

UNIVERSIDADE FEDERAL DE MINAS GERAIS
FACULDADE DE DIREITO

BRUNA VILLAS BOAS CAMPOS

**AS RAÍZES HISTÓRICAS DO ATIVISMO JUDICIAL NA TRADIÇÃO
JURÍDICA NORTE-AMERICANA E SUA REPERCUSSÃO NO DEBATE
HERMENÊUTICO CONSTITUCIONAL:
o império dos homens sobre o direito**

Belo Horizonte
2014

BRUNA VILLAS BOAS CAMPOS

**AS RAÍZES HISTÓRICAS DO ATIVISMO JUDICIAL NA TRADIÇÃO
JURÍDICA NORTE-AMERICANA E SUA REPERCUSSÃO NO DEBATE
HERMENÊUTICO CONSTITUCIONAL:
o império dos homens sobre o direito**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais, como requisito parcial para a obtenção do título de Mestre em Direito.

Área de concentração: Direito e Justiça

Orientadora: Profa. Dra. Iara Menezes Lima
Universidade Federal
de Minas Gerais

Belo Horizonte
Faculdade de Direito da UFMG
2014

Bruna Villas Boas Campos. *As raízes históricas do ativismo judicial na tradição jurídica norte-americana e sua repercussão no debate hermenêutico constitucional: o império dos homens sobre o direito.*

Dissertação apresentada ao Curso de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Minas Gerais como requisito parcial à obtenção do título de Mestre em Direito.

Área de concentração: Direito e Justiça

Linha de pesquisa: Direito, Razão e História

Orientadora: Profa. Dra. Iara Menezes Lima
Universidade Federal
de Minas Gerais

Aprovada pela banca examinadora constituída pelos professores:

Profa. Dra. Iara Menezes Lima (Orientadora) – Faculdade de Direito/UFMG

Prof. Dr. Bernardo Gonçalves Fernandes – Faculdade de Direito/UFMG

Prof. Dr. Mário Lúcio Quintão Soares – Faculdade de Direito/PUC MINAS

Belo Horizonte, ____ de _____ de 2014.

*Ao Felipe, o valor simbólico desta
travessia.*

“Eu não escondo minhas opiniões, por duras que sejam, e mostro-me como sou: um intermediário ingênuo e inexperiente, antes disposto a fracassar do que a enganar. No entanto, fui até agora tão feliz nesse papel, dependente sem dúvida e em grande parte da sorte, que poucos homens intermediários terão sido tão bem acolhidos e acatados.

A isso acrescentarei o que também repito sempre: que não se trata aqui de simples palavrório e sim de um ato de humildade completa e absoluta: ‘o que digo provém de alguém que não sabe e procura; e como conclusão, atenho-me simplesmente às ideias comuns e legítimas. Não ensino, conto’.

[...] acerte ou não, terei feito o possível”.

(Michel de Montaigne – *Ensaio*: livro III)

AGRADECIMENTOS

Agradecer parece-me, à primeira vista, um gesto de pura simplicidade, que me convida, simplesmente, a mencionar, de forma carinhosa, todos aqueles de quem recebi apoio nessa etapa difícil, de tantas incertezas e buscas.

Ao escrever, no entanto, sou confrontada com a sutileza desse ato. Por mais cuidadosa que possa ser com as palavras, em alguma medida, elas sempre me escaparão, para me lembrarem de que só uma parte pode ser dita. Restará, inexoravelmente, o intraduzível dos sentimentos e da vida. Esse, talvez, seja o meu grande aprendizado, ao fim e até ele...

Com coragem, sigo em frente. Lembro-me de quando o “velho” de Hemingway, solitário, diante daquele “mar” impiedoso, se pôs a pensar em disparates e se deu conta de que “a sorte é uma coisa que vem de muitas formas”.

Agradeço, então, pela sorte dessa oportunidade, que só foi possível em virtude da generosidade de alguém que me “abriu as portas”, ainda na graduação, para essa longa caminhada. Refiro-me à minha orientadora — a professora e também doutora Iara Menezes Lima. Deixo a ela e à Universidade Federal de Minas Gerais os meus mais sinceros agradecimentos pela chance de chegar até aqui.

Sou imensamente grata ao professor doutor Bernardo Gonçalves Fernandes, pelos diálogos profícuos sobre Dworkin, que me proporcionaram um contraponto impossível de ser mensurado. Na pessoa da professora, doutora Miracy Barbosa de Sousa Gustin, agradeço ainda a todo o corpo docente da pós-graduação desta Faculdade de Direito, especialmente aqueles com quem tive o prazer de assistir aulas inesquecíveis. Com todos eles, percebi, ainda com mais clareza, que a docência, muito além da técnica, se configura como uma rara e verdadeira arte.

Estendo o meu agradecimento a todos os colegas da pós-graduação, que me proporcionaram trocas de ideias e experiências enriquecedoras. Ainda, à Capes e à Fapemig, pelas bolsas de mestrado em tempos de “colheitas parcas”.

Como a minha história não é tão curta quanto o tempo deste mestrado, preciso olhar para trás, como diria Dworkin, na medida em que isso se mostre essencial, como agora. É nessa miragem que aproveito para agradecer imensamente aos “amigos da vida”: obrigada por estarem sempre presentes e dividirem momentos tortuosos e felizes comigo. Tenho certeza de que se reconhecerão, afinal, amizade não precisa ser dita, mas vivida.

Com o olhar ainda mais profundo e remoto, agradeço à minha família, que agora cresceu. À Alcione, pela tranquilidade e amizade que me transmite, sempre, e pelos “almoços” enviados quando o tempo parecia curto demais, e a fome, grande! À Júlia e ao Rafa, pela ajuda e bondade que os caracterizam, com tanta naturalidade. Ao Luiz, pela alegria de esperar pelos domingos saborosos e divertidos. À Sandra, pelo café que me manteve acordada e pelo conforto de ter com quem conversar diante da solidão da escrita.

Aos meus pais, por terem aceitado a minha escolha, o que exige compreensão e amor. Sei que o tempo dedicado a esse trabalho contraria a lógica do tempo e do mundo. Mas é preciso construirmos a nossa própria lógica, se quisermos encontrarmos a nós mesmos. Há, neste mestrado, uma tentativa de crescimento, não só intelectual, mas, sobretudo, pessoal. Foram vocês que me ensinaram a manter viva a coragem de enfrentar a vida, apesar dos meus muitos tropeços.

Às minhas irmãs, Flávia e Lívia, por acompanharem de perto as minhas inquietações, sempre prontas “a pular no rio”, quando a correnteza fosse forte demais. E sei que pulariam, se fosse preciso! Ainda, ao meu cunhado, Luiz Henrique, o estímulo implícito no seu adjetivo carinhoso, quando se refere a mim como “professora”.

Ao Felipe, a parte intraduzível...

RESUMO

O presente trabalho investiga, primordialmente, o significado da expressão “ativismo judicial”, cujo uso tem ganhado vulto no debate jurídico, especialmente em países de tradição democrática recente, como o Brasil. Não se resume, entretanto, a um estudo puramente semântico, mas à tentativa de estabelecer a conexão necessária entre o significado da locução e os limites legítimos da atividade judicial. Buscou-se, por isso, os contornos mais remotos da expressão, na história norte-americana, em que foi cunhada pela primeira vez, no artigo publicado na revista *Fortune* (*The Supreme Court: 1947*), por Arthur Schlesinger Jr. O ensaio, no entanto, apesar da riqueza de detalhes, na longa narrativa feita sobre os *Justices*, que compunham a Suprema Corte, acentuou a imprecisão do seu significado. Reavivou, outrossim, a importante discussão sobre o papel do Judiciário, dentro do desenho institucional democrático. Entendida ainda a polêmica decisão proferida nos Estados Unidos, em *Marbury v. Madison*, na qual Marshall solidificou a construção jurisprudencial do *judicial review*, constatou-se uma tradição de críticas aos erros judiciais no debate político estadunidense, reciprocamente condicionada e condicionante para a compreensão da terminologia de Schlesinger. A interpretação da locução atrelava-se, inequivocamente, a um tom crítico, de avaliação dos erros judiciais, permanecendo nebuloso, no entanto, o contorno preciso do conteúdo desses possíveis abusos. A dificuldade de se atribuir um sentido unívoco e preciso à locução trouxe à tona uma reflexão mais profunda sobre questão mais tormentosa no debate hermenêutico constitucional: a delimitação do próprio conceito de direito. Optou-se pela “teoria da integridade”, de Ronald Dworkin, como a melhor construção teórica do significado do direito. Partindo do contraponto estabelecido por Dworkin ao positivismo de Herbert Hart e à tradição do pragmatismo jurídico norte-americano, delimitou-se um contorno de significado mais específico ao “ativismo judicial”. Manteve-se sempre a ressalva quanto à dificuldade de um significado incontestável para a terminologia, em virtude do seu caráter interpretativo.

Palavras-chave: ativismo judicial; Schlesinger; *judicial review*; teoria da integridade; Dworkin; positivismo jurídico; pragmatismo jurídico.

ABSTRACT

This paper investigates primarily the meaning of the term "judicial activism", whose use has gained importance in major legal debate, especially in countries of recent democratic tradition, such as Brazil. The present work is not confined to a purely semantic study, instead this study aims to establish the necessary connection between the meaning of the phrase and the legitimate limits of judicial activity. We sought, therefore, the earliest contours of speech in American history, an article published in Fortune magazine (*The Supreme Court: 1947*), by an important historian - Arthur Schlesinger Jr. Despite the richness of the essay detail, the long narrative about the Justices who constituted the Supreme Court has actually increased the inaccuracy of its meaning. Moreover, it has revived the important discussion about the role of the judiciary, within the democratic institutional design. The controversial decision rendered in the United States, in Marbury vs. Madison where Marshall solidified the construction of the judicial review, has revealed the tradition of criticism of judicial errors in the US political debate, reciprocally conditioned and conditioning to understanding the Schlesinger's terminology. The interpretation of the phrase linked an unequivocally critical tone, the evaluation of judicial errors, remaining uncertain, however, the precise outline of the content of possible abuse. The difficulty to assign a unique and precise meaning to the terminology brought a deeper reflection on the more grinding constitutional issue of the hermeneutic debate: the definition of the very concept of law. We opted for the "theory of integrity", by Ronald Dworkin, as the best theoretical construction of the law. Starting from the counterpoint provided by Dworkin to the positivism of Herbert Hart and traditions of the U.S. legal pragmatism, we delimited a more specific outline of the meaning to "judicial activism." Finally, we acknowledge the caveat about the difficulty of an undeniable significance to the terminology, because of its interpretative character.

Keywords: judicial activism; Schlesinger; judicial review; theory of integrity; Dworkin; legal positivism; legal pragmatism.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	12
CAPÍTULO I – ATIVISMO JUDICIAL: do que estamos falando?.....	22
1.1 O conceito de ativismo judicial: ponto de partida para a discussão sobre os limites da interpretação judicial.....	58
1.2 O ativismo judicial e o <i>judicial review</i>	61
1.3 O ativismo judicial e o respeito aos precedentes judiciais.....	82
1.4 O ativismo judicial e a usurpação de poderes legislativos: o que é o direito?.....	89
CAPÍTULO II – RONALD M. DWORKIN: o homem e o filósofo.....	106
2.1 Introdução ao pensamento de Ronald Dworkin.....	107
2.2 O diálogo entre a teoria da integridade de Ronald Dworkin e o modelo de regras de Herbert Hart.....	126
2.3 A crítica de Dworkin ao pragmatismo jurídico.....	134
2.4 A controvérsia semântica da expressão e sua repercussão no debate doutrinário norte-americano.....	148
CONCLUSÃO.....	160
REFERÊNCIAS.....	164

INTRODUÇÃO

Em sociedades como a brasileira, em que os mecanismos de democracia participativa e a própria estabilidade do direito entram em profunda crise, surge um campo, paradoxalmente fértil e movediço, para a atuação do Poder Judiciário.

Diante dessa crise de representatividade, critica-se, a todo instante, o papel exercido pelos tribunais, tanto pelo seu caráter excessivamente intrusivo, quanto por sua inércia e formalismo extremos, ao não garantirem uma interpretação dinâmica e atualizada das normas jurídicas.

Em meio a essa amálgama de fatores colidentes, tem se tornado cada dia mais corriqueiro atacar decisões judiciais, sob o véu do que se convencionou chamar de “ativismo judicial”. A força da expressão parece nutrí-la de um apelo popular e midiático, aparentemente convidativos, por seu caráter participativo e crítico.

O modo impreciso e aleatório como a locução é utilizada tem resultado no inverso, ou seja, na impossibilidade de se avaliar, criticamente, os fundamentos decisórios, por faltarem parâmetros mais precisos sobre a concepção de direito que se está a defender e, conseqüentemente, sobre a maior ou menor amplitude dada à interpretação jurídica.

Parte da doutrina especializada, ao invés de refletir de forma ponderada sobre a questão, tem tornado a acepção da terminologia ainda mais imprecisa. De um lado, o “ativismo judicial” é enaltecido como uma interpretação mais criativa e desejável por parte do Poder Judiciário; de outro, é identificado como uma tentativa de usurpação de funções próprias do Poder Legislativo.

Buscar respostas para todas essas questões, especialmente sobre os limites legítimos para o exercício jurisdicional regular, remeteu, conseqüentemente, ao problema mais primordial do significado da locução em si. Esse foi o objetivo principal da primeira parte deste trabalho. Resgatar as origens do termo permitiu compreendê-lo a partir do contexto no qual se constrói.

Como em Alexy de Tocqueville, o olhar emprestado à pesquisa voltou-se, primordialmente, à compreensão da tradição jurídica norte-americana. Não se pretendeu, com isso, apropriá-la de forma irrefletida ao contexto pátrio, ou alienar-se da própria realidade a qual se está imerso. Ao contrário, o objetivo precípua

almejado foi compreender o legado de problematizações feitas sobre os abusos judiciais, que marcaram a história estadunidense, propiciando um rico debate hermenêutico sobre a amplitude da jurisdição constitucional. Foi necessário, nesse sentido, investigar a semântica da locução “ativismo judicial”, considerando a sua origem e contornos específicos, condicionantes intrínsecos ao debate promovido. Assim, faz-se das palavras de Tocqueville, a justificação do caminho adotado no trabalho:

Em que outro lugar poderíamos encontrar maiores esperanças e maiores lições? Não voltemos nossos olhares para a América a fim de copiar servilmente as instituições que ela se deu, mas para melhor compreender as que nos convêm, menos para aí buscar exemplos do que ensinamentos, antes para tomar-lhe emprestados os princípios do que os detalhes de suas leis. As leis da República francesa podem e devem, em muitos casos, ser diferentes das que regem os Estados Unidos, mas os princípios sobre os quais as constituições americanas repousam, esses princípios de ordem, de ponderação dos poderes, de liberdade verdadeira, de respeito sincero e profundo ao direito são indispensáveis a todas as Repúblicas, devem ser comuns a todas, e podemos dizer de antemão que onde eles não se encontrarem a República logo cessará de existir.¹

Realizada uma revisão bibliográfica do termo, a pesquisa identificou a sua utilização, pela primeira vez, na revista *Fortune*, ainda na década de 40, nos Estados Unidos. O artigo no qual foi empregado — denominado *The Supreme Court: 1947* — foi escrito por Arthur Schlesinger Jr.² A publicação da matéria popularizou a locução

¹ TOCQUEVILLE, Alexy de. *A democracia na América: leis e costumes de certas leis e certos costumes políticos que foram naturalmente sugeridos aos americanos por seu Estado social democrático*. Trad. Eduardo Brandão. 2.ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005. Contracapa. Disponível em: <http://www.libertarianismo.org/livros/adtdnacompleto.pdf>. Acesso em: 12 dez. 2013.

² Arthur Meier Schlesinger Júnior nasceu em 15 de outubro de 1917 em Columbia, Ohio. Seu pai, Arthur Schlesinger Sr., foi um dos principais historiadores das décadas de 1920-1930, nos Estados Unidos, e proeminente professor de história social e cultural norte-americana na Universidade de Harvard. Assim, Schlesinger Jr. cresceu cercado da história norte-americana. Seguindo os passos do pai, graduou-se pela Universidade de Harvard em 1938. Trabalhou no escritório de Serviços Estratégicos, durante a Segunda Guerra e ganhou o Prêmio Pulitzer por sua obra – *The Age of Jackson* – publicada em 1945, quando então foi nomeado para o departamento de História, em Harvard, juntando-se a seu pai. Enquanto lecionou em Harvard, mudou seu foco de estudo, concentrando-se, não mais no contexto da Guerra Civil, mas no período do *New Deal*, durante a Era Roosevelt. Seu livro mais famoso, intitulado *The Thousand Days*, lhe rendeu seu segundo Pulitzer (prêmio norte-americano outorgado a pessoas que realizem trabalho de excelência, nas áreas de literatura, jornalismo e música, administrado pela Universidade de Columbia) e refletiu suas observações, enquanto trabalhou como assistente do então Presidente John Fitzgerald Kennedy, na Casa Branca, renunciando a seu cargo em Harvard. Em 1966 passou a lecionar na Universidade de Nova Iorque, onde se aposentou em 1994. Em 2007, Schlesinger Jr. faleceu. A importância do historiador, na presente pesquisa, explica-se por ter criado a expressão “ativismo judicial” pela primeira vez, em sua publicação, de caráter jornalístico e informativo, publicada na revista *Fortune*,

pelo mundo e chegou ao Brasil, onde se difundiu e tem sido empregada amplamente, principalmente, a partir do processo de democratização da Constituição, em 1988.

A publicação foi bastante comentada nos Estados Unidos. No Brasil, no entanto, a sua análise mais acurada, ao menos até o final desta pesquisa, ainda era bastante escassa, tornando mais dificultoso o seu estudo. Mesmo tendo acesso aos periódicos e artigos norte-americanos, bem como a algumas menções ao artigo de Schlesinger em publicações brasileiras, faltava ao trabalho o acesso à própria fonte originária da expressão.

A leitura criteriosa da matéria publicada na *Fortune* daria à pesquisa singularidade e cientificidade, na medida em que seria possível interpretá-la de forma autônoma, sem se vincular, estritamente, às amarras subjetivas de seus comentadores. Poder-se-ia, a partir disso, produzir impressões novas sob o objeto de estudo, ao invés de simplesmente reiterar as interpretações outrora realizadas. Ainda, a obtenção do artigo alimentava a esperança de delimitação segura de um significado unívoco para a expressão. Caso essa expectativa se confirmasse, seria possível traçar, com maior precisão, o “*pedigree*” de decisões ativistas.

Deu-se início, assim, a uma longa procura da edição de janeiro de 1947 da revista *Fortune*, sem qualquer sinal de exemplar virtual ou escrito. Depois de inúmeras tentativas fracassadas, foi possível importar um exemplar original da Revista, o que possibilitou o exame mais criterioso da publicação.

A crítica ao material substituiu, entretanto, a ilusão de um conceito objetivo da locução, pela perplexidade de ter sido, a própria publicação, a origem de toda a confusão semântica disseminada, apesar de o debate sobre possíveis arbitrariedades judiciais ser antigo e igualmente polêmico.

Nesse sentido, a primeira parte do trabalho trouxe análises e conclusões retiradas do estudo desse exemplar. Muitas das narrativas de Schlesinger foram reproduzidas, a fim de que as reflexões realizadas demonstrassem fidelidade interpretativa ao que fora verdadeiramente enunciado. Como a edição do artigo encontra-se em língua inglesa, optou-se por transcrever, em nota de rodapé, os fragmentos originais, traduzidos de forma livre, no corpo do texto. O mesmo procedimento foi utilizado com todas as outras citações em língua estrangeira.

A interpretação da matéria reiterou muitas das considerações feitas por seus vários comentadores, dentre os quais se destacam Keenan Kmiec e Craig Green, relativamente à ambígua gama de significação, bem como à falta de uma valoração positiva ou negativa para a expressão. No entanto, apesar de a matéria não ter clareado a terminologia, o contexto específico por ela traçado, relativamente à Suprema Corte norte-americana, na década de 40, conduziu a um estudo ainda mais aprofundado da história político-jurídica norte-americana, à época. Sem essa persecução não seria possível compreender o contexto no qual ocorrera a publicação e sobre o qual ela se debruçava.

Retomou-se, portanto, ainda no primeiro Capítulo, a tradição jurídica mais remota dos Estados Unidos, primordial para se estabelecer contornos menos alargados para a locução. Optou-se, na linha da doutrina majoritária, por contrariar a neutralidade do articulista e qualificá-la negativamente. Com isso, reduziu-se a sua versatilidade semântica, estabelecendo-se como premissa da pesquisa, a identificação de decisões ativistas como sinônimo de um exercício jurisdicional excessivo ou irregular. Ainda assim, foi preciso investigar o conteúdo possível dos erros judiciais, que continuavam a ampliar o seu espectro de significado.

As críticas empreendidas à atuação judicial, em solo estadunidense, eram antigas, o que conduziu à investigação do próprio contexto de independência das 13 Colônias americanas. Retomar a paradigmática decisão *Marbury v. Madison* foi imprescindível para se compreender o *judicial review* e o reconhecimento de uma terceira esfera de poder, autônoma, mesmo diante da forte desconfiança, remanescente do jugo britânico, dos colonos em relação aos juízes. O *leading case* julgado por Marshall evidenciou, outrossim, o processo de legitimação da autorização conferida ao Judiciário para dizer, em última instância, quais atos normativos violariam ou não a Constituição americana. Estabeleceu-se, assim, a supremacia constitucional e a autonomia dos juízes para interpretarem as normas jurídicas.

O desenho institucional formulado confundia-se, no entanto, com a ingerência indevida do Judiciário nas demais esferas de poder. Diferenciou-se, nesse sentido, distintas polêmicas: a divergência sobre quem deve exercer o poder de dizer o significado do direito, de forma definitiva, do modo como juízes devem exercer a jurisdição constitucional. Interessou ao estudo, a problematização da segunda discussão, que tangencia a questão mais específica dos limites legítimos da

interpretação judicial. Esvaziar esse equívoco permitiu descartar a correlação errônea, tradicionalmente feita, entre o *judicial review* e o “ativismo judicial”.

O estudo da lógica dos precedentes judiciais se revelou importante, ainda, para desfazer outra associação equivocada e muito comum. Confunde-se, com relativa frequência, a não observância de uma decisão jurisprudencial anterior, por razões fundamentadas juridicamente, com o “ativismo judicial”. O simples fato de um tribunal não seguir seus próprios precedentes não constitui uma base legítima para taxá-lo, pejorativamente, de ativista, antes que seja feita uma análise dos argumentos emprestados à decisão.

A tentativa de se compreender os limites de atuação do Poder Judiciário sempre caminhou junto à busca de um entendimento mais inteiriço para o próprio fenômeno jurídico. Só foi possível compreender o conceito de “ativismo judicial” após se estabelecer uma distinção entre interpretação/aplicação do direito, por um lado, e criação discricionária, por outro. Na primeira vertente, o juiz estaria adstrito à jurisdição regular, ou seja, atuaria de acordo com o papel adequado àquele que se coloca na posição de intérprete das normas jurídicas de uma comunidade. Na segunda vertente, por sua vez, haveria um exercício anômalo de uma função legislativa, de criação de direito novo, incompatível com as funções jurídicas.

Como estabelecer, todavia, a fronteira tênue existente entre discricionariedade e justiça? O primeiro Capítulo deixou evidente que o potencial semântico da expressão é condicionada pela concepção de direito adotada pelo pesquisador, de forma tácita ou declarada. De outra forma, a crítica ou o enaltecimento do ativismo, no âmbito da jurisdição constitucional, pressupõe a fixação do que se considera como uma atuação regular dos tribunais. Tradicionalmente, entretanto, o que se observa é o emprego da locução sem qualquer comunicação do modelo de direito adotado. Esse talvez seja o motivo principal de sua obscuridade e inutilidade no debate atual. Por essa razão, ainda na primeira parte do trabalho, após identificada a sua valoração, majoritariamente negativa, no debate jurídico norte-americano, problematizou-se algumas leituras interpretativas da Constituição, que podem restringir (a exemplo do “originalismo” de Antonin Scalia) ou ampliar (como o “construtivismo” de Ronald Dworkin) a jurisdição constitucional.

Assim, fez-se necessário perpassar, ainda que de forma intermediária, o confronto entre concepções distintas de interpretação judicial, para dimensionar o

caráter multifacetado da terminologia, a depender das premissas adotadas para identificar o ativismo. Há que se salientar, nesse sentido, que não há uma escolha neutra, mas invariavelmente argumentativa, de um conceito de direito que possa melhor explicar as nossas práticas sociais, especialmente a jurídica.

É importante ressaltar, no entanto, que a importante e espinhosa reflexão sobre o significado do direito percorreu momentos singulares no pensamento filosófico, dentre os quais se destacam, pela riqueza das ideias produzidas, algumas correntes filosóficas, conhecidas como “positivistas” e “pós-positivistas”. Em todas, há, como não poderia deixar de ser na seara da filosofia, luzes novas e leituras distintas sobre valores abstratos e tão caros à humanidade, como justiça, segurança jurídica e legitimidade.

Pode-se dizer que determinadas formulações teóricas criaram uma verdadeira tradição positivista ao longo dos séculos XVIII, XIX e XX, dentre as quais se insere, principalmente, a tendência natural de se delimitar o campo jurídico, extirpando-se, das decisões judiciais, juízos valorativos. Ainda que não houvesse uma tradição uníssona no positivismo, há um eixo em comum presente nas ideias de alguns dos mais importantes teóricos inscritos nessa tradição: fornecer conceitos jurídicos apartados dos conceitos próprios da moral. O “pós-positivismo”, por sua vez, exsurge com essa acepção, a partir da Segunda Grande Guerra, e representa uma mudança paradigmática na maneira de se interpretar e aplicar as normas, principalmente pela imbricação necessária, defendida pelos filósofos inscritos nessa tradição, entre o direito e a moral.

A vasta tradição inerente a cada uma dessas correntes impede que se tente uniformizá-las, desconsiderando os diversos matizes que lhe são intrínsecos. O estudo de cada uma poderia constituir objeto autônomo de pesquisa. Dessa forma, a pesquisa cumpre a função de apresentar, de modo razoavelmente justificado, algumas concepções de jurisdição constitucional que pareçam mais elaboradas para explicar o fenômeno jurídico.

Com esse recorte, assumiu relevância no estudo, o debate empreendido entre Ronald Myles Dworkin, importante filósofo norte-americano e um dos grandes expoentes da filosofia política atual, e Herbert Lionel Adolphus Hart, filósofo de origem britânica, que desenvolveu uma sofisticada teoria sobre o positivismo jurídico, nos marcos da filosofia analítica.

Dentro da perspectiva inicial proposta na primeira parte da pesquisa, na qual se estabeleceu uma conexão necessária entre o “ativismo judicial” e a usurpação de poderes pelo Judiciário, tentou-se, em um segundo momento, buscar respostas sobre qual seria a fronteira entre o exercício regular e o anômalo da jurisdição constitucional. Essa tarefa só foi possível, partindo-se de uma leitura moral da Constituição. Por conseguinte, para interpretar o significado do “ativismo judicial”, fez-se especialmente importante o referencial epistemológico — marco teórico adotado pela presente pesquisa: a teoria do direito proposta por Ronald Dworkin. O estudo mais aprofundado da sua abordagem jurídica, no decorrer da segunda parte do trabalho, serviu de norte para todas as conclusões da pesquisa.

Assim sendo, o segundo capítulo trabalhou a teoria dworkiana e o seu diálogo com a filosofia de Hart. Para desconstruir os alicerces do pensamento positivista, Dworkin precisou reformular o próprio conceito de direito desenvolvido pelo positivista, o que realizou, alicerçando-se sobre a ideia de integridade política, razão pela qual a sua teoria foi denominada de “teoria da integridade do direito”.

Dworkin, ao refletir sobre a prática dos tribunais norte-americanos, percebeu que as divergências jurisprudenciais versavam sobre o fundamento das leis: o que o direito realmente é e exige em um caso concreto. Com isso, constatou existirem divergências teóricas nos *hard cases* (casos difíceis): o direito não é apenas o que as instituições jurídicas afirmam que seja (como pretendiam os “convencionalistas”, a exemplo de Hart); caso contrário, as leis não suscitariam dúvidas sobre o verdadeiro direito das partes.

Assim, o autor suscitou uma questão fulcral para a discussão, atinente à legitimidade das decisões judiciais, em sua primeira obra — *Taking rights seriously* (*Levando os direitos a sério*) — publicada na década de 70, ao criticar a teoria desenvolvida por Hart, pouco tempo antes (1961), em seu livro — *The concept of law* (*O conceito do direito*). Esclareceu que a existência de um sistema jurídico incompleto, nos moldes propugnados pelo filósofo positivista, e, conseqüentemente, a existência de um poder judicial discricionário maculariam a legitimidade das decisões judiciais e a segurança jurídica, bem como desintegrariam os alicerces de um Estado Democrático. Dentre as razões elencadas, estariam a afronta à separação dos poderes — condição para a democracia — tendo em vista a outorga, aos magistrados, de uma função legislativa derivada e o não reconhecimento de padrões jurídicos vinculantes, explícitos e implícitos.

A tese do autor norte-americano é um marco na filosofia do direito porque coloca em evidência novos padrões no campo jurídico — princípios implícitos — impossíveis de serem identificados por sua linhagem, a partir de um “teste de *pedigree*” — denominação adotada pelo autor, em alusão à “regra de reconhecimento” proposta por Hart. Inova, de outra forma, por trazer uma nova metodologia para o estudo do fenômeno jurídico, a partir da qual constrói uma teoria do direito alicerçada nos desacordos jurídicos.³

Dworkin travou ainda outro árido debate, dessa vez, com o realismo jurídico — movimento que floresceu no início do século XX, especialmente na esfera jurídica norte-americana — e ganhou novo ímpeto na década de 70, quando passou a ser denominado de pragmatismo jurídico. Os realistas introduziram um conceito de direito instrumental e preocuparam-se em desenvolver uma “teoria consequencialista”, com ênfase na atividade judicial.

A abordagem pragmática do direito gerou profundas críticas de Dworkin ao longo de grande parte de seus escritos, principalmente no livro *Law's Empire* (*O império do direito*), de 1986, bem como na obra mais recente, intitulada *Justice in robes* (*Justiça de toga*) — datada de 2006. O autor negou, de forma reiterada e explícita, a possibilidade de os juízes criarem direito com base unicamente em suas próprias convicções morais. Nesse sentido, a pesquisa trouxe à tona parte do diálogo entre Dworkin e Richard Posner — importante representante da tradição pragmatista — com o objetivo de atrelar esse último movimento à acepção mais genuína do significado de “ativismo judicial”, dentro da perspectiva de direito dworkiana.

Para Dworkin, os princípios deverão ser revelados de forma a apresentar o conjunto da jurisdição em sua melhor luz, integrando todos os demais princípios compartilhados pela comunidade política em uma verdadeira unidade de valor.

Como alternativa à tese de discricionariedade hartiana e ao realismo jurídico norte-americano, Dworkin elaborou a sua importante teoria do direito. A forte crítica empreendida pelo filósofo ao “ativismo judicial”, atrelado à perspectiva pragmática do direito, não deixa dúvidas quanto à impropriedade de classificá-lo como ativista, ao menos para aqueles que partilham de uma concepção de jurisdição constitucional

³ A menção a essa inovação metodológica foi pontuada pelo professor Ronaldo Macedo, na palestra intitulada *Do xadrez à cortesia* — proferida na Faculdade de Direito da UFMG, em 09 de dezembro de 2013.

mais qualificada, sem deixar de estar limitada por critérios objetivos de moralidade política.

Dworkin desenvolveu a ideia segundo a qual não é dado ao constituinte originário formular concepções específicas ou pontos de vista individuais e essencialmente subjetivos, sobre a justiça e outros valores abstratos. De outra forma, os legisladores precisariam elaborar conceitos de justiça, passíveis de uma constante atualização pelos intérpretes, que devem se manter fiéis aos princípios constitucionais, expressos ou subjacentes às regras jurídicas. O conceito fixaria um padrão a ser seguido pelos juízes, ao desenvolverem as suas próprias concepções de justiça.

O filósofo argumentou, nesse sentido, que a escolha legislativa de elaborar normas constitucionais abertas torna necessária uma “leitura moral” da Constituição, exatamente porque a linguagem abstrata adotada incorpora princípios de moralidade objetiva. Isso só poderia ser feito, abandonando-se a ilusão de aplicação de métodos lógicos, que pudessem conduzir a uma verdade absoluta, dada aprioristicamente por alguma convenção. Essa perspectiva lançaria o magistrado em um embate argumentativo sobre o verdadeiro fundamento do direito. A disputa interpretativa forneceria, então, os melhores “argumentos de princípio” para a construção de uma decisão judicial correta, capaz de elaborar a melhor concepção dos valores compartilhados pela comunidade.

Almeja-se com a pesquisa, confirmar a hipótese de que a teoria dworkiana, para os adeptos da leitura moral, não pode ser confundida com o “ativismo judicial”, cuja valoração, à despeito da versatilidade da locução, deve ser negativa, em virtude do contexto histórico-jurídico ao qual está atrelada. A pesquisa fixou como conceito de “ativismo judicial”, a atitude interpretativa judicial que se projeta para além da fronteira jurídica, ancorando-se, precipuamente, em critérios de moralidade subjetiva. Recorreu, por conseguinte, à perspectiva de direito proposta por Dworkin. Por esse viés metodológico, identificou o “ativismo judicial” ao conceito de direito instrumental, defendido pelo pragmatismo jurídico norte-americano.

Importa salientar, por fim, que não foi objeto da pesquisa analisar julgados do Supremo Tribunal Federal, no Brasil, tampouco fazer a tradicional distinção entre “judicialização da política” e “ativismo judicial”. Limitou-se, nesse sentido, a indagar sobre a perspectiva filosófica suscitada pela locução cunhada por Schlesinger.

CAPÍTULO I – ATIVISMO JUDICIAL: do que verdadeiramente estamos falando?

“Nossa língua é rica o bastante para permitir razoável grau de discriminação e escolha das palavras que usamos para dizer o que queremos dizer, e nossa escolha, portanto, vai depender da pergunta a que estamos tentando responder, de nosso público e do contexto no qual falamos.”⁴

(Ronald Dworkin — *O império do direito*)

“A história é um elemento essencial para esse projeto porque, para saber o que uma pessoa quis dizer quando disse alguma coisa, temos de saber algo acerca das circunstâncias em que ela se encontrava quando disse aquilo.”⁵

(Ronald Dworkin — *O direito da liberdade: a leitura moral da Constituição norte-americana*)

Nos últimos tempos, a locução “ativismo judicial” tem ocupado papel de destaque nos debates jurídico-constitucionais dos países democráticos,⁶ especialmente no Brasil.⁷ A razão mais óbvia repousa, por certo, sobre a imensa divergência por ela suscitada, acerca dos limites impostos ao exercício legítimo da

⁴ DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. Trad. Jefferson Luis Camargo. 2.ed. São Paulo: Martins Fontes, 2010. p.128.

⁵ DWORKIN, Ronald. *O direito da liberdade: a leitura moral da Constituição norte-americana*. Trad. Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p.12.

⁶ Em pesquisa desenvolvida nos Estados Unidos, Keenan D. Kmiec revelou que a expressão “ativismo judicial” foi empregada em 3.815 artigos, durante a década de 90, e em mais 1.817 artigos, entre os anos de 2000 e 2004 (KMIEC, Keenan D. The origin and current meaning of “Judicial Activism”. *California Law Review*, v.92, p.1.441-1.442, 2004. Disponível em: <http://scholarship.law.berkeley.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1324&context=californialawrevie>. Acesso em: 10 fev. 2013).

⁷ Sobre a importância do contexto norte-americano para a discussão em solo brasileiro: “A Constituição do Brasil tem pelo menos duas características muito diferentes da Constituição dos Estados Unidos: é consideravelmente maior e de uma safra bem mais recente. Embora as Constituições sejam diferentes, os sistemas de governo são impressionantemente similares: esses são os dois países mais populosos do hemisfério ocidental, ambos possuem um Poder Executivo nacional separado e eleito, e ainda, ambos possuem um Poder Judiciário com poder para invalidar leis que conflitem com a Constituição. Portanto, é de se supor que, frequentemente, apareçam problemas semelhantes nos dois países” (LAURENCE, Tribe; DORF, Michael. *Hermenêutica constitucional*. Trad. Amarilis de Souza Birchal. Belo Horizonte: Del Rey, 2007. p.xii).

função jurisdicional. O motivo primeiro do dissenso, entretanto, parece recair sob algo preliminar à própria reflexão: a apreensão do próprio significado da expressão.

Discutir as consequências e controvérsias que gravitam em torno do termo exige, antes, uma digressão histórica sobre sua origem e contexto, a fim de possibilitar uma compreensão mais clara do debate. Buscar uma maior precisão conceitual para a expressão se torna fundamental para dissipar mistificações sobre o tema e permitir uma valoração adequada do papel a ser desempenhado pelo Judiciário nos países de tradição democrática.

O entrelaçamento de definições sobre o termo conduz a um debate muitas vezes estéril acerca dos limites da interpretação constitucional, tendo em vista as diferentes premissas estabelecidas. Por essa razão, para que a comunicação de ideias não se torne contraproducente,⁸ é importante esclarecer os significados controversos do termo, quando empregado em diferentes contextos. Isso não significa extirpar por completo quaisquer divergências, mas delimitá-las dentro de um contexto aceitável de argumentação, que sempre e inegavelmente ainda dependerá da concepção de direito encampada.

O objetivo deste trabalho é dar sequência ao estudo, ainda incipiente no Brasil, sobre os sentidos da expressão “ativismo judicial”, empregados tanto para enaltecer como também para criticar decisões judiciais, sob diversas argumentações de fundo. Não há um consenso, no meio jurídico nem fora dele, sobre a fronteira tênue existente entre as esferas jurídica e política. Tocqueville, séculos atrás, constatou uma realidade, que não é específica da cultura norte-americana, apesar de ter se referido à mesma: “É muito difícil existir, nos Estados Unidos, uma questão política que não se transforme, mais cedo ou mais tarde, em uma questão jurídica”.⁹

A referência ao debate público estadunidense torna-se imprescindível para o estudo que aqui se propõe, tanto por se adotar a “teoria da integridade” de Ronald Dworkin — filósofo norte-americano — como marco teórico do trabalho, como por ser a terra berço do termo, incorporado posteriormente no Brasil. Outra razão fundamental para o paralelo estabelecido entre essas duas diferentes culturas

⁸ KMIEC, Keenan D. The origin and current meanings of “Judicial Activism”. *California Law Review*, v.92, p.1.442, 2004. Disponível em: <http://scholarship.law.berkeley.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1324&context=californialawrevie>. Acesso em: 15 fev. 2013

⁹ TOCQUEVILLE, Alexy de. *A democracia na América: leis e costumes de certas leis e certos costumes políticos que foram naturalmente sugeridos aos americanos por seu Estado social democrático*. Trad. Eduardo Brandão. 2.ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005. p.123.

jurídicas é a universalidade da discussão sobre a legitimidade da interpretação jurídica no contexto filosófico, especialmente na seara da hermenêutica constitucional.¹⁰

A pretensão, ao se analisar mais amplamente a tradição histórica do “ativismo judicial”, é evitar o aviltamento do vocábulo e a sua apropriação indevida. Isso só poderá ser feito mediante um estudo mais acurado do termo, que sirva de estímulo para um constante e permanente controle, por parte da sociedade, de abusos judiciais atentatórios à integridade do direito. Afinal, onipotência, como bem apontado por Tocqueville, é uma coisa má e perigosa,¹¹ principalmente para aqueles que exercem uma grande influência sobre o próprio destino da sociedade.

Assim, o intuito de se adentrar à plurissignificação da locução é o de precisar, com mais consistência, dentre as críticas tão comumente proferidas em seu nome, aquelas merecedoras de respaldo, evitando-se o esvaziamento da discussão, por uma mera imprecisão semântica.

Explicada a razão dessa persecução, passa-se, então, a uma digressão histórica das raízes da locução. Afinal, como ponderado por Zagrebeksky, a dimensão histórica do direito constitucional não é um acidente anedótico, o qual se busca com o propósito de satisfazer somente o gosto pela antiguidade ou curiosidade pelas realizações do espírito humano; ao contrário, poderia ser um elemento constitutivo do direito constitucional atual.¹² Interessa, portanto, ao trabalho, o passado utilizável ou aquilo que influiu no presente.¹³

¹⁰ Importante compreender que, nas palavras de Fernandes, “[...] toda hermenêutica (jurídica) só pode ser por definição hermenêutica constitucional (ainda que haja algumas diferenças entre normas infraconstitucionais e normas constitucionais que não podem ser olvidadas)” (FERNANDES, Bernardo Gonçalves. *Curso de Direito Constitucional*. 3.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p.156).

¹¹ “O seu exercício parece-me acima das forças do homem, qualquer que ele seja: apenas vejo Deus podendo, sem perigo, ser Todo-Poderoso, porque a sua sabedoria e a sua justiça são sempre iguais ao seu poder. Não há, pois, sobre a Terra, autoridade que possa agir sem controle e dominar sem obstáculos. Portanto, quando vejo conceder-se o direito e a faculdade de tudo fazer a qualquer poder, quer se chame povo ou rei, democracia ou aristocracia, quer se exerça numa monarquia ou numa república, digo: lá está o germe da tirania; e procuro viver sob outras leis” (TOCQUEVILLE, Alexy de. *A democracia na América: leis e costumes de certas leis e certos costumes políticos que foram naturalmente sugeridos aos americanos por seu Estado social democrático*. Trad. Eduardo Brandão. 2.ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005. p.295).

¹² ZAGREBELSKY, Gustavo. *História y constitución*. Trad. Miguel Carbonell. Madrid: MinimaTrotta 2005. p.91.

¹³ RODRIGUES, Lêda Boechat. *A Côte Suprema e o Direito Constitucional americano*. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1958. p.14.

Dessa forma, verifica-se na literatura jurídica,¹⁴ que a nomenclatura *judicial activism* teria sido cunhada, pela primeira vez,¹⁵ por Arthur Schlesinger Junior, ao publicar um artigo denominado — *The Supreme Court: 1947* — na revista *Fortune*,¹⁶ cujo viés é predominantemente informativo, quanto ao contexto histórico-político da Suprema Corte na década de 40. Credita-se, em grande medida, a enorme repercussão do ensaio à notoriedade e credibilidade de Schlesinger, vencedor do prêmio *Pulitzer* em 1946, período no qual lecionava história na Universidade de Harvard.¹⁷

A publicação, destinada a um público-alvo leigo, se propunha a retratar, como o próprio título da matéria sugere, a Suprema Corte, após as nomeações de sete novos juízes (*Justices*¹⁸), feitas pelo presidente Franklin Delano Roosevelt, em 1937. O artigo esboçou, ao longo de suas 10 páginas — intercaladas, em diversos pontos, por propagandas publicitárias e outras publicações diversas¹⁹ — um panorama político da Suprema Corte.²⁰

¹⁴ BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Em busca de um conceito fugidio: o ativismo judicial. In: FELLET, André Luiz Fernandes; GIOTTI, Paula Daniel; NOVELINO, Marcelo (Org.). *As novas faces do ativismo judicial*. Bahia: Editora JusPodivm, 2011. p.389.

¹⁵ Craig Green esclarece que: "Embora Schlesinger estivesse ciente de que havia popularizado esses termos, ele também escreveu que 'teve a ideia e, talvez, os termos também, a partir de [Thomas] Reed Powell', a quem ele havia entrevistado e conhecia de Harvard." Tradução da autora a partir do original: "*Although Schlesinger was aware that he had popularized these terms, he also wrote that he 'got the idea, and perhaps the terms too, from [Thomas] Reed Powell', whom he had interviewed and knew from Harvard.*" (GREEN, Craig. An intellectual history of judicial activism. *Emrory Law Journey*, v.58, p.1.203, nota 19, 2009; Temple University Legal Studies Research Paper n.2009-32. Disponível em: <http://ssrn.com/abstract=1410728>. Acesso em: 09 fev. 2013).

¹⁶ Interessante notar ainda a observação feita por Green, quando afirma que a elaboração da matéria baseou-se, dentre outros dados, em entrevistas feitas por Schlesinger com quase todos os *Justices*, especialmente Felix Frankfurter. Nesse sentido: "Como um 'amigo' dos pais de Schlesinger, Frankfurter tinha sido notavelmente 'gentil' e 'afeiçoado' a Schlesinger e sua esposa; os laços pessoais que ligavam Schlesinger à Frankfurter também foram sustentados por sua 'amizade próxima' com três estudantes de Harvard, que estavam entre os primeiros empregados de Frankfurter." Tradução da autora a partir do original: "*As a 'pal' of Schlesinger's parents, Frankfurter had been notably 'kind to' and 'fond of' Schlesinger and his wife; Schlesinger's personal ties to Frankfurter were also bolstered by his 'close friendship' with three Harvard students who were among Frankfurter's first clerks.*" (GREEN, Craig. An intellectual history of judicial activism. *Emrory Law Journey*, v.58, nota 20, p.1.209, nota 19, 2009; Temple University Legal Studies Research Paper n.2009-32. Disponível em: <http://ssrn.com/abstract=1410728>. Acesso em: 09 fev. 2013).

¹⁷ GREEN, Craig. An intellectual history of judicial activism. *Emrory Law Journey*, v.58, nota 42, p.1.207, 2009. Temple University Legal Studies Research Paper n.2009-32 (Disponível em: <http://ssrn.com/abstract=1410728>. Acesso em: 09 fev. 2013).

¹⁸ A palavra "*Justice*" pode ser empregada para designar: "Ministro do Tribunal; juiz membro do Tribunal, Juiz de segunda instância" (MELLO, Maria Chaves. *Dicionário Jurídico português-inglês, inglês-português*. 9.ed. São Paulo: Método, 2009. p.816). Ressalta-se ainda que o Presidente da Suprema Corte norte-americana é denominado de "*Chief Justice*".

¹⁹ SCHLESINGER JUNIOR, Arthur. *The Supreme Court: 1947*. *Fortune*, v.XXXV, n.1, p.200-206, jan.1947.

²⁰ As fotos dos juízes aparecem sempre atreladas a uma sucinta descrição. Black é apontado como cortês e amigável, mas também duro e frio em questões preocupantes; Douglas, por sua vez, é

É importante salientar que, a despeito de o termo ter sido utilizado, pela primeira vez, nessa matéria, a crítica sobre os contornos legítimos do exercício da jurisdição é mais remota nos Estados Unidos.²¹ Craig Green, em importante estudo realizado sobre as bases históricas e o significado da locução, esclarece que “embora a proeminência do ativismo judicial se deva muito a eventos posteriores a 1947, o termo também cristalizava ansiedades sobre o ato de julgar, que são mais antigas do que o ensaio de Schlesinger.”²² Como evidência dessa continuidade de um debate anterior e bastante recorrente, a escolha do marco temporal pelo historiador não pode ser considerada fortuita; ao contrário, evidencia a sua opção em conhecer o perfil dos *Justices*, na nova composição da Suprema Corte, após o fim da paradigmática “Era Lochner”,²³ iniciada com o *leading case*²⁴ *Lochner v. New York*,²⁵ de 1905.

