importa que, em casos tipicamente constitucionais, as decisões de cortes constitucionais de outros Estados são invocadas em decisões de tribunal constitucional de um determinado Estado não só como *obiter dicta*, mas como elementos construtores da *ratio decidendi*. Nesse caso, o “transjudicialismo” implica uma releitura dos autofundamentos constitucionais da própria ordem que se toma como ponto de partida, transformando-se em transconstitucionalismo (NEVES, 2018, p. 166-168).

as pessoas capacitadas para conduzir o diálogo entre Cortes por meio de citações mútuas, bem como por meio de interações cada vez mais diretas, tanto presenciais quanto eletrônicas. (DELLA BONA, 2022, p. 311).

Sob esse viés, os juízes⁸, nacionais e internacionais, ganham um novo papel, na medida em que serviriam como pontes de diálogo entre os sistemas, tornando mais dinâmica a função do processo. Primeiro, em função da multiplicação de normas e tribunais no direito internacional, antigos e novos tribunais internacionais, com mais Estados e poder de cogência. Segundo, porque os juízes poderiam ser elementos com capacidade de suprir lacunas formais de competências e de hierarquias, sendo capaz de trazer justiça ao caso concreto. E, terceiro, por conta do processo de transformação dos juízes e dos judiciários nacionais e internacionais, uma vez que os juízes internacionais ganham competências que antes somente eram típicas dos juízes domésticos. (VARELA, 2012, p. 529-530).

Mesmo ordenamentos jurídicos altamente infensos ao compartilhamento de respostas a conflitos normativos – como é o caso do Estados Unidos⁹, por exemplo -, têm passado por um gradativo processo de abertura à influência do Direito de outros países ou de produções supranacionais e internacionais. No precedente *Browers v. Hardwick* (que versava sobre a criminalização do homossexualismo pelo Estado do Texas), a decisão da Suprema Corte Americana ensejou um intenso debate, que até hoje repercute, sobre as interações transjudiciais a partir do uso dos precedentes judiciais ou doutrina estrangeira pelos tribunais norte-americanos, uma vez que, ao proferir sua decisão, a Corte incorporou aos votos proferidos citações a precedentes da Corte de Estrasburgo e ao Relatório Wolfenden, do Parlamento Britânico. Tal discussão chegou ao ponto de estimular uma proposta de Resolução pela Câmara dos Deputados (*US House of Representatives*) “sugerindo” aos juízes que não adotassem em suas decisões, no todo ou em parte, quaisquer julgamentos, leis ou pronunciamentos de instituições estrangeiras, a menos que tais atos hajam sido incorporados ao Direito doméstico dos Estados Unidos. (NUNES PEREIRA, 2012, p. 174).

⁸ O intercâmbio, crescente a cada minuto, entre sujeitos de diferentes nacionalidades, pressiona juristas do mundo inteiro para que produzam os instrumentos legais necessários para alicerçar, garantir e balizar os contatos que se vão formando. E, mais, o papel central das palavras, já tão visceralmente relevante dentro de uma única ordem jurídica nacional, vê-se agora extraordinariamente multiplicado pelo fenômeno, mais frequentemente citado do que compreendido, da globalização (GHIRARDI; SUNDFELD; VIEIRA, 1999. p.307).

⁹ É importante mencionar que, os Estados Unidos da América do Norte, apesar de pouco falado, sofreu a influência do *Civil Law*, que perdura até os dias atuais, estando presentes em dois dos cinquenta estados do Estados Unidos. E, essa influência fez com que o Direito norte-americano se tornasse um Direito diferente da *Common Law* pura - um sistema misto de Direito, visto que alguns institutos jurídicos criados por aquele (através da utilização do *Common Law* com influência da *Civil Law*) poderá vir a servir de base para a formação de um Direito Transnacionalizado.

Portanto, a proposta seria “pensar globalmente e agir localmente”. Tratar-se-ia de postular um progressivo transnacionalismo jurídico erigido não sobre a negação da diferença regional ou nacional das populações, mas, pelo contrário, sobre uma profunda – e radical – articulação democrática de sua pluralidade e de suas múltiplas identidades culturais. (FERRER; CRUZ, 2010, p. 96).