No julgado em questão, Joseph Lochner, dono de uma padaria na cidade de Utica, foi multado por violar a Lei *Bakeshop*, promulgada em 1897 pelo Estado de Nova Iorque, que, por questões de saúde pública, limitava a jornada de trabalho de padeiros a 10 horas diárias ou 60 horas semanais. A sentença de primeira instância,

caracterizado por ser engajado, ambicioso, esperto e astuto. Murphy é descrito como tenso e dramático. Rutledge é comparado em sua personalidade a Murphy por terem a mesma paixão. Frankfurter, ex-professor da Universidade de Harvard, seria uma pessoa animada, preocupada e contenciosa, segundo as descrições de Schlesinger. Ainda, Jackson e Burton são descritos pelos posicionamentos defendidos e não tanto por suas personalidades. (SCHLESINGER JÚNIOR, Arthur. *The Supreme Court: 1947. Fortune*, v.XXXV, n.1, p.200-206, jan.1947, p.75-78).

²¹ Para maiores aprofundamentos, sugere-se o texto: GREEN, Craig. An intellectual history of judicial activism. *Emory Law Journal*, v.58, 2009. Temple University Legal Studies Research Paper; n. 2009-32 (Disponível em: <http://ssrn.com/abstract=1410728>. Acesso em: 12 mar. 2013).

²² Tradução da autora a partir do original: “*Although judicial activism’s prominence owes much to events after 1947, the term also crystallized anxieties about judging that are much older than Schlesinger’s essay*” (GREEN, Craig. An intellectual history of judicial activism. *Emory Law Journal*, v.58, p.1.209, 2009; Temple University Legal Studies Research Paper n.2009-32. Disponível em: <http://ssrn.com/abstract=1410728>. Acesso em: 12 mar. 2013).

²³ Sobre o contexto da decisão, Azevedo explica que: “Lochner simbolizou um período de jurisprudência conservadora da Suprema Corte (Era Lochner), marcada pela ideologia do *laissez faire* e por uma leitura amplificada da Emenda Décima Quarta e de sua cláusula do devido processo legal substancial. Aplicando um teste muito rigoroso de legitimidade, a Corte declarou inconstitucionais várias leis federais e estaduais de caráter regulatório e social, que dispunham sobre salários mínimos, limites de horas diárias e semanais de trabalho, contratação preferencial de empregados sindicalizados, estímulo à associação de trabalhadores, etc.” (CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. *Dimensões do ativismo judicial no Supremo Tribunal Federal*. 2012. Dissertação (Mestrado em Direito Público) – Faculdade de Direito, Universidade Estadual do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2012. p.41-42 *apud* NOVELINO, Marcelo. A influência da opinião pública no comportamento judicial dos membros do STF. FELLET, André; NOVELINO, Marcelo (Org.). *Constitucionalismo e democracia*. Salvador: JusPodivm, 2013. Nota de rodapé 47, p.287).

²⁴ A expressão “*leading case*” pode significar: “Caso que forma um precedente judicial; caso que se torna uma norma jurisprudencial” (MELLO, Maria Chaves. *Dicionário Jurídico português-inglês, inglês-português*. 9.ed. São Paulo: Método, 2009. p.827).

²⁵ *Lochner v. New York*, 198 U.S. 45.

confirmada pelo Tribunal de Apelação, condenou o empregador ao pagamento de uma multa ou à prisão, pelo período de 50 dias. Não satisfeito, o apelante recorreu à Suprema Corte, sob a alegação de tratar-se de uma lei inconstitucional, que violaria a sua liberdade de contrato, amparada pela Décima Quarta Emenda.²⁶

A Corte, conhecida como “Governo de Juízes”,²⁷ por representar uma doutrina da supremacia judicial,²⁸ acatou as alegações de Lochner. Os juízes fundamentaram a invalidação da lei em uma interpretação ampla da Décima Quarta Emenda, entendendo tratar-se de uma intervenção ilegal e abusiva do Estado no domínio econômico. Segundo o entendimento da Corte, a cláusula do devido processo legal (*due process of law*²⁹) incluiria a liberdade contratual entre empregados e empregadores como parte importante da liberdade individual a ser protegida. Argumentou-se que não existiam elementos fáticos razoáveis a legitimar o poder de

²⁶ “EMENDA XIV. Todas as pessoas nascidas ou naturalizadas nos Estados Unidos e sujeitas à sua jurisdição são cidadãs dos Estados Unidos e do Estado-membro onde residam. Nenhum Estado-membro poderá fazer ou aplicar nenhuma lei tendente a abolir os privilégios ou as imunidades dos cidadãos dos Estados Unidos; nem poderá privá-los da vida, liberdade, ou propriedade, sem o devido processo legal; nem poderá denegar a nenhuma pessoa sob sua jurisdição igual proteção das leis” (RAMOS, João Gualberto Garcez. *Curso de direito penal norte-americano*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006. p.269). Tradução a partir do original: “AMENDMENT XIV, *American Bill of Rights*. Passed by Congress June 13, 1866. Ratified July 9, 1868. Section 1. “All persons born or naturalized in the United States and subject to the jurisdiction thereof, are citizens of the United States and of the State wherein they reside. No State shall make or enforce any law which shall abridge the privileges or immunities of citizens of the United States; nor shall any State deprive any person of life, liberty, or property, without due process of law; nor deny to any person within its jurisdiction the equal protection of the laws” (Disponível em: http://www.archives.gov/exhibits/charters/constitution_amendments_11-27.html. Acesso em: 21 jul. 2013).

²⁷ Cf.: RODRIGUES, Lêda Boechat. A Corte Suprema dos Estados Unidos e o ‘Governo de Juízes’ (1895-1937). *Revista Forense*, v,161, p.63-85, 1955.

²⁸ SCHAWARTZ, Bernard. *Direito Constitucional americano*. Rio de Janeiro: Forense, 1966. p.257.

²⁹ Costa relembra que, apesar de a cláusula do devido processo legal ter sido citada pela primeira vez na decisão *Dred Scott* (1857), os seus efeitos nevrálgicos fizeram a Corte abandonar a sua interpretação durante anos. Nesse sentido, o autor complementa: “A exigência do *due process of law* foi introduzida na Constituição norte-americana em 1789 por meio da Quinta Emenda, a qual estabelece que ninguém será privado da vida, liberdade ou propriedade sem o devido processo legal. Em princípio, entendeu-se que isso significava apenas a garantia de um processo minimamente adequado e, por isso, a Suprema Corte não operou qualquer desenvolvimento jurisprudencial desse princípio por praticamente um século. Um dos fatores que contribuíram para essa ausência de interesse na cláusula do *due process* foi o fato de que o devido processo era exigível apenas da União, e não dos Estados. Como o *Bill of Rights* estabelecia uma série de direitos e garantias individuais, a Suprema Corte podia implementar esses direitos fundamentais de forma direta, sem a necessidade de mediar essa aplicação por meio de referências ao *due process*. A cláusula do devido processo apenas começou a adquirir uma maior importância em 1868, com a aprovação da Décima Quarta Emenda, a qual dispunha que nenhum Estado poderia privar alguém de vida, liberdade ou propriedade sem o devido processo legal. Entretanto, não foi promulgada quanto aos Estados uma declaração de direitos que pudessem ser exigidos frente ao Judiciário. Com isso, a cláusula do *due process* passou a desempenhar uma nova função na jurisprudência da Suprema Corte, servindo como instrumento conceitual que possibilitava à Corte impor aos Estados os direitos consagrados no *Bill of Rights*” (COSTA, Alexandre Araújo. *O controle da razoabilidade no Direito Comparado*. Brasília: Thesaurus, 2008. p.58-59).

polícia no caso em tela, razão pela qual a invasão ao direito de subsistência do indivíduo, a quem competiria negociar o seu trabalho, violaria a Constituição. Ainda, segundo a Suprema Corte, “o direito de comprar ou vender trabalho é parte da liberdade protegida por essa emenda, a menos que haja circunstâncias que excluam o direito”.³⁰ Dessa feita, para Araújo Costa,³¹ a opção ideológica da Corte, pela defesa do liberalismo clássico, tornou possível desenvolver métodos para a proteção do direito de propriedade, frente às inovações no campo do direito trabalhista.

O julgamento do caso *Lochner* serviu como marco a sublinhar a linha conservadora — favorável à não intervenção do Estado nas políticas econômicas — adotada pelos juízes da Suprema Corte, no período de 1895 a 1937,³² especialmente no primeiro *New Deal* (1933-1934)³³ e início do segundo,³⁴ quando se chegou a 50 declarações de inconstitucionalidade.³⁵ Nesse sentido, Rodrigues

³⁰ COSTA, Alexandre Araújo. *O controle da razoabilidade no Direito Comparado*. Brasília: Thesaurus, 2008. p.57.

³¹ COSTA, Alexandre Araújo. *O controle da razoabilidade no Direito Comparado*. Brasília: Thesaurus, 2008. p.63.

³² Esse intervalo temporal corresponde ao terceiro período da história da Suprema Corte, iniciado sob a presidência de Melville Weston Fuller, em 1888, marcado por uma *construction* estrita de todos os poderes federais em face da liberdade política e da iniciativa econômica do cidadão, assim como dos poderes federais em face dos direitos dos Estados (RODRIGUES, Lêda Boechat. *A Côrte Suprema e o Direito Constitucional americano*. Rio de Janeiro: Forense, 1958. p.97).

³³ Sobre o contexto político do primeiro *New Deal*, Crouzet relembra que: “Quando F. D. Roosevelt assume o poder, em março de 1933, a crise atingira seu paroxismo. Ao mesmo tempo que toma medidas imediatas para salvar, através de aditamentos, os bancos em dificuldades e para levar auxílio aos agricultores cuja situação é dramática, concebe a necessidade de um programa conjunto de reerguimento nacional. [...] Essa política intervencionista foi o *New Deal*, que o próprio F. D. Roosevelt definiu como ‘uma nova concepção dos deveres e das responsabilidades do governo com respeito à economia mundial.’” (CROUZET, Maurice. *Os Estados Unidos e o New Deal*. In: FARIA, Ricardo de Moura; MARQUES, Adhemar Martins; BERUTTI, Flávio Costa. *História*. Terceiro Volume. Belo Horizonte: Editora Lê, 1993. p.281).

³⁴ “Estudiosos consideram que o *New Deal* dividiu-se historicamente em duas fases. Na primeira (1933-34), o governo buscou alcançar a recuperação econômica e proporcionar alívio social do enorme desemprego e miséria através de programas de regulação da agricultura e dos negócios, controle da inflação, estabilização de preços e obras públicas. A segunda fase do *New Deal* (1935-41), enquanto prosseguia com as medidas de recuperação econômica e auxílio social, aprovou uma série de leis no campo econômico e social para beneficiar a massa do povo trabalhador. O sistema de seguridade social foi estabelecido em 1935, no ano em que a Administração Nacional da Juventude (NYA) e a Administração de Projetos de Trabalhos (WPA) foram implantadas. A Lei de Padrões Justos de Trabalho (FLSA) passou em 1938. As Leis da Receita (RA) de 1935, 1936 e 1937 proporcionaram medidas para democratizar a estrutura federal de impostos” (Disponível em: <http://operamundi.uol.com.br/conteudo/noticias/10239/hoje+na+historia+1933++roosevelt+apresenta+ao+congresso+o+new+deal+.shtml>. Acesso em: 30 jul. 2013).

³⁵ Como exemplo de declarações de inconstitucionalidade feitas à época do *New Deal*, tem-se: Lei de Economia (1934), Lei Nacional de Reconstrução Industrial (1933), Lei de Aposentadoria dos ferroviários (1934), Lei do Reajustamento Agrícola (1936), Lei de Conservação do Carvão Betuminoso (1935), dentre outras. Ver, respectivamente: *Lynch v. United States*, 292 U. S. 571 (1934), *Panama Refining Co. v. Ryan and Amazon Petroleum Corp. v. Ryan* 293 U. S. 388 (1935), *Railroad Retirement Board v. Alton R.W. Co.*, 295 U. S. 330 (1935), *Rickert Rice Mills v. Fontenot*, 297 U. S. 110 (1936) e *Carter v. Carter Coal Co.*, 298 U. S. 110 (1936).

comenta o cenário conservador da Corte, especialmente com a nomeação de William Howard Taft, ex-Presidente dos Estados Unidos, para assumir a função de *Chief Justice*:

Traduz a jurisprudência da Corte, de 1920 a 1930, o espírito dominante na época: acreditam os detentores do poder econômico que o maior instrumento da comunidade não é o governo, mas o mundo dos negócios; deve-se temer e combater o controle popular, pois a única esfera em que o Estado se mostra útil é na proteção da liberdade individual. A consequência é, então, a proteção exacerbada do capitalismo. [...] participam os três departamentos do Governo da tarefa de traduzir a filosofia política e econômica dominante na prática estatal. Mas coube à Corte Suprema moldá-la no direito constitucional.³⁶

A postura conservadora evidenciada no *leading case* serviu como modelo para a teorização do *substantive due process of law*, empregada em diversos outros julgados para justificar juridicamente a contenção dos avanços da legislação social, principalmente, as leis reguladoras das condições de trabalho, editadas durante a crise de 1929. As teorias formuladas pela Corte sobre o devido processo legal engessaram o Congresso norte-americano, relativamente à regulação do mercado econômico, o que representou a incorporação de uma ortodoxia liberal³⁷ no discurso jurídico.

A jurisprudência constitucional desse período foi marcada, sobretudo, por um enfoque substantivo³⁸ na interpretação da Décima Quarta Emenda³⁹, pela qual a Corte assumiu um papel de participante na condução das próprias diretrizes políticas nacionais, mantendo-se fiel ao *laissez faire* da economia.⁴⁰ Assim, a nova doutrina

³⁶ RODRIGUES, Lêda Boechat. *A Corte Suprema e o Direito Constitucional americano*. Rio de Janeiro: Forense, 1958. p.99-100.

³⁷GARCIA NETO, Paulo. *A influência do realismo jurídico norte-americano no direito constitucional brasileiro*. 187f. 2008, Dissertação (Mestrado em Direito – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo - USP, São Paulo, 2008. p.33).

³⁸ É importante ressaltar que: “A recusa de atribuir um conteúdo substantivo ao devido processo tinha origem em um receio de interferir na harmonia da divisão dos poderes entre o âmbito federal e o estadual” (COSTA, Alexandre Araújo. *O controle da razoabilidade no Direito Comparado*. Brasília: Thesaurus, 2008. p.63-64).

³⁹ O argumento do devido processo legal foi predominante na Era Lochner. Após esse período, outros direitos entraram em ascensão, por exemplo, a cláusula de igual proteção. A análise do *due process of law* ganha importância marcante novamente, principalmente com o *Chief Justice* Burger, na década de 70, no paradigmático caso *Roe v. Wade*, no qual a Suprema Corte apreciou a inconstitucionalidade de uma norma do Estado do Texas que criminalizava o aborto, exceto em casos nos quais esse procedimento era necessário para salvar a vida da mãe.

⁴⁰ Nesse sentido, há algumas jurisprudências importantes, como revela Rodrigues: “Obstáculos e mais obstáculos haviam de deparar-se, porém, às uniões trabalhistas. À greve na Companhia Pullman, em 1894, respondera o Governo Federal com o envio de tropas e a Corte Suprema

formulada não se limitava apenas ao aspecto processual (*fair process*⁴¹) de tomada de decisão, mas reconhecia também uma dimensão substantiva na cláusula do *due process*,⁴² em face da inobservância de padrões mínimos de razoabilidade no exercício da autoridade estatal. Nas palavras de Bernard Schwartz, "ato arbitrário é sinônimo de ato irrazoável e, por isso, o devido processo torna-se um exame de razoabilidade."⁴³ A justificativa para a intervenção da Corte nas políticas públicas e invalidação das leis de caráter social era feita por meio de um teste de "*reasonableness*", extremamente vago e adaptável à filosofia política e econômica adotada pelos juízes.⁴⁴ Representou, outrossim, uma limitação sem precedentes ao

confirmaria a condenação do líder trabalhista *Debs*. Em 1908, numa interpretação inteiramente injustificada, aplicou-se a Lei *Scherman* contra as uniões trabalhistas, considerando-as como combinações em forma de *trust*. Inauguram-se contra elas o uso e abuso da *injunctions* e as punições aos recalcitrantes por *contempt of court*. Fulmina-se de inconstitucionalidade a lei federal que torna ilegais os contratos *yellow dog*, permissivos da dispensa dos empregados de ferrovias interestaduais pertencentes a uniões trabalhistas. Adota-se, em relação às leis sociais, a doutrina da notificação judicial. O controle jurisdicional da constitucionalidade das leis do Congresso e dos Estados Unidos redundava numa proteção à *outrance* do *laissez faire* econômico." Ainda: "O cancelamento judicial da Lei do Imposto de Renda, em 1895, provoca grande descontentamento popular. É a Corte Suprema acusada de fazer política, em lugar de decidir os casos de acordo com a lei, e de ser um instrumento das empresas e dos ricos homens de negócios" (RODRIGUES, Lêda Boechat. *A Corte Suprema e o Direito Constitucional americano*. Rio de Janeiro: Forense, 1958. p.110-111).

⁴¹ A análise procedimental do *due process of law* prestigiava as garantias de ampla defesa e contraditório. Visava, de outra maneira, a garantir que a decisão judicial fosse prolatada mediante um processo adequado.

⁴² Conforme salientou Barroso: "A cláusula do devido processo legal, constante nas Emendas 5 e 14, surgiu como uma garantia de natureza processual, compreendendo direitos à citação, ao contraditório, à assistência por advogado, a um juiz imparcial, dentre outros (*Vitek v. Jones*, 1980). Com o tempo, todavia, desenvolveu-se a ideia de devido processo legal substantivo, critério pelo qual a Suprema Corte passou a exercer um controle sobre a discricionariedade dos atos governamentais — legislativos e administrativos — admitindo a possibilidade de invalidá-los por falta de racionalidade ou de razoabilidade" (BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. São Paulo: Saraiva, 2009. Nota de rodapé 67, p.21).

⁴³ SCHWARTZ, Bernard. *Constitutional law: a textbook*, New York: Macmillan Publishing Co., 1972. p.204 *apud* COSTA, Alexandre Araújo. *O controle da razoabilidade no Direito Comparado*. Brasília: Thesaurus, 2008. p.53.

⁴⁴ Sobre o tema, é interessante explicar a diferença entre o teste de razoabilidade do sistema jurídico norte-americano e a máxima da proporcionalidade no constitucionalismo alemão. Costa esclarece que: "Um ponto positivo que podemos perceber em toda a discussão norte-americana sobre o *due process* é a tentativa constante de estabelecer *standards*, critérios que possibilitem aos juízes uma avaliação razoavelmente objetiva das questões a eles submetidas. Todavia, não devemos entender os *standards* do devido processo como equivalentes aos subprincípios do princípio da proporcionalidade. Os *standards* não são regras de conteúdo definido, mas uma espécie de referências ao senso comum, de padrões de normalidade que servem como parâmetro para a avaliação da razoabilidade (entendida como aceitabilidade social) de alguns comportamentos. Eles não formam um conjunto sistemático, nem existe tal pretensão. A própria compreensão da teoria jurídica norte-americana sobre o *due process of law* exclui a possibilidade de se reduzir essa cláusula a um certa combinação de critérios fixos. [...] Por isso, não há na jurisprudência ou na doutrina norte-americanas uma enumeração exaustiva dos *standards* do devido processo, mas apenas referências a algumas decisões judiciais como estabelecendo padrões de normalidade [*standards*] que servem ao controle de razoabilidade. Nesse ponto, é bastante clara a diferença entre o *due process* e o controle de razoabilidade desenvolvido na Alemanha, o qual foi reduzido a uma fórmula fixa — o princípio da

poder do Estado na regulação da liberdade privada e na discricionariedade administrativa.

O critério adotado pela Suprema Corte, para aferir a razoabilidade da ação estatal, baseava-se em uma avaliação mais direta entre meios e fins pretendidos pela lei. Segundo consta na decisão *Lochner*, “[...] a finalidade mesma precisa ser apropriada e legítima, antes que possa ser considerada válida uma lei que interfira com o direito geral de um indivíduo de ser livre.”⁴⁵ Isso representou, como salientado por Schwartz,⁴⁶ uma substituição da discricionariedade legislativa pela apreciação da Corte das finalidades sociais, sob as quais se assentava o poder de polícia.

Cumprir trazer à baila, ainda, o voto dissidente do *Justice* Oliver Wendell Holmes, que se contrapôs ao fundamento jurídico majoritário. Holmes considerou importante avaliar a razoabilidade sob uma perspectiva distinta, na qual não se procederia à análise de adequação entre meios e fins ou da legitimidade dos próprios fins. Para o juiz, seria necessário questionar a razoabilidade, partindo do ponto de vista de um homem comum (*rational and fair*). Com isso, toma como ponto de partida um protótipo de indivíduo justo e racional, cuja visão permitiria à Corte aferir, com mais imparcialidade, a inconstitucionalidade de uma lei contrária aos princípios fundamentais da Constituição. Esse critério não afasta, igualmente, a falta de racionalidade argumentativa para a análise do que pode ou não ser considerado exercício razoável do poder de polícia. De toda forma, Holmes concluiu, com base nas suas premissas, pela razoabilidade da Lei *Bakeshop*, por representar um meio adequado para garantir a saúde e promover a regulação geral das jornadas de trabalho. Apesar de a opinião do *Justice* ter sido vencida nessa ocasião, após o fim da Era *Lochner*, tornou-se a interpretação dominante.⁴⁷

Outro importante precedente à época foi fixado no caso *Smyth v. Ames*⁴⁸ (1898), no qual a Corte entendeu ser irrazoável a regulamentação pública de tarifas nos transportes do Estado de Nebraska, por representarem privação no direito de a

proporcionalidade – formada pela combinação de três elementos: adequação, necessidade e proporcionalidade” (COSTA, Alexandre Araújo. *O controle da razoabilidade no Direito Comparado*. Brasília: Thesaurus, 2008. p.53-54).

⁴⁵ *Lochner v. People of State of New York*, 198 U.S. 45 (1905). Disponível em: <http://laws.findlaw.com/US/198/45.html>. Acesso em: 10 dez. 2013.

⁴⁶ SCHWARTZ, Bernard. *Constitutional law: a textbook*, New York: Macmillan Publishing Co., 1972. p.204 *apud* COSTA, Alexandre Araújo. *O controle da razoabilidade no Direito Comparado*. Brasília: Thesaurus, 2008. p.72.

⁴⁷ COSTA, Alexandre Araújo. *O controle da razoabilidade no Direito Comparado*. Brasília: Thesaurus, 2008. p.84.

⁴⁸ 169 U. S. 466 (1898).

concessionária receber uma justa retribuição pelo investimento feito. A cláusula foi invocada também para discutir questões diversas, dentre elas algumas historicamente importantes, atinentes à discriminação racial. Foi o caso de *Plessy v. Ferguson*⁴⁹ (1896), no qual se reconheceu a segregação racial como razoável e não proibida pela cláusula de igual proteção das leis, segundo a ideia “separados, mas iguais”.

O cenário descortinado só se alterou nos 10 anos posteriores a 1937, quando o presidente Franklin Delano Roosevelt⁵⁰ modificou a composição da Corte, com a proposta do “*court-packing plan*”.⁵¹ O projeto de lei determinava a nomeação de

⁴⁹ *Plessy v. Ferguson*, 163 U. S. 537 (1896). Nessa decisão, bastante criticada posteriormente, a Suprema Corte considerou constitucional a lei estadual de Louisiana, que impedia os negros nos EUA de viajarem nos mesmos vagões destinados aos brancos. A maioria dos *Justices* considerou válida a segregação racial em acomodações públicas, especialmente em vagões de trem, desde que garantidas as mesmas condições de tratamento para negros e brancos. O argumento principal para justificar a compatibilidade desse regime segregacionista com a Décima Quarta Emenda foi o de que a separação física não expressaria um juízo de inferioridade ou superioridade entre brancos e negros. Essa ideia foi traduzida na expressão: “separados, mas iguais”. O voto dissidente do juiz John Marshall tornou-se um contraponto argumentativo paradigmático, ao expressar a ideia de que a Constituição dos Estados Unidos não enxergaria cores (*our Constitutionis color-blind*), bem como não reconheceria ou toleraria a existência de classes de cidadãos, defendendo, portanto, a ideia, mais tarde consolidada, de que todos devem ser tratados com igual consideração e respeito pelo Estado.

⁵⁰ Na década de 40, especificamente no ano de 1947, quando ocorreu a publicação do artigo de Schlesinger, o presidente norte-americano era Franklin D. Roosevelt, eleito com uma plataforma política eminentemente assistencialista ou social. O seu conjunto de diretrizes governamentais originou o histórico *New Deal*. É nesse contexto turbulento da grande depressão de 1929 que surgem as primeiras controvérsias jurídicas, substrato da matéria da *Fortune*. (Disponível em: http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/uploads/2011/08/STF-Suprema-Corte-Corte-Constitucional_Merval.pdf. Acesso em: 08 mar. 2013).

⁵¹ O assim denominado “*court-packing plan*” ou “*packing of court*” faz parte das reformas feitas pelo presidente Franklin D. Roosevelt, em 1937, de reorganização do Judiciário. Consistiu na modificação da composição da Suprema Corte americana, na tentativa de garantir maioria favorável ao Governo, para que se fizesse cessar as inúmeras invalidações da legislação do *New Deal*. Foi acompanhado pela Lei *Court Bill* (1937), que alterava aspectos processuais dos Tribunais, obrigando a adaptação do Regimento Interno da Suprema Corte. Nesse sentido, Costa afirma que: “A tensão política foi levada a tal ponto que o recém-eleito presidente Franklin Roosevelt enviou ao Congresso um projeto — apelidado de *court-packing plan* — conclamando o legislativo a reorganizar o Poder Judiciário. Um dos pontos criticados foi o fato de que o cargo de juiz nas cortes federais é vitalício, o que possibilitava que houvesse juízes idosos ao ponto de terem sua capacidade de trabalho prejudicada. Por causa disso, Roosevelt propôs que, para cada juiz que tivesse 70 anos — idade suficiente para pedir aposentadoria voluntária —, fosse designado um membro extra para compor o Tribunal. [...] Ressalte-se que apenas três dos nove *justices* não estavam enquadrados nesse grupo. O projeto foi rejeitado pelo Congresso, mas frente à situação política que se estabeleceu, alguns juízes contrários aos projetos do governo preferiram pedir sua aposentadoria para possibilitar a mudança de orientação (COSTA, Alexandre Araújo. *O controle da razoabilidade no Direito Comparado*. Brasília: Thesaurus, 2008. p. 89).

As palavras de Roosevelt são reveladoras: “O plano que eu finalmente propus previa uma adição contínua e recorrente de sangue novo, novo vigor, novas experiências e novas perspectivas. Pois, sob o meu plano, assim que um juiz atingisse setenta anos de idade, um novo juiz seria nomeado. O antigo juiz poderia se aposentar [...]. Se ele preferisse não se aposentar, ele poderia continuar a permanecer no banco, mas ele seria contrabalançado por lá um novo homem.” Tradução da autora a partir do original: “*The plan which I finally proposed provided for a continuous and recurrent addition of a new blood, new vigor, new experience, and new outlook. For, under my plan, as soon as a judge*

juízes adicionais em todos os tribunais federais, nos quais os magistrados com mais de 70 anos declinassem de pedir aposentadoria. A medida visava à alteração imediata da composição da Suprema Corte, de perfil nitidamente conservador. Apesar de o projeto ter sido rejeitado pelo Legislativo, alguns juízes contrários ao projeto optaram por pedir a sua aposentadoria, diante da enorme pressão política exercida. Com isso, a Corte, que contava à época com seis juízes com a referida idade, passou de nove *Justices* para 15. Houve uma reviravolta na jurisprudência constitucional,⁵² evidenciada a partir de 29 de março de 1937, no julgamento do caso *West Coast Hotel v. Parrish*,⁵³ no qual se declarou a constitucionalidade da lei do salário mínimo do Distrito de Colúmbia. Nesse caso, “a Corte voltou os olhos para a situação dos trabalhadores, em posição de inferioridade em termos de poder de barganha e assim sem defesas contra a denegação de um salário mínimo.”⁵⁴ Passou a vigorar, então, a presunção de constitucionalidade favorável à legislação

has reached the age of seventy, a new judge would be appointed. The old judge could retire [...]. If he preferred not to retire, he might continue to remain on the bench, but he would be counterbalanced there by the new man” (ROOSEVELT, Franklin Delano. *The public papers and addresses of Franklin D. Roosevelt*. The constitution prevails: with a special introduction and explanatory notes by President Roosevelt. New York: Macmillan, 1937. p. LXIV, 1941. Disponível em: <http://quod.lib.umich.edu/p/ppotpus/4926313.1937.001/64?rgn=full+text;view=image>. Acesso em: 12 dez. 2013).

⁵² É interessante ressaltar como as demandas levadas à Corte alteraram-se a partir de 1937. Com a eclosão da segunda guerra mundial e o retorno das tropas americanas de Pearl Harbor, no Japão, em 1941, os anseios democráticos se fizeram sentir mais fortemente. Rodrigues recorda que “a euforia do pós-guerra, porém, durou pouco”. Os americanos, ao entrarem na Guerra Fria, foram solapados por uma “onda de histeria anticomunista que inspirou os Programas de Lealdade e Segurança de 1947 e 1953, sem contar a nefasta influência do senador Joseph McCartney, então acolitado por um jovem deputado cuja estrela política começava a despontar: Richard Nixon. Assustados, viraram-se para si mesmos e tiveram algumas surpresas. A democracia americana não funcionara, ao longo do tempo, assim, tão impecavelmente como eles tinham por certo. Existiam iniquidades graves em matéria de discriminação racial, social, econômica e política, as quais era preciso sanar” (RODRIGUES, Lêda Boechat. *A Côte Suprema e o Direito Constitucional americano*. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1958. p.128). Descrentes com a demora legislativa, optaram por submeter aos Tribunais uma série de novas demandas, caracterizadas por esse novo contexto. É nesse cenário, de conturbação política, que o Judiciário norte-americano foi inflado de processos versando sobre questões raciais, de minorias étnicas, jornalísticas, de réus indigentes, membros de seitas religiosas e pelos direitos das mulheres.

⁵³ “[...] a Corte abruptamente reverteu sua sequência de decisões anti *New Deal* acolhendo as leis de salário mínimo em *West Coast Hotel v. Parrish* (1937) e a *Wagner Act* em *NLRB v. Jones e Laughlin Steel Company* (1937), entre outras decisões. Assim o fez, aliás, sem qualquer alteração na composição” (MISHLER, William; SHEEHAN, Reginald S. *The Supreme Court as a countermajoritarian institution? The impact of public opinion on Supreme Court decisions*. *The American Political Science Review*, v.87, n.1, p.87-101, 1993 *apud* NOVELINO, Marcelo. A influência da opinião pública no comportamento judicial dos membros do STF. FELLET, André; NOVELINO, Marcelo (Orgs.). *Constitucionalismo e democracia*. Salvador: JusPodivm, 2013. Nota de rodapé 47, p.286).

⁵⁴ BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Em busca de um conceito fugidio: o ativismo judicial. In: FELLET, André Luiz Fernandes; PAULA, Daniel Giotti; NOVELINO, Marcelo (Org.). *As novas faces do ativismo judicial*. Bahia: Editora JusPodivm, 2011.p.391.

de intervenção no domínio econômico,⁵⁵ o que representou a vitória da manobra “rooseveltiana”.

Fred Rodell, ao comentar a situação vivida nos Estados Unidos, à época, afirmou que, “através de toda a sua história, tendeu sempre a Corte, como a ameoba, a dividir-se em duas, e o fato é que está de novo se dividindo”.⁵⁶ O novo enredo político desafiava a compreensão dos analistas políticos e judiciários. O particular interesse de Schlesinger nas possíveis repercussões desse momento histórico o motivou a tentar destrinchar a nova clivagem da Corte, após as nomeações promovidas por Franklin D. Roosevelt.⁵⁷

No artigo da *Fortune*, o autor dividiu os *Justices* em dois grupos. De um lado, os “ativistas judiciais”.⁵⁸ Hugo L. Black, William O. Douglas, Frank Murphy e Wiley Blount Rutledge; do outro, “*champions*”⁵⁹ (arautos) da “autorrestrrição”.⁶⁰ Felix Frankfurter, Robert H. Jackson e Harold H. Burton.⁶¹ Os juízes Fred M. Vinson e Stanley Reed não foram enquadrados em nenhum dos dois polos.

A intenção do articulista parece ancorar-se muito mais na tentativa de desmistificação de uma suposta homogeneidade ideológica dos novos membros da Suprema Corte, do que propriamente na necessidade de criticar o impacto dos compromissos assumidos. Schlesinger deixa clara a existência de um alinhamento jurídico entre os juízes, no que tange às questões principais, envolvendo discussões sobre a constitucionalidade das leis, no contexto do *New Deal*. Nesse sentido, a

⁵⁵ Houve uma reformulação do entendimento da Décima Quarta Emenda, nos Estados Unidos, passando a Corte a compreender a intervenção do governo na esfera econômica como uma proteção à liberdade civil dos indivíduos (CORWIN, S. (Ed.) *The Constitution*, nota 119, p.980 *apud* RODRIGUES, Lêda Boechat. *A Côte Suprema e o Direito Constitucional americano*. Rio de Janeiro: Forense, 1958. p.230).

⁵⁶ KONESFSKY, *Harper's Magazine*, p.449, oct. 1941 *apud* RODRIGUES, Lêda Boechat. *A Côte Suprema e o Direito Constitucional americano*. Rio de Janeiro: Forense, 1958. p.163.

⁵⁷ Até 1937, liderado pela Suprema Corte, o Poder Judiciário erigira-se em protetor de todos os aspectos econômicos do federalismo e dos direitos das empresas, essenciais, ao lado do espírito protestante, ao pleno desenvolvimento do capitalismo. Mas o mundo tinha mudado, e a Suprema Corte — que adotara a filosofia do *laissez faire* — ainda não havia admitido que era tempo de mudar também. Foi forçada a fazê-lo diante da pressão da opinião pública e do presidente Frank D. Roosevelt. E, em 1937, dava uma reviravolta em sua jurisprudência, passando a atribuir aos Poderes Legislativo e Executivo a principal responsabilidade no campo econômico (RODRIGUES, Lêda Boechat. *A Côte Suprema e o Direito Constitucional americano*. Rio de Janeiro: Forense, 1958. p.127).

⁵⁸ Tradução da autora a partir do original: “*the judicial activists*” (SCHLESINGER, Arthur. *The Supreme Court: 1947. Fortune*, v.XXXV, n.1, p.74, jan. 1947).

⁵⁹ Entende-se que esse seja o melhor sinônimo para a expressão, que é utilizada no artigo para designar: “*champions of self restraint*” (SCHLESINGER, Arthur. *The Supreme Court: 1947. Fortune*, v.XXXV, n.1, p.76, jan. 1947).

⁶⁰ SCHLESINGER, Arthur. *The Supreme Court: 1947. Fortune*, v.XXXV, n.1, p.76, jan. 1947.

⁶¹ KMIEC, Keenan. The origin and current meanings of judicial activism. *California Law Review*, v.92, p.1.445, 2004.

intenção evidente de Franklin Delano Roosevelt, de frear as invalidações frequentes da legislação social e econômica,⁶² perpetradas em anos anteriores pela Suprema Corte, teve êxito.⁶³

A homogeneidade (concordância) nos votos proferidos, relativamente à constitucionalidade das leis,⁶⁴ não significou a inexistência de desacordos jurídicos em outras questões. Ao contrário, não se pode dizer, como afirma Schlesinger, tratar-se de uma Corte “*rubber stamp*” (uniforme).⁶⁵ É interessante notar que o fracionamento entre dois grupos (ativistas e arautos da autorrestricção) demonstra justamente a heterogeneidade das decisões da Suprema Corte, conforme se evidencia na seguinte passagem:

Nas questões básicas que envolvem o poder do governo, a Corte se manteve unida. O problema da constitucionalidade da legislação do *New Deal* não moveria hoje ‘um fio de cabelo’ (até mesmo de Burton) na Conferência de Sábado. Visto que as questões controvertidas lidam com a interpretação da legislação, elas não envolvem a Corte em decisões em que a legislatura não possa ser revisada, ainda que o conflito de personalidades os tenha transformado de divergências marginais em um conflito fundamental sobre a própria função do judiciário na democracia.⁶⁶

A grande questão colocada no artigo talvez seja essa. A existência de divergências jurídicas mais profundas sobre os limites da jurisdição constitucional se revelou no debate de questões antes marginais⁶⁷ (não relativas ao *New Deal*), que

⁶² “Conquistou o Presidente a confiança popular e a malquerência dos homens de negócios. Não tardaram estes a dirigir-se aos tribunais arguindo a inconstitucionalidade da nova legislação, votada a toque de caixa e inquinada, em casos, de defeitos de técnica legislativa. Fosse outro o espírito da maioria da Corte Suprema, o *New Deal* poderia ter passado praticamente incólume pelo crivo do controle judiciário” (RODRIGUES, Lêda Boechat. *A Côte Suprema e o Direito Constitucional americano*. Rio de Janeiro: Forense, 1958. p.115).

⁶³ “Fora a Corte muito remoçada. A idade média dos juízes passara de 72 anos, em 1937, a 56, em 1943. De 1937 a 1946, quando falece Stone, as regras e critérios adotados em 32 acórdãos-padrão haviam sido totalmente reformados. Apenas uma lei do Congresso fora declarada inconstitucional, no caso *Lovett v United States* (1946)” (RODRIGUES, Lêda Boechat. *A Côte Suprema e o Direito Constitucional americano*. Rio de Janeiro: Forense, 1958. p.172).

⁶⁴ “Agindo de acordo com o pressuposto de ser o controle de constitucionalidade das leis de caráter inerentemente antidemocrático, tornou a maioria o papel da Corte Suprema essencialmente negativo. Não podendo aceitar responsabilidade real para a formulação da política do país, pensava-se, não deveria servir de obstáculo aos ramos políticos do Governo dela incumbidos” (RODRIGUES, Lêda Boechat. *A Côte Suprema e o Direito Constitucional americano*. Rio de Janeiro: Forense, 1958. p.173).

⁶⁵ Tradução da autora, por ausência de um significado mais correlato. No dicionário, a tradução encontrada foi: selo, carimbo de borracha (DICIONÁRIO virtual Bab.la. Disponível em: <http://pt.bab.la/dicionario/ingles-portugues/rubber-stamp>. Acesso em: 02 jan. 2013).

⁶⁶ SCHLESINGER, Arthur. The Supreme Court: 1947. *Fortune*, v.XXXV, n.1, p.201, jan. 1947.

⁶⁷ Schlesinger refere-se aqui especialmente à Era Lochner. A Suprema Corte norte-americana já havia enfrentado questões relativas aos direitos civis em outras épocas, como fica evidente na

se tornaram fundamentais. Ainda, o papel da Suprema Corte ganhou vulto e ampla notoriedade por existirem desacordos pessoais mais profundos entre seus juizes, principalmente em relação à defesa dos direitos de liberdade. Talvez por isso, o historiador tenha se preocupado tanto em traçar detalhes relativos à personalidade contrastante dos sete *Justices* indicados por Franklin Delano Roosevelt.

Não existia, todavia, nesse primeiro momento, uma intenção clara do autor em valorar o papel da Corte em sua tarefa interpretativa. Ao contrário, o artigo se concentrou em revelar os bastidores⁶⁸ de uma instituição extremamente respeitada e importante no contexto democrático norte-americano, mas pouco permeável à compreensão e controle pela sociedade. Inclusive, no período de 1943 a 1944, o índice de julgamentos não unânimes na Corte chegou a 58%, despertando a atenção popular, em virtude das ásperas referências pessoais contidas nos votos de alguns juizes.⁶⁹

O historiador relata, nesse sentido, a existência de divergências mais profundas entre os Juizes Douglas e Frankfurter, cujas personalidades eram colidentes. Explica que o comportamento cauteloso e controlador de Douglas incomodava o mais franco e extrovertido Frankfurter, assim como o pedantismo professoral deste irritava o jeito mais coloquial daquele. Relata a maior notoriedade pública dada às desavenças existentes entre Black e Jackson, a despeito de não serem tão agudas quanto as de Douglas e Frankfurter. Sobre as repreensões mútuas proferidas por Black e Frankfurter, alega não terem tido o condão de afetar a relação pessoal, preservada por ambos de maneira cordial.⁷⁰

discussão do Caso *Dred Scott*. Entretanto, durante a Era Lochner, o foco se concentrou no controle de constitucionalidade de leis que pudessem repercutir na esfera econômica, ainda que não se possa também admitir que mesmo essas decisões também repercutem na esfera de liberdade dos indivíduos.

⁶⁸ Descrições personalíssimas sobre o temperamento dos integrantes da Corte são frequentes na matéria. O autor afirma, por exemplo, que: “Dois dos juizes, Frankfurter e Black, são homens de uma habilidade intelectual incomum e de poder pessoal. Outros dois, Jackson e Douglas, são, ambos, ambiciosos e combativos.” Com isso, Schlesinger caracterizava o novo cenário da Suprema Corte e todos os seus “personagens” (SCHLESINGER, Arthur. *The Supreme Court: 1947*. *Fortune*, v.XXXV, n.1, p.74, jan. 1947).

⁶⁹ PRITCHETT, C. Herman. *Dissent of the Supreme Court, 1943-1944*. American Political and values, 1937-1947. New York: Macmillan, 1948. p.290 *apud* RODRIGUES, Lêda Boechat. *A Côte Suprema e o Direito Constitucional americano*. Rio de Janeiro: Forense, 1958. p.170.

⁷⁰ SCHLESINGER, Arthur. *The Supreme Court: 1947*. *Fortune*, v.XXXV, n.1, p.79, jan. 1947.

Por essa razão, segundo Branco,⁷¹ a publicação escancarava, muito mais do que os fundamentos jurídicos das controvérsias, as distintas concepções encampadas pelos juízes da Suprema Corte, ou, ainda, as antipatias que nutriam uns pelos outros e as suas divergências pessoais. A mesma ideia é ressaltada por Green, em sua análise sobre o artigo de Schlesinger, quando afirma que:

Havia divisões profundas entre os Juízes e algumas revelavam antipatias embaraçosas de uns em relação aos outros. Mais da metade do artigo de Schlesinger, incluindo seu primeiro uso da expressão 'ativista', descrevia as personalidades dos Juízes e conflitos não jurisprudenciais.

Schlesinger também afirmou que todas as questões significativas, que dividiam os Juízes, estavam intimamente ligadas a essas fissuras interpessoais. Deste ponto de vista, Schlesinger escreveu uma história para um público leigo para desmistificar a Corte, como muitos ensaios comparáveis hoje.⁷²

Assim, o debate sobre o papel a ser desempenhado pelos tribunais e os seus limites renasce nesse momento histórico, em questões não relativas às políticas estatais de controle econômico, como ocorrera no período anterior (1898-1937); mas, sobretudo, em alterações envolvendo temas como os direitos individuais. De toda forma, as diferenças ideológicas poderiam ter passado incólumes, não fossem as rugas pessoais existentes entre os *Justices*, que os levaram a problematizar o papel da Suprema Corte em relação à proteção desses direitos, face ao poder coercitivo do Estado.⁷³ A teoria sobre a posição preferencial da Primeira Emenda,⁷⁴

⁷¹ BRANCO. Paulo Gustavo Gonet. Em busca de um conceito fugidio: o ativismo judicial. In: FELLET, André Luiz Fernandes; PAULA, Daniel Giotti; NOVELINO, Marcelo (Org.). *As novas faces do ativismo judicial*. Bahia: Editora JusPodivm, 2011. p.389.

⁷² Tradução da autora a partir do original: “*Divisions ran deep among the Justices, and some showed embarrassing antipathies to one another. More than half of Schlesinger’s article, including his first use of “activist,” described the Justices’ personalities and non-jurisprudential conflicts Schlesinger also claimed that any substantive issues dividing the Justices were closely tied to these interpersonal fissures. From this viewpoint, Schlesinger wrote a story for a lay audience to demystify the Court, like many comparable essays today*” (GREEN, Craig. An intellectual history of judicial activism. *Emrory Law Journey*, v.58, p.1.200, 2009. Temple University Legal Studies Research Paper n.2009-32. Disponível em: <http://ssrn.com/abstract=1410728>. Acesso em: 6 abr. 2013).

⁷³ Exemplos: *Minersville Scholl District v. Gobbits*, juntamente à *West Virginia State Board of Education v. Barnette*, 319, U. S. 624 (1943).

⁷⁴ “Emenda I - O Congresso não fará nenhuma lei que estabeleça uma religião, ou proíba o seu livre exercício; ou cerceie a liberdade de expressão ou de imprensa, ou o direito do povo de se reunir pacificamente e peticionar ao governo, com o intuito de reparar agravos”. “*Amendment I – Congress hall make no Law respecting an establishment of religion, or prohibiting the free exercise thereof; or a bridging the freedom of speech, or of the press, or the right of the people peaceably to assemble, and to petition the Government for a redress of grievances*” (Disponível em: http://www.law.cornell.edu/constitution/first_amendment. Acesso em: 20 dez. 2013). Tradução da autora a partir do original:

no caso *Thomas v. Collins* (1945),⁷⁵ é um bom exemplo de como o debate aconteceu, por revelar um novo espectro de discussão sobre o controle judicial:

Reduz esta, no fundo, a adotar, em lugar de uma concepção monista do controle judicial, outra dualista: *corpus* e *anima*, a matéria e o espírito são inconfundíveis e merecem tratamento diferente. O controle jurisdicional do *corpus*, reconhecendo a atual impossibilidade de escapar a vida econômica à regulamentação, encerra-se dentro dos limites estreitos, justificando-se a atitude de deferência ao Legislativo e de autorrestrição judicial. A *anima*, porém, a vida do espírito, as liberdades da palavra, religiosa e de reunião são categorias superiores que transcendem os interesses dos indivíduos e constituem elementos imprescindíveis ao perfeito funcionamento do sistema democrático de governo. Devem, por isso mesmo, gozar de proteção especial e presumir-se inconstitucionais quaisquer invasões legais das mesmas. [...] Pode e deve o Estado defender-se e a seus cidadãos, mas compete ao Poder Judiciário, mais que a qualquer outro, como supremo intérprete da Constituição, velar pela manutenção daqueles direitos e liberdades essenciais ao governo democrático.⁷⁶

A introdução do artigo na *Fortune* é marcada, portanto, por uma análise detalhada da personalidade de cada um dos nove integrantes da Suprema Corte. Na narrativa sobre o juiz Black, Schlesinger chama atenção para atributos pessoais, descrevendo-o como um homem magro, de personalidade implacável, teimoso, desconfiado dos motivos dos seus opositores, além de detentor de grande força intelectual e não afeito às pequenas politicagens.⁷⁷ De origem humilde, Black é lembrado positivamente pelo historiador, que chega a afirmar ser o homem mais culto da Corte à época, à exceção de Frankfurter.

É curioso como Schlesinger, ao afirmar que o “*Klan* foi apenas uma fase dolorosa no seu processo de amadurecimento”,⁷⁸ deixa entrever um possível arrependimento de Black por ter integrado o movimento *Ku Klux Klan* (KKK),⁷⁹ nos

⁷⁵ *Thomas v. Collins*, 323 U.S. 516 (1945).

⁷⁶ RODRIGUES, Lêda Boechat. *A Corte Suprema e o Direito Constitucional americano*. Rio de Janeiro: Forense, 1958. p.171.

⁷⁷ SCHLESINGER, Arthur. *The Supreme Court: 1947. Fortune*, v.XXXV, n.1, p.74, jan. 1947.

⁷⁸ Tradução da autora a partir do original: “*Klan was but one phase in a painful process of self-education*” (SCHLESINGER, Arthur. *The Supreme Court: 1947. Fortune*, v.XXXV, n.1, p.74, jan. 1947).

⁷⁹ O movimento *Ku Klux Klan* (KKK), organização racista e violenta, cujo número de adeptos contabilizou até dois milhões de membros durante os anos 20 do século XIX, foi fundado em 1866 no Tennessee. “A KKK convocava a nostalgia do sul escravocrata do país e se distinguia por seus rituais, entre eles marchas com tochas, além das roupas e capuzes brancos com símbolos astrológicos usados por seus membros. No ano seguinte, a *Ku Klux Klan* se transformou em uma força paramilitar sob a liderança de ex-oficiais sulistas, sendo o general Nathan Bedford Forrest o primeiro ‘grande bruxo imperial’ do ‘império invisível’. [...] Mas discórdias, divisões e escândalos

Estados Unidos. Inclusive, apesar de o autor ter se restringido a escrever essa frase sucinta sobre o episódio, a participação de Black no movimento foi um dos argumentos utilizados por aqueles contrários à manobra política de Roosevelt, para preparar a população diante de um pedido de *impeachment*,⁸⁰ logo após o choque inicial diante da sua nomeação, em 1937.⁸¹ Sobre o assunto, o próprio Black confirmou a sua participação no *Klan* durante o período de 1921 a 1923, mas reiterou que se demitira dele antes mesmo de se tornar senador em 1927. Negou ainda ter preconceitos raciais ou ser avesso à liberdade religiosa. Com isso, a população, que, antes, era majoritariamente favorável a seu pedido de demissão (59%), passou a ser parcela minoritária (44%).⁸² De fato, Black, a despeito do seu passado conservador, mostrou-se como um dos maiores defensores das liberdades civis na Suprema Corte.⁸³

A descrição sobre o também ativista Douglas,⁸⁴ homem mais próximo a Black⁸⁵ na nova composição da Corte,⁸⁶ atém-se, do mesmo modo, a

começaram a enfraquecer a organização até fazê-la desaparecer no fim dos anos 1930. No entanto, voltou a surgir em 1945 em alguns Estados do sul e o movimento de reivindicação de direitos civis nos anos 60 deu à organização o cenário para se manifestar novamente. Mas não passou muito tempo até que seus atos violentos fossem de encontro à opinião pública, e isto contribuiu, em grande parte, para a sua marginalização (GLOBO Notícias. Entenda o que é a *Ku Klux Klan*. Atualizado em 24/08/07. Disponível em: <http://g1.globo.com/Noticias/Mundo/0MUL93484-5602,00-TENDA+O+QUE+E+A+KU+KLUX+KLAN.html>. Acesso em: 11 set. 2013).

⁸⁰ O processo de *impeachment* pode resultar na destituição do cargo ocupado pelos *Justices*, nos termos da seção IV do artigo II da Constituição norte-americana, que postula: “Artigo II, Seção 4 - O Presidente, o Vice-Presidente, e todos os funcionários civis dos Estados Unidos serão afastados de suas funções quando indiciados e condenados por traição, suborno, ou outros delitos ou crimes graves” (CONSTITUIÇÃO dos Estados Unidos da América – 1787. Universidade de São Paulo – USP. Biblioteca Virtual de Direitos Humanos. Disponível em: <http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Documentos-antiores-%C3%A0-cria%C3%A7%C3%A3o-da-Sociedade-das-Na%C3%A7%C3%B5es-at%C3%A9-1919/constituicao-dos-Estados-unidos-da-america-1787.html>. Acesso em: 11 set. 2013).

⁸¹ Sobre a perplexidade causada pela medida, Rodrigues relata que “[...] nomearia Roosevelt o Senador Hugo L. Black, guardando-se, a esse propósito, até o momento da leitura da indicação no Senado, a maior reserva. O Presidente calculara bem o efeito de seu ato. Transmitido à Casa o título da mensagem: “Nomeações de Hugo L. Black para Juiz da Corte Suprema dos Estados Unidos, seguiu-se impressionante silêncio. ‘Os conservadores Democratas e Republicanos’, observou Frank, ‘não teriam ficado mais horrorizados se soubessem haver sido nomeado o próprio Satanás para o mais alto tribunal americano. Enquanto os Senadores Minton, La Follette e Schwollenbach corriam a abraçar o amigo, os estonteados vitoriosos da batalha da Corte Suprema iam, aos poucos, adquirindo consciência de haver soado o momento da vingança de Roosevelt” (RODRIGUES, Lêda Boechat. *A Côte Suprema e o Direito Constitucional americano*. Rio de Janeiro: Forense, 1958. p.160).

⁸² RODRIGUES, Lêda Boechat. *A Côte Suprema e o Direito Constitucional americano*. Rio de Janeiro: Forense, 1958. p.161.

⁸³ RODRIGUES, Lêda Boechat. *A Côte Suprema e o Direito Constitucional americano*. Rio de Janeiro: Forense, 1958. p.163.

⁸⁴ Em relação a Douglas, Rodrigues, em capítulo de livro dedicado a ele, escreveu: “[...] E desde então, com uma coerência, uma coragem e uma competência extraordinárias, ele tem estado sempre em guarda contra os perigos da tirania, que admite possam vir tanto do Governo como da concentração do poder privado, e tem defendido com ardor as liberdades individuais. [...] Para ele e a

caracterizações pessoais. Schlesinger apresenta-o, entretanto, por um relato mais crítico, enfatizando a forte suspeita existente, de que suas remanescentes aspirações políticas a um cargo da Casa Branca repercutiriam sobre os fundamentos decisórios de seus julgados.⁸⁷

O articulista ressalta, no entanto, que a forte aliança existente entre Black e Douglas, nos três primeiros anos na Corte (período no qual não teriam manifestado nenhuma decisão divergente), se enfraqueceu, paulatinamente, ao longo dos anos, chegando, a partir de 1945, a concordarem em 71% dos votos não unânimes.

Esse dado coloca em evidência a fragilidade dos acordos sobre a melhor interpretação judicial dos casos concretos, mesmo entre aqueles que partilhavam de uma mesma concepção sobre qual deveria ser o papel da Corte no exercício da jurisdição constitucional. Os dados exemplificam a ideia de discricionariedade judicial, em seu “sentido fraco”,⁸⁸ explicitado por Dworkin, como inerente à atividade interpretativa. O conceito proposto pelo filósofo remete-se à ideia de existência de divergências argumentativas sobre a melhor solução oferecida pelo sistema jurídico para a solução dos casos concretos.

corrente liberal da Suprema Corte, as liberdades democráticas da Primeira Emenda à Constituição Americana ocupam uma posição preferencial e devem gozar de proteção especial, sendo de presumir-se a inconstitucionalidade de quaisquer invasões legais das mesmas” (RODRIGUES, Lêda Boechat. *Direito e política*. Porto Alegre: Coleção AJURIS/8, 1977. p.76-77).

⁸⁵ Apesar de Douglas e Black terem manifestado decisões sempre em um mesmo sentido, na maior parte do tempo em que permaneceram ocupando suas posições, Schlesinger afirma que, em 1945, apresentaram uma concordância de apenas 70% dos casos não unânimes na Suprema Corte, o que evidencia o esmaecimento da possível parceria (SCHLESINGER, Arthur. *The Supreme Court: 1947. Fortune*, v.XXXV, n.1, p.75, jan. 1947).

⁸⁶ O autor descreve que: “A associação mais próxima de Black é com o mais novo membro da Corte, com quarenta e oito anos, Willian Douglas. (SCHLESINGER, Arthur. *The Supreme Court: 1947. Fortune*, v.XXXV, n.1, p.75, jan. 1947).

⁸⁷ “*Douglas’s position is complicated by the fact that few believes he has abandoned his presidential aspirations. No Justice gets better publicity*” (SCHLESINGER, Arthur. *The Supreme Court: 1947. Fortune*, v.XXXV, n.1, p.75, jan. 1947). Tradução da autora a partir do original: “A posição de Douglas é complicada pelo fato de que alguns acreditam que ele tenha abandonado suas aspirações presidenciais. Nenhum *Justice* alcançou melhor publicidade.”

⁸⁸ Há certa ambiguidade no conceito de poder discricionário, devendo ser esclarecidas as três possíveis acepções da palavra, discutidas por Dworkin. A primeira, tomada em um sentido que o autor denominou de “fraco”, se relaciona à capacidade de o juiz, em situações nas quais não há elementos suficientemente esclarecedores para direcionar o julgamento, escolher uma dentre as possíveis interpretações cabíveis. A segunda concepção da palavra, também em sentido fraco, atrela a discricionariedade a uma ideia de decisão última, contra a qual não caberia recurso (não poderia ser revista ou cancelada). A terceira e última acepção empregaria o termo em um sentido “forte” para significar que uma escolha pode não estar vinculada a padrões previamente formulados por uma autoridade particular, ou que esses padrões, por não serem jurídicos (estarem englobados no conceito de direito), não impõem qualquer dever legal sobre o juiz a fim de que decida de determinada maneira (DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. 2.ed. São Paulo: Martins Fontes: 2007. p.52-54).

Por outro lado, as atuações de Black e Douglas na defesa das liberdades civis são notórias nos julgados mais paradigmáticos da época e em alguns pronunciamentos feitos. Lêda Rodrigues, ao retratar esse período da Corte, em seu livro *A Côte Suprema e o Direito Constitucional americano*, revela que suas vozes começaram a clamar pela responsabilidade de todos, indivíduos e instituições, em manter as condições que tornam possível a democracia.⁸⁹ Inclusive, algumas publicações literárias de Douglas,⁹⁰ como *We, the Judges (Nós, os Juízes)*, *The Right of the people (O Direito do povo)* e *An almanac of liberty (Um almanaque da liberdade)*, o colocam como um grande e fervoroso defensor do controle das leis pelo Judiciário, no que tange à defesa dos direitos humanos.⁹¹

Sobre Murphy⁹² e Rutledge, considerados igualmente ativistas, Schlesinger segue o mesmo padrão descritivo, mas enfatiza serem defensores ainda mais fervorosos das liberdades individuais, em comparação a Black e Douglas.⁹³

Há um ponto sutil, em meio a tantas caracterizações, que torna o conceito por ele empregado ainda mais complicado de ser manejado. O historiador confere dois tipos de enfoques distintos, dentro do grupo dos ativistas judiciais: em uma página, Black e Douglas, cujos retratos fotográficos, posicionados lado a lado, são designados pelas expressões “Ativistas judiciais – ênfase na economia”,⁹⁴ e, na

⁸⁹ RODRIGUES, Lêda Boechat. *Direito e política*. Porto Alegre: Coleção AJURIS/8, 1977. p.96.

⁹⁰ RODRIGUES, Lêda Boechat. *Direito e política*. Porto Alegre: Coleção AJURIS/8, 1977. p.75.

⁹¹ O desacordo entre juízes é tão inerente ao caráter da democracia quanto a própria liberdade de palavra. A democracia, como a religião, é cheia de seitas e cismas. Qualquer campanha política demonstra isso. Qualquer sessão de uma assembleia legislativa o prova. Nenhum homem ou grupo de homens tem o monopólio da verdade, da sabedoria ou da virtude. A verdade é que o Direito é a mais alta forma de compromisso entre os interesses conflitantes; é um substituto da força e da violência — o único caminho para a paz até hoje inventado pelo homem. As crises que defronta um país democrático debaixo das tensões e pressões da sociedade moderna são compartilhadas pelos juízes (Cf. RODRIGUES, Lêda Boechat. *Direito e política*. Porto Alegre: Coleção AJURIS/8, 1977. p.83).

⁹² Murphy, descrito como uma figura estranha e complicada, cuja competência jurídica era questionada com muito mais frequência do que os demais juízes, apresentava grande preocupação na questão relativa aos direitos individuais. Inclusive, apesar de não constar no artigo de Schlesinger, Murphy, enquanto ocupou o cargo de Secretário de Justiça, criou, em 1939, a *Civil Rights Unit*, “serviço destinado à defesa dos direitos civis em matéria de jurisdição dos Estados Unidos” (RODRIGUES, Lêda Boechat. *A Côte Suprema e o Direito Constitucional americano*. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1958. p.165).

⁹³ Rodrigues afirma que: “Douglas tem sido, ao lado de Black, ardoroso defensor das liberdades individuais” (RODRIGUES, Lêda Boechat. *A Côte Suprema e o Direito Constitucional americano*. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1958. p.165).

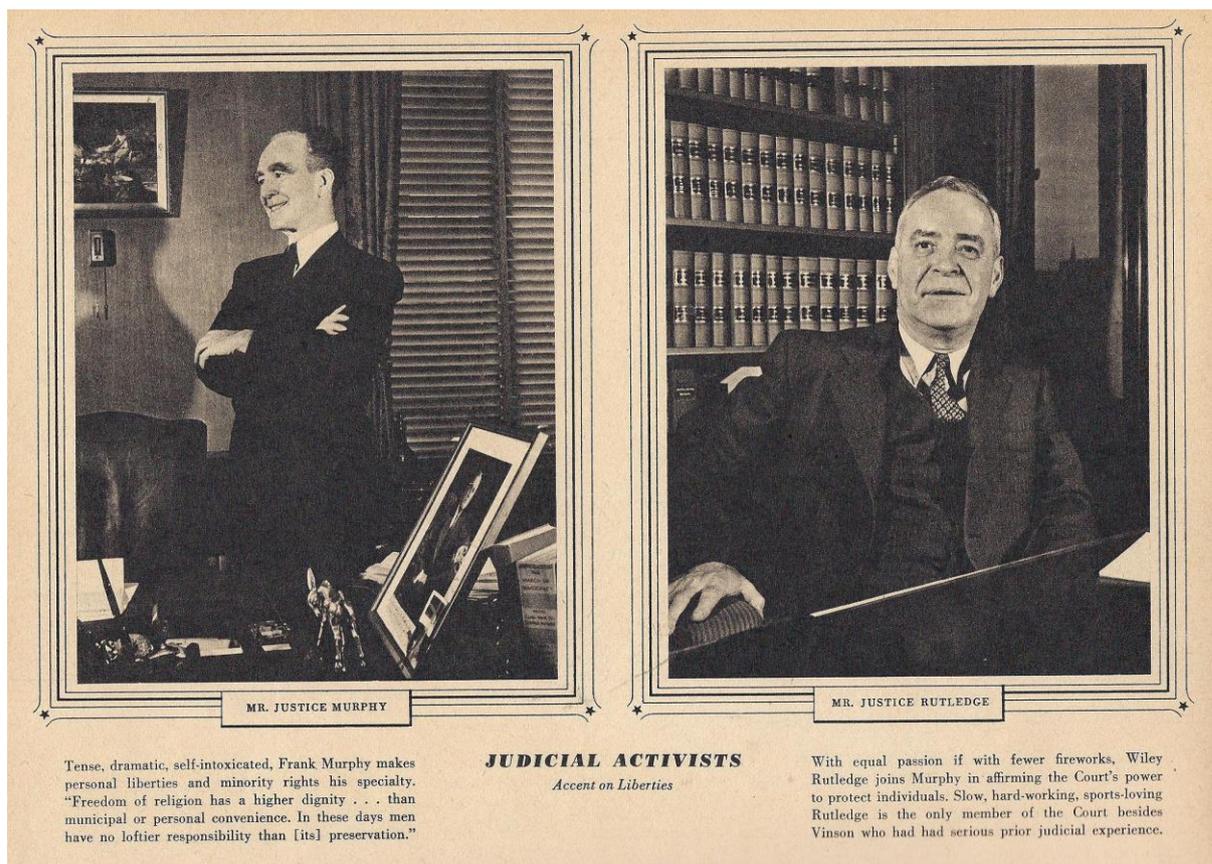
⁹⁴ Tradução da autora a partir do original: “*Judicial activists: accent on economics*” (SCHLESINGER, Arthur. *The Supreme Court: 1947. Fortune*, v.XXXV, n.1, p.75, jan. 1947).

página seguinte, a foto de Murphy e Rutledge, e o título de “Ativistas judiciais – ênfase nas liberdades”⁹⁵. As imagens e descrições constantes na matéria são:



Fonte: SCHLESINGER, Arthur. The Supreme Court: 1947. *Fortune*, v.XXXV, n.1, p.75, jan. 1947.

⁹⁵ Tradução da autora a partir do original: “Judicial activists: accent on Liberties” (SCHLESINGER, Arthur. The Supreme Court: 1947. *Fortune*, v.XXXV, n.1, p.76, jan. 1947).



Fonte: SCHLESINGER, Arthur. The Supreme Court: 1947. *Fortune*, v.XXXV, n.1, p.76, jan. 1947.

A narrativa junto à imagem de Black, ainda se refere a ele como: "líder da ala que acredita que a Corte deve intervir ativamente para proteger os indefesos e carentes, ainda que, assim, se aproxime de uma correção judicial dos erros legislativos."⁹⁶ Do mesmo modo, sobre Douglas, o autor afirma: "Seus críticos o consideram um oportunista jurídico, que valora mais resultados do que o próprio direito."⁹⁷ Em relação a Murphy, Schlesinger diz que: "[...] faz das liberdades individuais e dos direitos das minorias a sua especialidade".⁹⁸ E completa sobre Rutledge: "[...] se une a Murphy para afirmar o poder da Corte em proteger os

⁹⁶ Tradução da autora a partir do original: "[...] *Hugo Black leads the wing that believes the Court must intervene actively to protect the defenseless and underprivileged, even if it thereby comes close to judicial correction of legislative error*" (SCHLESINGER, Arthur. The Supreme Court: 1947. *Fortune*, v.XXXV, n.1, p.75, jan. 1947).

⁹⁷ Tradução da autora a partir do original: "[...] *His critics call him a legal opportunist who values results more than he does law*" (SCHLESINGER, Arthur. The Supreme Court: 1947. *Fortune*, v.XXXV, n.1, p.75, jan. 1947).

⁹⁸ Tradução da autora a partir do original: "[...] *makes personal liberties and minority rights his specialty*" (SCHLESINGER, Arthur. The Supreme Court: 1947. *Fortune*, v.XXXV, n.1, p.76, jan. 1947).

indivíduos.”⁹⁹ Essa ideia complementa a afirmativa feita pelo autor de que Murphy e Rutledge iriam ainda mais longe (“*go even further*”¹⁰⁰) na proteção das liberdades civis em relação a Black e Douglas, mas não explica de que forma essa postura caracterizaria um ativismo da Corte.

De toda forma, mais adiante, Schlesinger esclarece que o grupo Black-Douglas estaria mais preocupado com a utilização do poder judicial em favor de suas próprias concepções do bem-estar social, ou seja, com a obtenção de resultados socialmente desejáveis. Faz uma associação entre o “ativismo judicial” e o realismo jurídico norte-americano.¹⁰¹

Um aspecto muito pouco explorado no artigo é a análise mais criteriosa, na qual pudessem ter sido demonstradas, com mais clareza, as razões pelas quais o autor considera os defensores dos direitos de liberdade como ativistas judiciais. Talvez esse possa ser o gérmen da confusão gerada pelo termo. Schlesinger parece enquadrar no rótulo de “ativismo judicial”, não só os julgados fundamentados a partir de concepções pessoais e utilitaristas, mas também qualquer decisão controversa, na qual se discutam direitos morais dos indivíduos contra o Estado.

Ademais, a ênfase dada a Douglas e Black, no aspecto econômico, não é bem demonstrada. A matéria não esboça qualquer teoria jurídica mais ampla sobre as teorias realistas, ou, ainda, sobre as repercussões negativas ou positivas desses desacordos jurídicos para a democracia norte-americana. A justificativa para a despreocupação do articulista talvez esteja no fato de se tratar de um artigo de revista, voltado para um público amplo e não para a comunidade jurídica, especificamente. Nesse ponto, Schlesinger limita-se a sugerir uma correlação ideológica de Black e Douglas ao realismo jurídico, defendido pelos doutrinadores da Faculdade de Direito de Yale.

⁹⁹ Tradução da autora a partir do original: “[...] joins Murphy in affirming the Court’s power to protect individuals” (SCHLESINGER, Arthur. The Supreme Court: 1947. *Fortune*, v.XXXV, n.1, p.76, jan. 1947).

¹⁰⁰ SCHLESINGER, Arthur. The Supreme Court: 1947. *Fortune*, v.XXXV, n.1, p.75, jan. 1947.

¹⁰¹ “A concepção de Black-Douglas tem sua origem em uma análise realista do direito sobre a função do judiciário. Essa análise se assenta em ideias particularmente predominantes na Faculdade de Direito de Yale. [...] A Faculdade de Yale acredita que o caso liberal contra a Corte, em 1936, foi baseado em uma falsa controvérsia. A censura apropriada deveria ter sido, não que a antiga Corte favorecia uma legislação social, mas que favorecia uma reacionária legislação social. A maioria conservadora nas Cortes passadas sempre legislaram no interesse de uma comunidade de negócios; por que deveria a maioria liberal amarrar suas mãos por uma diretriz de autorrestrrição, que os conservadores nunca irão seguir, quando estiverem novamente no poder?” (Tradução da autora a partir do original) (SCHLESINGER, Arthur. The Supreme Court: 1947. *Fortune*, v.XXXV, n.1, p.201, jan. 1947).

Em decisão proferida no caso *Griswold v. Connecticut*,¹⁰² que marca o abandono da jurisprudência fixada na Era Lochner, o argumento de Douglas, a despeito da classificação de Schlesinger, parece apontar em sentido oposto, no qual se discutiu a possibilidade de o Estado tornar ilegal o uso e a prescrição médica de anticoncepcionais. A Suprema Corte, em opinião redigida por Douglas, julgou: “Não nos reunimos como uma superlegislatura para determinar a sensatez, necessidade e propriedade das leis que tocam problemas econômicos, assuntos comerciais ou condições sociais.”¹⁰³

A tese de Yale é definida no artigo como: “aquela, segundo a qual, qualquer juiz escolhe primeiro seus resultados e depois as suas razões, inversamente”¹⁰⁴ ou seja, uma visão realista, segundo a qual o juiz escolhe o direito para então justificá-lo, voltando-se mais para interesses do que para doutrinas. Mas tal correlação é vislumbrada, fazendo-se menção apenas ao fato de Black ter enviado seu filho para estudar em Yale, bem como à vida acadêmica de Douglas na instituição. O articulista cita apenas uma frase proferida por Black, para reiterar a sua suposta defesa realista do direito e do papel do Judiciário:

[...] a corte se opõe a qualquer vento que sopra como esconderijo ou refúgio para aqueles que poderiam, de outra maneira, sofrer porque são fracos, desamparados, minoritários ou porque são vítimas não conformadas de preconceito e excitação pública.¹⁰⁵

¹⁰² 381 U.S. 479 (1965). No caso em questão, discutiu-se sobre a possibilidade de o Estado tornar ilegal o uso e a prescrição médica de anticoncepcionais.

¹⁰³ Tradução da autora a partir do original: “*Coming to the merits, we are met with a wide range of questions that implicate the Due Process Clause of the Fourteenth Amendment. Overtones of some arguments [p.482] suggest that Lochner v. New York, 198 U.S. 45, should be our guide. But we decline that invitation, as we did in West Coast Hotel Co. v. Parrish, 300 U.S. 379; Olsen v. Nebraska, 313 U.S. 236; Lincoln Union v. Northwestern Co., 335 U.S. 525; Williamson v. Lee Optical Co., 348 U.S. 483; Giboney v. Empire Storage Co., 336 U.S. 490. We do not sit as a super-legislature to determine the wisdom, need, and propriety of laws that touch economic problems, business affairs, or social conditions. This law, however, operates directly on an intimate relation of husband and wife and their physician’s role in one aspect of that relation*”. (DOUGLAS, J. *Opinion of the Court*. Supreme Court of The United States 381 U.S. 479 *Griswold v. Connecticut*. Disponível em: http://www.law.cornell.edu/supct/html/historics/USSC_CR_0381_0479_ZO.html. Acesso em: 12 jun. 2013).

¹⁰⁴ Tradução da autora a partir do original: “[...] *is that any judge choose his results and reasons backward*” (SCHLESINGER, Arthur. *The Supreme Court: 1947. Fortune*, v.XXXV, n.1, p.76, jan. 1947).

¹⁰⁵ Tradução da autora a partir do original: “[...] *courts stand against any winds that blow as havens of refuge for those who might otherwise suffer because they are helpless, weak, outnumbered, or because they are non conforming victims of prejudice and public excitement*” (SCHLESINGER, Arthur. *The Supreme Court: 1947. Fortune*, v.XXXV, n.1, p.202, jan. 1947).

Para os realistas, segundo Schlesinger, a autorrestrrição seria uma miragem diante de uma pretensão inatingível de objetividade. Os partidários dessa filosofia jurídica almejavam o melhor resultado social, ao invés de sustentar falsas pretensões de neutralidade interpretativa. Black e Douglas, dessa maneira, estariam preocupados em garantir que “o menos favorecido na vida seja o mais favorecido no direito”.¹⁰⁶

Nesse ponto, é interessante notar que, a despeito da correlação feita pelo articulista, entre o “ativismo judicial” e o realismo jurídico norte-americano, no julgamento do caso *Lochner*, o juiz Oliver Holmes — grande representante da doutrina realista nos Estados Unidos — criticou o ativismo da Corte à época. Holmes, que era professor e havia-se graduado em direito em Harvard (e não em Yale),¹⁰⁷ advogava por uma concepção do direito como experiência. Criticou a decisão por considerá-la incompatível com a função judicial e por acreditar não estar amparada pela Décima Quarta Emenda. Afirmou, outrossim, tratar-se de uma questão efetivamente de saúde pública, que deveria pautar-se por uma postura de contenção judicial. A postura de Holmes colocava em evidência, dessa maneira, mais uma vez, a fragilidade e o caráter contraditório das opiniões de alguns juízes da Suprema Corte. Ao mesmo tempo em que o *Justice* se colocou como partidário de uma postura de contenção das decisões judiciais, em face da discricionariedade dos demais poderes, elaborou importantes argumentos de ceticismo moral que acabaram refletindo, em grande medida, a filosofia pragmatista de seu tempo. Negava, portanto, a possibilidade de o Judiciário alcançar uma verdade objetiva, razão pela qual “dizia que os juízes só poderiam derrubar leis que nenhuma pessoa racional ou razoável poderia considerar adequadas”.¹⁰⁸ Sendo assim, apesar de ser um dos grandes representantes do realismo jurídico norte-americano, Holmes parece negar a intrusão do Poder Judiciário em decisões legislativas, em algumas oportunidades.¹⁰⁹ Esse aspecto corrobora, ainda mais, a falta de clareza sobre qual aspecto da filosofia realista, Schlesinger correlacionava como ativista.

¹⁰⁶ Tradução da autora a partir do original: “*The less favored in life will be the more favored in law*” (SCHLESINGER, Arthur. *The Supreme Court: 1947. Fortune*, v.XXXV, n.1, p.202, jan. 1947).

¹⁰⁷ Essa referência mostra a insuficiência das afirmações apresentadas por Schlesinger, ao associar o realismo jurídico à Universidade de Yale. Holmes, apesar de ter sido um dos mais proeminentes realistas jurídicos, era graduado em Direito por Harvard.

¹⁰⁸ DWORKIN, Ronald. *O direito da liberdade: a leitura moral da Constituição norte-americana*. Trad. Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p.543.

¹⁰⁹ Dworkin afirma que: “Hand foi um dos três juízes famosos cuja filosofia constitucional foi influenciada por Thayer. Os outros dois foram Oliver Wendell Holmes e Felix Frankfurter; e, como a

Resta notória, portanto, a apropriação do termo “ativismo judicial” para atacar posições antagônicas, evidenciando-se, ainda mais, a versatilidade semântica da expressão, quando empregada cotidianamente. Segundo Green, não apenas os americanos criticaram repetidamente o comportamento das Cortes, como também os motivos das críticas eram variáveis.¹¹⁰ Esses fatos demonstram a imprescindibilidade de se perquirir, de forma mais aprofundada, sobre a relação entre o realismo jurídico e o ativismo judicial, o que se fará na segunda parte desse trabalho.

Ainda sobre a matéria, é interessante salientar a colocação feita por Green, segundo a qual, apesar da suposta neutralidade de Schlesinger, 35 anos depois, teria o historiador afirmado que: "Eu tentei enunciar cada lado tão imparcialmente quando eu pude, embora, eu tenha me saído, ao final, do lado da autorrestrrição judicial."¹¹¹ A justificativa baseou-se na menção à Era Lochner: “A memória do ativismo judicial praticado em favor dos negócios pelos ‘*nine old men*’, apenas uma década antes, ainda estava viva na lembrança e ninguém queria fazer do ativismo, a filosofia rotineira da Corte.”¹¹²

Ainda sobre os arautos da autorrestrrição, o articulista apresenta ao leitor, em linhas sucintas, as mesmas divagações de ordem fisionômica e pessoal.¹¹³

versão de Hand do comedimento do Judiciário era mais rigorosa do que a dos outros dois, pode ser instrutivo compararas razões deles. Os motivos pelos quais Frankfurter defendia o comedimento eram muitas vezes de natureza prática e política. [...] e não se preocupava apenas em proteger o povo contra a Corte, mas também a Corte contra o povo. As razões de Holmes para o comedimento constitucional eram diferentes: não se baseavam na prática política, mas num ceticismo filosófico quanto à moral. [...] Fazendo eco a Thayer, dizia que os juizes só deviam derrubar as leis que nenhuma pessoa racional ou razoável poderia considerar adequadas — ou seja, só as leis que ofendessem os ‘não posso evitar’ de todas as pessoas razoáveis” (DWORKIN, Ronald. *O direito da liberdade: a leitura moral da Constituição norte-americana*. Trad. Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p.543).

¹¹⁰ Nesse sentido, o autor afirma que: "Os americanos não apenas têm, repetidamente, criticado o comportamento dos tribunais federais, como os motivos para tais críticas têm divergido amplamente." Tradução da autora a partir do original: “*Not only have Americans repeatedly criticized federal courts’ behavior, the grounds for such criticism have differed widely*” (SCHLESINGER, Arthur. *The Supreme Court*: 1947. *Fortune*, v.XXXV, n.1, p.209, jan. 1947).

¹¹¹ Tradução da autora a partir do original: “*I tried to state each side as fairly as I could, though I came out in the end for judicial self-restraint*” (GREEN, Craig. *An intellectual history of judicial activism*. *Emory Law Journey*, v.58, p.1.207, nota 40, 2009. Temple University Legal Studies Research Paper n. 2009-32. Disponível em: <http://ssrn.com/abstract=1410728>. Acesso em: 18 mar. 2013).

¹¹² Tradução da autora a partir do original: “*The memory of the judicial activism practiced in favor of business by the Nine Old Men only a decade before was still vivid in mind, and one did not want to make activism the routine philosophy of the Court.*” (GREEN, Craig. *An intellectual history of judicial activism*. *Emory Law Journey*, v.58, p.1.207, nota 40, 2009. Temple University Legal Studies Research Paper n. 2009-32. Disponível em: <http://ssrn.com/abstract=1410728>. Acesso em: 18 mar. 2013).

¹¹³ Como exemplo, Schlesinger afirma sobre Frankfurter: “A rápida, sensível, brilhante personalidade, de temperament generoso, irrepreensível no discurso, dada a rajadas de entusiasmo ou indignação

Acrescenta, no caso de Frankfurter, a sua trajetória jurídica como ex-professor de Harvard e a sua pretensão em manter a Suprema Corte longe da esfera política, ao exigir respeito em relação à vontade legislativa. Esse *standard* de restrição judicial, quase patológico, pretendido pelo juiz, fica evidenciado em alguns votos, nos quais demonstra que suas decisões jurídicas poderiam ser distintas de suas preferências pessoais.¹¹⁴ Nesse sentido, é interessante o esclarecimento de Rodrigues sobre a postura do Juiz na Corte: “Vencido o processo de ‘desconstitucionalização’ do *laissez faire* econômico, [...] o novo e grave problema a ser defrontado pela Corte Suprema era o da restrição das liberdades civis.”¹¹⁵

Do mesmo modo, Burton e Jackson, igualmente partidários de uma autorrestrição judicial, parecem partilhar uma concepção próxima sobre a necessidade de expansão da esfera de atuação do legislativo, ainda que isso significasse a defesa de pontos de vista por eles condenáveis. Sobre Jackson, Rodrigues afirma que suas ideias, de cunho eminentemente liberais, passaram com o tempo, a conservadoras, inclusive, antes de morrer, manifestava acentuada descrença na ação do Judiciário como agente ativo na guarda da democracia.¹¹⁶ Segundo consta, o *Justice* teria afirmado desconhecer qualquer Judiciário apto a salvar um povo das grandes correntes de intolerância, paixão, usurpação e tirania ameaçadora da liberdade e das instituições livres.¹¹⁷

[...].” Tradução da autora a partir do original: “*A rapid, sensitive, sparkling personality, generous in temperament, irreproachable in speech, given to gusts of enthusiasm or outrage [...]*” (SCHLESINGER, Arthur. *The Supreme Court: 1947. Fortune*, v.XXXV, n.1, p.76, jan. 1947).

Ainda sobre Jackson, Schlesinger pondera: “Com cinquenta e quatro anos de idade, ele é um personagem complexo, de maneiras cativantes, intelectualmente vivaz e até mesmo arrogante, um defensor persuasivo, o melhor escritor da Corte [...]”. Tradução da autora a partir do original: “*Fifty-four year old, he is another complex character, winning in manner, intellectually vivacious and even cocky, a persuasive advocate, the best writer on the Court [...]*” (SCHLESINGER, Arthur. *The Supreme Court: 1947. Fortune*, v.XXXV, n.1, p.76, jan. 1947).

¹¹⁴ Alguns exemplos: *Dennis v. United States*, 341 U. S. 494 (1951) e *West Virginia State Board of Education v. Barnette*, 319 U. S. 624 (1943). Neste último *leading case*, Frankfurter, de origem judaica, afirmou: “Quem pertence à minoria mais vilipendiada e perseguida da história não pode ser insensível à liberdade garantida pela nossa Constituição. Fosse realmente minha atitude puramente pessoal, eu me associaria de coração aberto às opiniões libertárias contidas no acórdão, que representam o pensamento e a ação de toda uma vida. Mas, como juízes, não somos judeus nem gentios, católicos nem agnósticos. Como membro desta Corte, não tenho justificativa para escrever minhas noções privadas de política na Constituição, não importando quão profunda seja minha veneração pelas mesmas e quão prejudicial possa julgar a sua vulneração”.

¹¹⁵ RODRIGUES, Lêda Boechat. *A Côte Suprema e o Direito Constitucional americano*. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1958. p.163-164.

¹¹⁶ RODRIGUES, Lêda Boechat. *A Côte Suprema e o Direito Constitucional americano*. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1958. p.170.

¹¹⁷ RODRIGUES, Lêda Boechat. *Direito e política*. Porto Alegre: Coleção AJURIS/8, 1977. p.95.

Na visão de Schlesinger, o grupo liderado por Frankfurter, mesmo não se mostrando unânime em todos os casos, apresentava ideias mais homogêneas sobre a preservação do Judiciário em sua posição relevante, mas limitada dentro do sistema jurídico norte-americano. Advogavam por uma política judicial de autorrestrrição e de expansão da esfera de competência legislativa, ainda que isso significasse sustentar conclusões que pessoalmente condenavam. A tarefa de assegurar a representatividade política do Legislativo, fosse ela melhor ou pior em relação às suas próprias compreensões morais, caberia à Corte.¹¹⁸ Ao contrário, Schlesinger credita ao grupo Black-Douglas, a defesa de um papel afirmativo da Suprema Corte, no que tange à promoção do bem-estar social. O *Justice*, no entendimento do articulista, demonstravam estar mais preocupados em decidir casos particulares, de acordo com suas preconcepções dos interesses coletivos, do que em preservar o Judiciário apartado de decisões políticas controvertidas.¹¹⁹

A partir disso, sem embargo de toda nebulosidade conceitual, a expressão popularizou-se nos Estados Unidos ao longo das décadas posteriores. Apesar de não ter explicado o termo, de forma clara,¹²⁰ tampouco tê-lo valorado, positiva ou negativamente, Schlesinger reavivou uma preocupação lendária sobre os limites da interpretação judicial.

Green chama atenção para o fato de a expressão ter surgido de uma tradição norte-americana complexa, de crítica ao Judiciário, sem que houvesse, todavia, estudos prévios sobre as interações existentes entre 1947, pré-1947 e pós-1947, na história da Suprema Corte.¹²¹

¹¹⁸ SCHLESINGER, Arthur. The Supreme Court: 1947. *Fortune*, v.XXXV, n.1, p.202-204, jan. 1947.

¹¹⁹ SCHLESINGER, Arthur. The Supreme Court: 1947. *Fortune*, v.XXXV, n.1, p.202-204, jan. 1947.

¹²⁰ Green destaca que: “Isso é verdade, apesar e também por causa dos múltiplos esforços de Schlesinger para explicar suas duas categorias. Veja Schlesinger: p.201-204 (separando juízes que promoveriam o bem-estar social, daqueles que expandiriam o poder das legislaturas); nas p.201-202 (distinguindo as filosofias jurídicas das Faculdades de direito de Harvard e Yale); p.204-206 (dividindo a proteção das liberdades individuais do reforço da regra majoritária); p.206-208 (agrupando os juízes com base em suas inclinações pró e antitrabalho); p.208 (ênfatizando distinções históricas entre Holmes e Brandeis.” Tradução da autora a partir do original: “*This is true despite — and also because of — Schlesinger’s multiple efforts to explain his two categories. See Schlesinger, supra note 6, at 201-04 (separating judges who would promote social welfare from those who would expand the power of legislatures); id. at 201-02 (distinguishing the legal philosophies of the Harvard and Yale law schools); id. at 204-06 (dividing the protection of personal liberties from the enhancement of majoritarian rule); id. at 206-08 (grouping the Justices based on their pro- and anti-labor inclinations); id. at 208 (emphasizing historical distinctions between Holmes and Brandeis)*” (GREEN, Craig. An intellectual history of judicial activism. *Emory Law Journey*, v.58, p.1203, nota 20, 2009).

¹²¹ GREEN, Craig. An intellectual history of judicial activism. *Emory Law Journey*, v.58, p.1220, 2009. Temple University Legal Studies Research Paper n.2009-32. Disponível em: <http://ssrn.com/abstract=1410728>. Acesso em: 25 mar. 2013).

Por essa razão, o autor acredita que a ausência de um conceito coerente para a expressão constitui a falha metodológica da publicação. A origem da locução, segundo o crítico de Schlesinger, remontaria ao período Marshall, em 1803, quando se estabeleceu, pela primeira vez, o princípio do *judicial review*.¹²²

Sobre a avaliação da Corte Marshall¹²³ e de todos os questionamentos por ela suscitados sobre possíveis usurpações judiciais, a reprovação do ex-Presidente dos Estados Unidos da América, Thomas Jefferson, antes favorável ao *judicial review*, revela o acalorado debate à época: “Eles estão transformando nossa Constituição, de uma coordenação do governo geral e especial, em apenas um, geral e supremo”.¹²⁴ Acusava a Suprema Corte de “atuar como a gravidade, de noite e de dia, avançando um pouco hoje, algo amanhã, progredindo furtivamente, como um ladrão, sobre o campo da jurisdição”.¹²⁵

Ainda de acordo com Green, o caso mais incontroverso de “ativismo judicial” repudiável, praticado pela Suprema Corte, no período pré 1947, foi a decisão conhecida como *Dred Scott* (1857),¹²⁶ prolatada durante o período em que o *Chief Justice* Roger B. Taney — sucessor de Marshall — esteve à frente da Suprema Corte. Sobre o caso, teceu as seguintes considerações: “O raciocínio da Corte também implicou a opressão de todos os negros norte-americanos, e os pressupostos históricos da decisão lançaram, irremediavelmente, a Constituição como um ‘documento escravista’.”¹²⁷

O *leading case* referido teve como protagonista e reclamante Dred Scott,¹²⁸ um escravo que havia obtido a sua liberdade em Illinois, Estado norte-americano

¹²² GREEN, Craig. An intellectual history of judicial activism. *Emory Law Journal*, v.58, p.1216, 2009. Temple University Legal Studies Research Paper n.2009-32. Disponível em: <http://ssrn.com/abstract=1410728>. Acesso em: 25 mar. 2013).

¹²³ Interessante notar que, nos Estados Unidos, a Suprema Corte, tradicionalmente, recebe o nome do seu *Chief Justice* (Presidente). Como exemplos: Corte Marshall (1801-1836), Corte Taney (1837-1864), Cortes Chase e Waite (1864-1888), Corte Fuller (1888, 1910), Cortes White e Taft (1910-1930), Corte Hughes (1930-1941), Cortes Stone e Vinson (1941-1953), Corte Warren (1953-1969), Corte Burger (1969-1986), Corte Rehnquist (1986-2005), Corte Roberts (2005 -).

¹²⁴ RODRIGUES, Lêda Boechat. *A Côte Suprema e o Direito Constitucional americano*. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1958. p.105.

¹²⁵ RODRIGUES, Lêda Boechat. *A Côte Suprema e o Direito Constitucional americano*. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1958. p.105.

¹²⁶ *Dred Scott v. John F. A. Sandford*, 60, U.S. 393 (1857).

¹²⁷ Tradução da autora a partir do original: “The Court’s reasoning also implied oppression of all American blacks, and the decision’s historical assumptions cast the Constitution as an irretrievably ‘proslavery document’.” (RODRIGUES, Lêda Boechat. *A Côte Suprema e o Direito Constitucional americano*. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1958. p.55).

¹²⁸ Disponível em: <http://www.embaixada-americana.org.br/government/ch6.htm>. Acesso em: 16 jul. 2013.

onde a escravidão era proibida. Por acreditar ser um homem livre, Scott retornou, junto a seu antigo dono, John Emerson, para seu Estado de origem (Missouri), região em que a escravidão era permitida. Entretanto, com a morte de Emerson, em 1843, sua esposa, a Sra. Emerson tornou a se casar e Scott voltou a ser propriedade legal da viúva, que o presenteou a seu irmão, John Sanford (e não Sandford, como foi escrito nos anais da Corte¹²⁹). Scott processou a viúva, requerendo sua liberdade no Tribunal de Missouri, sob o fundamento “*once free, always free*” (“uma vez livre, sempre livre”). Não obteve êxito nessa ação. Tempo mais tarde, deu início a outro processo contra o seu novo proprietário, Stanford, pelas agressões então sofridas. Novamente perdeu o caso e o direito à cidadania. Inconformado, interpôs recurso à Suprema Corte, que decidiu contrariamente a ele, por não considerá-lo um homem livre, tampouco cidadão norte-americano. A Corte ainda declarou a inconstitucionalidade do *Missouri Compromise* (Compromisso do Missouri¹³⁰), em 1820, e de todas as leis estaduais abolicionistas, por julgá-las uma extrapolação dos poderes conferidos ao Legislativo. O teor da decisão foi taxado de ativista, por invalidar atos de outros poderes, sob o fundamento de estar protegendo a Quinta Emenda da Constituição norte-americana,¹³¹ que garantia aos cidadãos do país o direito de propriedade, inclusive sobre seus escravos.

O *Chief Justice* Taney, em seu voto condutor da maioria (sete votos contra dois), na jurisprudência em questão, afirmou: “E nenhuma palavra da Constituição dá ao Congresso um poder maior sobre a propriedade escrava, ou justifica o fato de

¹²⁹ Disponível em: <http://www.embaixada-americana.org.br/government/ch6.htm>. Acesso em: 05 dez.2013.

¹³⁰ “Por esse Compromisso determinou-se a fixação da fronteira da escravidão na Luisiânia (paralelo 36° 30’), mas, quando novos Estados pediram para serem admitidos na União, na metade do século, a questão voltou a agitar os meios políticos. O Compromisso Clay, em 1850, determinava que a questão da escravidão seria deixada para os legisladores de cada Estado. A eleição Lincoln, em 1860, determinou o início da guerra, com a secessão do Estado da Carolina do Sul” (FARIA, Ricardo de Moura; MARQUES, Adhemar Martins; BERUTTI, Flávio Costa. *História*. Terceiro Volume. Belo Horizonte: Editora Lê, 1993. p.197).

¹³¹ A V Emenda prescreve que ninguém será privado da vida, propriedade e liberdade sem o devido processo legal. Entretanto, é importante salientar novamente que a despeito de a Quinta Emenda do *Bill of Rights* já prever expressamente a cláusula do devido processo legal, seu alcance era mais restrito quando comparada à Décima Quarta Emenda. Isso porque a aplicação daquela era restrita ao âmbito federal e não estadual e não tinha um viés material, mas apenas formal. Isso significa que, a partir dessa última Emenda, iniciou-se uma nova construção jurisprudencial sobre a cláusula do *due process of law*, passando a interpretá-la sob o aspecto substantivo. Assim, essa emenda passa a atuar como norma protetora dos direitos fundamentais previstos nas emendas anteriores. Sobre o tema, Oscar Vilhena Vieira explica que: “Por essa doutrina, a Corte não apenas se limita a verificar a constitucionalidade formal de um ato normativo, mas também a sua razoabilidade face aos princípios da constituição” (VIEIRA, Oscar Vilhena. *Supremocracia*. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/rdgv/v4n2/a05v4n2.pdf>. Acesso em: 24 jul. 2013).

ter uma propriedade desse gênero menos proteção do que qualquer outra”.¹³² A decisão foi um dos catalisadores para a eclosão da Guerra Civil (1861-77). Com a eleição do ex-Presidente Abraham Lincoln (1860) foi aprovada a Décima Terceira Emenda, que aboliu a escravidão em 1865, nos EUA. Ainda, pela Décima Quarta Emenda, promulgada em 1868, garantiu-se a cidadania aos homens livres.¹³³

É importante lembrar que, em um primeiro momento, a segregação racial não foi considerada contrária à Décima Quarta Emenda. Com isso, os problemas sociais se agravaram,¹³⁴ e houve uma proliferação de leis segregacionistas, que ficaram conhecidas como Leis *Jim Crow*¹³⁵ — nome dado em referência à canção de 1830, interpretada por Daddy Rice.¹³⁶

A crítica à falta de legitimidade das decisões ativistas da Suprema Corte, conforme se tentou demonstrar, remonta ainda à Era Lochner, quando as constantes

¹³² FRAGOSO, Roberta. *O início da era da segregação racial nos EUA: o caso Dred Scott v. Stanford*. Disponível em: <http://www.imil.org.br/artigos/o-inicio-da-era-da-segregacao-racial-nos-eua-o-caso-dred-scott-v-standford/>. Acesso em: 13 dez. 2013.