Apesar disto, da boa interação entre Cortes (nacionais e internacionais) que faz com que se produza o transjudicialização, este vem sendo utilizado para o surgimento de um outro efeito relevante ao Direito, que é o ativismo judicial, uma vez que o Poder Judiciário, quando amplia a possibilidade de aplicação do direito internacional sobre temas de direito nacional, poderá vir a criar mecanismos quase que administrativos para ministrar a justiça, alargando o limite dos poderes a ele inerente.

Neste sentido, forçoso é reconhecer que a ideia de uma comunidade global de cortes desenvolvida a partir das interações transjudiciais tem um sentido muito mais prescritivo, uma vez que a realidade das relações internacionais está muito aquém do que o modelo utópico preconiza. E, os Estados Unidos, como símbolo do liberalismo, parecem ser o melhor representante desta grande ironia do transjudicialismo. Considerada a importância que ainda detém os Estados Unidos no contexto mundial, é pouco promissor apostar numa comunidade de caráter internacional sem que tal comunidade seja igualmente imaginada por este País.

O fundo estratégico dos precedentes internacionais e do transjudicialismo corrobora uma comunicação monológica, que no fundo é uma forma de domesticação pedagógica, porque não dá espaços para recusas. E este é o aspecto importante dos precedentes das cortes internacionais, pois diferentemente do que sucede com as decisões das cortes domésticas, aquelas não estão sujeitas a mecanismos de *checks and balances*. No plano doméstico, mesmo as decisões do Supremo Tribunal podem ser invalidadas pela atuação do Parlamento, aprovando novas leis ou mesmo alterando a Constituição, o que não se mostra possível no plano internacional, ante a ausência de um órgão legislativo global. (NUNES PEREIRA, 2012, p. 185-195).

Conceitualmente falando, o ativismo judicial é a atitude dos membros do Poder Judiciário de, por meio de interpretações estendidas, alargarem os limites jurisdicionais estabelecidos para o exercício de seus poderes; significando a judicialização de funções até então tidas como típicas dos poderes Executivo e Legislativo. (BODNAR, 2016, p. 1343)

Nota-se, então, que há uma crescente e concisa procura do Judiciário com intuito de dirimir questões/lides de políticas sociais que terminaram por avantajarem e hipertrofiarem as

condutas do Poder Judiciário, ante a inércia dos demais poderes, o que não seria o cenário mais desejado pela comunidade mundial.

2. As decisões judiciais marcadas pelo Ativismo Judicial.

A produção do Direito sofreu, tal como todas as outras áreas da vida social, um crescimento e expansão durante o século XX. Tradicionalmente, os temas que eram para ser pautados pelo Poder Legislativo passaram a ser apontados e desenvolvidos pelo Poder Judiciário, no que foi denominado Ativismo Judicial¹⁰.

A palavra “ativismo judicial” que causa arrepios para muitos dentro da comunidade jurídica mundial, é uma realidade na maioria dos países, seja ele de qual sistema jurídico provenha; porém, não há como elidí-lo, no momento, tendo em vista que o mesmo surge justamente por lacunas deixadas pela classe legiferante.

Todavia, o Ativismo Judicial não deve ser confundido com o Protagonismo Judicial¹¹, eis que o ativismo judicial busca tomar para si a função do legislador, enquanto que o Protagonismo Judicial visa achar solução para os conflitos utilizando das chamadas interações transjudiciais.

¹⁰ Ativismo Judicial seria “uma filosofia quanto à decisão judicial mediante a qual os juízes permitem que suas decisões sejam guiadas por suas opiniões pessoais sobre políticas públicas, entre outros fatores” (cf. a respeito, *Black’s Law Dictionary*), sendo apontado por alguns doutrinadores norte-americanos como uma prática, que por vezes indica a ignorância de precedentes, possibilitando violações à Constituição; ou, seria um método de interpretação constitucional, no exercício de sua função jurisdicional, que possibilita, por parte do Poder Judiciário, a necessária colmatação das lacunas constitucionais geradas pela omissão total ou parcial dos outros Poderes, ou ainda, pelo retardamento da edição de normas que possibilitem a plena efetividade do texto constitucional? A história do ativismo judicial norte-americano mostra, em face de seu alto grau de subjetivismo, momentos diversos na defesa dos Direitos Fundamentais. Há, claramente, decisões ativistas alinhadas com o pensamento progressista, enquanto outras, com o mais radical conservadorismo. (MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**, p.801/802).