¹³³ Isso não significou, conforme evidenciado na decisão do caso *Plessy v. Ferguson*, que a segregação racial não seria admitida no território norte-americano. Muito pelo contrário, na jurisprudência em questão, julgou-se que a ideia do “*separated, but equal*” estaria em conformidade com a Décima Quarta Emenda, conforme já se demonstrou.

¹³⁴ “Ao lado de um proletariado urbano, submetido a duras condições de trabalho, havia agora o problema dos ex-escravos, especialmente aqueles que continuaram a residir no Sul. A resistência dos sulistas à abolição foi enorme, e o resultado foi a marginalização do negro, submetido a toda uma série de pressões, que incluíam até mesmo a organização de grupos como *Ku Klux Klan*” (FARIA, Ricardo de Moura; MARQUES, Adhemar Martins; BERUTTI, Flávio Costa. *História*. Belo Horizonte: Editora Lê, 1993. v.3, p.198).

¹³⁵ Assim, entre 1865 e 1967, desde o fim da Guerra Civil à afirmação do Movimento dos Direitos Cívicos, foram promulgadas mais de 400 leis estaduais, emendas à constituição e leis municipais que tornaram legal a segregação racial relativamente aos negros. Por volta de 1876, os tratamentos discriminatórios tornaram-se. Em 1890, o Mississippi, através do imposto de capitação, impôs as primeiras medidas restritivas, que levaram à suspensão do voto dos negros, o que também aconteceu na Louisiana, em 1898. As leis *Jim Crow* fundavam-se em duas tendências de opinião da intelectualidade americana, sobretudo a partir de 1890, a saber: as novas ciências sociais, tais como a antropologia, haviam determinado “cientificamente” que os negros eram inferiores aos brancos, e os historiadores, por sua vez, sendo muitos deles oriundos do Sul, traçavam um quadro nostálgico da escravatura, apresentando o tempo em que esta vigorara como um período digno, pacífico e até benigno (BORGES, António Cristiano. *De Jim Crow a Langston Hughes: “Quando a música começou a ser outra”*. 171f. 2007. Dissertação (Mestrado em Estudos Anglísticos) - Faculdade de Letras, Universidade de Lisboa, Lisboa, 2007. p.20-21. Disponível em: http://repositorio.ul.pt/bitstream/10451/380/1/19406_ulfl068848_tm.pdf. Acesso em: 30 jul. 2013).

¹³⁶ O tom jocoso e preconceituoso da canção pode ser visualizado em uma montagem feita com imagens e com a música instrumental, na qual fica clara a forma como o negro é retratado pelo artista e pela sociedade norte-americana, de forma discriminatória como idiotas inocentes, preguiçosos e infantis. Sobre a canção: “[...] fez com que, por volta de 1850, a personagem de Jim Crow se tivesse tornado numa das imagens mais conhecidas e veiculadora da alegada inferioridade dos negros, no seio da cultura popular americana, ao ponto de essa expressão ter passado a ser usada como sinônimo da situação e das leis que operaram a correspondente privação dos direitos cívicos da comunidade negra, no final do século XIX” (BORGES, António Cristiano. *De Jim Crow a Langston Hughes: “Quando a música começou a ser outra”*. 171f. 2007. Dissertação (Mestrado em Estudos Anglísticos) - Faculdade de Letras, Universidade de Lisboa, Lisboa, 2007. p.21. Disponível em: http://repositorio.ul.pt/bitstream/10451/380/1/19406_ulfl068848_tm.pdf. Acesso em: 29 jul. 2013).

invalidações de legislações sociais foram largamente questionadas pelo caráter intrusivo do Judiciário, em questões de política legislativa. Apesar de não fazer menção específica a esse caso paradigmático, o historiador faz um paralelo entre o ativismo judicial praticado pelo grupo Black-Douglas (liberais), em diferenciação ao período em referência (conservadores):

O registro sugere que o grupo Black-Douglas pode muito bem optar por substituir 'sutilezas' legais para castrar ou vetar as medidas que considerem maliciosas, e que os juízes ativistas irão intervir para salvar o *New Deal* como seu predecessor conservador interveio para impedi-lo.¹³⁷

Por essa passagem, fica evidente a importância do pré-*New Deal* na história do ativismo judicial, mas, ainda assim, não resolve o problema da sua conceituação.¹³⁸ Isso porque não é possível saber a natureza precisa das críticas direcionadas à Era Lochner, que caminham focalizando ora os maus resultados das decisões, ora a invasão do Judiciário na esfera de atuação do Poder Legislativo. Embora Schlesinger enriqueça seu ensaio fazendo menção aos erros judiciais desse período e enfocando a perspectiva conservadora e liberal que pode ser assumida

¹³⁷ Tradução da autora a partir do original: “*The record suggests that the Black-Douglas group may well choose to over ride legal ‘niceties’ to esmasculate or veto the mesasures they consider mischievous; that the activist Justices Will intervene to save the New Deal as their conservative predecessor intervened to stop it*” (SCHLESINGER, Arthur. *The Supreme Court: 1947. Fortune*, v.XXXV, n.1, p.208, jan. 1947).

¹³⁸ Nesse sentido, Kmiec: “A crítica da legislação judicial constitucional foi particularmente veemente durante a era Lochner. Os críticos atacaram a preferência da Corte para os interesses das empresas, uma vez que repetidamente atingia a legislação social em nome do devido processo legal. Enquanto alguns estudiosos modernos consideram Lochner e sua descendência praticamente sinônimos de “ativismo judicial”, o termo é conspicuamente ausente da crítica contemporânea. O *New Deal* e a “revolução” de 1937 marcaram o início de uma outra série de comentários críticos, mas, novamente, a literatura contemporânea não menciona ‘ativismo judicial’ pelo nome. Anos mais tarde, depois que os ministros concordaram que o *New Deal* estava em terra firme constitucional, o termo finalmente veio à tona no discurso jurídico”. Tradução da autora a partir do original: “*Criticism of constitutional judicial legislation was particularly vehement during the Lochner era. Critics assailed the Court’s preference for business interests as it repeatedly struck down social legislation in the name of substantive Due Process. While some modern scholars consider Lochner and its progeny virtually synonymous with ‘judicial activism’, the term is conspicuously absent from contemporaneous criticism. The New Deal and the ‘revolution’ of 1937 ushered in another spate of critical commentary, but again, contemporaneous literature does not mention ‘judicial activism’ by name. Years later, after the justices agreed that the New Deal was on firm constitutional ground, the term finally surfaced in legal discourse*”. (KMIIEC, Keenan. The origin and current meanings of judicial activism. *California Law Review*, v.92, p.1445, 2004. Disponível em: <http://scholarship.law.berkeley.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1324&context=californialawrevie>. Acesso em: 10 jun. 2013).

por uma Corte ativista, não há uma clareza de qual tenha sido, precisamente, o erro judicial cometido pelos juízes.¹³⁹

A Corte Warren (1953-1969) foi outro importante marco histórico da Suprema Corte, que aumentou ainda mais o interesse dos estudiosos em discutir os limites da interpretação e controles jurídicos. A nomeação de Earl Warren para a presidência da Suprema Corte, em 02 de outubro de 1953, pelo ex-Presidente norte-americano Dwight Eisenhower, principiou uma nova fase liberal na mais alta jurisdição constitucional.

Após o artigo de Schlesinger, a expressão passou a circular¹⁴⁰, principalmente entre a ala conservadora, despertando fortes desconfianças quanto à postura judicial, considerada favorável a um liberalismo pernicioso.¹⁴¹ Em decorrência disso, a ideia de “ativismo judicial” foi atrelada à imagem do juiz liberal, reforçada durante a Corte Burger (1969-1986). O paradigmático caso *Brown v. Board of Education*¹⁴² marca, nesse sentido, uma atuação positiva do Judiciário no controle de constitucionalidade, antes reservado apenas à declaração negativa das leis. O movimento se inverte novamente e passa de uma tendência de contenção (1937 a 1947) ao aumento do controle judicial dos atos normativos.

¹³⁹ Cf. GREEN, Craig. An intellectual history of judicial activism. *Emory Law Journey*, v.58, p.1.211, 2009. Temple University Legal Studies Research Paper n.2009-32. Disponível em: <http://ssrn.com/abstract=1410728>. Acesso em: 09 abril 2013).

¹⁴⁰ *Brown v. Board of Education of Tropeka*, 347, U. S. 483 (1954) e *Brown v. Board of Education of Tropeka*, 349, U. S. 294 (1955).

¹⁴¹ Sobre a denominação “liberais” e “conservadores”, na tradição norte-americana, as palavras de Dworkin são esclarecedoras: “Se insistirmos em classificar os juízes segundo o espectro liberal-conservador, precisaremos fazer a distinção separadamente para duas dimensões e criar assim quatro compartimentos, em vez de dois. Um juiz será considerado conservador, na primeira dimensão, se suas convicções sobre a adequação forem estritas: se exigir, por exemplo, que qualquer interpretação da doutrina constitucional corresponda às convicções concretas dos ‘fundadores’ da Constituição ou, diferentemente, dos juízes anteriores da Suprema Corte. Será considerado liberal, na primeira dimensão, quando suas opiniões sobre a adequação forem mais flexíveis. Uma distinção paralela pode ser traçada ao longo da dimensão substantiva. Um juiz será considerado conservador se as convicções políticas que expressa ao escolher entre as interpretações aceitáveis em termos de adequação forem aquelas que associamos ao conservadorismo político: se ele favorecer uma filosofia retributiva de punição, por exemplo ou a livre empresa, no campo econômico. Ele será considerado liberal, nessa dimensão, se suas convicções políticas forem aquelas que os liberais normalmente defendem” (DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. 2.ed. Trad. Jefferson Luis Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2010. p.429).

¹⁴² *Brown v. Board of Education of Tropeka*, 347, U. S. 483 (1954) e *Brown v. Board of Education of Tropeka*, 349, U. S. 294 (1955). O início da rediscussão da segregação racial, após o caso *Plessy v. Ferguson*, é marcado pelo *leading case* *Sipuel v. Board of Regents*, 332, U. S. 631 (1948), *McLaurin v. Oklahoma State Regents*, 339 U. S. 637 (1950) e *Sweatt v. Painter*, 339 U. S. 629, (1950).

Desde 1937, não se concentravam com tanta força “as atenções de todo o país no palácio de mármore da colina do Capitólio.”¹⁴³ Muitos dos críticos da Corte, à época, acusaram-na de promover uma interpretação sociológica e não jurídica do direito, associando-a, no ideário popular, a um exercício jurisdicional anômalo, correlacionado ao ativismo. A acentuação do debate ocorreu no bojo da campanha pela igualdade de direitos civis nos EUA, conhecido como *Civil Rights Movement*, cujo período de maior efervescência ocorreu entre 1955 e 1965.

O mote norteador da Corte Warren era justamente a proteção das liberdades individuais. Ampliou-se a própria noção do papel a ser desempenhado pela jurisdição constitucional na declaração e institucionalização de direitos morais, dos indivíduos contra o Estado. Não foi por outra razão que o *Chief Justice Warren*, ao lutar contra o espírito macarthista,¹⁴⁴ demonstrou que a Suprema Corte não poderia abdicar da responsabilidade atribuída pela Constituição ao Judiciário, a exemplo da defesa feita pelo grupo Black-Douglas.

Em momento subsequente, no entanto, no período que marcou a Corte Rehnquist (1986-2005), de caráter nitidamente conservador, a expressão foi apropriada pela ala liberal para sinalizar um excesso de conservadorismo ou um ativismo de direita.

O reconhecimento de decisões com caráter liberal ou conservador, como pano de fundo para delimitar semanticamente o “ativismo judicial” não é suficiente para tornar a abordagem do tema mais racional. Sobre a questão, Dworkin se manifestou:

As pessoas dizem que os juízes conservadores obedecem à Constituição, ao passo que os liberais tentam reformá-la segundo suas próprias convicções. Reconhecemos a falácia contida em tal descrição. Ela ignora o caráter interpretativo do direito. Os juízes considerados liberais e os conservadores estão de acordo quanto às palavras que formam a Constituição enquanto direito pré-interpretativo. Divergem sobre o que é a Constituição enquanto direito pós-interpretativo, sobre as normas que mobiliza para avaliar os atos públicos. Cada tipo de juiz tenta aplicar a Constituição enquanto direito, segundo seu julgamento interpretativo do que ela é, e cada tipo acha que o outro está subvertendo a verdadeira Constituição. Desse modo, é inútil e injusto classificar os juízes segundo seu grau de fidelidade a seu juramento. Também não é

¹⁴³ RODRIGUES, Lêda Boechat. *A Corte Suprema e o Direito Constitucional americano*. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1958. p.305.

¹⁴⁴ *Watkins v. United States*, 354 U. S. 178 (1957).

claro que a distinção popular entre juízes conservadores e liberais tenha alguma utilidade. Juízes que foram considerados liberais quando de suas nomeações mais tarde passaram a ser vistos como conservadores – Felix Frankfurter é o exemplo mais notório –, e juízes que parecem conservadores em certo sentido, porque tomam decisões que agradam pessoas de opiniões políticas conservadoras, parecem liberais, até mesmo radicais, em outro sentido, porque ao fazê-lo ignoram o precedente constitucional.¹⁴⁵

De um lado, decisões tidas como “ativistas” foram objeto de aplausos, ao se apresentarem como antíteses do “passivismo judicial”, em uma reformulação terminológica, igualmente imprecisa, da “autorrestrrição”; nesses termos, aos juízes seria dada a tarefa de interpretarem a Constituição, não se mantendo adstritos à sua literalidade. De outro, críticos e estudiosos queixavam-se de uma possível subversão do direito pelos juízes para promoverem suas próprias agendas políticas. Casos como *Griswold v. Connecticut*,¹⁴⁶ *Miranda v. Arizona*,¹⁴⁷ *Gideon v. Wainwright*,¹⁴⁸ *Loving v. Virginia*,¹⁴⁹ *Baker v. Carr*,¹⁵⁰ *Quinn v. United States*¹⁵¹ e,

¹⁴⁵ DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. 2.ed. Trad. Jefferson Luis Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2010. p.428-429.

¹⁴⁶ *Griswold v. Connecticut*, 381 U.S. 479 (1965). A Suprema Corte decidiu que o Estado não pode proibir a venda de anticoncepcionais a pessoas casadas, e, em sentenças posteriores, tal liberdade foi estendida a pessoas solteiras. Para esse último caso, o juiz Brennan, em *Eisenstadt v. Baird*, de 1972, se pronunciou no sentido de que, se o direito à privacidade significa alguma coisa, trata-se do direito de o indivíduo, casado ou solteiro, estar livre da intrusão do governamental em questões que afetam tão profundamente uma pessoa, como é o caso da decisão de ter um filho e poder criá-lo.

¹⁴⁷ *Miranda v. Arizona*, 384 U.S. 436 (1966). A decisão da Suprema Corte foi tomada por apertada maioria de cinco (Earl Warren, Hugo Black, William Douglas, William Brennan e Abe Fortas) contra quatro (John Marshall Harlan, Potter Stewart, Byron White e Tom Clark). Em sua decisão, a Suprema Corte estabeleceu que, devido à natureza coercitiva inerente a um interrogatório policial, nenhuma confissão seria admissível em razão da garantia da não autoincriminação, a menos que o suspeito fosse previamente cientificado de alguns direitos. Dentre estes: i) o de ser assistido por um advogado (inclusive defensor público, se necessário); ii) o de permanecer calado; iii) o de poder ser usado contra o mesmo, em juízo, tudo o que disser. Ainda, estender-se-ia a garantia a procedimentos extrajudiciais, como os interrogatórios policiais, em conformidade com a Quinta Emenda. Para uma melhor compreensão dos conceitos fixados em *Miranda*, recomenda-se a leitura dos precedentes sobre os quais *Miranda* foi erguido: *Gideon v. Wainwright*, 372 U.S. 335 (1963), *Malloy v. Hogan*, 378 U.S. 1 (1964) e *Escobedo v. Illinois*, 378 U.S. 478 (1964).

¹⁴⁸ *Gideon v. Wainwright*, 372 U.S. 335 (1963). Clarence Earl Gideon foi preso por arrombar uma sala de bilhar na Flórida, em 1961. Quando solicitou à Corte um advogado indicado pelo tribunal para defendê-lo, o juiz negou o pedido, alegando que a lei estadual exigia a indicação de advogado apenas em casos capitais — casos que envolvessem a morte de uma pessoa ou que fosse passível da pena de morte. Gideon fez a própria defesa e foi condenado. Na prisão, passou horas na biblioteca estudando livros de direito e escrevendo uma petição à Suprema Corte para que ouvisse seu caso. A Corte decidiu que Gideon não tivera um julgamento justo e determinou que os Estados deveriam providenciar assistência legal para os acusados de crimes que não pudessem pagar por isso. Quando Gideon teve um novo julgamento com o advogado de defesa, foi inocentado.

¹⁴⁹ *Loving v. Virginia*, 388 U.S. 1 (1967). A Suprema Corte, no *leading case* em questão, declarou a inconstitucionalidade de leis proibitivas do casamento inter-racial. O caso foi levado por Mildred Loving, uma mulher negra, e Richard Loving, um homem branco, que tinha sido condenado a um ano de prisão na Virgínia por se casarem. O casamento deles violou lei antimiscigenação do Estado da Virgínia, a Lei de Integridade Racial de 1924 (*Racial Integrity Act*), que proibia o casamento entre

especialmente, *Roe v. Wade*¹⁵² foram execrados como exemplos nocivos de um suposto ativismo judicial.

A versatilidade no emprego da expressão colocou em dúvida o seu potencial semântico e acentuou a profusão de críticas desencontradas sobre o assunto. Apesar disso, conforme alerta Kmiec, o “ativismo judicial” assumiu uma conotação geralmente pejorativa: “Em meados dos anos 1950, o termo tinha tomado uma conotação geralmente negativa.”¹⁵³ Em ambas as apropriações feitas, tanto por conservadores, quanto por liberais, a expressão serviu para denunciar um exercício anômalo da jurisdição constitucional. Green reitera essa visão, ao apontar que: “O brilho da história pós-1947 confirmou o uso do ativismo como um epíteto negativo, e focou tais críticas na ala liberal da Suprema Corte.”¹⁵⁴

A indagação a que se tentará responder, nesse primeiro momento, é: estaria a Corte Warren e o grupo Black-Douglas sendo acusados de ser ativista por ampliarem a ideia de controle de constitucionalidade? Ou, talvez, por ignorarem precedentes judiciais fixados anteriormente, como no caso *Plessy v. Ferguson* (1896)? Ou, ainda, por interpretarem cláusulas abertas da Constituição, garantindo direitos morais não expressos na Constituição? O que torna uma decisão jurídica

peçoas brancas e negras. A decisão unânime da Corte considerou essa proibição inconstitucional, derrubando o precedente *Pace v. Alabama* (1883). Tornou-se um importante precedente anos mais tarde para a discussão do casamento entre pessoas do mesmo sexo.

¹⁵⁰ *Baker v. Carr*, 369 U.S. 186 (1962). O caso foi levado à Suprema Corte quando Baker e outros cidadãos do Tennessee alegaram o descumprimento de uma Lei de 1901 que estabelecia a forma de composição das cadeiras da Assembleia Geral do Estado. No presente caso, questionava-se se a divisão dos distritos eleitorais no Tennessee poderia ignorar dados como o crescimento da economia e mudanças populacionais. Posteriormente, indagou-se perante a Suprema Corte dos Estados Unidos se o Tribunal tinha competência para rever a divisão dos distritos eleitorais ou se essa decisão ficaria a cargo apenas do Poder Legislativo. Ao enfrentar o mérito do caso, a Suprema Corte firmou o entendimento de que, em diversas ocasiões, o Tribunal já se havia manifestado em questões que envolviam a administração estatal e, por essa razão, também tinha competência para decidir casos que envolvessem a divisão de eleitores, não invadindo, assim, atribuição do Poder Legislativo (Ver: <http://jus.com.br/artigos/18468/separation-of-powers#ixzz2aTytNohN>. Acesso em: 04 jun. 2013).

¹⁵¹ *Quinn v. United States*, 349 U.S. 155 (1955).

¹⁵² *Roe v. Wade*, 410 U.S. 113 (1973). Nessa decisão histórica sobre o direito de abortar das mulheres nos Estados Unidos, a Suprema Corte julgou inconstitucionais leis (federais e estaduais) contrárias ao aborto, por violarem o direito constitucional à privacidade, garantido sob a cláusula do devido processo legal, esculpido na Décima Quarta Emenda da Constituição. Essa decisão da Corte foi interpretada como a primeira despenalização do aborto para os 50 Estados da União.

¹⁵³ Tradução da autora a partir do original: “By the mid-1950s, the term [activism] had taken on a generally negative connotation” (KMIEC, Keenan. The origin and current meanings of judicial activism. *California Law Review*, v.92, p.1.451-1.452, nota 1, 2004).

¹⁵⁴ Tradução da autora a partir do original: “The gloss of post-1947 history confirmed activism’s use as a negative epithet, and focused such critiques on the Supreme Court’s liberal wing.” (GREEN, Craig. An intellectual history of judicial activism. *Emory Law Journal*, v.58, p.1.208-1.209, 2009. Temple University Legal Studies Research Paper n.2009-32. Disponível em: <http://ssrn.com/abstract=1410728>. Acesso em: 09 maio 2013).

ativista: o fato de ampliarem direitos civis ou a sua justificação a partir de análise dos impactos econômicos e sociais que geram na sociedade (ou ambas as coisas)? O “ativismo judicial” representa sempre um abuso de poder?

1.1 O conceito de ativismo judicial: ponto de partida para a discussão sobre os limites da interpretação judicial

"Schlesinger, originalmente, alegou neutralidade sobre se o ativismo é desejável, mas analistas modernos consideram que não há nada mais óbvio sobre o ativismo do que o fato de que ele é ruim."¹⁵⁵

(Craig Green — “Anintellectual history of judicial activism”)

Demonstrada a dificuldade em se abordar a semântica do termo, importante será distinguir todos os significados que mais tradicionalmente lhe são imputados, para destacar do conceito, atuações legítimas e ilegítimas do Poder Judiciário.

A busca por uma conceituação mais precisa evita que a locução seja apropriada apenas para servir de crítica a fundamentações jurídicas que desagradem parcela da população, da mídia e de outros setores e instituições. A adjetivação recorrente das decisões judiciais como ativistas, quando desprovida de um sentido mais claro, esvazia a própria finalidade da expressão, impedindo um controle mais profícuo dos abusos judiciais. O resgate da discussão sobre o termo reaviva, conseqüentemente, um controle de legitimidade adequado da atuação dos juízes pela sociedade.

É importante salientar que, apesar de ter suscitado inúmeras controvérsias nos anos subseqüentes à sua primeira cunhagem, a adjetivação de uma decisão como ativista passou a ser utilizada de forma eminentemente pejorativa,¹⁵⁶ mesmo

¹⁵⁵ Tradução da autora a partir do original: “*Schlesinger originally claimed neutrality about whether activism is desirable, but modern analysts find nothing more obvious about activism than that it is bad*” (GREEN, Craig. An intellectual history of judicial activism. *Emory Law Journey*, v.58, p.1.208-1.219, 2009. Temple University Legal Studies Research Paper n. 2009-32. Disponível em: <http://ssrn.com/abstract=1410728>. Acesso em: 10 maio 2013).

¹⁵⁶ Nesse sentido, Branco ressalta que: “Nos Estados Unidos, a expressão reproduz-se em inúmeros ensaios técnicos. Conquanto assimile com maior frequência conotação negativa, por vezes, é encarada favoravelmente, em especial quando contraposta a outra expressão igualmente forte no seu

diante das infundáveis divergências sobre o quê, de fato, a caracterizaria. Essa premissa será adotada como verdadeira pela pesquisa, em consonância às ideias de autores como Green e Kmiec, por melhor traduzir o debate judicial feito, tanto por conservadores, quanto por liberais norte-americanos.

A despeito de a expressão ter sido criada por Schlesinger, em um primeiro momento, de maneira avalorativa, ela vai além das intenções do historiador, exatamente por simbolizar uma longa e rica tradição de crítica e controle dos erros judiciais, nos Estados Unidos.

A ideia de usurpação de poderes ou de rompimento dos limites legítimos da atuação judicial é correlata à discussão iniciada em *Marbury v. Madison*, que continuou, após o artigo da *Fortune*, sobre a nova alcunha de “ativismo judicial”.

Por essa razão, a pesquisa confere ao “ativismo judicial”, na linha da conceituação definida por Elival Ramos, uma valoração negativa:

Ao se fazer menção ao ativismo judicial, o que se está a referir é à ultrapassagem das linhas demarcatórias da função jurisdicional, em detrimento principalmente da função legislativa, mas, também, da função administrativa e, até mesmo, da função de governo. Não se trata do exercício desabrido da legiferação (ou de outra função não jurisdicional), que, aliás, em circunstâncias bem delimitadas, pode vir a ser deferido pela própria Constituição aos órgãos superiores do aparelho judiciário, e sim da descaracterização da função típica do Poder Judiciário, com incursão insidiosa sobre o núcleo essencial de funções constitucionalmente atribuídas a outros Poderes.¹⁵⁷

Desta feita, a expressão será tomada como sinônimo de um exercício distorcido da jurisdição, ainda que seja preciso discutir os limites de uma interpretação judicial regular, o que será feito nos tópicos subsequentes.

Uma boa evidência de como o uso da locução amadureceu, adquirindo faceta notadamente negativa, no contexto norte-americano, será evidenciado no segundo capítulo, de forma mais detalhada, fazendo-se menção às obras de Dworkin. Conforme se demonstrará, a existência de um aparente paradoxo, de defesas e críticas ao “ativismo judicial”, pelo filósofo, se desfaz por uma leitura atenta e

débito ideológico, o *passivismo judicial*” (BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Em busca de um conceito fugidio: o ativismo judicial*, p.390 *apud* FELLET, André Luiz Fernandes; PAULA, Daniel Giotti; NOVELINO, Marcelo (Orgs.). *As novas faces do ativismo judicial*. Coletânea de artigos. JusPodivm, 2011. p.390).

¹⁵⁷ RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos*. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p.117.

coerente de suas obras, atrelada à compreensão da evolução do debate nos Estados Unidos.

Sendo assim, em consulta à literatura jurídica,¹⁵⁸ posterior à publicação do artigo na revista *Fortune*, depreende-se que o termo “ativismo judicial” passou a ser empregado negativamente, sob três distintas acepções, que serão analisadas em sequência. Primeiro, nos casos nos quais os tribunais invalidam a legislação, através do controle de constitucionalidade das leis. Segundo, em casos nos quais os tribunais não seguem ou, às vezes, ignoram seus próprios precedentes. Por fim, para descrever a usurpação das funções legislativas pelos juízes, sob o manto de uma suposta interpretação jurídica, na qual fariam prevalecer suas próprias concepções de justiça, em consideração ao bem-estar social.

1.2 O ativismo judicial e o *judicial review*

“[...] saber história é um pressuposto ineliminável do saber constitucional.”¹⁵⁹

(José Joaquim Gomes Canotilho — *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*)

A primeira acepção, dentre as citadas, remonta à discussão mais antiga sobre o poder da Suprema Corte norte-americana de realizar o controle difuso de constitucionalidade das leis (*judicial review*). A singularidade da Revolução Americana deixa um legado para o constitucionalismo moderno, relativamente à supremacia constitucional e aos contornos da jurisdição constitucional. “Assenta-se na declaração de que é o homem singular sua referência e que os direitos que elas proclamaram pertenciam aos indivíduos considerados um a um antes de ingressarem no organismo social.”¹⁶⁰

¹⁵⁸ Cf., principalmente: GREEN, Craig. An intellectual history of judicial activism. *Emory Law Journal*, v.58, 2009; MARSHALL, William P. Conservatives and the seven sins of judicial activism (september 2002). *University of Colorado Law Review*, v.73, 2002; KMIEC, Keenan. The origin and current meanings of judicial activism. *California Law Review*, v.92, 2004.

¹⁵⁹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. Coimbra: Almedina, 1998. p.15.

¹⁶⁰ CATTONI, Marcelo; GOMES, David Francisco Lopes. *Entre Direito e Política: novas contribuições para a teoria do Poder Constituinte e o problema constitucional da fundação moderna da legitimidade*,

A Constituição norte-americana é silente em relação à competência da Suprema Corte¹⁶¹ para declarar a inconstitucionalidade das leis, razão pela qual a teoria *do judicial review* resultou de uma construção jurisprudencial, enunciada pela primeira vez na história do constitucionalismo. Sobre o assunto, Harold Laski pontua que “não há comunidade moderna em que o respeito pelo princípio do controle judicial vá mais longe do que nos Estados Unidos, com o resultado de que a aceitação da autoridade da Corte por todas as pessoas ou instituições interessadas é ponto pacífico”.¹⁶²

Diante da lacuna de poder remanescente, apesar da afirmação otimista de Laski, um importante questionamento ecoa ainda na atualidade: como é possível afirmar que a teoria constitucional enunciada por Marshall¹⁶³ se reveste de legitimidade? Os que defendem esse modelo, acreditam que o sistema de controle de constitucionalidade norte-americano decorre de uma verdadeira conquista política da Suprema Corte e, essencialmente, do governo federal.

A fim de que se possa suturar, filosoficamente, a tessitura aberta deixada pelo texto e compreender adequadamente a decisão Marshall, é necessário entender o processo de legitimação subjacente à aceitação permanente dessa autoridade, conferida ao Poder Judiciário.¹⁶⁴ Não é possível fazer essa reflexão sem retomar, ainda que brevemente, a conjuntura político-jurídica norte-americana da Guerra de

p.264 *apud* CATTONI, Marcelo; MACHADO, Felipe (Coords.). *Constituição e processo: entre direito e política*. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

¹⁶¹ Apesar de a Constituição norte-americana prever a existência da Suprema Corte, apenas em 1791, com o *Judiciary Act*, ela foi criada efetivamente. Nesse sentido: “CAP. XX. - Uma lei para estabelecer os Tribunais dos Estados Unidos. SEÇÃO 1. Seja decretado pelo Senado e Câmara dos Representantes dos Estados Unidos da América, no Congresso reunido, que a Suprema Corte dos Estados Unidos será composta por um 'Chief Justice' e por cinco 'Associate Justices', qualquer quatro dos quais serão exigidos para quórum, e deve realizar anualmente, na sede do governo, duas sessões, uma com início na primeira segunda-feira de fevereiro, e outra na primeira segunda-feira de agosto.” Tradução da autora a partir do original: “CHAP. XX. – An Act to establish the Judicial Courts of the United States. SECTION 1. Be it enacted by the Senate and House of Representatives of the United States of America in Congress assembled, That the supreme court of the United States shall consist of a chief justice and five associate justices, any four of whom shall be a quorum, and shall hold annually at the seat of government two sessions, the one commencing the first Monday of February, and the other the first Monday of August.” (Disponível em: http://www.constitution.org/uslaw/judiciary_1789.htm. Acesso em: 02 set. 2013).

¹⁶² Cf. versão original, em inglês: “*There is no modern community in which respect for the principal of judicial review goes deeper than it does in the United States, with the result that acceptance of the Court’s authority by all persons or institutions affected is taken for granted*” (SCHWARTZ, Bernard. *American Constitutional Law*. Cambridge: Cambridge University Press, 1955. p.145).

¹⁶³ *Marbury v. Madison*, 5 U.S. (1 Cranch) 137 (1803).

¹⁶⁴ Para maiores aprofundamentos, sugere-se: COELHO, Thales Chagas Machado. *O princípio da moderação e a legitimação do controle judicial de constitucionalidade das leis*. Brasília: Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, 2010. (Coleção de Teses, Dissertações e Monografias de Servidores do Senado Federal).

Independência, no século XVIII. O contexto fático¹⁶⁵ da decisão é fundamental para o entendimento do seu significado histórico e da sua repercussão no constitucionalismo moderno.

Mais uma vez, é preciso retornar ao passado para se proteger e enriquecer o patrimônio de experiência constitucional dele herdado. É fundamental, retomar os valores norteadores da teoria engendrada por Marshall, para orientar a busca pelo futuro. Se é mesmo verdade que “passado e futuro se ligam em uma única linha”,¹⁶⁶ é preciso resgatar o fio condutor entre ambos. Nesse sentido, Cattoni e Gomes atribuem a singularidade universal da Revolução Americana, em referência explícita ao pensamento de Hannah Arendt, à “[...] certeza, por um lado, de que o poder existe apenas a partir de pactos materializados em corpos políticos, e, por outro, de que a autoridade reside no ato de fundação e em sua tendência à expansão.”¹⁶⁷

O *judicial review* ainda não era uma prática estabelecida e pacífica em nenhum Estado da União¹⁶⁸ até a reunião da Convenção Federal da Filadélfia, ocorrida em 1787.¹⁶⁹ A ideia de supremacia constitucional não foi objeto de discussão por aqueles que declararam a independência, razão pela qual não se configurou como algo “pré-estruturado conscientemente”.¹⁷⁰

¹⁶⁵ BARROSO, Luis Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência*. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2006. p.3-10.

¹⁶⁶ ZAGREBELSKY, Gustavo. *História y constitución*. Trad. Miguel Carbonell. Madrid: MinimaTrotta 2005. p.91.

¹⁶⁷ ZAGREBELSKY, Gustavo. *História y constitución*. Trad. Miguel Carbonell. Madrid: MinimaTrotta 2005. Nota de rodapé 135, p.265.

¹⁶⁸ DEENER, David. Judicial review in modern constitutional systems. *American Political Science Review*, v.XLVI, p.1.079-1.099, 1952 *apud* RODRIGUES, Lêda Boechat. *A Côte Suprema e o Direito Constitucional americano*. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1958. p.18, nota 13.

¹⁶⁹ É importante lembrar que a Constituição norte-americana, votada e aprovada em 17 de setembro de 1787, por 12 dos 13 Estados da Federação (*Rhode Island* não enviou representante), não previa originalmente artigos que versassem sobre os direitos fundamentais dos cidadãos. A versão original do documento assinado na Convenção Constitucional da Filadélfia era composta por sete artigos, que tratavam, respectivamente: do Poder Legislativo, do Poder Executivo, do Poder Judiciário, dos Poderes e Limites do Estado, do Poder de Reforma da Constituição (por meio de emendas), do Poder Federal e da ratificação das cláusulas expostas. A inclusão dos direitos civis (*civil rights*) só ocorreu após a Guerra de Secessão, no século XIX (1861-1865), com a inclusão das 10 Emendas, em 1791, que constituíram o chamado *Bill of Rights* (Declaração de Direitos), incorporadas ao texto inicial da Constituição após aprovação dos Estados (incluíam: liberdade de expressão, religião, reunião e devido processo legal a um julgamento justo). Até hoje já foram aprovadas 27 Emendas à Constituição norte-americana, tendo sido a última aprovada em 1992. Para uma leitura mais apurada: BARROSO, Luis Roberto. *Direito Constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. São Paulo: Saraiva, 2009. p.15-22.

¹⁷⁰ *Quinn v. United States*, 349 U.S. 155 (1955).

A prerrogativa da Suprema Corte de retificar a inconstitucionalidade das leis só foi implementada formalmente pelo seu terceiro *Chief Justice* — John Marshall¹⁷¹ — em 1803, a partir do *leading case Marbury v. Madison*,¹⁷² amplamente contestado no plano político e doutrinário. Mesmo que não se possa precisar, com absoluto grau de consenso, a extensão da imbricação existente entre a teoria esboçada nessa decisão e a prática efetiva do *judicial review* na jurisprudência norte-americana, é cediço, nas palavras do historiador Gordon Wood,¹⁷³ que Marshall, obviamente, teve alguma relação com o seu começo.

Essa dimensão histórica ganha ainda mais importância por não existir previsão expressa para o *judicial review* na Constituição norte-americana,¹⁷⁴ o que colocava em risco o equilíbrio da engenharia institucional democrática do país. A discussão original estadunidense, em *Marbury v. Madison*,¹⁷⁵ se forma “no silêncio dos textos, tomando corpo lentamente, em um primeiro período, que chega desde

¹⁷¹ “Ex-advogado, ex-parlamentar, tendo representado os Estados Unidos em missão diplomática à França, Secretário do Departamento do Estado, foi elevado à suprema magistratura a 30 de janeiro de 1801, quase a findar-se o governo de Adams” (RODRIGUES, Lêda Boechat. *A Côrte Suprema e o Direito Constitucional americano*. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1958. p.22).

¹⁷² *Marbury v. Madison*, 5 U.S. (1 Cranch) 137 (1803).

¹⁷³ “Apesar de o próprio Marshall não poder ter criado o *judicial review*, ele obviamente tinha algo a ver com as suas origens. Mas não temos muita concordância sobre o que era esse que algo — apesar de um grande número de trabalhos sobre o tema do *judicial review*.” Tradução da autora a partir do original: “*Although Marshall by himself could not have created judicial review, he obviously had something to do with its beginnings. But we do not have a lot of agreement on what that something was - despite a multitude of works on the subject of judicial review*” (WOOD, Gordon S. *The origins of Judicial Review revisited, or How the Marshall Court made more out of less*. *56 Wash. & Lee L. Rev.*, n. 789, p.806,1999. Disponível em: <http://scholarlycommons.law.wlu.edu/wlulr/vol56/iss3/3>. Acesso em: 15 jul. 2013).

¹⁷⁴ Inclusive, um dos mais recorrentes argumentos à teoria repousa, por certo, na justificativa de que, a despeito de ser a Constituição a lei suprema de um país, disso não decorreria a competência dos juízes em impor a última palavra sobre a constitucionalidade das leis. A crítica do senador Breckenridge reflete boa parte dos questionamentos contrários à revisão judicial: “[...] é realmente de admirar que a Constituição, no seu minucioso cuidado em definir a autoridade de cada departamento tivesse omitido poder tão importante como o das cortes para anular todos os atos do Congresso [...]”. Sobre esse argumento específico, Dworkin aduz que o princípio de que “nenhum homem poderá legislar em causa própria” é parte importante da própria ideia de legalidade; razão pela qual, para o filósofo, “Marshall só teria o direito de desconsiderá-lo se a Constituição houvesse negado expressamente a revisão judicial”.

¹⁷⁵ “A despeito de o grande precedente da *judicial review* ser *Madison v. Marbury* (1803), a primeira Corte também deu sua contribuição à afirmação do controle de constitucionalidade. Em *Ware v. Hylton* (1796), a Corte Suprema afirmou a possibilidade de declaração de inconstitucionalidade de lei estadual por incompatibilidade com a Constituição Federal. Interessante que, nesse caso, John Marshall foi advogado e defendeu a impossibilidade do exercício da *judicial review*, por não estar expressa na Constituição. Em *Calder v. Bull* (1798), a Corte Suprema declarou inconstitucional uma lei de Connecticut. Um precedente do exercício da *judicial review* sobre uma lei federal ocorreu em *Hylton v. United States* (1796), quando a Corte declarou constitucional uma lei federal. Esse precedente é importante porque, se a Corte Suprema analisou a constitucionalidade, foi porque julgou competente para, eventualmente, julgar a lei inconstitucional” (Disponível em: http://www.metajus.com.br/textos_nacionais/texto-nacional40.html. Acesso em: 18 jul. 2013).

1789, ano em que se constitui o Supremo Tribunal Federal.”¹⁷⁶ O processo histórico norte-americano guarda profundas particularidade em relação ao francês,¹⁷⁷ em curso no mesmo período, principalmente porque, nos Estados Unidos, a Constituição “não somente restringia o governo, mas vinculava, unia, constituía o povo que a elaborara ao fundar o corpo político de que fazia parte.”¹⁷⁸

Anteriormente à aprovação do documento constitucional, as Treze Colônias, constituídas em Estados livres após a independência (1776), se uniram sob a forma contratual de Confederação e aprovaram um documento que ficou conhecido como “Artigos da Confederação”. Não houve, entretanto, nesse momento inicial de arranjos institucionais, a criação de um judiciário centralizado. Enquanto isso, os Estados, independentes e soberanos, elaboraram suas próprias Constituições e fizeram prevalecer uma “política da liberdade”,¹⁷⁹ com a predominância absoluta do Legislativo. Ao Judiciário foi reservada uma instância subordinada aos demais poderes. Segundo Kramnick:

A política de liberdade nos Estados significava a dominância absoluta do legislativo. Não somente o governador, que representava o princípio do mando do magistrado, era destituído de maior parte do seu poder, mas em muitos Estados o Judiciário também foi tornado subserviente aos legislativos. Decisões judiciais e prazos de mandato eram controlados pelos legisladores, bem como salários e emolumentos [...]. Praticamente todas as noções tradicionais de separação dos poderes foram abandonadas nos Estados. O

¹⁷⁶ Tradução da autora a partir do original: “[...] en el silencio de los textos, tomando cuerpo lentamente, en un primer período, que llega hasta 1789 (año em que se constituye el Tribunal Supremo Federal)” (SÁNCHEZ, José Acosta. *Formación de la constitución y jurisdicción constitucional: fundamentos de la democracia constitucional*. Madrid: Tecnos, 1998. p.149 *apud* ALEXANDER, Larry (Ed.). *Constitutionalism: philosophical foundation*. Cambridge: Cambridge University Press, 1998 *apud* VIANA, Rodolfo. *Compreensão e Constituição: a interpretação constitucional pós giro hermenêutico*. 178f. 2001. Dissertação (Mestrado em Direito) - Faculdade de Direito, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2001. p.87).

¹⁷⁷ Para maiores aprofundamentos, sugere-se: ARENDT, Hannah. *Entre o passado e o futuro*. Trad. Mauro W. Barbosa de Almeida. São Paulo: Perspectiva, 2002.

¹⁷⁸ CATTONI, Marcelo; GOMES, David Francisco Lopes. *Entre Direito e Política: novas contribuições para a teoria do Poder Constituinte e o problema constitucional da fundação moderna da legitimidade*, nota de rodapé 135, p.266 *apud* CATTONI, Marcelo; MACHADO, Felipe (Coords.). *Constituição e processo: entre direito e política*. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

¹⁷⁹ KRAMNICK, Isaac. Apresentação. In: MADISON, James; HAMILTON, Alexander; JAY, John. *Os artigos federalistas*. Trad. Maria Luiza X. de A. Borges. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1993. p.9 *apud* LIMA, Rogério Araújo de. Os artigos federalistas: a contribuição de James Madison, Alexander Hamilton e John Jay para o surgimento do Federalismo no Brasil. *Revista de Informação Legislativa*. Brasília, ano 48, n.192, p.128, out./dez. 2011. Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/242934/000936215.pdf?sequence=3>. Acesso em: 21 ago. 2013.

pressuposto dominante era que um governo livre é aquele em que o legislativo era o próprio povo.¹⁸⁰

Ainda, de acordo com o autor,¹⁸¹ essa fase inicial de estruturação do novo país foi marcada por uma grande desordem e permanente conflito de interesses entre os Estados. Na tentativa de fortalecer a união entre as antigas Colônias e estreitar os laços sociais e o sentimento de pertença a uma mesma comunidade, os assim denominados *Framers* ou ainda *Founding Fathers* (“Pais Fundadores”), James Madison, Alexander Hamilton e George Washington, elaboraram a Constituição dos Estados Unidos, em 1787, na Convenção da Filadélfia. Para aumentar a adesão dos Estados ao documento, elaboraram ainda uma obra conhecida como *The Federalist Paper* (*Os artigos federalistas*), composta por 85 pequenos ensaios. O livro, publicado entre os anos de 1787 e 1788, foi considerado por Stuart Mill como o mais instrutivo tratado existente sobre o governo federal.

A referência positiva ao Poder Judiciário, subjacente nos escritos de Hamilton, refletia uma mudança na forma como a recém-emancipada sociedade norte-americana observava seus magistrados. Em estudo sobre o tema, Gordon Wood descortinou a transformação ocorrida na imagem dos juízes, entre o período colonial e posteriormente à independência das Treze Colônias. Os colonos, segundo o historiador, por terem vivido sob o jugo da dominação britânica, consideraram por muito tempo os magistrados como meros apêndices do poder real. “Os juízes coloniais continuaram a exercer o cargo ao bel prazer do rei.”¹⁸² A desconfiança repousava no fato de os juízes coloniais estarem atrelados à monarquia britânica. Aliado a isso, outro problema que se delineava era a confusão das fontes do direito

¹⁸⁰ KRAMNICK, Isaac. Apresentação. In: MADISON, James; HAMILTON, Alexander; JAY, John. *Os artigos federalistas*. Trad. Maria Luiza X. de A. Borges. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1993. p.9 *apud* LIMA, Rogério Araújo de. Os artigos federalistas: a contribuição de James Madison, Alexander Hamilton e John Jay para o surgimento do Federalismo no Brasil. *Revista de Informação Legislativa*. Brasília, ano 48, n.192, p.128, out./dez. 2011. Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/242934/000936215.pdf?sequence=3>. Acesso em: 21 ago. 2013.

¹⁸¹ KRAMNICK, Isaac. Apresentação. In: MADISON, James; HAMILTON, Alexander; JAY, John. *Os artigos federalistas*. Trad. Maria Luiza X. de A. Borges. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1993. p.9 *apud* LIMA, Rogério Araújo de. Os artigos federalistas: a contribuição de James Madison, Alexander Hamilton e John Jay para o surgimento do Federalismo no Brasil. *Revista de Informação Legislativa*. Brasília, ano 48, n.192, p.128, out./dez. 2011. Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/242934/000936215.pdf?sequence=3>. Acesso em: 21 ago. 2013.

¹⁸² Tradução da autora a partir do original: “*The colonial judges continued to hold office at the pleasure of the king*” (WOOD, Gordon S. The origins of Judicial Review revisited, or How the Marshall Court made more out of less. *56 Wash. & Lee L. Rev.*, n.789, p.780, 1999. Disponível em: <http://scholarlycommons.law.wlu.edu/wlulr/vol56/iss3/3>. Acesso em: 15 jul. 2013).