¹¹ A realidade é que o Poder Judiciário tem se reinventado lentamente ao longo do último século, na tentativa de fornecer o mínimo necessário para a boa aplicação do Direito, seja na esfera nacional ou internacional. Os conflitos trazidos para solução das Cortes, nacionais e internacionais, decorrentes de um mundo dinâmico e em crescente evolução, colocam a prova a capacidade dos juízes e, especialmente, a capacidade do Direito interno dos Estados, em dar a melhor solução para a *quaestio juris*. Todas as grandes iniciativas que ocorrem dentro do judiciário hoje são projetadas, direta ou indiretamente, para realizar essa grande visão. Os juízes aceitaram a reconstituição da ordem social como objetivo do Poder Judiciário, redefinindo o que seria o próprio Poder Judiciário. Consequentemente, tem-se um novo conceito de Direito com técnicas multifacetadas e coercitivas de engenharia social nas mãos de juízes.

The reconstitution of social order was to be accomplished by the subordination of law to alternative, non-legal methods of resolving disputes based on past cultures and new technologies. Every major initiative taking place within the judiciary today is designed, directly or indirectly, to accomplish this one great vision of utopian dreamers. Activists in the judiciary have accepted the reconstitution of the social order as the goal of the judicial branch by redefining the judicial power. Consequently, we have a concept of law as the multifaceted, coercive techniques of social engineering in the hands of judges. WILLIAMS III, Frank V. **Reinventing the Courts: The Frontiers of Judicial Activism in the State Courts**. *Campbell Law Review*, 591, vol. 29, Issue 3, Article 6, Primavera de 2007, p. 127 (tradução livre realizada pelas autoras)

Historicamente, as primeiras manifestações sobre ativismo judicial ocorreram no início do século XIX, nos Estados Unidos da América, em 1803, no caso Marbury contra Madison, onde a Suprema Corte, dirigida pelo juiz Marshall, julgou inconstitucional o *mandamus* impetrado por Marbury contra Madison para que este lhe empossasse no cargo de juiz de paz, o qual tinha sido nomeado pelo, já ex-presidente, Adams. Assim, timidamente, começou a surgir o controle de constitucionalidade, eis que a Suprema Corte Americana julgou inconstitucional a lei que sustentava o *mandamus* impetrado, fundamentando que não possuía essa competência prevista na Constituição, não podendo ampliar tais efeitos, salvo pela própria Constituição. (LEAL, 2011, p. 224).

Outro caso emblemático no contexto norte americano foi Dred Scott VS. Sandford, onde Dred foi escravo do major John Emerson durante anos, morando em diversos lugares diferentes, incluindo os Estados de Illinois e Wisconsin, os quais proibiam a escravidão em suas Constituições; assim, com a falecimento de Emerson, Dred requereu a liberdade daquele ante a viúva do *de cuius* alegando a doutrina *do once free, always free*¹² vencendo em primeira instância, mas a decisão foi revista pela Suprema Corte do Missouri; posteriormente, a questão foi à Suprema Corte Americana. (CAMPOS, 2014).

Em março de 1857, o *Chief of Justice* Roger Taney negou o direito a Dred alegando a ilegitimidade do mesmo para discutir liberdade nas cortes federais, vez que não era cidadão americano, mas, sim, um “negro” uma classe subjugada pela classe dominante, considerado uma propriedade. Desse modo, a Suprema Corte declarou inconstitucional a lei federal que havia proibido a escravidão naquele Estado. (CAMPOS, 2014).

Ademais, no caso Dred contra Sandford o ativismo judicial teve proporções tremendas e diversificadas, primeiramente a referida decisão afirmou que negro era uma raça inferior, considerada uma mercadoria, secundariamente a Suprema Corte decidiu conforme a interpretação restritiva da norma, baseada Constituição Americana no tempo em que ela foi promulgada (1787-1788), de acordo com o entendimento do constituinte originário; apesar de adotar conduta conservadora – não atuando como um poder constituinte reformador, conforme as decisões contemporâneas ativistas – a Corte sepultou o direito/poder do Congresso de se manifestar e decidir a questão, constitucionalizando, assim, a escravidão; Taney ressaltou que o entendimento poderia ser alterado através do remédio correto, por meio de emenda constitucional. (CAMPOS, 2014).

¹² Uma vez livre, sempre livre.

O referido caso é marcado pelo cunho puramente político da decisão, vez que o então Presidente Buchanan já tinha sido provocado para decidir sobre a escravidão naquele ano e ainda não havia se manifestado publicamente, vez que o próprio partido estava dividido entre escravagista e antiescravagistas, tendo absterido de decidir, fugindo do ônus político do conflito. (CAMPOS, 2014).

Alguns anos mais tarde, em 1905, surge outro caso emblemático – *Lochner VS. Nova Iorque* – caso em que *Lochner*, um padeiro, ajuíza uma ação contra o Estado de Nova Iorque por ter legislado limite de carga horária de trabalho em 10 (dez) horas diárias e 60 (sessenta) horas semanais; a Suprema Corte decidiu que essa limitação violava a liberdade contratual, declarando-a inconstitucional; nota-se, contudo, que a Corte Suprema Americana adotou postura conservadora, não intervindo na esfera privada. (TASSINARI, 2015).

Assim, mesmo decorridos diversos julgados baseados nos ideais ativistas, que em grande maioria gerou conturbadas controvérsias no cenário político norte-americano, somente no ano de 1947 a expressão “ativismo judicial” foi utilizada pela primeira vez, por Arthur Schlesinger Jr.¹³, em um artigo elaborado sobre a Suprema Corte Americana. (MORAES, 2012, p.789).

Observa-se, assim, que o instituto do ativismo judicial, criado pelo judiciário norte-americano¹⁴, está intimamente interligado com o controle de constitucionalidade exercido pela Suprema Corte Americana.

No Brasil, o controle de constitucionalidade teve início com o surgimento da República, com influência de Rui Barbosa, onde abandonou-se as influências europeias e apegou-se aos ideários americanos, prevendo controle incidental e difuso através no Decreto nº 880/90 e, posteriormente, na Constituição da República 1891. (CAMPOS, 2014).

Todavia, durante o período entre 1891 até 1965, a Corte Superior Brasileira sofreu diversas restrições funcionais pelos demais poderes. Apenas através da Emenda Constitucional nº 16/65 é que o poder do Judiciário retoma seus poderes, possibilitando a Suprema Corte rever

¹³ Schlesinger apresentou o termo “ativismo judicial” exatamente como oposto à “autorrestrrição judicial”. Para o autor, os juízes ativistas substituem a vontade do legislador pela própria porque acreditam que devem atuar ativamente na promoção das liberdades civis e dos direitos das minorias, dos destituídos e dos indefesos, “mesmo se, para tanto, chegassem próximo à correção judicial dos erros do legislador”. Ao contrário, os juízes “campeões da autorrestrrição judicial” têm visão muito diferente a respeito das responsabilidades da Corte e da natureza da função judicial: a Suprema Corte não deve intervir no campo da política, e sim agir com “deferência à vontade do legislador” (CAMPOS, 2014).

¹⁴ A *Common Law* aplicada nos Estado Unidos da América, ou seja, o chamado Direito norte-americano, já superou a forte influência dos *precedents* com a criação de uma Constituição escrita, não se utilizando somente do Direito casuístico, jurisprudencial herdado da Pátria Mãe, Inglaterra. No Direito norte-americano, tanto o *precedent* quanto a lei, exarada na Constituição Federal, exercem papéis de destaque, sendo impossível a existência de um sem a compreensão do outro. (DELLA BONA, Carla. 2022, p. 65-66)

os atos dos demais poderes estatais, com intuito de proteger o Cumprimento da Constituição. (CAMPOS, 2014).

Nesse cenário, a Carta Política de 1988 foi elaborada com a premissa de romper com o regime ditatorial decorrente da intervenção militar no país, levando em conta aquele anseio nacional de redemocratização; no intuito de transformar aquele modelo passado, a Constituição de 1988 elenca vasto rol de direitos fundamentais e sociais. (PASSOS, 2014, p. 27).

Nesse diapasão, com a promulgação da atual Constituição da República, o controle de constitucionalidade dos atos dos demais Poderes pelo Poder Judiciário é fortalecido ante a previsão na própria Carta Política o que, por conseguinte, começa a dar azo às primeiras reflexões doutrinárias no país sobre o ativismo judicial. (TASSANARI, 2015).

Com a ampliação de direitos trazida pela Carta Magna de 1988, houve o suposto comprometimento do Estado brasileiro a efetivar esses preceitos constitucionais. Todavia, a real efetivação desses direitos, ficaram consubstanciados em um ideal a ser seguido pela Administração, já que se utiliza do caráter programático dessas normas, para fundamentar a escassez e não execução de políticas públicas. (LUSTOZA, 2015, p. 196).