à época. A insegurança jurídica gerada em face desse cenário fez com que os Estados livres, após a Guerra de 1776, iniciassem um processo de codificação do *common law*. Pretendiam, com isso, elaborar códigos que refletissem com clareza o direito aplicável, retirando a grande margem de discricionariedade exercida pelos magistrados. O intento não logrou êxito. Ao contrário do propósito de simplificação almejado, as imprecisões e inconsistências dos Estatutos promulgados, bem como o aumento exagerado de leis, ampliaram, ainda mais, o caos jurídico e a discricionariedade judicial que se pretendia combater. Poucos anos depois da independência, a confiança nas legislaturas popularmente eleitas foi abalada e a hostilidade dos norte-americanos contra o Poder Judiciário aumentou, como evidenciado pelo fragmento:

Por volta de 1780, muitos norte-americanos concluíram que suas assembleias estaduais populares, não só eram incapazes de simplificar e codificar a lei, mas, mais alarmante, estavam se tornando a maior ameaça para os direitos das minorias e liberdades pessoais e a principal fonte de injustiça na sociedade.¹⁸³

A Revolução Americana, no entanto, consagrou o Judiciário como órgão estatal autônomo, o que representou um marco para o fenômeno histórico moderno e um dos grandes legados para tripartição de poderes.¹⁸⁴ Wood chama atenção para a alteração substancial do prestígio judicial, ocorrida em tão pouco tempo. De simples magistrados, atrelados ao Executivo, os juízes passariam a compor um terceiro poder, independente e em igualdade com os demais. Essa mudança, por si só, é extremamente notável "porque colide com o retrato da sabedoria convencional popular no século XVIII".¹⁸⁵ A perplexidade maior,¹⁸⁶ entretanto, veio justamente da

¹⁸³ Tradução da autora a partir do original: "By the 1780's many Americans concluded that their popular state assemblies not only were incapable of simplifying and codifying the law but, more alarming, had become a major threat to minority rights and individual liberties and the principal source of injustice in the society" (WOOD, Gordon S. The origins of Judicial Review revisited, or How the Marshall Court made more out of less. *56 Wash. & Lee L. Rev.*, n.789, p.791, 1999. Disponível em: <http://scholarlycommons.law.wlu.edu/wlulr/vol56/iss3/3>. Acesso em: 15 jul. 2013).

¹⁸⁴ PEREURAM, Ruitemberg Nunes. Os paradoxos do Judiciário no Estado Constitucional e as súmulas vinculantes. *Revista CEJ*, Brasília, ano XIII, n.47, p.66-75, out./dez. 2009. Disponível em: <http://www2.cjf.jus.br/ojs2/index.php/revcej/article/viewFile/1113/1301>. Acesso em: 03 ago. 2013.

¹⁸⁵ Tradução da autora a partir do original: "[...] because it flew in the face of much conventional eighteenth-century popular wisdom" (WOOD, Gordon S. The origins of Judicial Review revisited, or How the Marshall Court made more out of less. *56 Wash. & Lee L. Rev.*, n.789, p.793, 1999. Disponível em: <http://scholarlycommons.law.wlu.edu/wlulr/vol56/iss3/3>. Acesso em: 15 jul. 2013).

¹⁸⁶ Nesse sentido: "[...] estava convidando muitos americanos a aceitar o que veio a ser chamado de 'revisão judicial', isto é, garantindo aos juízes a autoridade para interpretar e invalidar leis feitas por representantes eleitos do povo. 'Isso', disse perplexo James Madison em 1788, 'faz o Departamento

aceitação da teoria do *judicial review*, que garantia a juízes não eleitos democraticamente, autoridade para interpretar e invalidarem leis promulgadas por representantes eleitos pelo povo.

A razão para o consenso obtido, dado todo esse contexto paradigmático de reconstrução da credibilidade do Poder Judiciário em solo estadunidense, não repousa simplesmente na enunciação dessa jurisprudência. Como afirmado por Kramnick: “mais uma vez, a teoria abstrata encontra-se com a realidade concreta do momento histórico”.¹⁸⁷ Nas palavras de Wood, a origem do *judicial review*, “nunca poderia estar na acumulação de alguns precedentes judiciais esporádicos, ou mesmo na decisão de *Marbury v. Madison*, mas teria de advir de grandes mudanças que ocorreram nos ideais americanos sobre o governo e as leis.”¹⁸⁸

Não existia um consenso, todavia, entre os *Framers* sobre o poder de revisão judicial. Muitos, como Madison,¹⁸⁹ desconfiavam dessa alternativa e apregoavam que essa tarefa deveria ser feita pelos três poderes, conjuntamente; no caso de divergências inconciliáveis entre eles, caberia ao povo a decisão. Outros, entretanto, como Hamilton, justificavam a necessidade desse controle judicial, defendendo o direito de a Suprema Corte decidir sobre a constitucionalidade das leis aprovadas

Judiciário soberano à Legislatura, o que nunca foi não poderá ser bom’.” Tradução da autora a partir do original: “[...] *was getting many Americans to accept what came to be called ‘judicial review’, that is, granting judges the authority to interpret and set aside laws made by the elected representatives of the people. ‘This’, said a perplexed James Madison in 1788, ‘makes the Judiciary Department paramount in fact to the Legislature, which was never intended and can never be proper’.*” (WOOD, Gordon S. The origins of Judicial Review revisited, or How the Marshall Court made more out of less. 56 *Wash. & Lee L. Rev.*, n.789, p.793, 1999. Disponível em: <http://scholarlycommons.law.wlu.edu/wlulr/vol56/iss3/3>. Acesso em: 15 jul. 2013).

¹⁸⁷ KRAMNICK, Isaac. Apresentação. In: MADISON, James; HAMILTON, Alexander; JAY, John. *Os artigos federalistas*. Trad. Maria Luiza X. de A. Borges. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1993. p.67.

¹⁸⁸ Tradução da autora a partir do original: “[...] *never could lie in the accumulation of a few sporadic judicial precedents, or even in the decision of Marbury v. Madison, but had to flow from fundamental changes taking place in the Americans’ ideas of government and law*”. (WOOD, Gordon S. The origins of Judicial Review revisited, or How the Marshall Court made more out of less. 56 *Wash. & Lee L. Rev.*, n.789, p.793, 1999. Disponível em: <http://scholarlycommons.law.wlu.edu/wlulr/vol56/iss3/3>. Acesso em: 15 jul. 2013).

¹⁸⁹ “Tanto Jefferson quanto Madison continuaram convencidos até o final de suas vidas de que todas as partes do governo americano tinham igual autoridade para interpretar a lei fundamental da Constituição. E, quando vários departamentos divergiram em seus entendimentos da lei fundamental, escreveu Madison no *Federalist*, n.49, apenas ‘um apelo ao próprio povo poderia, por si só, declarar o seu verdadeiro significado e impor a sua observância’. Tradução da autora a partir do original: “*Both, Jefferson and Madison, remained convinced to the end of their lives that all parts of America’s governments had equal authority to interpret the fundamental law of the Constitution And when the several departments disagreed in their understanding of the fundamental law, wrote Madison in Federalist No. 49, only ‘an appeal to the people themselves, can alone declare its true meaning, and enforce its observance’.*” (WOOD, Gordon S. The origins of Judicial Review revisited, or How the Marshall Court made more out of less. 56 *Wash. & Lee L. Rev.*, n.789, p.796, 1999. Disponível em: <http://scholarlycommons.law.wlu.edu/wlulr/vol56/iss3/3>. Acesso em: 15 jul. 2013).

pelas Assembleias Legislativas, no âmbito nacional e estadual; argumentava, no artigo 78 do *The Federalist Paper*, que o poder de revisão seria um importante mecanismo de monitoramento do Legislativo, apto a evitar que “a respiração pestilenta da facção pudesse envenenar as fontes da Justiça”¹⁹⁰. Isso só seria possível porque os legisladores não eram realmente soberanos: “Na América, a soberania real e definitiva está no próprio povo e não com os seus representantes nas legislaturas”.¹⁹¹ Com esse artigo, Hamilton redimensionou o caráter representativo dos legisladores, limitando-o, e aumentou, paralelamente, o dos juízes, considerados agentes igualmente representativos da soberania popular. Dessa forma, seria mais racional supor que “os tribunais foram projetados para serem um corpo intermediário entre o povo e o poder legislativo, a fim de, entre outras coisas, manter o ultimo dentro dos limites atribuídos à sua autoridade”.¹⁹² Esse ensaio contribuiu significativamente para que Marshall, posteriormente, deduzisse de seu sistema jurídico, a autorização de revisão judicial.

Arelado a isso, outro importante aspecto foi a promulgação de um documento constitucional. A positivação dos direitos fundamentais outorgou-lhes um grau de explicitação e realidade nunca antes registrado. Com a Constituição formal, organizou-se a limitação do poder político, aperfeiçoada pelo constitucionalismo.¹⁹³ A Constituição-texto, enquanto pacto firmado em torno de certos direitos

¹⁹⁰ *Explicando a Constituição*. Artigos federalistas. Disponível em: <http://www.embaixada-americana.org.br/government/ch2.htm>. Acesso em: 14 dez. 2013.

¹⁹¹ Tradução da autora a partir do original: “*In America real and ultimate sovereignty rested with the people themselves, not with their representatives in the legislatures*” (WOOD, Gordon S. The origins of Judicial Review revisited, or How the Marshall Court made more out of less. *56 Wash. & Lee L. Rev.*, n.789, p.796, 1999. Disponível em: <http://scholarlycommons.law.wlu.edu/wlulr/vol56/iss3/3>. Acesso em: 15 jul. 2013).

¹⁹² Tradução da autora a partir do original: “*the courts were designed to be an intermediate body between the people and the legislature, in order, among other things, to keep the latter within the limits assigned to their authority*” (WOOD, Gordon S. The origins of Judicial Review revisited, or How the Marshall Court made more out of less. *56 Wash. & Lee L. Rev.*, n.789, p.794, 1999. Disponível em: <http://scholarlycommons.law.wlu.edu/wlulr/vol56/iss3/3>. Acesso em: 15 jul. 2013).

¹⁹³ Sobre o constitucionalismo moderno e suas origens, aponta-se lição do constitucionalista Bernardo Gonçalves Fernandes, segundo o qual, a despeito dos diferentes processos experimentados na tradição americana, francesa e inglesa: “O constitucionalismo (moderno) pode ser entendido como um movimento que traz consigo objetivos, que, sem dúvida, irão fundar (constituir) uma nova ordem, sem precedentes na história da constituição das sociedades, formando aquilo que Rogério Soares chamou de ‘conceito ocidental de Constituição’. Nesse diapasão, se perguntássemos sobre quais os dois grandes objetivos do constitucionalismo, qual seria a resposta? Ora, não tenhamos dúvidas que seriam: 1) A limitação do poder com a necessária organização e estruturação do Estado [...]; 2) A consecução (com o devido reconhecimento) de direitos e garantias fundamentais [...]. Concluindo com Canotilho, os temas centrais do constitucionalismo se relacionam com a fundação e legitimação do poder político (em contraposição a um poder absoluto) e a constitucionalização das liberdades individuais” (FERNANDES, Bernardo Gonçalves. *Curso de Direito Constitucional*. 3.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p.8).

fundamentais, fundava uma sociedade constitucionalizada. “A Constituição deixa de ser um ‘modo de ser’ da comunidade (como ela simplesmente é) para se tornar o ‘ato constitutivo’ (criador, formador, fundante) da (nova) comunidade.”¹⁹⁴ Competia ao Judiciário, nesse cenário, a garantia de sua unidade e efetividade.

A existência de uma Constituição escrita ajudou os juízes a incorporarem a interpretação das normas fundamentais às suas atividades jurídicas rotineiras, da mesma forma como era feito em relação às leis hierarquicamente inferiores. Com isso, conforme afirmou James Iredell, em 1787, a Constituição Americana deixou de ser “[...] uma mera coisa imaginária, sobre a qual dez mil opiniões diferentes podem ser formadas, mas um documento escrito, ao qual todos podem recorrer, e que, portanto, os juízes não podem intencionalmente desconsiderar.”¹⁹⁵ Por outro lado, alguns revolucionários e pensadores arguíam que as normas fundamentais esculpidas na Constituição, por serem tão distintas das leis ordinárias, só poderiam ser invocadas em hipóteses absolutamente excepcionais. Nesse sentido, Wood esclarece que: “Isso necessariamente teria que ser uma extraordinária, mesmo revolucionária, expressão da autoridade pública, o tipo de ação extrema e notável que o próprio povo tomaria se pudesse”.¹⁹⁶

Assim é que o aumento do poder atribuído ao Judiciário, impensável no período colonial e logo após a independência, parece só ter sido possível porque resultou de uma transformação nascida no bojo da própria tradição norte-americana. Não foi suficiente documentar os direitos fundamentais. Inclusive, a promulgação de

¹⁹⁴ Bernardo Gonçalves Fernandes ainda esclarece sobre o surgimento das Constituições formais: “[...] no século XVIII, teremos o constitucionalismo moldado por teóricos e revolucionários norte-americanos e franceses, nos seus respectivos contextos, levado às últimas consequências como pacto fundador de um novo Estado e de uma nova sociedade. Temos então: a ‘era das Constituições formalizadas (formais) em um documento escrito’. A Constituição passa a ser entendida como: ‘a ordenação sistemática e racional da comunidade política plasmada em um documento escrito, no qual se fixam os limites do poder político e declaram-se direitos e liberdades fundamentais’.” (FERNANDES, Bernardo Gonçalves. *Curso de Direito Constitucional*. 3.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p.9).

¹⁹⁵ Tradução da autora a partir do original: “[...] *a more imaginary thing, about which ten thousand different opinions may be formed, but a written document to which all may have recourse, and to which, therefore, the judges can not wil fully blind themselves*” (CARTAS de James Iredell para Richard Spraight (Aug. 26, 1787). In: GRIFFRRH J. Mc REE. *Life and correspondence of Jams Iredell 172, 174 (1857) apud WOOD, Gordon S. The origins of Judicial Review revisited, or How the Marshall Court made more out of less. 56 Wash. & Lee L. Rev., n.787, p.795, 1999. Disponível em: <http://scholarlycommons.law.wlu.edu/wlulr/vol56/iss3/3>. Acesso em: 15 jul. 2013.*

¹⁹⁶ Tradução da autora a partir do original: “*It necessarily had to be an extraordinary, even revolutionary, expression of public authority, the kind of extreme and remarkable action the people themselves would take if they could*” (WOOD, Gordon S. *The origins of Judicial Review revisited, or How the Marshall Court made more out of less. 56 Wash. & Lee L. Rev., n.787, p.796,1999. Disponível em: <http://scholarlycommons.law.wlu.edu/wlulr/vol56/iss3/3>. Acesso em: 15 jul. 2013).*

uma Constituição escrita tendeu, conforme sublinhado pelo historiador, a inibir o Poder Judiciário de desconsiderar leis em desconformidade com as normas constitucionais.

Apenas após 1800, com a Corte Marshall, o *judicial review* tornou-se uma prática menos ameaçadora para o ideário norte-americano, passando a fazer parte da atividade judicial ordinária. Esse processo foi denominado por Sylvia Snowiss¹⁹⁷ de “legalização” dos direitos fundamentais. Isso foi possível, em parte, por terem incorporado o legado deixado pelos juízes britânicos¹⁹⁸ do século XVIII, que, na tentativa de dar ordem ao caos jurídico existente,¹⁹⁹ enfatizaram o poder de os tribunais interpretarem o *common law*, de acordo com a equidade, a razão e o bom senso. Desse modo, Canotilho esclarece que o constitucionalismo moderno passou por um processo de cristalização jurídico-constitucional de viés inglês. Assim sendo, nas palavras de Fernandes, referindo-se ao constitucionalista português, as leis inglesas “reguladoras das tutelas das liberdades são dinamicamente interpretadas e reveladas pelos juízes — e não pelo legislador — que assim vão consubstanciando o chamado direito comum (*common law*).”²⁰⁰ Essa ponderação é ratificada pela visão de Wood, quando informa que:

Como Blackstone, confrontado com os comandos legais do Parlamento soberano, os juízes americanos, agora tratam as constituições como comandos do povo soberano, super-estatutos, se quiser, que precisavam ser interpretados e integrados no corpo da

¹⁹⁷ SNOWISS, supra note 42, at 64-65 *apud* WOOD, Gordon S. The origins of Judicial Review revisited, or How the Marshall Court made more out of less. *56 Wash. & Lee L. Rev.*, n.787, p.801, 1999. Disponível em: <http://scholarlycommons.law.wlu.edu/wlulr/vol56/iss3/3>. Acesso em: 15 jul. 2013.

¹⁹⁸ Especialmente, Blackstone e Lord Mansfield. (WOOD, Gordon S. The origins of Judicial Review revisited, or How the Marshall Court made more out of less. *56 Wash. & Lee L. Rev.*, n.787, p.799, 1999. Disponível em: <http://scholarlycommons.law.wlu.edu/wlulr/vol56/iss3/3>. Acesso em: 15 jul. 2013).

¹⁹⁹ “Embora esta proliferação de leis muitas vezes tenha sido justificada como uma consequência necessária de um governo livre, a confusão jurídica resultante despertou cada vez mais críticas e levou alguns juristas britânicos a buscar soluções. A aclamação, de acordo com Comentários de William Blackstone (1765-1769), veio de sua tentativa de trazer ordem da desordem jurídica da Inglaterra do século XVIII.” Tradução da autora a partir do original: “*Although this proliferation of laws was often justified as the necessary consequence of a free government, the resultant legal confusion aroused increasing criticism and led some British jurists to seek solutions. The acclaim accorded William Blackstone's Commentaries (1765-69) came from its attempt to bring order out of the legal disorder of eighteenth-century England*” (WOOD, Gordon S. The origins of Judicial Review revisited, or How the Marshall Court made more out of less. *56 Wash. & Lee L. Rev.*, n.787, p.779-800, 1999. Disponível em: <http://scholarlycommons.law.wlu.edu/wlulr/vol56/iss3/3>. Acesso em: 15 jul. 2013).

²⁰⁰ FERNANDES, Bernardo Gonçalves. *Curso de Direito Constitucional*. 3.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p.9 -10.

lei. No processo de conciliação entre constituições e leis, muitas vezes em nome da razão e da equidade, os tribunais tendem a entrar em colapso na tradicional distinção entre lei fundamental e comum. O resultado foi o início da criação de um corpo especial de exegeses textuais, exposições legais e precedentes que temos chamado lei constitucional. Este corpo acumulativo de direito constitucional nos Estados Unidos tem agora mais de duzentos anos de idade, não há nada parecido com isso em qualquer outro lugar no mundo.²⁰¹

Essa revolução jurisprudencial permitiu ao Judiciário dar a última palavra sobre a constitucionalidade dos atos normativos, tornando rotineira a tarefa de também interpretar a Constituição. A isso somou-se necessidade de os juízes separarem a sua atividade do exercício político. Em outras palavras, tiveram de adotar uma postura profissional e esculpir para si uma esfera exclusivamente jurídica de atuação, abandonando a tradição anterior, de vinculação ao Executivo. Segundo relata Wood,²⁰² existia, até por volta de 1800, uma prática arraigada na sociedade norte-americana, pela qual o cargo de magistrado era obtido unicamente por influências políticas e posições sociais e não por qualquer conhecimento jurídico especial. Havia um envolvimento dos juízes com a política governamental, de forma que muitos conciliavam seus cargos com outras funções não judiciais (como a de diplomatas, secretários de Estado, dentre outras), muitas, designadas pelo próprio Congresso. Assim sendo, “[...] os juízes viam o seu serviço na corte simplesmente como uma extensão de sua atividade política geral; [...] Tais juízes eram autoridades políticas, não juristas profissionais”.²⁰³

A retirada dos juízes da seara política e a nova tentativa de delimitarem a esfera jurídica fortaleceram a legitimidade de suas decisões. Era a garantia contra a

²⁰¹ Tradução da autora a partir do original: *“Like Blackstone confronted with the statutory commands of the sovereign Parliament, American judges now treated the constitutions as commands of the sovereign people, super-statutes, if you will, that needed to be interpreted and integrated into the body of the law. In the process of reconciling constitutions and statutes, often in the name of reason and equity, courts tended to collapse the traditional distinction between fundamental and ordinary law. The result was the beginning of the creation of a special body of textual exegesis and legal expositions and precedents that we have come to call constitutional law. This accumulative body of constitutional law in America is now over two hundred years old; there is nothing quite like it anywhere else in the world.”* (WOOD, Gordon S. The origins of Judicial Review revisited, or How the Marshall Court made more out of less. 56 Wash. & Lee L. Rev., n.789, p.801,1999. Disponível em: <http://scholarlycommons.law.wlu.edu/wlulr/vol56/iss3/3>. Acesso em: 15 jul. 2013).

²⁰² WOOD, Gordon S. The origins of Judicial Review revisited, or How the Marshall Court made more out of less. 56 Wash. & Lee L. Rev., n.787, p.803,1999. Disponível em: <http://scholarlycommons.law.wlu.edu/wlulr/vol56/iss3/3>. Acesso em: 15 jul. 2013.

²⁰³ Tradução da autora a partir do original: *“[...] the judges saw their service on the court as simply an extension of their general political activity; [...] Such judges were political authorities, not professional legal experts”* (WOOD, Gordon S. The origins of Judicial Review revisited, or How the Marshall Court made more out of less. 56 Wash. & Lee L. Rev., n.787, p.804,1999. Disponível em: <http://scholarlycommons.law.wlu.edu/wlulr/vol56/iss3/3>. Acesso em: 15 jul. 2013).

invasão do Estado na vida de cada um, na medida em que se preservaria a esfera das liberdades civis contra uma possível tirania da maioria. Talvez tenha sido essa a grande contribuição de Marshall para a consolidação do *judicial review*, conforme evidenciado na passagem seguinte:

Marshall, em 1803, não estava embarcando em uma cruzada pela supremacia judicial. Seu objetivo era isolar o Judiciário de política partidária, tanto quanto possível. [...] A decisão Marbury foi sobre a separação questões legais da política.²⁰⁴

Essa demarcação foi feita separando-se questões políticas (“dizem respeito à nação, não aos direitos individuais”²⁰⁵), de outras relativas aos direitos (“são em ‘sua natureza, judiciais, e devem ser julgadas pela autoridade judiciária”²⁰⁶). De acordo com Wood, a autoridade judicial só se confirmou em virtude de uma desilusão com o tipo de política legislativa democrática que estava emergindo no início da República²⁰⁷.

Essa desconfiança nas legislaturas reflete, em muitos aspectos, a disputa conturbada pelo poder, travada entre Federalistas e Republicanos, que antecede a decisão *Marbury v. Madison*. Para abarcar toda a complexidade do contexto político no momento da decisão, é fundamental compreender a história ao seu redor.

Em 1800, o ex-Presidente John Adams, para o qual Marshall, na ocasião, exercia o cargo de Secretário do Departamento do Estado, foi derrotado pela oposição republicana, nas esferas legislativa e executiva. O novo Presidente, Thomas Jefferson, republicano, se viu envolto, ao assumir a chefia do Executivo, por

²⁰⁴ Tradução da autora a partir do original: “*Marshall in 1803 was not embarking on a crusade for judicial supremacy. His aim was to isolate the judiciary from partisan politics as much as possible. [...] The Marbury decision was all about separating legal issues from politics*” (WOOD, Gordon S. The origins of Judicial Review revisited, or How the Marshall Court made more out of less. *56 Wash. & Lee L. Rev.*, n.789, p.806,1999. Disponível em: <http://scholarlycommons.law.wlu.edu/wlulr/vol56/iss3/3>. Acesso em: 15 jul. 2013).

²⁰⁵ Tradução da autora a partir do original: “[...] *they respect the nation, not individual rights*” (WOOD, Gordon S. The origins of Judicial Review revisited, or How the Marshall Court made more out of less. *56 Wash. & Lee L. Rev.*, n.789, p.806,1999. Disponível em: <http://scholarlycommons.law.wlu.edu/wlulr/vol56/iss3/3>. Acesso em: 15 jul. 2013).

²⁰⁶ Tradução da autora a partir do original: “[...] *were in their ‘nature judicial, and must be tried by the judicial’.*” (WOOD, Gordon S. The origins of Judicial Review revisited, or How the Marshall Court made more out of less. *56 Wash. & Lee L. Rev.*, n.789, p.806,1999. Disponível em: <http://scholarlycommons.law.wlu.edu/wlulr/vol56/iss3/3>. Acesso em: 15 jul. 2013).

²⁰⁷ Tradução da autora a partir do original: “[...] *increasingly disillusioned with the kind of democratic legislative politics that was emerging in the early Republic*” (WOOD, Gordon S. The origins of Judicial Review revisited, or How the Marshall Court made more out of less. *56 Wash. & Lee L. Rev.*, n.789, p.808, 1999. Disponível em: <http://scholarlycommons.law.wlu.edu/wlulr/vol56/iss3/3>. Acesso em: 15 jul. 2013).

uma astuta articulação política federalista, empreendida no âmbito do Poder Judiciário, por meio de uma nova lei promulgada em 13 de fevereiro de 1801. A referida lei, conhecida como “*The Circuit Court Act*”,²⁰⁸ alterava a organização do Judiciário federal de duas formas: reduzia o número de juízes da Suprema Corte, com o intuito de não permitir a Jefferson reconfigurar o seu perfil, e criava 16 novos cargos de juiz federal, garantindo a nomeação apenas de aliados políticos do Presidente. Ainda, em 27 de fevereiro do mesmo ano, foi promulgada uma nova lei, denominada de “*The Organic Act of the District of Columbia*”,²⁰⁹ autorizando John Adams a nomear 42 novos juízes de paz. Pretendeu-se, com isso, aumentar a participação da base federalista na cúpula do Judiciário. É nítida, nesse momento histórico, a utilização do Poder Judiciário em prol de aspirações político-partidárias:

Vencidos nas eleições, procuraram os federalistas, no seu pouco tempo restante de administração, entrincheirar-se nos tribunais. Nova lei judiciária foi sancionada a 27 de fevereiro, visando à extensão do Judiciário nacional e criando numerosos lugares de juízes. Na véspera de posse de Jefferson, até as 21 horas, Adams ainda lavrava nomeações, cujos beneficiários foram apelidados pelos republicanos de ‘juízes da meia noite’.²¹⁰

Contrariamente à tentativa de utilização do Judiciário para articulações políticas, Wood afirma que: “Depois de 1800, com os federalistas enfrentando um mundo republicano hostil, essa tendência de fazer dos tribunais corpos puramente judiciais aumentou dramaticamente.”²¹¹

Nesse contexto de mudança das bases governamentais, Madison – Secretário do Departamento do Estado do ex-Presidente Jefferson, seguindo orientações deste, recusou-se a entregar atos de investidura remanescentes aos juízes que não os tivessem recebido até o fim do mandato de John Adams. Marbury, legalmente nomeado juiz de paz nos últimos dias do governo do presidente Adams, sob a égide da Lei Judiciária de 1801, foi então impedido de tomar posse.

²⁰⁸ BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência*. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2006. p.4.

²⁰⁹BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência*. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2006. p.4.

²¹⁰ RODRIGUES, Lêda Boechat. *A Côte Suprema e o Direito Constitucional americano*. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1958. p.22.

²¹¹ Tradução da autora a partir do original: “*After 1800, with the Federalists confronting a hostile Republican world, that tendency to make the courts purely judicial bodies increased dramatically*” (WOOD, Gordon S. The origins of Judicial Review revisited, or How the Marshall Court made more out of less. *56 Wash. & Lee L. Rev.*, n.787, p.805, 1999. Disponível em: <http://scholarlycommons.law.wlu.edu/wlulr/vol56/iss3/3>. Acesso em: 15 jul. 2013).

Inconformado, impetrou ação judicial (*mandamus*) na Suprema Corte, contra a ordem de Madison, para assegurar o seu direito de ser empossado.²¹²

O julgamento do caso, presidido pelo *Chief Justice* Marshall, garantiu aos juízes da Suprema Corte o poder de exercerem o controle de constitucionalidade das leis. Na decisão, Marshall não concedeu o *writt* por considerar inconstitucional o §13 da Lei Judiciária de 1789, que, por se tratar de lei ordinária, não poderia criar hipótese nova de competência originária da Suprema Corte. Dentre os argumentos empregados, o *Chief Justice* ressaltou a supremacia da Constituição e, por decorrência lógica, a nulidade de leis contrárias ao documento constitucional, além de proclamar o Judiciário como o intérprete final da Constituição.²¹³

Apesar do contexto político turbulento do qual emerge a decisão em *Marbury v. Madison*, com o decorrer do tempo e afastamento de suas circunstâncias originárias, a construção jurisprudencial do *judicial review* se afirmou definitivamente no cenário jurídico dos Estados Unidos. A decisão, apesar de polêmica, passou a ser “celebrada universalmente como o precedente que assentou a prevalência dos valores permanentes da Constituição sobre a vontade circunstancial das maiorias legislativas.”²¹⁴

Milênios atrás, Aristóteles lançou uma importante dúvida sobre a premissa majoritária e a sua imbricação com a democracia, afirmando que “não se deve, como costumava fazer certas pessoas, definir simplesmente a democracia como o governo em que a maioria domina.”²¹⁵ O filósofo grego questionou se seria acertado intitular de democrático um governo excludente, no qual fosse dado apenas aos ricos o poder de decidir. E assim concluiu: “ninguém dirá que isso é uma democracia”.²¹⁶

²¹² “O pedido foi formulado com base na lei de 1789 (*the Judiciary Act*), que havia atribuído à Suprema Corte competência originária para processar e julgar ações daquela natureza. A Corte designou a sessão de 1802 (*1802 term*) para apreciar o caso” (BARROSO, Luis Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência*. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2006. p.4).

²¹³ BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência*. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2006. p.8.

²¹⁴ BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência*. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2006. p.10.

²¹⁵ ARISTÓTELES. *A política*. 2.ed. Trad. Roberto Leal Ferreira. São Paulo: Editora Martins Fontes, 1998. p.120. (Clássicos da Filosofia).

²¹⁶ “Não se deve, como costumavam fazer certas pessoas, simplesmente definir a democracia como o governo da maioria. [...] Seja um povo composto por mil e trezentas pessoas ao todo; dentre estas mil e trezentas, suponhamos mil ricas que excluem do governo os trezentos pobres, embora livres e semelhantes a ela a qualquer outro respeito; ninguém dirá que isso é uma democracia”

Dworkin, em tempos bem mais remotos, ao refletir sobre o sistema constitucional americano e a necessidade de pensar sobre ele a partir de uma leitura moral,²¹⁷ reafirmou a necessidade premente do questionamento aristotélico: “[...] essa ideia se baseia num pressuposto bastante difundido, mas pouco estudado, acerca do vínculo que existiria entre a democracia e a vontade da maioria, pressuposto este que, aliás, a história dos Estados Unidos sempre rejeitou.”²¹⁸

Aproveitando as reflexões feitas por ambos os filósofos e aplicando-as ao contexto da decisão estudada, é possível supor que a Suprema Corte foi investida de legitimidade em virtude do próprio desdobramento do seu processo histórico de independência. A necessidade de salvaguarda dos direitos individuais, também contra a maioria eleita democraticamente, permitiu à Marshall colocar o Poder Judiciário como um especial guardião desses direitos. Dessa sorte, a sobrevivência do *judicial review* é decorrência da consonância entre “práticas sociais historicamente criadas e leis jurídicas politicamente implementadas.”²¹⁹ A partir dessa perspectiva, a atuação do Judiciário passou a propiciar um debate orientado por princípios, o que, para muitos reafirmava os pressupostos democráticos:

Mas essa sociedade faz uma promessa importante a cada indivíduo, e o valor dessa promessa parece valer a pena. Ela encoraja cada indivíduo a supor que suas relações com outros cidadãos e com o

(ARISTÓTELES. *A política*. 2.ed. Trad. Roberto Leal Ferreira. São Paulo: Editora Martins Fontes, 1998. p.120. (Clássicos da Filosofia)).

²¹⁷ Sobre a sua teoria da leitura moral da Constituição, Dworkin explica que: “A maioria das Constituições contemporâneas expõe os direitos dos indivíduos perante o governo numa linguagem extremamente ampla e abstrata, como a Primeira Emenda à Constituição norte-americana, que estabelece que o Congresso não pode fazer nenhuma lei que diminua a ‘liberdade de expressão’. A leitura moral propõe que todos nós, juízes, advogados e cidadãos — interpretemos e apliquemos esses dispositivos abstratos considerando que eles fazem referência a princípios morais de decência e justiça” (DWORKIN, Ronald. *O direito da liberdade: a leitura moral da Constituição norte-americana*. Trad. Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p.2).

²¹⁸ É conveniente apresentar aqui a ponderação feita por Cattoni e Gomes, quando afirmam que: “Ao falar da singularidade da Revolução Americana e de seu legado para o Constitucionalismo Moderno, não se pretende esquecer as atrocidades que marcaram a história dos Estados Unidos em relação aos direitos de minorias, sejam elas indígenas, negros, mulheres ou imigrantes. Diferentemente disso, o que se pretende é enfatizar as peculiaridades de uma compreensão do processo constituinte e da constituição por ele produzida, peculiaridades essas que permitiram uma aprendizagem social ao longo da história norte-americana de maneira tal que as próprias demandas de inclusão por parte de minorias em sua luta por reconhecimento puderam dar-se com base na constituição e naquilo que ela representa em termos da fundação do país” (DWORKIN, Ronald. *O direito da liberdade: a leitura moral da Constituição norte-americana*. Trad. Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p.266, nota de rodapé 5).

²¹⁹ COELHO, Thales Chagas Machado. *O princípio da moderação e o controle de constitucionalidade das leis*. p.1. Coleção de Teses, Dissertações e Monografias dos servidores do Senado. Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/192637/000890413.pdf?sequence=1>. Acesso em: 02 ago. 2013.

seu governo são questões de justiça e o encoraja, assim como a seus concidadãos, a discutir como comunidade o que a justiça exige que sejam essas relações. Promete-lhe um fórum no qual suas reivindicações quanto àquilo a que tem direito serão constantes e seriamente consideradas a seu pedido. Não pode prometer-lhe que a decisão o agrada ou mesmo que estará certa. Mas isso não é necessário para tornar valiosa a promessa e o senso de justiça que ela cria. Posso ter dado a impressão de que a democracia e o Estado de Direito são conflitantes. Não é isso: pelo contrário, esses dois importantes valores políticos estão enraizados em um ideal mais fundamental, o de que qualquer governo aceitável deve tratar as pessoas como iguais.²²⁰

Muito acertadamente, Thales Coelho afirmou, seguindo essa linha de pensamento, que o controle de constitucionalidade brasileiro foi “subtraído de problematizações”,²²¹ nascendo “deficitário ‘em termos de legitimação’, isto é, já marcado pelo selo da ‘força do fático’, no âmbito das ‘certezas do mundo da vida’, das ‘convicções sacralizadas’, da esfera da faticidade, a se impor pela coação de sanções exteriores”.²²²

O *leading case*, que poderia representar uma tentativa de desautorização dos poderes Legislativo e Executivo, sobreviveu às tórridas disputas políticas de poder e à incipiência do processo de formação da cultura estadunidense, em todos os seus aspectos fundantes. Não fosse assim, Marshall não teria se sustentado, sem um processo de *impeachment*, como um dos grandes nomes do constitucionalismo moderno.

É pertinente, nesse passo, recordar o pensamento de Soromenho-Marques sobre o desenho institucional do federalismo norte-americano, que tão bem se resume na necessidade de existir “uma identidade política comum de cariz republicano entre todos os membros da Federação”.²²³ Ainda, seguindo as reflexões do autor, “toda a gramática da ordem política não poderia ser deixada ao arbítrio das maiorias, ou ao império do costume, mas deveria ser definida com clareza e

²²⁰ DWORKIN, Ronald. *Uma questão de princípios*. Trad. Luís Carlos Borges. 2.ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005. p.8, 39.

²²¹DWORKIN, Ronald. *Uma questão de princípios*. Trad. Luís Carlos Borges. 2.ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005. p.1.

²²²DWORKIN, Ronald. *Uma questão de princípios*. Trad. Luís Carlos Borges. 2.ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.p.1.

²²³ SOROMENHO-MARQUES, José Viriato. *Dicionário de Filosofia Moral e Política do Instituto de Filosofia da Linguagem da Universidade Nova de Lisboa*, p.3. O Federalismo. Disponível em: <http://www.viriatosoromenho-marques.com/Imagens/PDFs/FEDERALISMO.pdf>. Acesso em: 02 ago. 2013.

transparência no texto de uma lei fundamental aprovada pelo conjunto dos cidadãos”.²²⁴

Interessante é a lição de Cattoni, quando atribui peso fulcral à historicidade na formação da identidade constitucional norte-americana, e pondera que a falta de fundamento absoluto para os revolucionários americanos não se confunde com a ausência assimilada nesse processo. O constitucionalismo moderno encontra na democracia seu fundamento absoluto. Entretanto, esse mesmo fundamento, segundo o autor, também se configura em uma ausência assimilada historicamente. Significa dizer que a legitimidade da autorização judicial se justifica, na tradição norte-americana, “no porvir do tempo histórico em que atores sociais plurais entram em cena no sentido da reafirmação cotidiana do projeto constituinte inaugurado com a constituição.”²²⁵ É por essa razão que Fernandes entrelaça a noção de Constituição à formação de um “governo das leis e não dos homens”. Resgata, assim, a ideia de “ato constitutivo”,²²⁶ ou seja, o documento escrito como algo que funda uma nova sociedade, “[...] que se projeta para o futuro, a partir da sua criação [...] e que todos devem respeito, independentemente de sua posição social (*status*) ou até mesmo de sua colocação na estrutura organizacional do Estado.”²²⁷

Cumprido salientar, que o abuso de confiança não desmerece a existência do *judicial review*. De acordo com Mason:

Subentende-se, claramente, que os Convencionais pretendiam atribuir à Suprema Corte, de certa forma, um poder de revisão. Ficaram, no entanto, sem resposta, as indagações sobre a espécie desse poder, sua jurisdição e sua amplitude.²²⁸

Esses questionamentos remetem o estudioso à questão diversa, sobre os limites da atuação judicial. Esse entrelaçamento entre os dois ideais políticos —

²²⁴ SOROMENHO-MARQUES, José Viriato. *Dicionário de Filosofia Moral e Política do Instituto de Filosofia da Linguagem da Universidade Nova de Lisboa*, p.3. O Federalismo. Disponível em: <http://www.viriatosoromenho-marques.com/Imagens/PDFs/FEDERALISMO.pdf>. Acesso em: 02 ago. 2013.

²²⁵ CATTONI, Marcelo Andrade de Oliveira. Democracia sem espera e processo de constitucionalização: uma crítica aos discursos oficiais sobre a chamada “transição política brasileira”. *Revista Anistia Política e Justiça de Transição*, Brasília, n.3, p.219, jan./jun. 2010.

²²⁶ FERNANDES, Bernardo Gonçalves. *Curso de Direito Constitucional*. 3.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.p.12.

²²⁷ FERNANDES, Bernardo Gonçalves. *Curso de Direito Constitucional*. 3.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.p.10.

²²⁸ MASON, Thomas A. *A Suprema Corte: guardião da liberdade*. Trad. V. L. Shilling. Rio de Janeiro; São Paulo: Distribuidora Record, 1967. p.91.

democracia e constitucionalismo — que acabou resultando, como demonstrado, no desenho institucional ainda hoje presente nos Estados Unidos, remete a discussão para o “quem decide”. Apesar de todas as divergências oriundas desse arranjo, a questão não se confunde com “o que se decide”. Nas palavras de Mendes, “saber quem deve decidir, portanto, não é questão de hermenêutica constitucional, mas de desenho institucional — boas técnicas de interpretação constitucional não resolvem qualquer objeção democrática a qualquer instituição”.²²⁹ Aproveitando a fala do autor, o contrário é igualmente verdadeiro, quando se pensa em “ativismo judicial”. Explica-se melhor: o problema da legitimidade do Poder Judiciário para revisar atos legislativos não resolve a questão hermenêutica do que é o direito e quais os seus limites interpretativos.

Por essa razão, apesar de ter sido traçado na pesquisa um esboço histórico do processo de autorização do Poder Judiciário na história norte-americana, o fato de ter sido dado aos juízes, o poder para dizer, em última instância, o que fere ou não a Constituição, não leva à conclusão de serem eles ativistas, sempre que anularem atos legislativos.

Ao contrário, até que haja um consenso igualmente desautorizador, ou até que se solidifiquem os argumentos contrários a essa engenharia institucional desenhada pela decisão Marshall, a tarefa de fiscalizar atos normativos em desconformidade com as normas constitucionais fará parte do regular exercício jurisdicional. Sobre essa questão específica, Dworkin postula que “todo sistema de governo que incorpora tais princípios a suas leis tem de decidir quem terá a autoridade suprema para compreendê-los e interpretá-los. No sistema norte-americano, essa autoridade cabe aos juízes [...]”.²³⁰ Ratifica-se, portanto, a visão do filósofo, quando afirma que:

Não quero dizer que a democracia só existe quando os juízes têm poder para deixar de lado as ideias que a maioria das pessoas têm acerca do que é bom e justo. Muitos arranjos institucionais são compatíveis com a leitura moral, inclusive alguns que não dão aos juízes o poder que têm na estrutura norte-americana. Mas nenhum desses diversos arranjos é, em princípio, mais democrático do que

²²⁹ MENDES, Conrado Hübner. *Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação*. São Paulo: Saraiva, 2011. p.24.

²³⁰ DWORKIN, Ronald. *O direito da liberdade: a leitura moral da Constituição norte-americana*. Trad. Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p.2.

os outros. A democracia não faz questão de que os juízes tenham a última palavra, mas também não faz questão que não a tenham.²³¹

Saber o que significa a Constituição e quais são as suas exigências frente aos demais poderes é diferente de saber “quem deve nos dizer o que ela significa”.²³² O primeiro problema é eminentemente hermenêutico porque lida com a interpretação e justificação do direito, e é sob esse viés que uma decisão poderá ser taxada de ativista, conforme se examinará.²³³

Nesse sentido, ainda com Mendes, é importante ressaltar que “apresentar uma objeção aos modos de justificar o controle de constitucionalidade não tem nenhuma relação com uma crítica geral ao papel do judiciário na democracia, e tampouco idealiza o legislador representativo”.²³⁴ Apesar de se adotar, no presente trabalho, uma perspectiva favorável a esse arranjo político, discuti-lo em linhas mais profundas exigiria outro enfoque, distinto do ora proposto, que é justamente o de avaliar a legitimidade do Judiciário dentro dessa repartição de competências. Em virtude disso, o estudo da história norte-americana e da decisão *Marbury v. Madison* foi desenvolvido com o propósito de afastá-lo do significado de “ativismo judicial”.

1.3 O ativismo judicial e o respeito aos precedentes judiciais

Examinado e afastado o primeiro significado possível e um dos mais usuais, é necessário empreender uma análise da segunda definição proposta no presente trabalho para o termo “ativismo judicial”, qual seja, a de “não observância dos precedentes judiciais fixados em decisões pretéritas”.

A correlação estabelecida entre posturas supostamente ativistas e a quebra de precedentes aparece, de forma superficial, exposta no próprio artigo de

²³¹ DWORKIN, Ronald. *O direito da liberdade: a leitura moral da Constituição norte-americana*. Trad. Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p.10.

²³² DWORKIN, Ronald. *O direito da liberdade: a leitura moral da Constituição norte-americana*. Trad. Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p.18.

²³³ DWORKIN, Ronald. *O direito da liberdade: a leitura moral da Constituição norte-americana*. Trad. Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p.2. Para esse propósito, adotar-se-á a leitura moral da Constituição propugnada por Ronald Dworkin, que “insere a moralidade política no próprio âmago do direito constitucional”.

²³⁴ DWORKIN, Ronald. *O direito da liberdade: a leitura moral da Constituição norte-americana*. Trad. Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p.2.

Schlesinger. O articulista faz a seguinte ponderação: “[...] a revisão judicial passou a depender unicamente do critério dos juízes, da aplicação do *stare decisis*²³⁵ (obrigatoriedade dos precedentes) [...]”. E acrescenta: “Desde o início, estas subordinações estavam destinadas a constituir o calcanhar de Aquiles da revisão judicial”.²³⁶

Essa crítica explica-se pela tradição de *stare decisis*, profundamente enraizada nos Estados Unidos, país no qual o sistema jurídico confere primazia ao *common law*. Um emblemático exemplo pode ser retirado de *Lawrence v. Texas*²³⁷ (2003), caso no qual a Corte declarou inconstitucional lei estadual que criminalizava a conduta sexual entre homossexuais, anulando o precedente anterior, estabelecido no caso *Bowers v. Hardwick* (1986).

Na oportunidade, a Suprema Corte analisou três questões:²³⁸ em primeiro, se a lei texana violava a Décima Quarta Emenda, de igual proteção das leis, por penalizar a sodomia praticada apenas por pessoas do mesmo sexo; em segundo, se a penalização da intimidade sexual consentida por dois adultos, em suas próprias casas, violaria a liberdade e privacidade dos mesmos, protegidos pela cláusula do devido processo legal; por fim, se o precedente estabelecido em *Bowers v. Hardwick* poderia ser invalidado.

Sobre a última questão, interessante notar o posicionamento do Juiz Scalia, que protestou contrariamente à não observância do precedente, por considerar a postura da maioria liberal, em aparente aquiescência para a agenda social de ativistas homossexuais, flagrantemente atentatória à jurisprudência anteriormente firmada pela Corte. Importante salientar ainda que, no caso *Citizens United v. Federal Election Commission*, Scalia, por outro lado, votou pela invalidação da lei

²³⁵ O nome refere-se à máxima latina, “*Stare decisis et non quieta movere*”, cuja tradução é: “Sê fiel ao que foi decidido”. É um “princípio de uniformização da jurisprudência [...] que expressa a regra da obrigatoriedade de seguir o precedente judicial, praticada pelos tribunais da tradição do *common law*, e segundo a qual uma questão judicial deve ser decidida da mesma forma que foi decidida uma questão semelhante anterior, privilegiando a uniformização da jurisprudência; essa regra dispõe que a decisão do tribunal superior vincula o tribunal inferior, e que aquele também não pode obedecer ao próprio precedente, a não ser por uma razão extraordinária. No primeiro caso, ocorre a vertical *stare decisis*: ‘A regra se fundamenta no princípio de que a certeza, a previsibilidade e a estabilidade da lei são os principais objetivos do ordenamento jurídico, porque as pessoas precisam nortear a sua conduta e relacionamentos sob a certeza de que são governadas pelas normas legais’; eficácia do precedente judicial; jurisprudência vinculante” (MELLO, Maria Chaves. *Dicionário jurídico português-inglês, inglês-português*. 9.ed., São Paulo: Método, 2009. p.965-966).

²³⁶ SCHLESINGER, Arthur. The Supreme Court: 1947. *Fortune*, v.XXXV, n.1, p.94, jan. 1947.

²³⁷ 539 U.S. 558 (2003). Disponível em: <http://supreme.justia.com/cases/federal/us/539/558/case.html>. Acesso em: 28 ago. 2013.

²³⁸ 539 U.S. 558 (2003). Disponível em: <http://supreme.justia.com/cases/federal/us/539/558/case.html>. Acesso em: 28 ago. 2013.

que limitava gastos de campanha corporativa em razão da Primeira Emenda e anulou o precedente estabelecido em *Austin v. Michigan*. Dessa vez, o Justice Stevens, de tendência fortemente liberal, discordou, protestando contra o desrespeito da maioria mais conservadora em relação aos precedentes.