Com essa inércia Política na concretização das normas delineadas na Constituição Federal pelos poderes competentes (Legislativo e Executivo), o cidadão passa a perquirir tais direitos na esfera judicial, buscando no Poder Judiciário respostas e ações que garantam a efetivação de tais Direitos, desembocando na judicialização da política; todavia, essa judicialização confere maior interpretação das normas pelos juízos, o que pode culminar em um ativismo judicial.

Por assim dizer, o ativismo judicial configuraria uma superioridade do Poder Judiciário frente aos demais poderes, visto que tem atuado em competências que não lhe foram atribuídas constitucionalmente. (TASSANARI, 2015).

No Brasil, então, inicialmente a expressão ativismo judicial refere-se sobre a ingerência judicial nos demais Poderes, fornecendo uma interpretação extensiva por parte do juiz ao aplicar a lei ao caso concreto, diferentemente da expressão cunhada nos Estados Unidos, em que o juiz intervém ante a falta de normativa legais.

Porém, seja sob o viés conceitual inicial seja para suprir a falta de normativa legal, o certo é que o ativismo judicial está incrustado no núcleo da atividade jurisdicional nacional, provém dessa conduta de juízes e Tribunais ao tomarem a decisão, as quais tornam o julgamento um mero ato de vontade do julgador. (TASSANARI, 2015).

Nesse diapasão, no cenário brasileiro, as simples decisões garantidoras de políticas públicas (judicialização da política) transformaram-se rapidamente em decisões ativistas,

quando na realidade os tribunais nacionais deveriam ser utilizados como protagonistas do Direito¹⁵; todavia, tendo em vista o papel concretizador de direitos dessas decisões, acabou por haver um consentimento quanto à utilização do ativismo ao invés do protagonismo judicial.

Em decorrência dessa hipertrofia do Poder Judiciário, bem como a jurisprudência protagonista (ativista) dos órgãos de cúpula desse poder - Supremo Tribunal Federal e Superior Tribunal de Justiça - no decorrer dos anos, instigaram os Tribunais inferiores e os juízes singulares a proliferar essa insidiosa disfunção. (RAMOS, 2015, p. 283).

Importante ressaltar que as decisões judiciais ativistas já assolam o Direito Brasileiro há anos, contudo em recentes julgados é que se apresentam de forma mais escancarada a vontade do Juiz/Desembargador/Ministro, no seio das decisões prolatadas.

Emblemáticas decisões ainda serão palco de diversas discussões em um futuro breve. Solução para essas dúvidas ainda virão e, eventualmente serão resolvidas à margem da Lei. Não havendo como negar que há uma inserção demasiada do Judiciário nos demais âmbitos estatais. Com isso, pretende-se atentar-se para outras condutas e decisões ativistas, principalmente, para aquelas que de algum modo possam ou de fato intervieram na esfera administrativa, nas políticas públicas e no orçamento público e precipuamente nos possíveis prejuízos.

Há certo período de tempo tem-se avistado as mais variadas formas de decisão judicial, em sua grande maioria efetivando direitos fundamentais, sobre o argumento da previsão constitucional ou até mesmo sem previsão, baseando-se, os julgadores, no suposto anseio e na interpretação própria da Carta Magna.

O impasse testificado na contemporaneidade é construir condições com o fim de reprimir essa Justiça Constitucional (ou o poder dos juízes) preferir ao próprio Direito, aplicando-se a terrível concepção de que direito é aquilo que os tribunais dizem (falácia realista), contexto atual que acaba sacudindo as estruturas da democracia representativa. (STRECK, 2014, p. 411).

O certo, porém, é que todas as grandes iniciativas que ocorrem dentro do judiciário, foram aceitas pelos juízes, qual seja, a reconstituição da ordem social como objetivo do Poder Judiciário, redefinindo o que seria o próprio Poder Judiciário. Conseqüentemente, tem-se um