Mais uma vez, o problema está na definição de “ativismo judicial”; nesse caso, como em qualquer outro, uma Corte Constitucional tem legitimidade para anular seus próprios precedentes, desde que haja uma fundamentação jurídica, apta a revelar uma interpretação mais fidedigna da Constituição. Apesar de o *stare decisis* ser um princípio fundamental do sistema jurídico do *common law*, assim também o é a capacidade dos tribunais para corrigirem os erros jurisprudenciais cometidos no passado. Os juízes não são perfeitos e, por essa razão, às vezes, tomam decisões que mais tarde se revelam incorretas. A história norte-americana está repleta de exemplos disso. Talvez um dos mais emblemáticos seja *Brown v. Board of Education*, caso em que se rediscutiu a questão da segregação racial nos Estados Unidos, aprofundando-se o debate sobre as exigências do princípio da igualdade, enunciado pela Décima Quarta Emenda. Neste caso, chegou-se a conclusões distintas das estabelecidas em *Plessy v. Ferguson*.

O simples fato de um tribunal não seguir seus próprios precedentes não constitui uma base legítima para taxá-lo, pejorativamente, de ativista, antes que seja feita uma análise dos argumentos emprestados à sua fundamentação jurídica. As decisões precisam manter uma coerência de princípios e não de resultados.²³⁹ Isso significa que decisões posteriores terão de recorrer aos mesmos princípios arguidos em decisões anteriores para casos símiles, ainda que seja necessário reinterpretar esses princípios à luz de uma concepção mais desenvolvida de justiça e de sua relação com o princípio da igual consideração e respeito, que protege, respectivamente, a igualdade entre todos e a liberdade de cada um.²⁴⁰ É o que ocorreu em *Brown v. Board*, caso no qual a Corte reinterpretou o princípio da igualdade de tratamento, ampliando-o à luz de uma leitura considerada por ela a melhor justificativa da prática jurídica dos Estados Unidos, no contexto em que foi

²³⁹ COELHO, André. *Sistemas jurídicos: common law v. civil Law*. 03/12/2010. Filósofo grego, filosofia contemporânea, especialmente filosofia do direito, filosofia moral e filosofia política. Disponível em: <http://aquitemfilosofiasim.blogspot.com.br/2011/11/decisao-da-adi-3510-nao-foi-ativismo.html>. Acesso em: 04 jul. 2013.

²⁴⁰ COELHO, André. *Sistemas jurídicos: common law v. civil Law*. 03/12/2010. Filósofo grego, filosofia contemporânea, especialmente filosofia do direito, filosofia moral e filosofia política. Disponível em: <http://aquitemfilosofiasim.blogspot.com.br/2011/11/decisao-da-adi-3510-nao-foi-ativismo.html>. Acesso em: 04 jul. 2013.

proferida. Nesse precedente histórico, a Suprema Corte julgou inconstitucional a adoção de critérios raciais, historicamente vinculados ao preconceito, refutando a ideia “separados, mas iguais”, estabelecida em *Plessy v. Ferguson*. Nesse sentido, ratifica-se o pensamento de Marinoni, para quem “a Corte sempre terá oportunidade para adequar os seus precedentes à alteração da realidade e dos valores sociais”.²⁴¹ Essa modificação de entendimento, para o autor, revela uma mudança mais profunda na concepção geral acerca do próprio direito.

Para uma melhor compreensão do assunto, mister se faz retomar a lógica que norteia a aplicação e construção dos precedentes. O trabalho, entretanto, não pretende aprofundar o tema, mas apenas traçar, em linhas gerais, os mecanismos de aplicação do precedente, a fim de que se possa compreender os sentidos possíveis do “ativismo judicial”. Por conta disso, cumpre salientar que a teoria dos precedentes é particularmente forte nos países de origem anglo-saxônica, o que não afasta a sua importância nos países vinculados à tradição do “*civil law*”, a exemplo do Brasil.²⁴² Nesse sentido, Didier²⁴³ lista algumas hipóteses como exemplo da influência dada aos precedentes no sistema jurídico brasileiro: a) súmula vinculante (artigo 103-A e Lei federal n. 11.417/2006); b) súmulas dos tribunais (artigos 475, §3º, 518, §1º, 544, §3º, 557, do Código de Processo Civil, dentre outros); c) julgamento de liminar de causas repetitivas (artigo 285-A, do Código de Processo Civil); d) admissibilidade de incidente de uniformização de jurisprudência (artigo 476 a 479, do Código de Processo Civil); e) recursos como embargos de divergência e recurso especial fundado em divergência (artigos 546, do Código de Processo Civil e 105, III, c, da Constituição, respectivamente); f) incidente de exame por amostragem da repercussão geral no recurso extraordinário (artigo 543-B, do Código de Processo Civil).

Para iniciar essa abordagem, primeiramente, é importante se compreender que os precedentes, diferentemente das leis, são assentados sobre situações

²⁴¹ MARINONI, Luiz Guilherme. *O Superior Tribunal de Justiça enquanto corte suprema: de corte de revisão para corte de precedentes*. Disponível em: <http://www.marinoni.adv.br/artigos.php>. Acesso em: 01 set. 2013.

²⁴² COELHO, André. *A decisão da ADI 3510 não foi ativismo judicial: uma abordagem a partir de Dworkin*. 07/11/2011. Filósofo grego, filosofia contemporânea, especialmente filosofia do direito, filosofia moral e filosofia política. Disponível em: <http://aquitemfilosofiasim.blogspot.com.br/2011/11/decisao-da-adi-3510-nao-foi-ativismo.html>. Acesso em: 04 jul. 2013.

²⁴³ DIDIER JÚNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. *Curso de Direito Processual Civil*. 2.ed. Salvador: JusPodivm, 2008. v.2. p.348-349.

concretas, com todas as peculiaridades inerentes às situações reais, levadas à apreciação do Judiciário. Sendo assim, via de regra, não se constituem em obrigações *prima facie* para o intérprete, porque, para que sirvam a casos futuros, será necessário guardarem relação de similitude nos aspectos relevantes da lide.

Didier conceitua precedente como “a decisão judicial tomada à luz de um caso concreto, cujo núcleo essencial pode servir como diretriz para o julgamento posterior em casos análogos.”²⁴⁴ Aplicam-se, portanto, na maioria das vezes, por analogia, seguindo o princípio do *stare decisis*, segundo o qual todos terão direito a decisões iguais para situações similares, em seus aspectos fundamentais.²⁴⁵ O precedente paradigma torna-se, então, vinculante e fixa a *ratio decidendi*²⁴⁶ ou *holding*.²⁴⁷ A tese jurídica formulada na motivação do provimento decisório deverá ser observada nos novos casos, mesmo que não guardem similitude nos demais aspectos secundários (decisões denominadas de *obiter dicta*²⁴⁸ e que são prescindíveis para o conteúdo vinculante do precedente).

A fixação da *ratio decidendi* é o que torna a dinâmica do precedente, nas palavras de Edward Allan Farnsworth: “mais uma técnica do que uma ciência. É tão difícil aprendê-lo por meio de uma leitura de uma discussão da doutrina quanto o é aprender a andar de bicicleta através [...] de um livro sobre mecânica.”²⁴⁹

²⁴⁴ DIDIER JÚNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. *Curso de Direito Processual Civil*. 2.ed. Salvador: JusPodivm, 2008.v.2. p.347.

²⁴⁵ Casos iguais devem ser tratados da mesma forma (“*Treatlike cases alike*”).

²⁴⁶ Tradução: “Fundamento da decisão, fundamentação” (MELLO, Maria Chaves. *Dicionário jurídico português-inglês, inglês-português*. 9.ed. São Paulo: Método, 2009. p.922).

²⁴⁷ Segundo consta, são expressões sinônimas, sendo a expressão *holding* mais usualmente empregada nos Estados Unidos, e *ratio decidendi*, na Inglaterra (Cf. SILVA, Celso de Albuquerque. *Do efeito vinculante: sua legitimação e aplicação*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p.182 *apud* DIDIER JÚNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. *Curso de Direito Processual Civil*. 2.ed. Salvador: JusPodivm, 2008. v.2, p.350). Ainda, a tradução prevista, no dicionário, para a expressão é: “Pronunciamento judicial que tem caráter de precedente e obriga em casos futuros; Precedente judicial; Decisão judicial” (MELLO, Maria Chaves. *Dicionário jurídico português-inglês, inglês-português*. 9.ed. São Paulo: Método, 2009. p.778).

²⁴⁸ Explica-se: algumas fundamentações da decisão não constituem a *ratio decidendi*, ou seja, a essência da tese jurídica, pois representam apenas “argumentos que são expostos apenas de passagem na motivação da decisão, consubstanciando juízos acessórios, provisórios, secundários, impressões ou qualquer outro elemento que não tenha influência relevante e substancial para a decisão” (DIDIER JÚNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. *Curso de Direito Processual Civil*. 2.ed. Salvador: JusPodivm, 2008. v.2, p.350). Nesse mesmo sentido, a tradução prevista no dicionário é: “Comentário feito pelo juiz na sentença a título de ilustração, sem força de precedente” (MELLO, Maria Chaves. *Dicionário jurídico português-inglês, inglês-português*. 9.ed. São Paulo: Método, 2009.p.875).

²⁴⁹ FARNSWORTH, Edward Allan. *Introdução ao sistema jurídico dos Estados Unidos*. Trad. Antonio Carlos Diniz de Andrada. Rio de Janeiro: Forense, 1963. p.63 *apud* DIDIER JÚNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. *Curso de Direito Processual Civil*. 2.ed. Salvador: JusPodivm, 2008. v.2, p.352.

A vinculação aos precedentes favorece a manutenção de um sistema jurídico íntegro, garantindo uma coerência de princípios e maior controle racional da fundamentação jurídica exposta nas decisões. É importante, entretanto, destacar que não há uma obrigatoriedade de aplicação do precedente, quando todos os elementos da *ratio decidendi* do caso modelo não forem igualmente observados no novo caso, ou, ainda, quando este apresentar outros aspectos relevantes.

Caberá ao magistrado, conseqüentemente, fazer um exame inicial dos fatos, verificando se há uma similaridade entre os elementos objetivos e a tese jurídica fixada. Nessa hipótese, poderá ser arguido o *distinguishing*,²⁵⁰ quando houver distinção entre o caso concreto em julgamento e o paradigma. Isso ocorrerá seja porque não há coincidência entre os fatos fundamentais discutidos e aqueles que serviram de base à *ratio decidendi* ou ainda porque, a despeito de existir uma aproximação entre eles, alguma peculiaridade no caso em julgamento afasta a aplicação do precedente.²⁵¹ Dessa feita, havendo restrição, o juiz, ou o tribunal, poderá aplicar a tese jurídica restritivamente (*restrictive distinguishing*), ou, ainda, estender ao novo caso, a despeito das suas particularidades, o precedente anterior, ampliando a incidência do fundamento decisório (*ampliative distinguishing*). Na primeira hipótese, não há uma vinculação ao precedente do caso paradigma.²⁵²

Situação diversa, mas igualmente possível, de quebra do precedente estabelecido é conhecida por *overruling*²⁵³ e ocorre quando é dado ao intérprete propor uma substituição do precedente fixado no caso paradigmático. Para ocorrer o *overruling*, exige-se uma maior carga argumentativa, devendo a decisão cotejar e desenvolver fundamentos jurídicos ainda não enfrentados, que possam justificar a necessidade de superação do precedente anterior.

Didier lembra que a perda da força vinculante do precedente “assemelha-se à revogação de uma lei por outra”²⁵⁴ e pode ocorrer de forma expressa (*Express overruling*), ou mesmo tácita (*implied overruling*). É interessante notar a visão de

²⁵⁰ O significado vem do verbo *to distinguish*, que significa distinguir (MELLO, Maria Chaves. *Dicionário jurídico português-inglês, inglês-português*. 9.ed. São Paulo: Método, 2009.p.705).

²⁵¹ DIDIER JÚNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. *Curso de Direito Processual Civil*. 2.ed. Salvador: JusPodivm, 2008. v.2, p.353.

²⁵² DIDIER JÚNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. *Curso de Direito Processual Civil*. 2.ed. Salvador: JusPodivm, 2008. v.2, p.353.

²⁵³ O significado vem do verbo *to overrule*, que significa: “Indeferir; Revogar; Anular; Alterar; Mudar; Rejeitar (MELLO, Maria Chaves. *Dicionário jurídico português-inglês, inglês-português*. 9.ed. São Paulo: Método, 2009. p.884).

²⁵⁴ DIDIER JÚNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. *Curso de Direito Processual Civil*. 2.ed. Salvador: JusPodivm, 2008. v.2, p.354.

Marcelo Alves Dias de Souza,²⁵⁵ para quem os casos anteriormente decididos, sob o alicerce da tese superada, seriam contrários ao verdadeiro direito. Assim, as hipóteses mais comuns de aplicação do *overruling*, como bem sintetizado por Celso de Albuquerque Silva, seriam: “i) quando o precedente está obsoleto ou desfigurado; ii) quando é absolutamente injusto e/ou incorreto; iii) quando se revelar inexecutável na prática”.²⁵⁶

Ainda, há uma terceira hipótese diversa, conhecida como *per incuriam*,²⁵⁷ em que o precedente pode ser ignorado pelo tribunal, caso demonstre que chegaria a resultado diverso do prolatado na decisão paradigma.

A técnica de superação dos precedentes, apesar de não se adotarem as terminologias acima empregadas nos países de tradição do *civil law*, também é possível de ser aplicada no Brasil, por meio da revisão ou cancelamento das súmulas vinculantes (artigo 103-A, § 2º, da Constituição, Lei federal n. 11.417/2006 e Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal).²⁵⁸ Essas técnicas visam ao aprimoramento do pensamento jurídico e ressaltam que a construção do direito não é algo acabado, mas em constante transformação. Nesse sentido, Cruz e Tucci ressaltam que:

A mutação progressiva de paradigmas de interpretação de um determinado episódio da vida, dotado de relevância jurídica, sempre veio imposta pela historicidade da realidade social, constituindo mesmo uma exigência de justiça.²⁵⁹

Com isso, quer-se dizer, como afirma Cappelletti,²⁶⁰ que o magistrado se vincula, ainda que minimamente, aos precedentes, devendo utilizá-los como

²⁵⁵ SILVA, Celso de Albuquerque. *Do efeito vinculante: sua legitimação e aplicação*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p.266 *apud* DIDIER JÚNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. *Curso de Direito Processual Civil*. 2.ed. Salvador: JusPodivm, 2008. v.2, p.355.

²⁵⁶ SILVA, Celso de Albuquerque. *Do efeito vinculante: sua legitimação e aplicação*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p.266 *apud* DIDIER JÚNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. *Curso de Direito Processual Civil*. 2.ed. Salvador: JusPodivm, 2008. v.2, p.355.

²⁵⁷ DIDIER JÚNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. *Curso de Direito Processual Civil*. 2.ed. Salvador: JusPodivm, 2008. v.2, p.354. Ainda, a tradução literal para a palavra pode ser descrita como “por incúria”, ou falta de aplicação *apud* MELLO, Maria Chaves. *Dicionário jurídico português-inglês, inglês-português*. 9.ed. São Paulo: Método, 2009. p.894.

²⁵⁸ DIDIER JÚNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. *Curso de Direito Processual Civil*. 2.ed. Salvador: JusPodivm, 2008. v.2, p.356.

²⁵⁹ SILVA, Celso de Albuquerque. *Do efeito vinculante: sua legitimação e aplicação*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p.303 *apud* DIDIER JÚNIOR, Fredie. *Curso de Direito Processual Civil*. 2.ed. Salvador: JusPodivm, 2008. v.2, p.356.

²⁶⁰ CAPPELETTI, Mauro. *Juízes legisladores?* Trad. Carlos Alberto A. de Oliveira. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1993. p.25.

fundamento de sua argumentação. A adoção de uma nova *ratio decidendi*, para casos análogos, distintos do anteriormente fixado pelos tribunais, demanda um reforço argumentativo, a fim de que se possa legitimar, ao máximo, um sistema racional de argumentação jurídica, diminuindo a possibilidade de injustiças e arbitrariedades judiciais.

Os precedentes judiciais vinculantes asseguram, dessa maneira, que as mudanças nas doutrinas sejam graduais e não abruptas, e que, decisões firmemente estabelecidas no passado não sejam revogadas com facilidade. Essa evolução gradual da doutrina, por sua vez, promove a estabilidade e a previsibilidade. A quebra dos precedentes faz parte da própria lógica prevista para a sua aplicação, desde que seja respaldada por uma argumentação apta a justificá-la e passível de sofrer controle das demais instituições e da sociedade. Por essa razão, uma decisão que não aplique um determinado precedente estabelecido não pode, de forma apriorística, ser considerada ativista. É preciso verificar, mais uma vez, os seus fundamentos.

1.4 O ativismo judicial e a usurpação de poderes legislativos: o que é o direito?

“Os principais criadores do direito [...] podem ser, e frequentemente são, os juízes, pois representam a voz final da autoridade. Toda vez que interpretam um contrato, uma relação real [...] ou as garantias do processo e da liberdade, emitem necessariamente no ordenamento jurídico partículas dum sistema de filosofia social; com essas interpretações, de fundamental importância, emprestam direção a toda atividade de criação do direito. As decisões dos tribunais sobre questões econômicas e sociais dependem da sua filosofia econômica e social, motivo pelo qual o progresso pacífico do nosso povo, no curso do século XX, dependerá em larga medida de que os juízes saibam fazer-se portadores duma moderna filosofia econômica e social, antes de que superada filosofia, por si mesma produto de condições econômicas e superadas.”²⁶¹

²⁶¹ CAPPELLETTI, Mauro. Epígrafe. In: *Juízes legisladores?* Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1993.

(Da mensagem enviada pelo Presidente Theodore Roosevelt ao Congresso Americano, em 08 de dezembro de 1908 - 43 Cong. Rec., Part I, p.21).

As palavras de Theodore Roosevelt, enviadas ao Congresso, ainda no início do século XX, recolocam o debate sobre o “ativismo judicial” em outra direção, cuja trajetória invoca a necessidade de se refletir sobre o terceiro sentido, mais usualmente atribuído ao termo. Diz respeito à ideia segundo a qual juízes ativistas atuariam usurpando a função dos representantes eleitos democraticamente pelo povo, colocando-se, portanto, indevidamente, como legisladores positivos do direito.

Em tom mais crítico e reticente, o também Presidente Franklin Delano Roosevelt, em 1937, questionou o papel que vinha sendo exercido pelo Judiciário nos Estados Unidos, em flagrante defesa de teses jurídicas favoráveis ao liberalismo econômico:

Mas seria a falha realmente da nossa Constituição? Ou dos seres humanos que, na nossa geração, estavam torturando o seu sentido, revirando seus propósitos para fazê-los conformar-se ao molde de suas crenças econômicas fora de moda?²⁶²

Quando Theodore Roosevelt, uma das mais representativas autoridades de uma época, enuncia uma crença, segundo a qual decisões atinentes aos problemas de âmbito social e econômico estariam à mercê da filosofia encampada pelos magistrados, resta uma importante e difícil indagação a ser feita sobre qual é o papel do juiz na aplicação do direito.

O questionamento e a crítica às decisões judiciais, como demonstrado, são antigas na tradição norte-americana e remontam à própria construção do constitucionalismo moderno. Em 1958, Learned Hand, um dos grandes juízes norte-americanos,²⁶³ se revelou cético em relação à atuação intrusiva da Corte em

²⁶² ROOSEVELT, Franklin Delano. *The public papers and addresses of Franklin D. Roosevelt*. The constitution prevails: with a special introduction and explanatory notes by President Roosevelt. New York: Macmillan, 1937, p.LVIII, 1941. Disponível em: <http://quod.lib.umich.edu/p/ppotpus/4926313.1937.001/64?rgn=full+text;view=image>. Acesso em: 12 dez. 2013.

²⁶³ Dworkin, em capítulo dedicado à Learned Hand, revela que ele foi um dos maiores juízes dos Estados Unidos, cuja filosofia constitucional foi influenciada por James Bradley Thayer, professor da faculdade de direito de Harvard, favorável a uma postura mais moderada dos juízes na invalidação das leis. O filósofo ressalta ainda que uma das grandes mágoas de Hand foi não receber a indicação para Suprema Corte, apesar do seu notório reconhecimento na tradição jurídica norte-americana.

decisões amplamente debatidas por um corpo legislativo democraticamente eleito. Avaliando o panorama jurídico à época, afirmou que a fundamentação jurídica disfarçava os objetivos reais das decisões; nesse sentido, os juízes emprestariam às suas sentenças um derivativo capaz de impressionar mais do que suas preferências pessoais, as quais, na realidade, constituiriam a substância escondida atrás de suas decisões.²⁶⁴ Ainda sobre a questão, conforme revela Herbert Wechsler, Hand recusava o fatalismo da conferência do juiz Holmes, ao criticar a ideia de uma governança de “Guardas Platônicos”, advertindo para a necessidade de as decisões judiciais fundamentarem-se em razões mais imparciais.²⁶⁵ O juiz enxergava o Judiciário como uma “aristocracia que reclama para si a dominação”²⁶⁶ e mostrava-se inconformado de ser governado por guardiães platônicos, ainda que lhe fosse possível escolher os mais sensatos para essa tarefa.²⁶⁷

O primeiro esclarecimento a ser feito, relativamente à questão, conforme pontuado por André Coelho,²⁶⁸ é estabelecer uma distinção entre interpretação/aplicação e criação discricionária do direito. Na primeira (interpretação/aplicação), o juiz estaria adstrito à sua jurisdição regular, ou seja, atuaria de acordo com o papel adequado àquele que se coloca na posição de intérprete das normas jurídicas de uma comunidade. Na segunda, por sua vez, haveria um exercício anômalo de uma função legislativa, de criação de direito novo, incompatível com as funções judiciais e, por decorrência lógica, com o princípio da separação dos poderes, corolário da própria ideia de democracia, naquilo que lhe há de mais consensual.

Uma vez pontuado esse aspecto, urge analisar tema correlato e tormentoso, que esbarra na concepção de direito adotada pelo interlocutor e crítico de uma determinada decisão. A delimitação da amplitude e contornos do exercício regular

(DWORKIN, Ronald. *O direito da liberdade: a leitura moral da Constituição norte-americana*. Trad. Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p.530-554).

²⁶⁴ MASON, Thomas A. *A Suprema Corte: guardião da liberdade*. Trad. V. L. Shilling. Rio de Janeiro; São Paulo: Distribuidora Record, 1967. p.92.

²⁶⁵ MASON, Thomas A. *A Suprema Corte: guardião da liberdade*. Trad. V. L. Shilling. Rio de Janeiro; São Paulo: Distribuidora Record, 1967. p.93.

²⁶⁶ DWORKIN, Ronald. *O direito da liberdade: a leitura moral da Constituição norte-americana*. Trad. Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p.34.

²⁶⁷ DWORKIN, Ronald. *O direito da liberdade: a leitura moral da Constituição norte-americana*. Trad. Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p.34.

²⁶⁸ COELHO, André. *A decisão da ADI 3510 não foi ativismo judicial: uma abordagem a partir de Dworkin*. 07/11/2011. Filósofo grego, filosofia contemporânea, especialmente filosofia do direito, filosofia moral e filosofia política. Disponível em: <http://aquitemfilosofiasim.blogspot.com.br/2011/11/decisao-da-adi-3510-nao-foi-ativismo.html>. Acesso em: 04 jul. 2013.

da jurisdição depende necessariamente da teoria aceita como a mais adequada para descrever as condições de veracidade das proposições de direito. A abrangência da teoria geral do direito defendida tem uma implicação direta no julgamento de uma decisão como ativista ou não. Portanto, caso se queira ampliar a reflexão aqui proposta, de modo a oferecer uma resposta mais cuidadosa e profunda sobre o tema, será necessário, tomando emprestadas as palavras de Ronald Dworkin: “desenvolver aquilo que chamo de teoria geral do direito: uma exposição do conceito doutrinário de direito que possa ser útil para dar uma resposta à nossa pergunta”.²⁶⁹ A questão fundamental sobre a correta aplicação das normas jurídicas tangencia o conceito de direito compartilhado como pano de fundo.²⁷⁰

A falta de um consenso prévio sobre a própria definição do direito explica a dificuldade de se atingir um acordo sobre o significado de “ativismo judicial”. Nesse sentido, as pessoas só compartilharão de um sentido mais preciso para a expressão cunhada por Schlesinger, quando concordarem com uma determinada definição de qual deve ser o papel interpretativo do magistrado e de qual o melhor conceito de direito.²⁷¹

Isso ocorre porque é possível que para alguém que adote uma visão do direito mais correlata a um sistema jurídico de regras sempre haverá hipóteses de lacunas normativas. Nesses casos, o magistrado não estará vinculado, de forma obrigatória, a nenhuma norma jurídica preexistente, podendo decidir de forma discricionária.²⁷² Esse é o conceito de direito desenvolvido pelo positivismo analítico de Hart, conforme se verifica na passagem *in verbis*:

A interpretação que apresento neste livro é a de que as normas e princípios jurídicos, identificados em termos gerais pelos critérios oferecidos pela norma de reconhecimento, muitas vezes têm o que costume chamar de ‘textura aberta’. Assim, quando se quer saber se certa norma se aplica a um caso específico, a lei não oferece resposta em nenhum dos dois sentidos, mostrando-se, portanto, parcialmente indeterminada. Esses não são simples ‘casos difíceis’,

²⁶⁹ DWORKIN, Ronald. *A justiça de toga*. Trad. Jefferson Luis Camargo. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010. p.15.

²⁷⁰ DWORKIN, Ronald. *A justiça de toga*. Trad. Jefferson Luis Camargo. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010. p.15.

²⁷¹ Por exemplo, se o direito incorpora necessariamente juízos de moralidade.

²⁷² COELHO, André. *A decisão da ADI 3510 não foi ativismo judicial: uma abordagem a partir de Dworkin*. 07/11/2011. Filósofo grego, filosofia contemporânea, especialmente filosofia do direito, filosofia moral e filosofia política. Disponível em: <http://aquitemfilosofiasim.blogspot.com.br/2011/11/decisao-da-adi-3510-nao-foi-ativismo.html>. Acesso em: 04 jul. 2013.

casos polêmicos no sentido de que juristas sensatos e bem-informados podem discordar sobre qual a resposta juridicamente correta; o direito é, nesses casos, fundamentalmente incompleto: não oferece nenhuma resposta aos problemas em pauta. Estes não são regulamentados juridicamente; e, para chegarem a uma decisão em tais casos, os tribunais precisam exercer a função legislativa limitada que denomino ‘discricionariedade’.²⁷³

Por outro lado, para alguém partidário de uma concepção mais ampliada de direito, como Dworkin, a existência de princípios implícitos, oriundos de uma moralidade política compartilhada garante a completude do sistema jurídico e afasta o caráter discricionário da decisão.

Nas duas hipóteses, há uma divergência sobre o conceito de direito e, conseqüentemente, sobre as balizas legitimadoras da atividade judicial. Na primeira, elucidativa do modelo hartiano, o sistema jurídico é considerado incompleto, por isso, é admissível ao juiz, sob essas circunstâncias, criar direito novo, uma vez que “nenhuma das partes tem a pretensão juridicamente tutelada de vencer”.²⁷⁴ Na segunda, representativa da teoria da integridade de Ronald Dworkin, esse tipo de fundamentação jurídica é altamente criticável e representa uma extrapolação dos limites do exercício jurisdicional. Dworkin acredita, conforme se abordará, que teorias como a de Hart se apoiam no “convencionalismo”, ou seja, na premissa segundo a qual o reconhecimento do direito passa necessariamente por fontes autorizadas pela comunidade a dizê-lo.²⁷⁵

Um bom exemplo ainda pode ser encontrado no debate promovido pelos assim denominados “originalistas” ou “interpretativistas”,²⁷⁶ representados pela figura do Juiz da Suprema Corte norte-americana, Antonin Scalia.²⁷⁷ Os partidários dessas correntes teóricas hermenêuticas evidenciam uma confusão muito comum sobre o que significa ser fiel à Constituição. De outra maneira, como bem explicitado por

²⁷³ HART, Herbert. *O conceito de direito*. 2.ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1994. p.326.

²⁷⁴ DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. Trad. Jefferson Luís Camargo. Martins Fontes: São Paulo, 2010. p.143.

²⁷⁵ Cf. DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. Trad. Jefferson Luís Camargo. Martins Fontes: São Paulo, 2010. Cap. IV.

²⁷⁶ Dworkin utiliza a expressão “originalistas” (DWORKIN, Ronald. *A justiça de toga*. Trad. Jefferson Luis Camargo. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010. p.169). Por outro lado, a corrente de pensamento também é designada como “interpretativista” por alguns pensadores como John Hart Ely.

²⁷⁷ Dworkin afirma que Scalia, apesar de se mostrar partidário do “originalismo semântico”, ou seja, defensor de que toda interpretação constitucional deve buscar o sentido original do que os legisladores pretendiam dizer coletivamente, acaba se revelando como partidário de um “originalismo de expectativas”, que torna decisivas as conseqüências (ou o que esperavam realizar) do que disseram (Cf. DWORKIN, Ronald. *A justiça de toga*. Trad. Jefferson Luis Camargo. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010. Cap. V.).

Dworkin, confundem fidelidade textual com fidelidade constitucional. Defendem, portanto, a ideia segundo a qual, ao intérprete do direito é dada a responsabilidade política de aplicar as normas, sempre buscando o sentido pretendido pelos legisladores e adstritos à literalidade do texto. Em outras palavras, acreditam que os constituintes originários pretendiam, mesmo valendo-se de uma linguagem abstrata, criar ordens e proibições concretas e datadas,²⁷⁸ não abertas a julgamentos morais abstratos.²⁷⁹ Logo, dar um passo além “dos preceitos expressos ou claramente implícitos”²⁸⁰ “seria subverter o princípio do *rule of law*, desnaturando-o na forma de um direito feito por magistrados (*law of judges*)”.²⁸¹

Muitos como o professor Laurence Tribe,²⁸² aparentemente contrários ao originalismo, mas que se revelam, segundo Dworkin, como partidários da fidelidade textual,²⁸³ acusam Dworkin e outros “não interpretativistas”²⁸⁴ de degenerarem a

²⁷⁸ Exemplo: proibir as penas consideradas cruéis, de acordo com as concepções de moralidade compartilhadas na época em que a lei foi editada. Investigar o que entendiam por crueldade à época. Trata-se de uma fidelidade meramente textual. Ficaria restrito à lei explícita, ou seja, às penas impostas (DWORKIN, Ronald. *A justiça de toga*. Trad. Jefferson Luis Camargo. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010. p.174).

²⁷⁹ Exemplo: proibir penas realmente cruéis exigiria uma investigação do verdadeiro sentido de crueldade. Poderia interpretar que penas não impostas, à época, por serem cruéis, atualmente, também estariam incluídas, implicitamente. Pressupõe um julgamento de natureza moral, que seja capaz de conciliar o texto com a prática constitucional, enunciando a melhor interpretação possível dos princípios de moralidade abstrata, incorporados na linguagem da Constituição (DWORKIN, Ronald. *A justiça de toga*. Trad. Jefferson Luis Camargo. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010. p.183).

²⁸⁰ FERNANDES, Bernardo Gonçalves. *Curso de Direito Constitucional*. 3.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p.172.

²⁸¹ FERNANDES, Bernardo Gonçalves. *Curso de Direito Constitucional*. 3.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p.172.

²⁸² Conforme esclarece Fernandes, Tribe desenvolveu importantes obras, como *American Constitutional Law* e *Constitutional choice*, que o colocam como partidário de uma visão substantiva, contrária às teses procedimentalistas, a exemplo da desenvolvida por John Ely. Nesse sentido, “na sua visão, essas teorizações, que visariam apenas a garantir mecanismos de participação democrática [...] seriam insuficientes, na medida em que seria necessária uma perspectiva substantiva que reconheça, na maioria das normas constitucionais e na sua aplicação, seu viés axiológico. [...] Com isso, Tribe afirma que as escolhas constitucionais devem ser principiológicas” (FERNANDES, Bernardo Gonçalves. *Curso de Direito Constitucional*. 3.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p.178).

²⁸³ “Em outra parte de seus comentários sobre as Conferências Tanner de Scalia, por exemplo, Tribe endossa uma modalidade muito forte de fidelidade textual: ‘Não obstante, compartilho com o juiz Scalia a crença em que o texto escrito da Constituição tem primazia e deve ser considerado como o ponto de partida fundamental, que nada de irreconciliável com o texto pode ser adequadamente tido como parte da Constituição; e que algumas partes da Constituição não podem, de modo plausível, estar sujeitas a interpretações significativamente diferentes.’” (DWORKIN, Ronald. *A justiça de toga*. Trad. Jefferson Luis Camargo. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010. p.183-187).

²⁸⁴ Fernandes faz importante crítica ao uso indiscriminado da expressão: “[...] achamos que uma leitura que faça jus ao projeto teórico do jurista da *New York School of Law* apresentaria uma abertura maior, escapando a reduções drásticas que uma diferenciação dicotômica presa ao debate clássico (interpretativistas x não interpretativistas) estaria atrelada. Bem verdade é que o projeto dworkiano é bem mais rico e amplo que o debate anterior, principalmente porque se assenta em uma compreensão do direito afeita às conquistas do giro linguístico e intimamente preocupada com a

interpretação na “imposição das preferências ou valores pessoais, sob o disfarce da exegese constitucional”.²⁸⁵ Nesse sentido, Scalia sustenta que a adoção de uma versão objetiva dos valores constitucionais²⁸⁶ evitaria uma dimensão subjetiva ou ativista do intérprete, ancorada em princípios de uma moralidade abstrata. Para o *Justice*, o originalismo “evitaria o perigo fundamental na interpretação judicial [...], o perigo de que um juiz se equivoque e confunda suas preferências pessoais e a lei”.²⁸⁷

Por outro lado, para Dworkin, no entanto, a Constituição indica princípios fundamentais que, a cada época, os juízes devem encarregar-se de tornar claros, dentro do contexto político e valorativo de uma comunidade. Assim, ao intérprete é dado tomar como objeto, tanto o texto, quanto a prática constitucional do passado, a fim de assegurar o que o filósofo denomina de “integridade constitucional”. O respeito à Constituição, de acordo com Dworkin, considera, mas não se esgota na fidelidade ao texto, devendo levar à sério também a tradição e os valores endossados nos acordos políticos da sociedade. A ideia do autor fica clara na passagem seguinte:

questão da busca por uma justificação da legitimidade do direito e das decisões jurídicas” (FERNANDES, Bernardo Gonçalves. *Curso de Direito Constitucional*. 3.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p.172-173).

²⁸⁵ FERNANDES, Bernardo Gonçalves. *Curso de Direito Constitucional*. 3.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p.172-173.

²⁸⁶ Nesse sentido, Bueno afirma que: “Quando não esteja explícito aos originalistas o sentido da norma lhes caberá buscá-lo lançando mão de todo um repertório gravado, por exemplo, nos textos da história da elaboração do texto do qual se ocupam, ou seja, no caso em questão, a Constituição. Tanto este, como os demais instrumentos têm por finalidade descobrir o genuíno sentido da vontade do legislador originário. Por seu turno, a tradição não originalista diferencia-se fundamentalmente do originalismo devido a dois fatores. Primeiramente, o não originalismo parte do pressuposto de que não há apenas um e único sentido da norma que possa ser alcançado. Essa diferença tem sua raiz na aproximação epistemológica à questão hermenêutica. Entende-se que, *a priori*, não temos a possibilidade teórica de encontrarmos o sentido da norma jurídica. Uma segunda diferença e conexa com a primeira diz respeito ao entendimento de que o não originalismo entende ser inviável a busca e determinação deste único sentido da norma constitucional em questão. Admitida essa impossibilidade, por consequência, o não originalismo lançará mão de outros recursos para realizar a aplicação da norma constitucional” (BUENO, Roberto Pinto. *Interpretação constitucional: a polêmica entre originalismo e não originalismo*. *Revista eletrônica da Faculdade de Direito da PUC-SP*, p.26. Disponível em: <http://revistas.pucsp.br/index.php/red/article/view/2803>. Acesso em: 24 set. 2013).

²⁸⁷ Tradução da autora a partir do original: “*peligro fundamental en la interpretación judicial [...] El peligro de que un juez se equivoque y confunda sus preferencias personales y la ley*” (SCALIA, Antonin. *Originalismo y no originalismo em La interpretación de la Constitución de los EE.UU.* *Revista de La Facultad de Derecho y Ciencias Sociales*. Montevideo, p.26, 1989 *apud* BUENO, Roberto Pinto. *Interpretação constitucional: a polêmica entre originalismo e não originalismo*. *Revista eletrônica da Faculdade de Direito da PUC-SP*, p.26. Disponível em: <http://revistas.pucsp.br/index.php/red/article/view/2803>. Acesso em: 24 set. 2013).

[...] a integridade constitucional em sua plenitude pode exigir um resultado que não se poderia justificar por meio da melhor interpretação do texto constitucional, compreendido este como algo apartado da história de sua vigência, e que inclusive chegasse a contradizer tal interpretação.²⁸⁸

Desta sorte, a crítica originalista de Scalia demonstra a sua posição de moderação, no que tange às liberdades dos juízes em sua atividade hermenêutica. Para os adeptos dessa perspectiva, o sentido das cláusulas abertas de uma Constituição deverá resultar de uma interpretação mais literal possível ou do sentido com que o texto legal foi positivado (*intent of the legislature*²⁸⁹). Caso contrário, usurpar-se-ia função incompatível com o papel judicial, representativa, por essa razão, apenas da vontade de juízes e tribunais em promoverem melhorias morais e econômicas no bojo da sociedade. Os defensores dessa perspectiva teriam dificuldade, caso fossem coerentes com suas concepções mais restritas da jurisdição, em concordar com decisões como as estabelecidas nos casos *Brown v. Board of Education*, por considerá-las importantes, mas específicas de uma pauta legislativa e não judicial. Como ressalta Dworkin, “a estratégia originalista, se aplicada em coerência, teria exigido a conclusão oposta”,²⁹⁰ nesse julgado, uma vez que “os autores dos dispositivos de igualdade de proteção não acreditavam que a segregação escolar, que eles mesmos praticavam, era uma negação da igualdade de *status*, e não esperavam que um dia ela viesse a ser vista como tal”.²⁹¹

A própria descrição do grupo Black-Douglas, no artigo da *Fortune*, resvala, em muitos momentos, para uma abordagem que permite esse tipo de conclusão; principalmente, quando Schlesinger retrata os ativistas judiciais como grandes defensores das liberdades civis, como se estivessem institucionalizando e protegendo direitos fundamentais não previstos expressamente.

²⁸⁸ DWORKIN, Ronald. *A justiça de toga*. Trad. Jefferson Luis Camargo. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010. p.168.

²⁸⁹ SCALIA, Antonin. *A matter of interpretation: federal courts and the law*. Princeton, New Jersey: Princeton University Press, 1998. p.16 *apud* BUENO, Roberto Pinto. Interpretação constitucional: a polêmica entre originalismo e não originalismo. *Revista eletrônica da Faculdade de Direito da PUC-SP*, p.26. Disponível em: <http://revistas.pucsp.br/index.php/red/article/view/2803>. Acesso em: 24 set. 2013.

²⁹⁰ Dworkin critica o originalismo por estar preso aos pressupostos e expectativas dos autores que elaboraram as normas constitucionais. Nesse sentido, o autor ressalta ainda que: “Assim, não se deve entender que o dispositivo de igualdade de proteção exige a igualdade de *status* em si, mas sim que ele exige aquilo que os próprios autores pensavam ser a igualdade de *status*” (DWORKIN, Ronald. *O direito da liberdade: a leitura moral da Constituição norte-americana*. Trad. Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p.20).

²⁹¹ DWORKIN, Ronald. *O direito da liberdade: a leitura moral da Constituição norte-americana*. Trad. Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p.20.

Uma terceira importante corrente de pensamento²⁹² é a desenvolvida por John Ely, em sua obra *Democracy and distrust*. A ideia básica de Ely é defender um Judiciário que atue em reforço à democracia. Isso significa que o juiz terá de assumir uma posição distinta das defendidas por Dworkin. Ely refuta, nesse sentido, o “interpretacionismo”, por considerá-lo possivelmente inócuo a eventuais abusos da maioria em desfavor das minorias. Mostra-se, entretanto, igualmente cético à tese do “não interpretacionismo”, apresentando a jurisdição, conforme sublinhado por Henning Leal, de forma contraditória: “fortalece e ao mesmo tempo limita a atuação da jurisdição constitucional”.²⁹³ Fernandes sintetiza a crítica de Ely, ao ponderar que:

Contra os não interpretacionistas Ely se volta ao problema de quais seriam os modos de complementação e integração do texto constitucional pelos magistrados. Ou seja, uma questão atinente às fontes nas quais seriam retiradas as complementações e colmatações. Seriam do Direito natural, tradições, razão, consenso, princípios, digressões morais? Nesse sentido, o elemento democrático poderia ser firmemente abalado, pois estaríamos sujeitos a subjetividades ou mesmo a arbitrariedades dos juízes com base em critérios que não seriam dotados de certeza e segurança.²⁹⁴

Talvez por esse motivo é que se tenha registro de tantas “tipificações” possíveis para o “ativismo judicial” na literatura jurídica. A versatilidade semântica da expressão revela um debate mais profundo sobre uma teoria geral do direito. Como exemplo disso, Willian Marshall, em seu artigo — *Conservatives and the seven sins of judicial activism* — elenca sete categorias ou tipos ideais de ativismo de forma excessivamente ampliativa, dentre os quais inclui o “ativismo não originalista”, anteriormente descrito.²⁹⁵

²⁹² Cf. também outros importantes teóricos, críticos à teoria como a de Ronald Dworkin, a exemplo de Cass R. Sustein e Mark Tushnet.

²⁹³ LEAL, Henning. *Jurisdição constitucional aberta*, p.157 *apud* FERNANDES, Bernardo Gonçalves. *Curso de Direito Constitucional*. 3.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. Nota de rodapé 148, p.175.

²⁹⁴ FERNANDES, Bernardo Gonçalves. *Curso de Direito Constitucional*. 3.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. Nota de rodapé 143, p.156.

²⁹⁵ O autor criou sete tipos ideais de ativismo: “(1) Ativismo contra-majoritário: a relutância das cortes em aceitar as decisões dos poderes democraticamente eleitos; (2) Ativismo não originalista: a resistência da corte em aceitar alguma noção de originalismo na decisão de casos, esteja o originalismo fundado nas concepções mais estritas do texto legal ou nas considerações sobre a intenção original dos *framers* (pais fundadores); (3) Ativismo de precedentes: a resistência das cortes em aceitar os precedentes; (4) Ativismo jurisdicional: a resistência das cortes em aceitar os limites legalmente estabelecidos para sua atuação; (5) Ativismo criativo: a criação de novos direitos e teorias na doutrina constitucional; (6) Ativismo remedial: o uso do poder judicial para impor obrigações positivas aos outros setores do governo ou para retirar das instituições governamentais como uma parte do poder judicial imposto; (7) Ativismo partidário: o qual consiste no uso do poder judicial para atingir objetivos específicos de um determinado partido ou segmento social” (Tradução da autora)

Dessa maneira, para os partidários de teorias jurídicas mais restritivas sobre a função judicial e seus limites demarcatórios, decisões como *Roe v. Wade* usurpam funções legislativas, uma vez que não se fundamentam em uma norma expressa e clara, mas no corolário implícito do direito à privacidade e no direito de liberdade das mulheres.²⁹⁶ Nesses casos, defendem tratar-se de interpretações que refletem pontos de vista pessoais sobre o que o direito deveria ser e não sobre o que ele é. No Brasil, um bom exemplo de decisões consideradas ativistas, por essa perspectiva, são os recentes julgados do Supremo Tribunal Federal, sobre a extensão dos direitos oriundos da união estável (artigo 226, §3º, CR/88) a casais homoafetivos (Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental – ADPF 1322/RJ e Ação Direta de Inconstitucionalidade - ADI 4.277/DF) e sobre o aborto de anencéfalos (Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental - ADPF 54/DF).

Importa salientar, obviamente, a possibilidade de existirem várias gradações dentro de uma mesma corrente de pensamento. O positivismo jurídico exemplifica essa hipótese, uma vez que esconde, atrás da sua cunhagem, diversos e ricos matizes, dentre os quais é possível citar duas vertentes importantes: o positivismo inclusivo e o exclusivo, a depender da imbricação que se faça entre direito e moral. Ainda, as discussões sobre a constitucionalidade ou não da interpretação extensiva da ADPF 1322/RJ e da ADI 4277/DF, mesmo para aqueles que compartilham de uma mesma base teórica, como por exemplo a de Ronald Dworkin, podem destoar; nesse caso, muito mais em virtude de uma leitura equivocada da teoria desse autor, do que propriamente da possibilidade de múltiplas interpretações sobre ela.²⁹⁷

(MARSHALL, William P. Conservatives and the seven sins of judicial activism (september 2002). *University of Colorado Law Review*, v.73, p.104, 2002. Disponível em: <http://ssrn.com/abstract=330266> ou <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.330266>. Acesso em: 12 set. 2013). (Tradução da autora).

²⁹⁶ Nesse sentido, Ronald Dworkin esclarece que: “[...] a liberdade de escolha no caso do aborto é uma implicação necessária da liberdade religiosa assegurada pela Primeira Emenda e que, portanto, por esse motivo — e também por outros — as mulheres têm direito a essa liberdade” (DWORKIN, Ronald. *Domínio da vida: aborto, eutanásia e liberdades individuais*. Trad. Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p.35).

²⁹⁷ Um bom exemplo disso é o artigo publicado pelo professor e procurador Lênio Streck, em coautoria com Vicente Barreto e Rafael Oliveira, no qual criticam a decisão do STF, de estender os direitos decorrentes da união estável a casais homoafetivos, considerando-a ativista. (Cf. STRECK, Lênio; BARRETTO, Vicente de Paulo; OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. Normas constitucionais inconstitucionais. *Revista Consultor Jurídico*, 19/07/2009 Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2009-jul-19/confiar-interpretacao-constituicao-poupa-ativismo-judiciario?pagina=2>. Acesso em: 12 set. 2013). Muitos não consideram o ensaio uma leitura adequada das ideias de Dworkin, apesar de os autores adotarem as teorias do filósofo como marco teórico. (Cf. MEDEIROS, Jorge Luiz Ribeiro. Interpretar a Constituição não é ativismo judicial (ou “ADPF 132 e ADPF 178 buscam uma interpretação adequada de direitos já existentes na Constituição”), 19/08/2009. *O Blog de Família*. Disponível em:

Desta feita, o conceito de “ativismo judicial” será mais estreito, caso se adote uma concepção mais qualificada ou mais ampliada da jurisdição constitucional. No caso específico dessa pesquisa, optou-se por adotar como marco teórico a “teoria da integridade” elaborada por Dworkin. Para o filósofo norte-americano, conforme se abordará, a aplicação e interpretação do que conta ou não como direito obedecerá a uma premissa de integridade política, que admite a possibilidade de existirem direitos morais, ainda que não explícitos, dos indivíduos contra o Estado. De acordo com Coelho, para os adeptos dessa visão do direito, “boa parte do que se modificou nos referidos últimos trinta anos não vai mais precisar ser enquadrada como

<http://oblogdefamilia.wordpress.com/2009/08/19/interpretar-a-constituicao-nao-e-ativismo-judicial/>. Acesso em: 12 set. 2013.

Também estamos entre aqueles que criticam a posição defendida por Streck e a consideramos uma leitura equivocada das ideias de Dworkin, que jamais colocou o texto como uma barreira intransponível à afirmação de direitos. Apenas para reflexão, é conveniente transcrever a seguinte passagem da obra *Justiça de Toga*, de Dworkin: “[...] Tribe endossa uma modalidade muito forte de fidelidade textual. ‘Não obstante, compartilho como o juiz Scalia a crença em que o texto escrito da Constituição tem primazia e deve ser considerado como o ponto de partida fundamental, que nada de irreconciliável com o texto pode ser adequadamente tido como parte da Constituição; e que algumas partes da Constituição não podem, de modo plausível, estar sujeitas a interpretações significativamente diferentes’. É uma afirmativa muito forte de fidelidade textual — mais forte do que eu próprio endossaria, porque, como afirmei, ao longo do tempo, o precedente e a prática podem, em princípio, suplantam até mesmo um exemplo tão básico de dados interpretativos quanto o texto constitucional; quando não se puder encontrar nenhuma forma de conciliar o texto e a prática em uma interpretação construtiva geral. Concordo, porém, com a afirmação de Tribe de que o texto deve ter um papel muito importante: devemos visar a um conjunto de princípios constitucionais que possamos defender por considerá-los compatíveis com a interpretação mais plausível que tivermos acerdado que o próprio texto diz, e relutar muito em aceitar qualquer outra coisa” (DWORKIN, Ronald. *O direito da liberdade: a leitura moral da Constituição norte-americana*. Trad. Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p.184-185).

Ainda, na obra *O direito da liberdade: a leitura moral da Constituição norte-americana*, Dworkin critica a ideia entre direitos numerados e direitos enumerados: “Na minha opinião, porém, como eu disse desde o começo, essa questão é ininteligível, pois a suposta distinção simplesmente não tem sentido. Evidentemente, é verdadeira e importante a distinção entre o que consta e o que não consta de uma determinada lista. Digamos que o regulamento de um aeroporto estabeleça, por exemplo, que é proibido aos passageiros portar armas de fogo, facas e explosivos na bagagem de mão. Suponhamos ainda que os funcionários do aeroporto interpretem esse regulamento e cheguem à conclusão de que ele proíbe também as latas de gás lacrimogêneo, pelo fato de a estrutura geral do regulamento e a óbvia intenção que a ele preside proibirem o porte de todas as armas que levadas a bordo possam ser usadas para atos de sequestro ou terrorismo. Teríamos razão de dizer que o gás lacrimogêneo não fazia parte da lista de objetos proibidos, e que é legítimo querer saber se os funcionários têm autoridade para acrescentar armas ‘não enumeradas’ à lista que lhes foi dada. Mas, a distinção entre esses dois atos — de um lado, o de excluir revólveres, canivetes e granadas, e, de outro, o de excluir gás lacrimogêneo — depende de um pressuposto semântico: o de que o gás lacrimogêneo não se inclui na ‘referência’ (como dizem os filósofos) nem de ‘armas de fogo’, nem de ‘facas’, nem de ‘explosivos’. [...] Na aplicação desses princípios abstratos a controvérsias particulares, o que está em jogo não é uma referência, mas uma interpretação, e isso é muito diferente”. E conclui o autor: “Vamos, então, deixar de lado a infrutífera busca por restrições mecânicas ou semânticas e buscar as verdadeiras restrições no único lugar onde de fato poderão ser encontradas: em bons argumentos. Vamos aceitar o fato de que os advogados, juízes e juristas honestos e bem-intencionados sempre vão discordar, às vezes profundamente, acerca das exigências da igualdade de consideração e de quais são os direitos essenciais e os meramente acidentais para a liberdade ordenada” (DWORKIN, Ronald. *O direito da liberdade: a leitura moral da Constituição norte-americana*. Trad. Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p.123-124, 131).

ativismo judicial, porque estará no âmbito do exercício regular, embora mais amplo e qualificado, da própria jurisdição”.²⁹⁸ O autor ainda chega à seguinte conclusão, ratificada pelo presente trabalho:

É impossível para um positivista como Kelsen, Hart ou Bobbio e para um interpretativista como Dworkin terem a mesma concepção do que se enquadra como ativismo judicial, uma vez que eles não têm a mesma concepção sobre o que é o direito, sobre como se interpreta e se aplica o direito e sobre o que é o exercício regular da jurisdição. Ou seja: não é possível ter uma concepção puramente fática e teoricamente neutra (isto é, independente da teoria do direito com que se trabalha) do ativismo judicial.²⁹⁹

O filósofo norte-americano defende uma concepção de direito que se apresenta como a melhor justificativa política geral da complexa prática da legislação e uma concepção específica da moralidade democrática. Apresenta uma teoria ampliadora de direitos dentro da filosofia política do liberalismo igualitário e se opõe a qualquer outra concepção de direito que dê margem a algum tipo de arbitrariedade judicial. Por essa razão, conforme se exporá, a pesquisa contesta a crítica feita à sua teoria, que o coloca como partidário do “ativismo judicial”.

Em breve artigo sobre o “conceito fugidio” do “ativismo judicial”, Branco oferece esclarecimentos enriquecedores à questão. Ao analisar a imprecisão semântica do termo e sua carga emocional no debate brasileiro, pondera sobre a necessidade de se melhorar a sua precisão. O autor pontua que muitas decisões do STF “carecem muitas vezes de uma exposição clara do parâmetro técnico adotado para estimar quando uma deliberação judicial escapa do seu domínio próprio.”³⁰⁰ Assim sendo, o autor critica a falta de uma explicação, pelo órgão constitucional, da teoria do direito adotada como premissa para a argumentação:

²⁹⁸ COELHO, André. *A decisão da ADI 3510 não foi ativismo judicial: uma abordagem a partir de Dworkin*. 07/11/2011. Filósofo grego, filosofia contemporânea, especialmente filosofia do direito, filosofia moral e filosofia política. Disponível em: <http://aquitemfilosofiasim.blogspot.com.br/2011/11/decisao-da-adi-3510-nao-foi-ativismo.html>. Acesso em: 04 jul. 2013.

²⁹⁹ COELHO, André. *A decisão da ADI 3510 não foi ativismo judicial: uma abordagem a partir de Dworkin*. 07/11/2011. Filósofo grego, filosofia contemporânea, especialmente filosofia do direito, filosofia moral e filosofia política. Disponível em: <http://aquitemfilosofiasim.blogspot.com.br/2011/11/decisao-da-adi-3510-nao-foi-ativismo.html>. Acesso em: 04 jul. 2013.

³⁰⁰ DWORKIN, Ronald. *O direito da liberdade: a leitura moral da Constituição norte-americana*. Trad. Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p.395.

Não é viável pretender conter o exercício da jurisdição constitucional, por exemplo, em nome de um modelo ideal — tantas vezes convenientemente não explicitado — de separação de poderes e reduzir esse princípio a mais uma frase-curinga, uma nomenclatura que serve para reforçar, com sua imprecisão, qualquer conteúdo que se queira atribuir à expressão “ativismo”. Dizer que é ativista uma decisão que destoa do esperado num sistema com separação de poderes é o mesmo que apenas iniciar o exame do problema, já que se requer o passo seguinte, nem sempre dado, de se definir o sistema de representação de poderes de que se está cogitando.³⁰¹

Canotilho,³⁰² ao refletir sobre a magistratura, coloca o direito constitucional positivo como limite jurídico da atividade judicial. Entretanto, não existe uma interpretação *a priori* do significado inequívoco das normas constitucionais positivadas. Na linha de pensamento de Ronald Dworkin, como ponderado por Palombella, “não há um direito positivo em si, mas todo direito ‘positivo’ é fruto de uma prática interpretativa e argumentativa que o constitui e reformula no tempo”.³⁰³

O significado da linguagem só pode ser investigado a partir de um “contexto determinado”,³⁰⁴ a partir de “sua forma de utilização em uma dinâmica concreta”,³⁰⁵ como percebido por Wittgenstein, em sua tese sobre os “jogos de linguagem”.³⁰⁶ Portanto, esse limite semântico não resolve o problema infausto dos contornos legítimos da decisão jurídica, como pretendem os “originalistas”, exatamente porque desconsideram o diálogo permanente da linguagem com a realidade. Voltaire já afirmara, em 1764, que “um magistrado deve ter por primeiro dever o ser justo antes de ser formalista.”³⁰⁷ Isso não significa defender a existência de um direito natural,

³⁰¹ DWORKIN, Ronald. *O direito da liberdade: a leitura moral da Constituição norte-americana*. Trad. Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p.395.

³⁰² CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Judicialismo e política: tópicos para uma intervenção. In: CATTONI, Marcelo; MACHADO, Felipe (Coord.). *Constituição e processo: entre direito e política*. Belo Horizonte: Fórum, 2011, p.144.

³⁰³ PALOMBELLA, Gianguigi. *Filosofia do direito*. Trad. Ivone C. Benedetti. São Paulo: Martins Fontes, 2005. p.331.

³⁰⁴ Fernandes, ao abordar o giro linguístico na hermenêutica, com Wittgenstein e Gadamer, pondera que: “A partir daí a linguagem passa a ser vista como aquilo que possibilita a compreensão do indivíduo no mundo, de modo que essa mesma linguagem é fruto de um processo de comunicação envolvendo uma relação de intersubjetividade, isto é, onde antes havia uma relação sujeito/objeto, instaura-se uma relação sujeito/sujeito, necessariamente mediada pela linguagem” (FERNANDES, Bernardo Gonçalves. *Curso de Direito Constitucional*. 3.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p.143).

³⁰⁵ FERNANDES, Bernardo Gonçalves. *Curso de Direito Constitucional*. 3.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p.143.

³⁰⁶ FERNANDES, Bernardo Gonçalves. *Curso de Direito Constitucional*. 3.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p.143.

³⁰⁷ VOLTAIRE. *Dicionário filosófico*. Trad. Pietro Nasseti. São Paulo: Martin Claret, 2002. p.212.

tão deletério quanto o “convencionalismo”, mas admitir uma perspectiva hermenêutica, na qual linguagem e racionalidade se integrem.

Na linha de pensamento exposto por Fernandes, a partir das contribuições de Gadamer à Filosofia, a justificação da decisão precisa ocorrer de forma que seja dada, ao intérprete, a possibilidade de construir “pretensões de validade abertas à crítica de todos os falantes”. De outra maneira, “a ‘verdade’ é agora algo construído pelos falantes no uso de razões que podem ser questionadas e contrapostas por outras”.³⁰⁸ Com base na tese de Gadamer, Fernandes questiona o leitor:

Mas, se cada sujeito é dotado de um horizonte, como podemos entender o processo dialógico de entendimento? Gadamer fala, então, de uma fusão de horizontes, de modo que o texto e o intérprete passam a dividir um horizonte comum. Logo não há uma relação de apropriação pelo intérprete do texto, mas um diálogo, seguido de perguntas e respostas, no qual o intérprete participa, ‘ouvindo’ o que o texto tem para dizer.³⁰⁹

É preciso cautela, entretanto, para não se concluir precipitadamente pela inutilidade da aplicação do termo. Nesse ponto, é importante ressaltar dois aspectos.

Primeiramente, o caminho até então percorrido no trabalho, teve por objetivo precípuo resgatar a história jurídica norte-americana, para então afastar o emprego de alguns significados inócuos e problemáticos atribuídos ao termo, evitando-se uma “babel desconexa”.³¹⁰ Concluiu-se, a partir da análise de três acepções correntes para a expressão, que a avaliação de uma decisão como ativista não deve estar atrelada à distribuição de poderes institucionais. Nesse sentido, o reconhecimento da autoridade judicial para realizar o *judicial review*, por si só, não representaria uma afronta aos demais poderes, tampouco à democracia, se compreendida, não só pela premissa majoritária, mas como um ideal que deve assegurar os direitos das minorias. Ainda, refutou-se, igualmente, a conexão entre o sentido de “ativismo judicial” e a quebra de precedentes judiciais estabelecidos, demonstrando-se que a própria dinâmica destes julgados não prevê uma vinculação obrigatória, antes do

³⁰⁸ FERNANDES, Bernardo Gonçalves. *Curso de Direito Constitucional*. 3.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p.142.

³⁰⁹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Judicialismo e política: tópicos para uma intervenção. In: CATTONI, Marcelo; MACHADO, Felipe (Coords.). *Constituição e processo: entre direito e política*. Belo Horizonte: Fórum, 2011. p.144.

³¹⁰ CANON, Bradley. *Judicial activism*. *Judicature*, v.66, 1982-1983, p.239 *apud* BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Em busca de um conceito fugidivo: o ativismo judicial*, p.388 *apud* FELLET, André Luiz Fernandes; PAULA, Daniel Giotti; NOVELINO, Marcelo. *As novas faces do ativismo judicial*. Coletânea de artigos. JusPodivm, 2011.

exame detalhado da *ratio decidendi* e do contexto fático do caso a ser examinado. Em ambas as hipóteses (controle de constitucionalidade e superação do precedente), a decisão só será ativista, se romper o limite jurídico existente. Com isso, concluiu-se que a compreensão da expressão está atrelada ao conceito de direito adotado como verdadeiro.

Em segundo lugar, é possível afirmar que, a despeito de restar indefinido, ao menos aprioristicamente, o significado exato do termo, em virtude da hipótese traçada anteriormente, a valoração da nomenclatura deve ser negativa, como estabelecido inicialmente. Essa conclusão decorre da própria evolução da expressão na história estadunidense, onde surge e da qual é importada, a partir da promulgação da Constituição democrática de 1988, para o Brasil.

O emprego da expressão, dentro desse espectro mais flexível, só será útil quando partir de uma abordagem fundamentada, ainda que não consensual, sobre o conceito de direito advogado. Nesse caso, será preciso demonstrar como decisões do tipo *Brown v. Board of Education* extrapolam os contornos legítimos de atuação judicial, antes que se conclua tratar-se de uma postura ativista da Corte.

Caso se queira preservar o contexto no qual emerge e se amplia a discussão ao redor da nomenclatura e para não transformá-la em algo débil no seu conteúdo, é preciso atrelar o seu significado à extrapolação dos limites do exercício regular da atividade judicial interpretativa, seja no controle de constitucionalidade, na fixação de um novo precedente, ou na decisão de um caso concreto. Isso significa que, independentemente da teoria encampada sobre os contornos legítimos da prática jurídica, o “ativismo judicial” está umbilicalmente ligado ao rompimento da fronteira tênue que separa o jurídico do não jurídico, ou a interpretação judicial, de um lado, de decisões subjetivas, do outro. Isso não significa que a expressão poderá ser utilizada para criticar deliberações, simplesmente, por não se concordar com seus resultados práticos ou por estes não corresponderem a algum tipo de expectativa, seja ela de caráter coletivo ou individual.

Dessa feita, a persecução do significado de “ativismo judicial” estimulará os participantes do debate a refletirem sobre o significado da Constituição, aumentando o grau de participação democrática, tão reivindicado pelos céticos ao Poder Judiciário. Do contrário, o trabalho teria que concluir pelo desgaste da nomenclatura, a tal ponto de torná-la improfícua a qualquer finalidade justificável. Acredita-se,

todavia, que o aprimoramento e controle dos fundamentos jurídicos das decisões judiciais só será possível a partir de um debate mais amplo.

Nesse sentido é que se propõe, aqui, como conceito interpretativo do direito, a “teoria da integridade” de Ronald Dworkin, para, a partir dela, promover a defesa dos contornos da jurisdição regular e o seu revés, no âmbito jurídico. Para o filósofo, como lembrado por Palombella, “direito positivo é um objeto ‘social’ cuja definição e cujo estudo são profundamente influenciados pelas intenções do intérprete, dependem, em outros termos, do observador”.³¹¹ Por fim, tentar-se-á, partindo da leitura moral da Constituição proposta por Dworkin, atrelar o significado de “ativismo judicial” a uma teoria que vem recebendo diversas designações, dentre as quais a de “pragmatismo jurídico”.³¹²

³¹¹ PALOMBELLA, Gianguigi. *Filosofia do direito*. Trad. Ivone C. Benedetti. São Paulo: Martins Fontes, 2005. p.331.

³¹² DWORKIN, Ronald. *A justiça de toga*. Trad. Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2010. p.32.

CAPÍTULO II – RONALD MYLES DWORKIN:

o homem e o filósofo

Ronald Myles Dworkin foi um dos mais importantes filósofos do direito existentes. Sem dúvida, o que mais influenciou esta pesquisa, contagiando-a com o que Voltaire ousou chamar de “entusiasmo sensato”,³¹³ um tipo de entusiasmo incapaz de entorpecer a razão.

De origem norte-americana, Dworkin nasceu em 11 de dezembro de 1931, na cidade de Worcester (Massachusetts), nos Estados Unidos,³¹⁴ e faleceu em 14 de fevereiro deste ano (2013), em Londres, Inglaterra,³¹⁵ deixando um legado sem precedentes, que permitiu e permitirá a todos os estudiosos do direito e interessados em filosofia continuarem a se encontrar com ele à vontade.³¹⁶

A imbricação necessária e enriquecedora, entre a sua teoria do direito e uma filosofia política de liberalismo igualitário, reflete o olhar abrangente adquirido pelo filósofo, por meio de uma rica trajetória de estudos. Dworkin graduou-se em Filosofia no Harvard College em 1953, e, em 1955, adquiriu o título de graduação em *jurisprudence*,³¹⁷ na Universidade de Oxford. Dois anos depois, em 1957, formou-se em Direito pela Escola de Harvard.

³¹³ Voltaire, em suas reflexões filosóficas, faz uma advertência para o perigo de uma “doença do entusiasmo”. Segundo o filósofo, coisa rara é encontrar alguém capaz de conciliar o entusiasmo à razão, alertando para o perigo de uma devoção mal compreendida: “O entusiasmo é igual ao vinho: pode excitar tanto tumulto nos vasos sanguíneos e tão violentas vibrações nos nervos, que a razão fica totalmente abolida. Também pode provocar leves agitações que apenas façam dar ao cérebro um pouco mais de atividade: é o que acontece nos grandes gestos da eloquência e, principalmente, na poesia sublime” (VOLTAIRE. *Dicionário Filosófico*. Trad. Pietro Nasset. São Paulo: Martins Claret, 2002. p.183).

³¹⁴ Sobre a biografia de Dworkin, cf. GUEST, Stephen. *Ronald Dworkin*. Trad. Luís Carlos Borges. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010. p.7-26.

³¹⁵ Essas referências bibliográficas foram retiradas das seguintes fontes: DO VALE, André Rufino. *Dworkin está entre os grandes dos séculos XX e XXI*. Sexta, 15 fevereiro 2013. Disponível em: <http://www.mp.ma.gov.br/index.php/lista-de-noticias-caop-criminal/5938-dworkin-esta-entre-os-grandes-dos-seculos-xx-e-xxi>. Acesso em: 26 set. 2013.

³¹⁶ Apropriamo-nos da colocação carinhosa feita pelo próprio Dworkin, ao se referir ao juiz Learned Hand (DWORKIN, Ronald. *O direito da liberdade: a leitura moral da Constituição norte-americana*. Trad. Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p.529).

³¹⁷ Guest pondera que o termo “*jurisprudence*”, por vezes, é utilizado para se referir ao curso superior em que se estuda o direito (GUEST, Stephen. *Ronald Dworkin*. Trad. Luís Carlos Borges. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010. p.8, nota 1).

Ainda, vivenciou a prática jurídica sob distintas vertentes, ora atuando como assistente do juiz Learned Hand,³¹⁸ ora como advogado³¹⁹ e, especialmente, como professor de Filosofia do Direito. Esse amálgama teórico e prático permitiu que deixasse importantes contribuições à literatura jurídica e ao pensamento filosófico.

A sua carreira acadêmica foi notória e singular. Em 1968, assumiu a cátedra de Teoria do Direito (*chair of jurisprudence*) na Universidade de Yale e, já em 1969, foi nomeado para substituir um dos maiores filósofos do positivismo analítico, Herbert L. A. Hart, na cátedra de teoria do direito de Oxford, onde permaneceu atuando até o fim de sua vida. Paralelamente, exerceu cargos de magistério também nas Universidades de Nova Iorque, Londres, Harvard, Cornell e Princeton. Não obstante todos esses feitos acadêmicos, tornou-se membro da Academia Britânica e da Academia Americana de Artes e Ciências.

Deixou uma teoria complexa e influenciadora do direito, conjugando-a com um ideal político de democracia igualitária. A teoria liberal clássica, representada pelo domínio do positivismo jurídico e do utilitarismo, nos estudos sobre a legislação, a jurisdição e a obediência à lei, principalmente na Grã-Bretanha, foi atacada por sua proposta liberal alternativa. Assim, postulou uma interpretação construtiva do direito, capaz de atribuir o melhor sentido possível aos atos políticos, construindo um novo paradigma jurídico, apto a justificar a atividade judicial, a partir de uma teoria política liberal, que estabelece como ponto de partida a igual consideração e respeito de todos os indivíduos pelo Estado.

A “teoria da integridade” de Ronald Dworkin exerce autoridade notável, não só, apesar de principalmente, nos Estados Unidos, mas em todos os países de tradição democrática, a exemplo do Brasil. Discussões jurídicas sobre princípios, regras, democracia contramajoritária, interpretação jurídica e direitos controvertidos, como o aborto e a eutanásia, precisam considerar a reflexão de Ronald Dworkin, caso pretendam levar-se, a si mesmas, a sério.

³¹⁸ Dworkin atuou como assistente do juiz — Learned Hand — no Tribunal Federal de Apelações do Segundo Circuito, em Manhattan (Nova Iorque), nos anos de 1957-1958.

³¹⁹ Dworkin exerceu a advocacia no escritório Sullivan & Cromwell até 1962.

2.1 Introdução ao pensamento de Ronald Dworkin

“Toda democracia contemporânea é uma nação dividida, e nossa própria democracia é particularmente dividida. Nossas divisões são de natureza cultural, étnica, política e moral. Não obstante, aspiramos a viver juntos como iguais, e parece absolutamente crucial para essa ambição que também aspiremos que os princípios que nos governam nos tratem como iguais. [...] Devemos nos incumbir desse dever soberano se pretendemos alcançar um Estado de Direito que não seja apenas instrumento de avanço econômico e paz social, mas um símbolo e espelho da igual consideração pública, que nos dá o direito de afirmar a comunidade.”³²⁰

(Ronald Dworkin — *A justiça de toga*)

Stephen Guest³²¹ pontua que o primeiro artigo publicado por Dworkin, intitulado *Judicial discretion*, em 1963, sobre o arbítrio judicial, sinalizava para uma tendência antiutilitarista,³²² ainda incipiente, mas crescente, no debate norte-americano. Ressalta a importância da publicação do *The model of rules* (O modelo de regras), em 1967, quando Dworkin despontou como interlocutor de grande prestígio no debate filosófico. Nesse último ensaio, o filósofo criticou a tese contida no livro *The concept of law* (O conceito de direito), de Herbert Hart, um dos mais proeminentes defensores da rica e diversificada tradição do positivismo jurídico, especialmente de uma jurisprudência analítica.³²³

³²⁰ DWORKIN, Ronald. *A justiça de toga*. Trad. Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2010. p.105-106.

³²¹ GUEST, Stephen. Ronald Dworkin. Trad. Luís Carlos Borges. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010. p.8.

³²² Para uma melhor compreensão do utilitarismo, ver: BENTHAM, Jeremy. *Uma introdução aos princípios da moral e da legislação*. São Paulo: Abril Cultural, 1979.

³²³ André Coelho explica a ideia de jurisprudência (teoria do direito) analítica: “Prevê que os leitores o receberão como obra de jurisprudência analítica, porque se dedica à aclaração do quadro geral do pensamento jurídico (e não à crítica do direito existente nem à proposta de direito novo) e ao aclaramento de palavras e expressões (dando ênfase à combinação entre afirmações internas e externas). Mas considera que a obra é também de sociologia descritiva (não é só sobre palavras, mas sobre práticas sociais, e cita nesse ponto J. L. Austin)” (Filósofo grego, filosofia contemporânea, especialmente filosofia do direito, filosofia moral e filosofia política. Publicado em 20 out. 2013. Aula gravada: “O conceito de direito”, do Prefácio ao Capítulo II. Texto do resumo. Prefácio. Disponível em: <http://aquitemfilosofiasim.blogspot.com.br/>. Acesso em: 31 out. 2013). Coelho ainda explica que: “Hart é normalmente classificado como um positivista jurídico, embora seja mais exato dizer que ele era, quanto à metodologia de estudo do Direito, um positivista analítico, ou seja, um filósofo que entende o positivismo jurídico não como tentativa de reformar os conceitos e intuições com que já trabalhamos no cotidiano (como pretendiam Bentham, Austin e Kelsen), mas sim como resultado de seu

A publicação desses primeiros ensaios, muitos dos quais viriam a compor a sua primeira obra, publicada em 1977 — *Taking rights seriously* (*Levando os direitos a sério*) — estava imersa em um cenário de grandes transformações sociais vivenciadas na década de 60, em virtude do movimento dos direitos civis,³²⁴ nos Estados Unidos. Guest atribui, possivelmente, à Guerra do Vietnã, o ímpeto das transformações vividas, que ecoaram no espírito do liberalismo vivenciado à época.

As obras de Dworkin aperfeiçoam o seu argumento a favor de uma versão mais sofisticada da teoria liberal do direito. O autor contrapôs-se, logo de início, ainda na introdução de *Levando os direitos a sério*, às versões mais clássicas do liberalismo: o positivismo hartiano e o utilitarismo benthamiano. O tom das críticas desenvolvidas por Dworkin à teoria liberal dominante anglo-saxônica, em suas vertentes positivistas (no que tange à teoria da jurisdição e obediência) e utilitaristas (relativamente à teoria da legislação),³²⁵ se adapta, portanto, a esse contexto político turbulento, paradoxalmente imerso “em meio a uma calmaria”³²⁶ de ideias filosóficas.³²⁷

O filósofo procura desenvolver uma teoria geral do direito que seja, conjuntamente, normativa e conceitual. A parte normativa deverá problematizar questões relativas à legislação, à decisão judicial e à observância da lei, sob as perspectivas, respectivamente, de um legislador, de um juiz e de um cidadão comum.³²⁸ A parte conceitual precisará abordar a questão do significado das proposições de direito e outras teses de lógica e metafísica.³²⁹ Interessa a este trabalho, mais especificamente, a sua teoria da decisão judicial, na qual serão discutidos aspectos mais relevantes das controvérsias jurídicas e dos padrões vinculativos para os juízes, bem como a sua teorização conceitual do direito. De forma conexa, à medida que se faça necessário ao tema do “ativismo judicial”,

esclarecimento linguístico-conceitual e de sua elaboração sistemática” (*Um sistema de regras primárias e regras secundárias: exposição do argumento de Hart em O conceito de Direito*. Disponível em: <http://aquitemfilosofiasim.blogspot.com.br/2011/12/um-sistema-de-regras-primarias-e-regras.html>. Acesso em: 20 nov. 2013).

³²⁴ GUEST, Stephen. *Ronald Dworkin*. Trad. Luís Carlos Borges. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010. p. 9.

³²⁵ Palestra proferida pelo professor André Coelho, em 17 de setembro de 2013. “Levando os direitos a sério” e “Uma questão de princípio”. Disponível em: <http://aquitemfilosofiasim.blogspot.com.br/>. Acesso em: 16 nov. 2013.

³²⁶ GUEST, Stephen. *Ronald Dworkin*. Trad. Luís Carlos Borges. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010. p.9.

³²⁷ DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Trad. Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p.XI.

³²⁸ DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Trad. Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p.XI.

³²⁹ DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Trad. Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p.XI.

discutir-se-ão outros aspectos da sua teoria, por exemplo, se os princípios políticos inscritos na Constituição fazem parte do direito, apesar do fato de não serem fruto de uma decisão legislativa. Até porque, como admitido pelo próprio filósofo, essas questões se implicam mutuamente. A tessitura aberta desses pontos foi costurada pelo filósofo, na tentativa de responder ao problema mais urgente da legitimidade do direito.

Dworkin retoma Jeremy Bentham — importante teórico do utilitarismo — para colocá-lo como precursor de uma teoria geral do direito, que foi capaz de englobar questões normativas e conceituais: “teorias bem definidas da legitimidade, da justiça legislativa, da jurisdição, da controvérsia”.³³⁰ Retira da parte conceitual da sua teoria — o positivismo jurídico — na versão mais sofisticada proposta por Hart. Da parte normativa da tese benthamiana, Dworkin combate uma versão mais aprimorada, que conjuga aspectos econômicos à teoria do direito. Apesar de ser silente sobre a teoria específica à qual estaria se referindo, denominando-a apenas como “utilitarismo econômico”,³³¹ seus escritos não deixam dúvida: Dworkin sempre criticou o realismo jurídico, especialmente, a sua versão pragmatista.

Nesse horizonte, o positivismo é falaz porque elabora uma teoria que não consegue realizar, com maior amplitude, os ideais do liberalismo. A tese positivista, representada pela versão de Hart, falha ao restringir o que consta como direito. Padrões normativos, pela estratégia positivista, só serão criados por práticas sociais ou decisões institucionais explícitas. A delimitação do sistema jurídico fica condicionada, nesse sentido, a um conjunto autorizado de regras (*settle rules*), que nega a ponte construída pelos princípios, desconectando o direito da moral. Essa teoria, conforme pontuado por Dworkin, “rejeita a ideia de que os indivíduos ou grupos possam ter, em um processo judicial, outros direitos além daqueles expressamente determinados pela coleção de regras explícitas”.³³² É interessante trazer à baila as considerações de Guest sobre a questão:

[...] o positivismo é uma teoria liberal. Não é coincidência que o desenvolvimento do positivismo tenha sido paralelo ao desenvolvimento do liberalismo no início do século XIX. Por que ela

³³⁰ DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Trad. Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p.XI.

³³¹ DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Trad. Nelson Boeira São Paulo: Martins Fontes, 2002. p.XII.

³³² DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Trad. Nelson Boeira São Paulo: Martins Fontes, 2002. p.XIV.

foi liberal? Os positivistas enfatizaram a ideia de maneiras diferentes. Essencialmente, o direito deve ser identificável por meio de critérios claramente identificáveis e públicos, para possibilitar ao cidadão manter distintas as exigências de sua consciência e as exigências do Estado. Hart falou a favor desta vertente do positivismo quando disse, em *The Concept of Law*: 'O que certamente é mais necessário, para que os homens tenham uma visão clara ao confrontarem o abuso oficial de poder, é que eles preservem a percepção de que a certificação de alguma coisa como legalmente válida não é conclusiva no que diz respeito à questão da obediência, e que, por maior que seja a aura de majestade ou autoridade que o sistema oficial possa ter, suas exigências, no fim, devem ser submetidas a um exame moral'.³³³

A moralidade, por conseguinte, não é um critério relevante para a identificação do direito, razão pela qual a formulação teórica hartiana acaba por restringir o rol de direitos individuais, oponíveis ao Estado. Por este motivo, a refutação de Dworkin a essa corrente filosófica será, não apenas epistemológica, mas política, porque contrapõe-se à redução operada no rol de pretensões jurídicas a serem tuteladas contra a ingerência estatal. Para o autor, o positivismo jurídico falha como melhor expressão teórica dos ideais liberais, exatamente por identificar o direito por referência às suas fontes e não pelo conteúdo moral dos padrões normativos. Dworkin credita aos indivíduos direitos anteriores e independentes de um conjunto definido da legislação explícita (direito positivo).³³⁴ A moral serviria, dentro dessa perspectiva, como referencial para julgar a melhor interpretação do conjunto da própria legislação existente, de forma a justificar, mais adequadamente, a prática social. Os direitos individuais seriam, nesse sentido, preexistentes às regras e dependentes, junto a elas, de uma fundamentação principiológica, atrelada à perspectiva política (pública) dos valores compartilhados em uma comunidade. É nesse sentido que se afirma que esse movimento teórico falha como expressão do ideal liberal. A contraposição de Dworkin a essa vertente trata-se, por essa razão, de uma refutação política e não só epistemológica.

Não é também defensável a tese do utilitarismo,³³⁵ em seu objetivo teórico de atingir a maximização do interesse coletivo. O propósito liberal clássico de garantia

³³³ GUEST, Stephen. *Ronald Dworkin*. Trad. Luís Carlos Borges. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010. p.20-21.

³³⁴ GUEST, Stephen. *Ronald Dworkin*. Trad. Luís Carlos Borges. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010. p.XIII.

³³⁵ Sobre o assunto, Guest esclarece que: "Ele é antiutilitarista em um sentido que conquista ampla aceitação. O sentido mais conhecido de utilitarismo barganha males feitos a indivíduos por melhorias no bem-estar geral. [...] O ataque de Dworkin ao utilitarismo é um ataque a esta versão. Pelos seus

dos direitos, nas versões consequencialistas, incluindo-se o realismo jurídico e o pragmatismo jurídico, também fracassa exatamente por rejeitar a ideia de que os direitos políticos são preexistentes aos jurídicos. Dworkin condena exatamente a negativa por eles apresentada de “que os cidadãos possuam outra justificativa para criticar uma decisão legislativa que não seja a alegação de que uma decisão não atende, de fato, ao bem-estar geral”.³³⁶ Como contraponto a essa tese, apresenta uma teoria de direito que escapa “a qualquer versão harmonizadora dos direitos individuais com hipóteses globais de política social [...]”.³³⁷

A ideia central, na teoria do direito dworkiana, conecta-se à sua filosofia política liberal igualitária, para garantir que os direitos sejam considerados como trunfos dos indivíduos contra o aparato coercitivo estatal, não podendo ser desconsiderados frente ao interesse geral, para pôr em voga qualquer premissa baseada no bem comum. Significa dizer que os indivíduos possuem direitos morais, que se fundamentam em princípios, que se sobrepõem, por sua vez, a argumentos políticos, relativos a metas coletivas. Essa teoria atribui a qualificação de um direito político aos direitos jurídicos — “um direito institucional a uma decisão de um tribunal na sua função judicante”.³³⁸ O caráter político desses direitos coloca ênfase na sua derivação do direito “abstrato, fundamental e axiomático”³³⁹, à igual consideração e respeito.

Por isso, Dworkin promove uma nova reflexão, não positivista e não realista sobre a atividade judicial, na qual é dado destaque à atividade judicial na proteção desses direitos. Esse ideal político está umbilicalmente ligado à sua concepção política (liberal igualitária) e evidencia uma discussão mais profunda sobre a

escritos até agora, porém, ele parece estar preparado a aceitar o utilitarismo em alguma concepção que incorpore uma premissa igualitária. [...] Mas o ataque à versão popular é razoavelmente direto. Mais fortemente, o utilitarismo não leva os direitos a sério porque qualquer reivindicação de direito pode ser submergida pelo recurso às consequências gerais. Portanto, a crítica de Dworkin ao utilitarismo popular equivale a dizer que as reivindicações de direito não são derrotadas por um simples recurso a um aumento marginal do bem-estar. ‘O que é importante’, ele diz, ‘é o compromisso com um esquema de governo que torna um recurso ao direito decisivo em casos específicos’.” (GUEST, Stephen. *Ronald Dworkin*. Trad. Luís Carlos Borges. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010. p.68-69).

³³⁶ DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Trad. Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p.XIV.

³³⁷ PALOMBELLA, Gianguigi. *Filosofia do direito*. Trad. Ivone C. Benedetti. São Paulo: Martins Fontes, 2005. p.330.

³³⁸ DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Trad. Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p.XV.

³³⁹ DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Trad. Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p.XX.

legitimidade do poder de coerção estatal, frente à esfera de autonomia individual. Sobre essa questão, Guest esclarece que:

A teoria do direito de Dworkin também é uma teoria liberal. Ela está imbuída da ideia liberal de que o Estado deve proteger a autonomia pessoal. Mas a teoria permite que a ideia altamente abstrata e liberal do “direito a ser tratado com igual consideração e respeito” seja debatida, na forma de concepções diferentes e controvertidas dessa ideia, como uma questão de direito.³⁴⁰

O excerto acima evidencia a grande questão levantada por Dworkin, que destoa das teorias analítico-filosóficas até então apresentadas: versa sobre os fundamentos do direito, a questão teórica sobre o que é o direito.³⁴¹ Esse problema é levantado ainda em *Levando os direitos a sério*, quando Dworkin afirma que as questões jurídicas controvertidas não representam uma controvérsia relativa a conceitos legais semânticos, mas sobre o conceito moral, que a abordagem doutrinária ortodoxa inglesa ignorava.³⁴²

Conforme ressalta o autor, um jurista se preocupa com o conceito de infração legal, não porque ele não domine o seu significado jurídico ou porque não saiba quais regras regulam a matéria, mas, exatamente, porque tem dúvidas quanto a qual tipo de princípio está sendo endossado por essas regras e como aplicá-lo em determinadas situações limítrofes, não previstas anteriormente. Assim, será correto empregar o princípio de que é moralmente errado punir alguém por aquilo que não cometeu, em todos os casos de infração? Se assim o for, haverá ofensa a esse princípio, caso um motorista negligente seja responsabilizado pela morte de um homem hemofílico que atropelou, mesmo a lesão sendo leve? Essas questões não discordam propriamente do conjunto de regras existentes para regulamentar a questão ou sobre o seu significado, mas exatamente sobre os princípios que as fundamentam, ou, ainda, sobre o fundamento do conteúdo do direito. Buscar uma regra para solucionar esse caso hipotético resultaria inócuo, porque não há previsão expressa para o problema. Para os positivistas, seria um caso de lacuna normativa. Para Dworkin, o princípio endossado pelas regras que regulam a matéria é um

³⁴⁰ GUEST, Stephen. *Ronald Dworkin*. Trad. Luís Carlos Borges. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010. p.20-21.

³⁴¹ DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. Trad. Jefferson Luiz Camargo. 2.ed. São Paulo: Martins Fontes, 2010. p.9.

³⁴² DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Trad. Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p.6.

padrão jurídico normativo, que deve ser aplicado coerentemente a todas as situações não previstas, mas com as quais guardem pertinência.

Assim, para o autor, os chamados *hard cases* (casos difíceis), para os quais não há uma previsão normativa explícita, são os verdadeiros “calcanhares de Aquiles” dos tribunais e das teorias filosóficas positivistas. Segundo tais teorias, presas a um “agulhão semântico”, existem critérios para definir o sentido de uma determinada palavra, o que determina a correção da proposição jurídica. Desta feita, não há divergências “reais”, inerentes ao próprio conceito de direito: as pessoas pensam que divergem “porque atribuem significados diferentes ao mesmo som”.³⁴³

De outra forma, há um problema em se compreender o que significa seguir uma regra. Nos *easy cases* (casos fáceis), não há maiores problemas para verificar que a solução do litígio é baseada em um padrão jurídico, exatamente porque está exposto. Nos *hard cases*, todavia, não fica clara a vinculação das decisões a critérios normativos, exatamente porque os princípios estão implícitos no sistema jurídico, o que faz com que muitos desconfiem de decisões subjetivas, nas quais preferências pessoais são justificadas com alguma referência vaga às regras já existentes. Essa última versão é, inclusive, defendida pelo movimento realista, segundo o qual uma abordagem científica sobre o que os juízes fazem, e não sobre o que dizem fazer, revelaria a inocuidade da versão positivista, uma vez que não há racionalização no processo decisório.

Ainda com mais ênfase, em sua obra *Império do direito* (1986), Dworkin continuará a combater tese “acadêmica” semântica, que apresenta o direito como uma “simples questão de fato”, retomando aspectos do positivismo hartiano. Conforme delineado, os partidários dessa concepção compreendem o direito como uma questão de fato histórico, independente da moral.³⁴⁴ Significa dizer que, assim como existem casos para os quais há previsão normativa dentro do repertório jurídico, existirão também casos lacunosos, nos quais não caberá ao juiz outra escolha, senão a de criar direito novo. Conseqüentemente, haverá margem para a ação discricionária do magistrado, resultante da incompletude do ordenamento jurídico.

³⁴³ DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. Trad. Jefferson Luiz Camargo. 2.ed. São Paulo: Martins Fontes, 2010. p.54.

³⁴⁴ DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. Trad. Jefferson Luiz Camargo. 2.ed. São Paulo: Martins Fontes, 2010. p.12.

A teoria de Dworkin, ao contrário, não está interessada em descrever normas válidas, a partir de um suposto acordo linguístico, nem poderia, porque não acredita na existência de uma linguagem consensual, capaz de pôr fim à dúvida sobre o que é o direito. Por esta razão, Guest afirma que “Dworkin não sustenta nenhuma visão de que existam fatos ‘aí no mundo’ (*‘out there’*), em virtude dos quais um relato descritivo do direito seja verdadeiro”.³⁴⁵ Por isso, o filósofo contrapõe-se ao positivismo semântico. A discordância mais profunda seria sobre o conteúdo moral controvertido do direito.

O sistema jurídico pensado por Dworkin, ao contrário do modelo hartiano, é completo. Incorpora *standards* jurídicos, desconsiderados pelo positivismo e independentes das regras: os princípios. Nas palavras de Dworkin: “o Positivismo é um modelo de e para um sistema de regras [mas que, contudo,] nos força a ignorar os papéis importantes desempenhados por padrões que não são regras”.³⁴⁶ O autor define princípios como “um padrão que deve ser observado, não porque vá assegurar ou promover uma situação econômica, política ou social, considerada desejável, mas porque é uma exigência de justiça ou equidade ou alguma outra dimensão da moralidade”.³⁴⁷ Contrapõe os princípios a outro padrão — as *policies* (políticas), “que estabelecem um objetivo a ser alcançado, em geral uma melhoria em algum aspecto econômico, político ou social da comunidade”.³⁴⁸

O modelo de direito dworkiano vai além: a própria aplicação de um padrão normativo do tipo regra deriva de uma ponderação prévia de princípios formais, como o devido processo legal, a legalidade e a segurança jurídica, e substanciais, que sinalizarão para a finalidade moral da regra. As regras são, elas mesmas, produto de uma ponderação de princípios feita previamente, no momento da sua elaboração, ainda que não enunciada explicitamente. Esses princípios reforçam propósitos das opções políticas tomadas pela comunidade e precisam, por isso, ser endossados em relação a todo o arcabouço jurídico, caso se queira manter a coerência do direito e garantir um tratamento equânime e justo para os seus destinatários.

³⁴⁵ DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. Trad. Jefferson Luiz Camargo. 2.ed. São Paulo: Martins Fontes, 2010. p.35.

³⁴⁶ DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Trad. Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p.36.

³⁴⁷ DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Trad. Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p.36.

³⁴⁸ DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Trad. Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p.36.

Disso resulta que os casos lacunosos admitidos por Hart importam, a saber, na inobservância de um padrão normativo previamente existente, apesar de implícito, no ordenamento jurídico — os princípios. Estes, por sua vez, incorporam valores de moralidade política ou pública, que pressupõem divergências entre os participantes da comunidade. Assim, as pessoas discordam sobre a legalização do aborto ou sobre a eutanásia, tanto quanto discordavam sobre a tese segregacionista dos “separados, mas iguais”.

Todas essas questões trazem divergências morais, do tipo: um feto é uma pessoa constitucional? as pessoas têm o direito de abdicarem da sua própria vida, quando estiverem em estágios terminais, mas ainda conscientes de suas decisões? ou, ainda, qual o sentido da igualdade?

Não há um procedimento capaz de demonstrar a veracidade de uma proposição jurídica que abarca questionamentos do tipo moral, como uma fórmula matemática. O direito, para Dworkin, é uma prática argumentativa, construída a partir e com a finalidade de buscar a melhor justificativa moral dos valores compartilhados e endossados, politicamente, pela comunidade.

Para comprovar o quão controvertido é o conteúdo do direito e reforçar a sua tese sobre o aspecto moral dos argumentos jurídicos, Dworkin arrola, no livro, *O império do direito*, uma série de casos concretos controvertidos.³⁴⁹ Retira da prática jurisprudencial norte-americana o substrato teórico para construir suas premissas. Nas palavras do autor: “Embora a questão de que se os juízes seguem regras possa parecer linguística, na verdade, ela revela preocupações que, em última instância, são práticas”.³⁵⁰

Um famoso e tradicional exemplo é o *Riggs v. Palmer*³⁵¹ (caso “Elmer”), no qual o tribunal precisou julgar um litígio em que se arguia o direito do herdeiro a receber a herança do testador (seu avô), por ele envenenado. A pergunta levada ao tribunal foi: estaria Elmer legalmente habilitado a receber a herança deixada no testamento? No caso em questão, os magistrados não compartilhavam dos mesmos critérios para decidir qual afirmação do direito era verdadeira. Em outras palavras,

³⁴⁹ Caso *Snail Darter, Tenesse Valley Autoritty v. Hill*, 437, U.S 153 (1978). Caso *McLoghlin, McLoghlin v. O'Brian* [1983] 1 A.C 410, dentre outros. Ver em: DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. Trad. Jefferson Luís Camargo. Martins Fontes: São Paulo, 2010.

³⁵⁰ DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Trad. Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p.9.

³⁵¹ *Riggs v. Palmer*, 115, Nova York, 506, 22 N.E 188 (1889).

“divergiam sobre a solução correta do caso”.³⁵² O advogado de Elmer sustentava o direito de seu cliente à herança, por não existir nenhuma violação às cláusulas explícitas da lei; caso contrário, afirmava, os tribunais criariam direito novo com base em suas próprias convicções morais. Nesta hipótese, não havia nenhuma regra que determinasse se o testamento seria válido ou não. Ainda, todos os critérios de validade previstos pelas leis sucessórias da época haviam sido observados. Na verdade, o conjunto legislado de regras não previa uma solução para situações *sui generis* como esta. No entanto, apesar de os juízes conhecerem as regras sucessórias e estarem de acordo com o significado literal das mesmas, ainda assim, o tribunal reafirmou o princípio costumeiro, segundo o qual ninguém pode se beneficiar da sua própria torpeza. Quer dizer, o princípio em questão, apesar de não constar no livro jurídico que regula as relações de sucessão, anunciava uma razão que conduzia a um argumento em sentido contrário à pretensão de Elmer. Essa decisão endossava ainda outro princípio, o de que “uma lei não pode ter nenhuma consequência, que os legisladores teriam rejeitado se nela tivessem pensado”.³⁵³

Nesta situação real trazida por Dworkin, fica evidente a divergência mais profunda dos juízes, não sobre se a lei deveria ser adaptada ou não aplicada, ou ainda sobre o significado semântico das regras sucessórias positivadas, mas sobre o fundamento destas. Evidenciava-se, assim, a controvérsia moral subjacente ao problema aparentemente linguístico. Por esta razão, optou-se, à época, pelo princípio substantivo citado, por compreendê-lo como mais relevante ou com maior força para justificar o conjunto de princípios pressupostos pela legislação sucessória, mesmo contrapondo-se ao princípio da segurança jurídica, de não se aplicar requisitos não previstos anteriormente como critério de validade de uma regra.³⁵⁴ Suplantou-se, assim, qualquer interpretação puramente semântica, para endossar o propósito, retirado do princípio, de manter íntegra a autenticidade desse tipo de ato volitivo. Logo, o tribunal fez uma nova interpretação das leis existentes.