¹⁵ O Protagonismo Judicial é percebido pelos juristas ao redor do mundo, a realidade é que o Poder Judiciário tem se reinventado lentamente ao longo do último século, na tentativa de fornecer o mínimo necessário para a boa aplicação do Direito, seja na esfera nacional ou internacional. Os conflitos trazidos para solução das Cortes, nacionais e internacionais, decorrentes de um mundo dinâmico e em crescente evolução, colocam a prova a capacidade dos juízes e, especialmente, a capacidade do Direito interno dos Estados, em dar a melhor solução para a *quaestio juris*. Sendo que, muitas vezes, a dinâmica estatal impede uma aplicação equânime do Direito por parte dos juízes que, em consonância com decisões proferidas por outras Cortes ou Tribunais de diferentes Estados, fazem com que as partes se tornem insatisfeitas com a decisão tomada. (DELLA BONA, Carla. 2022, p. 382-383)

novo conceito de Direito com técnicas multifacetadas e coercitivas de engenharia social nas mãos de juízes.¹⁶

Apesar de controverso, o Ativismo Judicial, que surgiu para ser uma proteção às normas constitucionais no Direito norte-americano, vem galgando para os demais países do globo, sendo confundido e mesmo passando a ser discutido, dentro de um viés transnacionalizante. Porém, o que não se percebe, é que a transnacionalização do direito, não passa pelo ativismo judicial, mas, sim, pelo protagonismo judicial, como uma solução para os conflitos que fazem parte do cotidiano dos atores nacionais, internacionais e transnacionais.

Sem dúvida, a evolução e reformulação do Direito, passará por uma atuação proativa dos Tribunais locais e internacionais, no sentido de dar validade aos mecanismos e instrumentos que serão utilizados pelos atores transnacionais para chegar ao objetivo desejado, que é a criação de fóruns e espaços que propiciem ao Direito Transnacional a inserção do mesmo nos planos da validade e da eficácia jurídica.

Por essa razão, a importância de um Protagonismo Judicial chamado de Transnacional, atuante, através do diálogo entre Tribunais/Cortes, sejam eles nacionais ou internacionais, ou mesmo a ligação entre os dois, é imprescindível para esse processo de reformulação do Direito como um todo.

Considerações Finais.

A evolução da humanidade, faz com que o Direito tenha que estar em constante evolução. Por consequência, essa evolução natural, traz esvaziamento de certos conceitos e a criação de novos.

Hoje, em razão da crescente permeabilidade das fronteiras, da necessidade de resoluções de conflitos que perpassam essas mesmas fronteiras, com a participação de novos atores neste cenário, o Direito está sendo chamado para dar solução a conflitos decorrentes destes novos paradigmas.

O Estado nacional, sozinho, não consegue dar vazão a resolução destes novos conflitos, mas ainda é muito necessário como meio, instrumento, de aplicação desta solução. E, o papel

¹⁶ *The reconstitution of social order was to be accomplished by the subordination of law to alternative, non-legal methods of resolving disputes based on past cultures and new technologies. Every major initiative taking place within the judiciary today is designed, directly or indirectly, to accomplish this one great vision of utopian dreamers. Activists in the judiciary have accepted the reconstitution of the social order as the goal of the judicial branch by redefining the judicial power. Consequently, we have a concept of law as the multifaceted, coercive techniques of social engineering in the hands of judges.* Williams, Frank V. ***Reinventing the Courts: The Frontiers of Judicial Activism in the State Courts***, p. 127. (tradução livre realizada pelas autoras)

principal, o protagonismo destas resoluções, passará, inobstante pelo Poder Judiciário, que não poderá confundir o seu importante papel neste novo “jogo de xadrez” mundial, a fim de não tomar o papel designado ao poder legiferante.

Os juízes, em especial, sem esquecer dos demais operadores do Direitos, serão os protagonistas deste novo “jogo”, na tentativa de fornecer o mínimo necessário para a boa aplicação do Direito.

Os conflitos trazidos para solução das Cortes, nacionais e internacionais, decorrentes deste mundo dinâmico e em crescente evolução, colocarão à prova a capacidade dos juízes e, especialmente, a capacidade do Direito interno dos Estados em conjunto com o Direito Transnacional, em dar a melhor solução para a *quaestio juris*.

Todavia, se todos os atores envolvidos neste novo paradigma mundial derem uma aplicação equânime ao Direito, com mecanismos saudáveis para a resolução das controvérsias, a conclusão será a satisfação das partes com as decisões proferidas.

REFERÊNCIAS

ARNAUD, André-Jean. **O Direito entre a Modernidade e Globalização**. Tradução de Patrice Charles Guillaume. São Paulo: Renovar, 1999.

BODNAR, Zenildo; CRUZ, Paulo Márcio. **A Commolização do Direito Positivo, o Ativismo Judicial e a Crise do Estado**. Revista Novos Estudos Jurídicos - Eletrônica, Vol. 21 – n. 3 – Set-Dez 2016.

CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. **Dimensões do ativismo judicial do Supremo Tribunal Federal**. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

CRUZ, Paulo Márcio; BODNAR, Zenildo. **Globalização, Transnacionalidade e Sustentabilidade**, Livro Eletrônico, ISBN 978-85-7696-094-2, Itajaí: UNIVALI, 2012

CRUZ, Paulo Márcio; BODNAR, Zenildo. **A Commolização do Direito Positivo, o Ativismo Judicial e a Crise do Estado**. Revista Novos Estudos Jurídicos - Eletrônica, Vol. 21 – n. 3 – Set-Dez 2016

CRUZ, Paulo Márcio; REAL FERRER, Gabriel. **Os novos cenários transnacionais e a democracia assimétrica**. Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito (RECHTD) 2 (2): 96-111 julho-dezembro, 2010.

DELLA BONA, Carla. **A Transnacionalização do Direito como Forma de Miscigenação dos Sistemas Jurídicos**: Uma Recomposição dos Fundamentos do Direito. São Paulo. Dialética, 2022

GHIRARDI, José Garcez. **O Inglês como Idioma da Globalização**. In: SUNDFELDT, Carlos Ari; VIEIRA, Oscar Vilhena (Coord.). Direito Global. São Paulo: Max Limonad, 1999.

GIDDENS, Anthony. **As consequências da modernidade**. São Paulo: Editora da Universidade Estadual de São Paulo, 2001

LEAL, Mônia Clarissa Hennig. **Ativismo Judicial e Déficits Democráticos**: Algumas Experiências Latino-Americanas e Europeias. Rio de Janeiro: Lumen Juris Editora, 2011.

LUSTOZA, Helton Kramer. **Eficiência administrativa e ativismo judicial**: escolhas orçamentárias, políticas públicas e o mínimo existencial social. Curitiba: Íthala, 2015.

MAGALHÃES, José Carlos de. **O Supremo Tribunal Federal e o Direito Internacional uma análise crítica**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

MARQUES NETO, Agostinho Ramalho; COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda; RAMOS FILHO, Wilson; CARMAGO E GOMES, Manoel Eduardo Alves; FACHIN, Luiz Edson. **Direito e Neoliberalismo** – Elementos para uma leitura interdisciplinar. Curitiba: Editora do Instituto Brasileiro de Estudos Jurídicos, 1996.

MORAES. Alexandre de. **Direito Constitucional**. São Paulo: Editoria Atlas, 28ª Edição, 2012.

NEVES, Marcelo. **Transconstitucionalismo**. São Paulo: Martins Fontes, 5ª Tiragem, 2018.

NUNES PEREIRA, Ruitemberg. **Interações transjudiciais e transjudicialismo: sobre a linguagem irônica no direito internacional**. Revista de Direito Internacional, Brasília, v.9, n.4, p. 169-199, 2012.

PASSOS, Daniel Silva. **Intervenção judicial nas políticas públicas**: o problema da legitimidade. São Paulo: Saraiva, 2014.

RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo Judicial**: parâmetros dogmáticos. São Paulo: Saraiva, 2ª Edição, 2015.

RIBEIRO, Gustavo Lins. *La condición de la transnacionalidad*. Maguaré, 14: 74-113 (1999). Universidade de Brasília.

SANTOS, Milton. **Por uma outra globalização: do pensamento único à conscientização universal**. 18. ed. Rio de Janeiro/São Paulo: Record, 2009.

STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**: uma exploração hermenêutica da construção do Direito. 11. ed. ver., atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2014.

TASSINARI, Clarissa. **Jurisdição e ativismo judicial**: limites da atuação do judiciário. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2015.

VARELLA, Marcelo D. **Internacionalização do Direito**: Direito internacional, globalização e complexidade. São Paulo: USP, 2012.

VIERA, Oscar Vilhena. **Desafios do ensino jurídico num mundo em transição**: o projeto da Direito GV. Rio de Janeiro, RDA – Revista de Direito Administrativo, v. 261, p. 375-407, set/dez 2012.

WILLIAMS III, Frank V. *Reinventing the Courts: The Frontiers of Judicial Activism in the State Courts*. *Campbell Law Review*, 591, vol. 29, Issue 3, Article 6, Primavera de 2007.