Por esse motivo, Dworkin abraçou a divergência jurisprudencial para construir uma teoria do direito alicerçada na ideia do melhor argumento jurídico, relativamente

³⁵² DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. Trad. Jefferson Luiz Camargo. 2.ed. São Paulo: Martins Fontes, 2010. p.21.

³⁵³ DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. Trad. Jefferson Luiz Camargo. 2.ed. São Paulo: Martins Fontes, 2010. p.24.

³⁵⁴ RIBEIRO, Breno Vaz de Melo. *Quando o direito deve ser íntegro: a prática judiciária do Supremo Tribunal Federal à luz de Dworkin*. 422f. 2011. Dissertação (Mestrado em Direito) - Faculdade de Direito, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2011. p.76.

a princípios morais. A teoria alternativa liberal do autor propugna a prevalência da interpretação que confira, aos indivíduos, o mais igualitário grau de consideração e respeito frente ao Estado. Nesse sentido, o raciocínio jurídico pressuporia “um vasto campo de justificação, inclusos princípios bastante abstratos de moralidade política”.³⁵⁵ Os princípios, por sua vez, por serem padrões jurídicos, tanto quanto as regras, tornam-se vinculativos ou obrigatórios para o juiz.

Paralelamente à sua teoria do direito, Dworkin elaborou considerações de cunho moral e político: “É parte de sua ideia que as filosofias jurídica e política — e o argumento jurídico — não podem ser inteiramente separados”.³⁵⁶ Significava dizer que uma decisão judicial sobre direitos controvertidos deverá ser fundamentada a partir do melhor argumento moral, capaz de justificar de forma coerente os ideias políticos da comunidade.

Dessa sorte, a existência de distintas opções políticas e morais entre as pessoas evidencia, para o filósofo norte-americano, parte da própria essência da natureza do direito, que se constitui como um tipo de prática interpretativa e não convencional.³⁵⁷ Para Dworkin, o direito requer uma interpretação construída a partir de “conceitos que precisam ser investidos de um significado, que uma simples descrição não pode fornecer”.³⁵⁸ Esses conceitos “se expressam na linguagem e

³⁵⁵ DWORKIN, Ronald. *A justiça de toga*. Trad. Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2010. p.81.

³⁵⁶ GUEST, Stephen. *Ronald Dworkin*. Trad. Luís Carlos Borges. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010. p.18.

³⁵⁷ Nesse sentido, é importante compreender o caráter conflitivo de concepções rivais para se chegar à verdade das proposições jurídicas, conforme clarificado por Guest: “A linguagem de conceito e concepção não descreve exatamente as diferenças, digamos, entre Lorde Atkin e Lorde Buckmaster? É esclarecedor dizer que cada um tinha uma concepção diferente do mesmo conceito de responsabilidade por ilícito. A ideia importante é que ambos os juízes estavam no mesmo nível de argumentação a respeito do ilícito. Não estavam, por assim dizer, deixando de se entender. Cada um deles compartilhava a ideia de que a responsabilidade por ato ilícito era a base para a compensação no direito consuetudinário para males cometidos fora dos limites do contrato. Cada um deles compartilhava a ideia de que tal responsabilidade devia originar-se de uma relação entre as partes. Aconteceu que a concepção de Lorde Atkin do conceito de responsabilidade por ilícito neste caso era mais ampla do que a de Lorde Buckmaster. E podemos querer prosseguir e dizer que, justamente, com muitos comentadores desta conhecida decisão, a concepção de Lorde Atkin foi superior porque, ao criar o princípio do próximo, ela reuniu várias tendências de tópicos separados de responsabilidade civil de maneira coerente e principiológica” (GUEST, Stephen. *Ronald Dworkin*. Trad. Luís Carlos Borges. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010. p.42).

³⁵⁸ O autor esclarece que: “O caminho mais rápido para os conceitos interpretativos é através da ideia de algo ‘ter um sentido’ (*point*). Observe que podemos descrever uma prática sem fazer qualquer enunciado a respeito do sentido ou propósito da prática. Assim, um relato unicamente descritivo sobre um jogo de xadrez pode assumir várias formas; por exemplo, na sua forma mais simples, ‘empurrar peças de madeira sobre um tabuleiro’, ou, na mais refinada, ‘o deslocamento de peças de madeira em conformidade com um conjunto específico de regras’. Uma descrição como esta nos diz que isto é xadrez, em vez de dizer que é, digamos, damas, mas deixa de descrever o que muitos poderiam considerar como algumas das características vitais do jogo. Ficamos aquém de uma descrição ‘verdadeira’ aqui? Algo mais é necessário? Que ingredientes adicionais seriam exigidos

refletem uma série de concepções de natureza política e ética do que os indivíduos são”,³⁵⁹ de quais valores são essenciais para defender um ideal de justiça e do melhor significado da democracia, por exemplo.

O autor acredita que a interpretação de uma prática social como o direito, tanto quanto de um texto ou de uma pintura, é, por natureza, o relato de um propósito que deve colocar em evidência o valor por ele pressuposto. Propõe uma forma de ver o objeto de interpretação “como se este fosse o produto de uma decisão de perseguir um conjunto de temas, visões ou objetivos, uma direção em vez de outra”.³⁶⁰ Nesse sentido, elege, como direção para a interpretação construtiva do direito, uma filosofia política do liberalismo igualitário e tenta justificá-la como aquela que tira o melhor proveito do material jurídico interpretado.

Em outras palavras, significa dizer que o direito, enquanto prática interpretativa, não pode alicerçar-se em consensos linguísticos, mas na controvérsia latente ao seu conceito. Esse aspecto torna a sua teoria do direito tributária de uma argumentação jurídica, na qual seja possível construir o melhor sentido moral possível para justificar a prática e os valores da comunidade que os abriga. Nas palavras de Guest, “para Dworkin, há uma distância muito pequena entre ‘a ideia do melhor sentido possível’ de algo e a moralidade”.³⁶¹ Sua perspectiva do direito é da justificação moral das práticas sociais³⁶² e baseia-se no “princípio fundamental (*foundational*) de que as pessoas devem ser tratadas com igual consideração e respeito”.³⁶³

Segundo Dworkin, a sua teoria da interpretação construtiva pode ser decomposta em três etapas:³⁶⁴ “pré-interpretativa”, “interpretativa” e “pós-

para tornar a descrição do ‘jogo de xadrez’ uma descrição adequada ou ‘verdadeira’? [...] Eu poderia, em outras palavras, oferecer muitas descrições do ‘verdadeiro’ sentido do xadrez. [...] É difícil oferecer uma descrição completa do jogo de xadrez sem referência a algum sentido, por exemplo, que ele é um jogo (que, por sua vez, é uma palavra-valise para vários ‘sentidos’) (GUEST, Stephen. *Ronald Dworkin*. Trad. Luís Carlos Borges. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010. p.28-30).

³⁵⁹ Palestra proferida pelo professor André Coelho, em 17 de setembro de 2013. “Levando os direitos a sério” e “Uma questão de princípio”. Disponível em: <http://aquitemfilosofiasim.blogspot.com.br/>. Acesso em: 16 nov. 2013.

³⁶⁰ DWORNIK, Ronald. *O império do direito*. Trad. Jefferson Luiz Camargo. 2.ed. São Paulo: Martins Fontes, 2010. p.71.

³⁶¹ GUEST, Stephen. *Ronald Dworkin*. Trad. Luís Carlos Borges. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010. p.17.

³⁶² Guest define as práticas sociais como “toda a nossa percepção de todas essas regras e instituições, que incluem os tribunais e as legislaturas, a polícia etc. — que podem ser livremente descritas como ‘as práticas sociais do direito’.” (GUEST, Stephen. *Ronald Dworkin*. Trad. Luís Carlos Borges. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010. p.16).

³⁶³ GUEST, Stephen. *Ronald Dworkin*. Trad. Luís Carlos Borges. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010. p.17.

³⁶⁴ DWORNIK, Ronald. *O império do direito*. Trad. Jefferson Luiz Camargo. 2.ed. São Paulo: Martins Fontes, 2010. p.81.

interpretativa”. No primeiro caso, deverão ser identificados os “dados brutos”³⁶⁵ da interpretação: as regras e os padrões que forneçam o conteúdo experimental da prática”;³⁶⁶ o filósofo alerta para o fato de, mesmo nessa etapa, ser necessário um tipo de interpretação, o que poderia soar paradoxal, em virtude da nomenclatura escolhida. No segundo momento, seria necessário ao intérprete apresentar uma justificativa geral sobre a conveniência da prática identificada, de forma a equilibrá-la com as exigências pós-interpretativas. Estas, por sua vez, ligam-se, não mais aos propósitos e objetivos apresentados na fase anterior, mas às consequências das dimensões dessa prática.

Diferentemente da tradição positivista, Dworkin resgata o ponto de contato entre direito, política e moral, na medida em que compreende, de forma holística, o sistema jurídico, a partir de uma perspectiva principiológica: “Em minha opinião, o argumento jurídico é um argumento típica e completamente moral”.³⁶⁷ Contrapondo-se ao positivismo hartiano, o autor busca uma justificação coerente para o sistema de normas públicas e não uma regra capaz de reconhecê-las, como se possuíssem algum “*pedigree*”, passível de identificação. Sendo assim, a sua teoria do direito não se prende unicamente às fontes, históricas e institucionais (como os precedentes e a legislação), para responder às proposições jurídicas. Afasta-se, portanto, de uma visão convencionalista, como a proposta pela filosofia analítica de Hart, conforme se verá em mais detalhes no tópico seguinte, ao se abordar especificamente o tema da discricionariedade judicial.

Importa salientar ainda que, em resposta às críticas direcionadas a um suposto subjetivismo na sua teoria do direito, Dworkin responde que a objetividade “não envolve nada mais surpreendente do que a possibilidade de buscar respostas melhores e mais corretas”.³⁶⁸ Nega, portanto, a existência de verdades metafisicamente especiais, a serem descobertas. Rebate, ainda, a distinção artificial e inadequada entre o “mundano e o abstrato”,³⁶⁹ promovida pelos céticos:

A linguagem só pode adquirir sentido a partir dos fatos sociais, das expectativas e das formas em que está presente, um fato sintetizado

³⁶⁵ GUEST, Stephen. *Ronald Dworkin*. Trad. Luís Carlos Borges. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010. p.83.

³⁶⁶ GUEST, Stephen. *Ronald Dworkin*. Trad. Luís Carlos Borges. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010. p.81.

³⁶⁷ DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. Trad. Jefferson Luiz Camargo. 2.ed. São Paulo: Martins Fontes, 2010. p.205.

³⁶⁸ GUEST, Stephen. *Ronald Dworkin*. Trad. Luís Carlos Borges. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010. p.17.

³⁶⁹ GUEST, Stephen. *Ronald Dworkin*. Trad. Luís Carlos Borges. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010. p.19.

no toco mas conhecido *slogan* segundo o qual a chave do significado está no uso. [...] Mas não podemos escapar totalmente da iniciativa do discurso para um plano diferente e transcendental em que as palavras possam ter sentidos totalmente independentes do sentido que lhes foi atribuído por qualquer prática, comum ou técnica. [...] não existem respostas objetivamente corretas a tais questões, não existe nenhuma verdade objetiva sobre a moralidade política 'lá fora', no universo, que possa ser descoberta por juízes, juristas ou quem quer que seja. [...] A liberdade de expressão é um direito básico em nosso jogo de linguagem local. Não se trata de um direito objetiva ou transcendentalmente básico: não existe nenhum direito desse tipo 'lá fora', na tessitura do universo.³⁷⁰

A construção da melhor resposta para questões morais e para o correto sentido das normas, para Dworkin, não é metafísica, mas prática, cotidiana e plenamente alcançável pelo embate de ideias. Dessa forma, refuta qualquer ceticismo quanto à possibilidade de uma abordagem teórica da decisão judicial, na qual possam ser estabelecidas verdades consensuais sobre o significado das proposições jurídicas. Para o autor é possível construir, argumentativamente, uma melhor explicação moral e política, a respeito do porquê a discriminação racial é objetivamente injusta, em qualquer sociedade democrática. Trata-se de enfatizar ou qualificar o conteúdo moral do direito e não de comprovar um argumento moral, como Einstein provou sua teoria da relatividade. Para alcançar o seu princípio fundamental de igual consideração e respeito, elabora a sua teoria da melhor interpretação do direito, ancorando-se na virtude da integridade (*integrity*), ou seja, em um corpo de doutrina integrado e coerente.

A integridade significa, para Dworkin, mais do que a simples ausência de contradições lógicas ou "coerência estrita".³⁷¹ Em vez disso, deve ter consistência "em princípios",³⁷² de modo a expressar um sistema único e coerente de justiça, equidade e devido processo legal adjetivo na correta proporção. Trata-se de uma virtude política ideal, que reivindica uma comunidade personificada, uma entidade distinta da soma numérica de seus cidadãos, que configura uma espécie de "agente moral".³⁷³ Essa comunidade política estará fortemente ligada por princípios comuns

³⁷⁰ DWORKIN, Ronald. *A justiça de toga*. Trad. Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2010. p.57.

³⁷¹ DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. Trad. Jefferson Luiz Camargo. 2.ed. São Paulo: Martins Fontes, 2010. p.264.

³⁷² GUEST, Stephen. *Ronald Dworkin*. Trad. Luís Carlos Borges. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010. p.46.

³⁷³ DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. Trad. Jefferson Luiz Camargo. 2.ed. São Paulo: Martins Fontes, 2010. p.204-212.

e não apenas por regras criadas a partir de um acordo,³⁷⁴ por isso, será denominada por Dworkin como uma “comunidade de princípio”. Os princípios compartilhados poderão ou não coincidir com o da maioria dos seus membros, exatamente porque endossam, permanentemente, uma responsabilidade coletiva, das autoridades e dos cidadãos, que vai além do âmbito individual e meramente quantitativo.³⁷⁵

Uma vez que as pessoas aceitem ser governadas, não apenas por regras explícitas, baseadas em decisões legislativas e judiciais tomadas no passado, mas também por qualquer outra regra decorrente dos princípios pressupostos por essas decisões, o conjunto de normas poderá expandir-se. Representa, portanto, uma versão melhor para garantir os ideais liberais. Isso exigirá, entretanto, que as exigências endossadas por esses princípios sejam reafirmadas sob novas circunstâncias, mesmo na falta de um detalhamento da legislação ou da jurisprudência, a fim de que o direito seja sempre interpretado, alterado e desenvolvido de uma forma global e consistente.³⁷⁶ Isso significa que o Estado deverá “falar com uma voz’ a todos os seus cidadãos, de maneira coerente e fundamentada em princípios, tratando-os, assim, como iguais”.³⁷⁷ Para Dworkin, “o argumento jurídico está fundamentalmente preocupado com o argumento público”.³⁷⁸

Desse modo, há dois princípios práticos subjacentes à ideia de integridade: um voltado para a legislação, “princípio legislativo”³⁷⁹, e outro para a jurisdição, “princípio adjudicativo”³⁸⁰. O primeiro requisita aos legisladores uma coerência moral na elaboração das leis ou ainda “restringe aquilo que [...] podem fazer corretamente,

³⁷⁴ DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. Trad. Jefferson Luiz Camargo. 2.ed. São Paulo: Martins Fontes, 2010. p.254.

³⁷⁵ Nesse sentido, Dworkin afirma que: “A personificação é profunda: consiste em considerar seriamente a companhia como um agente moral. Mas será ainda uma personificação, e não uma descoberta, pois reconhecemos que a comunidade não tem uma existência metafísica independente, que ela própria é uma criação das práticas de pensamento e linguagem nas quais se inscreve” (DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. Trad. Jefferson Luiz Camargo. 2.ed. São Paulo: Martins Fontes, 2010. p.208).

³⁷⁶ DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. Trad. Jefferson Luiz Camargo. 2.ed. São Paulo: Martins Fontes, 2010. p.229. Ainda, a consistência é principiológica e não a “consistência pura” (*bare consistency*), que refletiria apenas ausência de contradição lógica entre duas formulações de direito (GUEST, Stephen. *Ronald Dworkin*. Trad. Luís Carlos Borges. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010. p.46).

³⁷⁷ DWORKIN, Ronald. *Law’s empire*, p.134 *apud* GUEST, Stephen. *Ronald Dworkin*. Trad. Luís Carlos Borges. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010, p.46.

³⁷⁸ GUEST, Stephen. *Ronald Dworkin*. Trad. Luís Carlos Borges. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010. p.77.

³⁷⁹ GUEST, Stephen. *Ronald Dworkin*. Trad. Luís Carlos Borges. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010. p.51.

³⁸⁰ GUEST, Stephen. *Ronald Dworkin*. Trad. Luís Carlos Borges. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010. p.51.

ao expandir ou alterar nossas normas públicas”.³⁸¹ O segundo, objeto que mais interessa ao presente trabalho, reforça esse pedido, ao requerer aos magistrados integridade na aplicação do direito, ou seja, que “[...] tratem nosso atual sistema [americano] de normas públicas como se este expressasse e respeitasse um conjunto coerente de princípios e, com esse fim, que interpretem essas normas de modo a descobrir normas implícitas entre e sob as normas explícitas.”³⁸²

O ideal da integridade é pensado como uma quarta e distinta virtude política, ao lado da equidade, da justiça e do devido processo legal, e deve ser compreendido, a partir do espírito da “fraternidade”,³⁸³ apropriado por Dworkin do lema revolucionário francês. Sobre o assunto, esclarece que o compromisso com a integridade, quando comparado a outros modelos, fundamenta melhor a legitimidade das instituições e das obrigações políticas por ela pressuposta. Dessa maneira, “uma comunidade de princípios [...] pode reivindicar uma autoridade de uma verdadeira comunidade associativa, podendo, portanto, reivindicar a autoridade moral — suas decisões coletivas são questões de obrigação, não apenas de poder — em nome da fraternidade”.³⁸⁴ O filósofo assimila a integridade como o primeiro princípio de moral política dessa comunidade.

Dworkin busca, na interpretação artística, a similitude necessária para estabelecer seus pressupostos de coerência e adequação. Requisita, com bastante intensidade, uma capacidade interpretativa dos intérpretes jurídicos, que deverão, em um só tempo, introduzir novas ideias e interpretar a tradição, os repertórios da história.

O paralelo criado entre literatura e direito permitiu ao filósofo elaborar uma metáfora literária artificial, a qual denominou de “romance em cadeia”. Nesse projeto, um grupo de romancistas deverá escrever um romance em série, de forma a permitir a cada um interpretar os capítulos que receber e, em sequência, elaborar um novo. A elaboração do capítulo subsequente à cadeia deverá ser o mais coerente possível com o romance. Espera-se que os romancistas levem a sério suas responsabilidades de continuidade, preocupando-se em unificar o romance e

³⁸¹ DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. Trad. Jefferson Luiz Camargo. 2.ed. São Paulo: Martins Fontes, 2010. p.261.

³⁸² DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. Trad. Jefferson Luiz Camargo. 2.ed. São Paulo: Martins Fontes, 2010. p.261.

³⁸³ DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. Trad. Jefferson Luiz Camargo. 2.ed. São Paulo: Martins Fontes, 2010. p.228.

³⁸⁴ DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. Trad. Jefferson Luiz Camargo. 2.ed. São Paulo: Martins Fontes, 2010. p.258.

aprimorá-lo ainda mais. Se for um bom crítico, adverte Dworkin, o trabalho do romancista será árduo e multifacetado, pois o valor de um bom romance não pode ser apreendido a partir de uma única perspectiva.

A partir desse modelo, o magistrado será capaz de perceber que outras decisões manifestadas por diferentes juízes, em casos análogos, tratam de problemas afins. Por essa razão, os precedentes judiciais comporão uma parte da longa história que ele irá interpretar e continuar, de acordo com suas opiniões sobre o melhor andamento a ser seguido. A decisão do juiz deverá ser extraída de uma interpretação capaz, simultaneamente, de adaptar fatos anteriores e os justificar, até o ponto em que isso seja possível.

Para expor essa complexa estrutura da interpretação jurídica, Dworkin cria outra metáfora — a do juiz imaginário “Hércules” — que aceita o direito como integridade, mas admite tratar-se de uma tarefa difícil e demorada, incompatível com a prática judiciária corriqueira, razão pela qual essa figura de raízes mitológicas deverá servir como ideal a ser perseguido.

Hércules mostra a estrutura oculta de suas sentenças, deixando-as assim abertas à avaliação crítica e estudo.³⁸⁵ Deverá, portanto, confrontar-se com outras decisões judiciais do passado, bem como demonstrar uma interpretação o menos lesiva possível à integridade de sua rival, para atender a dimensão da adequação. Essa tarefa exigirá que considere não apenas o número de decisões importantes para cada interpretação, mas quais exprimem um princípio mais importante. A decisão deverá demonstrar ainda o histórico jurídico como o melhor possível, do ponto de vista da moral política substantiva. Nesse sentido, o autor enuncia seu ideal interpretativo de integridade como a melhor interpretação da estrutura política e da prática judiciária de sua comunidade, uma vez que “exige que um juiz ponha à prova sua interpretação de qualquer parte da vasta rede de estruturas e decisões políticas de sua comunidade, perguntando-se se ela poderia fazer parte de uma teoria coerente que justificasse essa rede como um todo”.³⁸⁶

Nesse contexto, o programa da integridade elabora uma teoria do direito, a partir de um modelo interpretativo, que serviria como instrumento para o juiz chegar à única resposta correta. Ao contrário, “instrui os juízes a identificar direitos e

³⁸⁵ DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. Trad. Jefferson Luiz Camargo. 2.ed. São Paulo: Martins Fontes, 2010. p.316.

³⁸⁶ DWORKIN, Ronald. *Uma questão de princípios*. Trad. Luís Carlos Borges. 2.ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005. p.294.

deveres legais até onde for possível, a partir do pressuposto de que foram todos criados por um único autor — a comunidade personificada”.³⁸⁷ As decisões coletivas tomadas no passado devem ser justificadas por um sistema de princípios que revele a história constitucional de uma comunidade sob a sua melhor luz.

Dworkin não pretende recuperar ideais ou objetivos dos autores originários das normas constitucionais. Pelo contrário, objetiva justificar o trabalho realizado pelos legisladores constituintes, por meio de uma “história geral digna de ser contada”, “que traz consigo uma afirmação complexa: a de que a prática atual pode ser organizada e justificada por princípios suficientemente atraentes para oferecer um futuro honrado”.³⁸⁸ De tal modo, o direito deve ser íntegro, a fim de que se possa assegurar, efetivamente, a proteção dos direitos individuais, contemplados nas democracias atuais.

Essa concepção é a ideia basilar de Dworkin e sintetiza o papel essencial do juiz Hércules. Importante salientar que a distinção feita por Dworkin entre princípios e regras não é estrutural, mas lógico-argumentativa, ou seja, verificável no momento da aplicação do direito, considerando-se as particularidades do caso concreto. Desta feita, são esclarecedoras as palavras de Fernandes: “para o autor norte-americano, princípios e regras apresentam uma distinção lógico-argumentativa, [...] já que a separação se dará de acordo com a argumentação e a apresentação de razões pelos envolvidos na discussão.”³⁸⁹ Os princípios³⁹⁰ apenas direcionam uma decisão, mas não ditam resultados como as regras, portanto, caso sejam obtidos resultados distintos dos inicialmente previstos, não serão, por isso, invalidados ou alterados; ao contrário, restarão intactos. Dworkin admite a dificuldade de os princípios serem demonstrados, defendendo que isso seja feito de forma indireta, a partir de alguns elementos, como as práticas compartilhadas por uma determinada sociedade, a história legislativa e judiciária, bem como outros princípios.

A teoria hartiana, conforme se mencionou, apresenta-se como o principal contraponto filosófico de Dworkin na sua crítica a algumas premissas do positivismo jurídico, dentre elas a de que não existem divergências sobre o fundamento do

³⁸⁷ DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. Trad. Jefferson Luiz Camargo. 2.ed. São Paulo: Martins Fontes, 2010. p.272.

³⁸⁸ DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. Trad. Jefferson Luiz Camargo. 2.ed. São Paulo: Martins Fontes, 2010. p.274.

³⁸⁹ FERNANDES, Bernardo Gonçalves. *Curso de Direito Constitucional*. 3.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p.193.

³⁹⁰ DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Trad. Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p.57.

direito, tratando-se de simples controvérsia sobre os fatos históricos. É importante frisar, entretanto, que não parece ser a intenção de Dworkin, lendo-o sob a sua melhor luz, reduzir todos os matizes dessa corrente filosófica, demasiado ampla e rica, a um rol superficial de críticas. Adentrar-se-á, nesse sentido, no pensamento de Hart, apenas para se compreender alguns aspectos do conceito de direito desenvolvido por Dworkin, principalmente no que tange à moralidade e à discricionariedade judicial, sem com isso pretender-se esgotar o positivismo hartiano.

2.2 O diálogo entre a teoria da integridade de Ronald Dworkin e o modelo de regras de Herbert Hart

Para melhor compreender a crítica empreendida por Dworkin às ideias de Hart, é imprescindível retomar, em alguma medida, parte do diálogo desenvolvido pelos autores, especificamente no que tange à discricionariedade judicial, tema de especial relevância para a persecução dos limites da atividade judicial.

Hart definiu o sistema jurídico como um conjunto de regras primárias, de comportamento,³⁹¹ validadas por regras secundárias, de poderes ou competência,³⁹² também validadas por uma regra “fundamental” — a regra de reconhecimento³⁹³ (“metanorma que governa a identificação de qualquer outra norma”)³⁹⁴ — aceita e

³⁹¹ Dworkin define as regras primárias de Hart como “aquelas que concedem direitos ou impõem obrigações aos membros da comunidade”. Cita como exemplo: as regras de direito penal que nos impedem de roubar (DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Trad. Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p.31).

³⁹² Ainda com Dworkin, é possível clarear o que sejam as normas secundárias de Hart: “são aquelas que estipulam como e por quem tais regras podem ser estabelecidas, declaradas legais, modificadas ou abolidas”. Como exemplo, cita as regras sobre as competências legislativas e as regras de constituição de contratos (DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Trad. Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p.31-32).

³⁹³ Dworkin explica que “a regra de reconhecimento de uma determinada comunidade pode ser relativamente simples (‘O que o rei decreta é lei’) ou pode ser muito complexa (a Constituição dos Estados Unidos, com todas as dificuldades de interpretação, pode ser considerada como uma única regra de reconhecimento)” (DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Trad. Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p.33). O autor ainda enfatiza ser a única regra dentro do sistema jurídico cuja obrigatoriedade depende de sua aceitação e não pode ser validada por outra regra ainda fundamental.

³⁹⁴ GUASTINI. *Dalle fonti alle norme*, cit., p.287 *apud* PALOMBELLA, Gianguigi. *Filosofia do direito*. Trad. Ivone C. Benedetti. São Paulo: Martins Fontes, 2005. p.251, nota 8.

não pressuposta dentro de uma comunidade. Nesse quadro, Palombella esclarece que:

Em outros termos, as normas de adjudicação atribuem as competências e poderes necessários para determinar a violação já ocorrida de normas primárias, para vincular-lhe sanções jurídicas e para cominá-las. Enquanto as normas de mudança definem órgãos e procedimentos para adequar o direito existente a novas exigências, portanto para introduzir novas normas, a norma de reconhecimento “especifica algumas características cuja presença em certa norma é considerada indicação afirmativa e decisiva da sua qualificação como norma do grupo”.³⁹⁵

O modelo hartiano refaz algumas premissas positivistas, anteriormente estabelecidas, por outro importante filósofo do século XIX — John Austin. Uma proposição jurídica, para ser verdadeira, dentro do modelo de direito de Austin, deverá transmitir corretamente o comando do soberano — representado pela figura de uma pessoa ou de um grupo de pessoas, que detém o monopólio do poder para impor suas ordens.³⁹⁶ Hart acrescenta ao modelo austiniano uma importante diferença: a obediência às ordens de caráter geral (regras) passa a não mais depender do medo de sofrer uma sanção, para encontrar justificativa na aceitação da comunidade. Mantém de Austin a crença de que as regras jurídicas representam uma textura aberta e nos casos por elas não previstos, os juízes poderiam exercer seu poder discricionário para decidi-los fora dos parâmetros jurídicos. Desta sorte, Dworkin afirma que:

Em Hart, as proposições jurídicas não são verdadeiras apenas em razão da autoridade das pessoas que costumam ser obedecidas; mas, principalmente, por representarem uma convenção social aceita pela sociedade (regra de reconhecimento), que atribui a um sistema de regras que foram outorgadas por indivíduos ou grupos o poder de criar leis válidas.³⁹⁷

Nesse sentido, Hart tenta superar a divergência sobre o que consta ou não como direito, a partir da identificação de quais regras, dentro da comunidade, são

³⁹⁵ PALOMBELLA, Gianguigi. *Filosofia do direito*. Trad. Ivone C. Benedetti. São Paulo: Martins Fontes, 2005. p.251.

³⁹⁶ DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. Trad. Jefferson Luiz Camargo. 2.ed. São Paulo: Martins Fontes, 2010. p.41.

³⁹⁷ DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. Trad. Jefferson Luiz Camargo. 2.ed. São Paulo: Martins Fontes, 2010. p. 42.

juridicamente válidas e obrigatórias. Isso seria feito por meio do seu modelo autorregulado de regras, valendo-se da “regra de reconhecimento”, como critério último de validade do sistema jurídico. Essa regra, por sua vez, atuará como norma com força jurídica para sustentar a facticidade sociológica [os fatos empíricos de aceitação], da qual é dependente. Logicamente, disso se depreende que, para que uma norma seja considerada como parte do direito válido, ela deverá passar por este teste, a que Dworkin denominou — “teste de *pedigree*”.

Dessa forma, para Hart, “os verdadeiros fundamentos do direito encontram-se na aceitação, por parte da comunidade como um todo, de uma regra mestra fundamental [...] que atribui às pessoas ou grupos específicos a autoridade de criar leis”.³⁹⁸ Uma norma que prevê como limite máximo a velocidade de 90 km/h é válida porque as pessoas aceitam o sistema de autoridade que a promulgou,³⁹⁹ da mesma forma como aceitam uma decisão judicial, por reconhecerem as declarações dos juízes como fontes do direito. A versão hartiana defende, portanto, o reconhecimento do direito a partir de padrões de convencionalidade (de aceitação) e não por referência a uma pressuposição lógico-transcendental, como na regra fundamental kelseniana. Por isso, Dworkin a denomina de convencionalista.

A análise da teoria de Hart, segundo Dworkin, “descreve o conjunto de ideias descritas ‘incontrovertidamente’ empregado em todas as interpretações”.⁴⁰⁰ De acordo com o filósofo, tratar-se-ia de um positivismo semântico, segundo o qual é possível chegar ao uso correto do significado compartilhado dos termos jurídicos, a partir da sua fonte: sua “regra de reconhecimento”.⁴⁰¹ Segundo Guest “isto nos revela que nossas práticas linguísticas compartilhadas demonstram que consideramos como leis apenas as entidades que podem ser identificadas por

³⁹⁸ PALOMBELLA, Gianguigi. *Filosofia do direito*. Trad. Ivone C. Benedetti. São Paulo: Martins Fontes, 2005. p.43.

³⁹⁹ Exemplo citado por Dworkin (DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. Trad. Jefferson Luiz Camargo. 2.ed. São Paulo: Martins Fontes, 2010. p.43).

⁴⁰⁰ GUEST, Stephen. *Ronald Dworkin*. Trad. Luís Carlos Borges. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010. p.41.

⁴⁰¹ “Validade é, portanto, algo mais que eficácia, porque não para na constatação de que determinadas normas são geralmente aplicadas pelos juízes e observadas pelos cidadãos. O juízo de pertinência (de validade) pressupõe a existência do ordenamento, o que se verifica quando ele é sustentado por uma pressão social geral; logo, tanto o juízo de validade quanto o próprio ordenamento certamente pressupõem a eficácia (e assim a norma de reconhecimento, que não pode deixar de ser um critério universalmente seguido, efetivamente aplicado, visto que está em posição-chave, à diferença de outras normas cuja ineficácia é marginal e não relevante para o sistema)” (PALOMBELLA, Gianguigi. *Filosofia do direito*. Trad. Ivone C. Benedetti. São Paulo: Martins Fontes, 2005. p.254).

referência a uma fonte historicamente localizável de direito”.⁴⁰² Esse relato do direito o coloca como uma questão de “simples fato”, por ser identificável, finalmente, por referência aos fatos históricos da prática.⁴⁰³ Consequentemente, pelo modelo hartiano, o direito será identificado apenas por referência a suas fontes (legislativas, jurisprudenciais etc.), e não por seu conteúdo moral. A moralidade pode ser incorporada, como um dos critérios de reconhecimento de uma norma, de forma não determinística para o sistema jurídico como um todo, o que torna Hart um positivista brando ou inclusivo. Nesse sentido, são esclarecedoras as palavras de Guest sobre a perspectiva hartiana:

Quando os teóricos jurídicos insistem em desenterrar os significados da linguagem jurídica para lançar luz sobre a natureza do direito, Dworkin os acusa de terem sucumbido ‘à picada semântica’. Isto significa que o teórico supôs incorretamente que há um nível de concordância quanto aos critérios corretos para o uso da linguagem corretamente. Qualquer discordância aparente, então, deve ser solucionável como uma questão de pesquisar se os participantes estão usando a linguagem corretamente. Se a teoria das fontes estiver correta, significa que os disputantes estão em discordância simples a respeito de algo sobre o qual as fontes não podem ser ambíguas. Então, não há nenhuma discordância real, apenas uma compreensão errônea.⁴⁰⁴

É preciso pontuar, entretanto, conforme lembrado por Palombella, que a aceitação pressuposta pela regra de reconhecimento não representa “uma adesão incondicional e valorativa ao conteúdo de cada uma das normas jurídicas, mas uma adesão de caráter geral ao direito vigente nos seus aspectos globais”.⁴⁰⁵ A questão da validade das normas, em *The concept of law (O conceito de direito)*, encontra-se separada de avaliações valorativas. Não teoriza, no entanto, sobre a obediência às normas moralmente iníquas, admitindo tratar-se de outro problema. Em outras palavras, a ideia defendida pelo filósofo positivista é a de que, apesar de certas leis perversas serem ainda assim englobadas pelo sistema jurídico, disso não decorre

⁴⁰² De outra forma: “E a fonte do direito para Hart deve ser encontrada nas convenções dos juízes, ou ‘funcionários’ de um sistema jurídico, por meio das quais eles reconhecem o que deve valer como lei naquele sistema” (GUEST, Stephen. *Ronald Dworkin*. Trad. Luís Carlos Borges. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010. p.120).

⁴⁰³ GUEST, Stephen. *Ronald Dworkin*. Trad. Luís Carlos Borges. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010. p.121.

⁴⁰⁴ GUEST, Stephen. *Ronald Dworkin*. Trad. Luís Carlos Borges. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010. p.130.

⁴⁰⁵ GUEST, Stephen. *Ronald Dworkin*. Trad. Luís Carlos Borges. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010. p.257.

terem de ser obedecidas, exatamente por serem perversas demais. Aliás, esse ponto é igualmente defendido pelos utilitaristas.

A concepção convencionalista hartiana volta o seu olhar apenas para o passado, ou seja, o direito se resume ao que foi positivado por autoridades institucionalmente reconhecidas e aceitas. Segundo os convencionalistas, a solução de uma controvérsia jurídica exigiria dos juízes o estudo dos repertórios jurídicos e registros parlamentares, para que pudessem encontrar o direito nas decisões anteriormente tomadas pelas instituições, às quais, convencionalmente, se atribuiu poder legislativo.⁴⁰⁶ As eventuais lacunas existentes no ordenamento jurídico autorizariam um exercício judicial discricionário para preenchê-las, no caso concreto.

Desse modo, a teoria hartiana reconhece a existência de zonas de penumbra, nas quais poderia haver incerteza quanto ao significado das normas, como consequência do limite inerente à “textura aberta do direito” (*open texture*).⁴⁰⁷ Assente com a falibilidade das previsões convencionais em algumas situações. Como decorrência da sua afirmação quanto à incompletude do sistema jurídico, admite a existência de uma margem de discricionariedade para a atuação judicial, especificamente, no momento de colmatação das lacunas.⁴⁰⁸

Essa posição recebeu duras críticas de Dworkin, por considerar inadmissível aos juízes desenvolver uma função legislativa limitada, mormente porque as partes, em um processo, fazem jus ao direito de obterem uma solução em conformidade com o ordenamento preexistente, independentemente de a natureza do caso ser difícil ou não.

O primeiro ponto de investigação de Dworkin consistiu em precisar os sentidos possíveis do termo “discricionariedade”. Há certa ambiguidade no conceito

⁴⁰⁶ DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. Trad. Jefferson Luiz Camargo. 2.ed. São Paulo: Martins Fontes, 2010. p.272.

⁴⁰⁷ HART, Herbert. *O conceito de direito*. 2.ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1994. p.150.

⁴⁰⁸ “A interpretação que apresento neste livro é a de que as normas e princípios jurídicos, identificados em termos gerais pelos critérios oferecidos pela norma de reconhecimento, muitas vezes têm o que costume chamar de ‘textura aberta’. Assim, quando se quer saber se certa norma se aplica a um caso específico, a lei não oferece resposta em nenhum dos dois sentidos, mostrando-se, portanto, parcialmente indeterminada. Esses não são simples ‘casos difíceis’, casos polêmicos no sentido de que juristas sensatos e bem informados podem discordar sobre qual a resposta juridicamente correta; o direito é, nesses casos, fundamentalmente incompleto: não oferece nenhuma resposta aos problemas em pauta. Estes não são regulamentados juridicamente; e, para chegarem a uma decisão em tais casos, os tribunais precisam exercer a função legislativa limitada que denomino ‘discricionariedade’.” (HART, Herbert. *O conceito de direito*. 2.ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1994. p.326).

de poder discricionário, devendo ser esclarecidas algumas acepções possíveis da palavra.

A primeira possibilidade interpretativa é tomada pelo filósofo em um sentido por ele denominado de “fraco”. Relaciona-se, nesse contexto, à capacidade de um intérprete, em situações nas quais não há elementos suficientemente esclarecedores para direcionar o seu julgamento, escolher uma dentre as possíveis interpretações cabíveis da norma; nesse sentido, o discernimento é utilizado na interpretação de padrões previamente estabelecidos pelas autoridades. Em linhas gerais, significa dizer que “um homem tem poder discricionário se seu dever for definido por padrões que pessoas razoáveis podem interpretar de maneiras diferentes”.⁴⁰⁹ Assim sendo, a primeira abordagem (“sentido fraco”) pode ser visualizada na ordem dada por um sargento a um tenente, determinando-lhe a escolha dos seus cinco homens mais experientes. No caso em tela, o sargento poderá encontrar dificuldades em executar a ordem, pois não há elementos precisos, capazes de identificar a experiência de cada um. Diante da situação, resta-lhe interpretar a ordem com certa margem de discricionariedade.

A segunda concepção da palavra, também em “sentido fraco”, está atrelada à ideia de decisão última, contra a qual não é possível recurso, ou seja, não poderia ser revista ou cancelada. O autor menciona o caso do beisebol: “a avaliação sobre se foi a bola ou o corredor que chegou antes à segunda base é deixada a cargo do poder discricionário do árbitro da segunda base”.⁴¹⁰ Desta feita, o árbitro principal não teria poder para discordar da decisão. Nesse sentido, a discricionariedade aproxima-se do sentido de uma competência exclusiva, decidida em uma última instância.

A terceira e última acepção correlaciona o termo a um “sentido forte”, para representar uma escolha não vinculada a padrões previamente formulados por uma autoridade particular ou a padrões não jurídicos e, portanto, não impositivos quanto à determinação de direitos e obrigações. Tomada por esse viés, a discricionariedade judicial não imporá qualquer dever jurídico ou qualquer vinculação sobre o juiz ao direito das partes. Para exemplificar o sentido forte da palavra, Dworkin remete o leitor novamente ao caso do sargento, que, agora, recebe ordens para escolher

⁴⁰⁹ DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Trad. Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p.108-109.

⁴¹⁰ DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Trad. Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p.33.

quaisquer cinco homens, desde que, nessa hipótese, não conste a exigência da experiência como um condicionante da sua decisão.

A doutrina positivista de Hart, segundo Dworkin, emprega a palavra tendo em mira situações nas quais não há uma regra disponível, ou, conforme mencionado, nos casos de penumbra. Nesses casos, seria dado ao intérprete a escolha de uma, dentre as possíveis interpretações cabíveis, possibilitando uma atuação discricionária em “sentido fraco”. Como consequência, o juiz se valeria de padrões jurídicos previamente estabelecidos pelas autoridades, ainda que pudessem existir leituras conflitantes. Não há, nesse ponto, segundo Dworkin, nada de problemático com a teoria hartiana, uma vez que os desacordos interpretativos fazem parte da prática jurídica.

A efetiva divergência do filósofo norte-americano, em relação a Hart, está fulcrada na acepção “forte” da expressão, justamente porque Dworkin não admite a possibilidade de uma decisão judicial ser justificada por padrões extrajurídicos, sem qualquer dever legal vinculante para o intérprete. Enfatiza, nesse pormenor, questão mais tormentosa da responsabilidade judicial.⁴¹¹

A distinção formulada por Dworkin é essencial para a construção da sua crítica ao pensamento positivista e ao próprio realismo jurídico, que será abordado mais adiante, pois revela a discordância mais profunda sobre a própria essência do direito e, conseqüentemente, sobre as balizas para o regular exercício da jurisdição.

Assim, no lugar onde o convencionalismo defende existirem vazios normativos, Dworkin advoga pela vinculação a deveres jurídicos. Como resultado dessa divergência teórica, contesta, veementemente, a possibilidade de criação do direito *ex post facto*. Para o filósofo, o direito deverá ser sempre íntegro, e isso significa que as proposições jurídicas serão verdadeiras, quando derivarem, não apenas de um conjunto explícito de regras, mas, sobretudo, dos princípios de justiça, equidade e devido processo legal, necessários para justificar o conteúdo dessas normas explícitas. Não é por outra razão que coloca o direito como “produto da interpretação”⁴¹² da prática jurídica e, paralelamente, sua “fonte de inspiração”⁴¹³.

⁴¹¹ “[...] mesmo quando estão divididos a respeito de princípios, os juízes, algumas vezes, tratam essa questão como se ela fosse idêntica ao problema da responsabilidade judicial, isto é, como se fosse um problema que levanta a questão do que os juízes, enquanto juízes, têm o dever de fazer” (DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Trad. Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p.110).

⁴¹² DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. Trad. Jefferson Luiz Camargo. 2.ed. São Paulo: Martins Fontes, 2010. p.273.

Dworkin esclarece que admitir a existência de um sistema jurídico incompleto, nos moldes propugnados por Hart, e, conseqüentemente, a existência de um poder judicial discricionário macularia a legitimidade das decisões judiciais e a segurança jurídica, bem como desintegraria os alicerces de um Estado democrático.⁴¹⁴ Dentre as razões elencadas, estariam a afronta à separação de poderes — condição para a democracia — tendo em vista a outorga aos magistrados de uma função legislativa derivada, e o não reconhecimento de padrões jurídicos vinculantes, ainda que implícitos no sistema jurídico.

Nesse sentido, opõe-se ao positivismo hartiano, cuja teoria baseia-se em um dualismo entre objetivismo, nos casos contemplados pelo direito, e subjetivismo, em situações de lacunas jurídicas. Nessas hipóteses, restará ao juiz um poder de decisão desvinculado, ou não obrigado pelo próprio direito, ou seja, de criação livre de direito novo.

Poder-se-ia denominar essa postura discricionária de uma espécie de “ativismo judicial”, à maneira de Dworkin, como “fraco”, porque propugna um conceito de direito insuficiente para abarcar juridicamente todas as controvérsias. Opta-se no entanto, por qualificá-la, assim como o filósofo norte-americano, apenas como discricionária, por não ignorar, como nas teorias pragmatistas, “o texto da Constituição, a história de sua promulgação, as decisões anteriores da Suprema Corte, [...] para impor o seu próprio ponto de vista sobre o que a justiça exige”.⁴¹⁵ Há, no positivismo hartiano, uma margem para uma atuação desvinculada de *standards* jurídicos, o que não se confunde com a defesa pragmatista de que o direito é, em todos os casos, fruto da decisão judicial e não preexistente a ela. Esse será o próximo ponto a ser analisado.

⁴¹³ DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. Trad. Jefferson Luiz Camargo. 2.ed. São Paulo: Martins Fontes, 2010. p.273.

⁴¹⁴ DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Trad. Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p.50.

⁴¹⁵ DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. Trad. Jefferson Luiz Camargo. 2.ed. São Paulo: Martins Fontes, 2010. p.451-452.

2.3 As críticas de Dworkin ao pragmatismo jurídico

Dworkin, além de combater as concepções convencionalistas, refutará os pressupostos de uma outra corrente filosófica, bastante difundida na prática jurídica atual: o “pragmatismo jurídico”, cujas bases remontam ao “realismo jurídico” norte-americano.

A teoria da integridade trava, assim, um árido debate com a tradição do realismo jurídico, que, segundo Brian Leiter,⁴¹⁶ representou um movimento intelectual formado nos Estados Unidos, em torno de um grupo de professores de direito e advogados entre os anos de 1920 e 1930, incluindo Karl Llewellyn, Jerome Frank, Felix Cohen, Herman Oliphant, Walter Wheeler Cook, Underhill Moore, Hessel Yntema e Max Radin. Esses escritores conceberam a si mesmos como detentores de um olhar realista sobre como os juízes decidem os casos.

Bogomolov ainda observa que a corrente filosófica denominada de “realismo crítico” entrou para a história, na década de 20, nos Estados Unidos,⁴¹⁷ anunciado pela coletânea de estudos chamados de *Essays in critical realism*. Apesar de a publicação denotar uma visão semelhante de seus autores, que combatiam precipuamente a teoria do conhecimento imediato, posteriormente, bifurcou-se, tomando caminhos distintos.

Segundo Leiter, uma vertente comum entre os realistas é a crença de que os juízes e tribunais, quando decidem, são responsivos a fatos e não a regras jurídicas.⁴¹⁸ Nesse sentido, há uma redução do direito a esses fatos, representados pelas decisões das Cortes. Os realistas defendem, assim, a “inexistência de um direito antes daquelas decisões e de uma atitude cética a respeito da previsibilidade racional do comportamento judiciário, entendido como resultado mais da intuição que da argumentação [...]”.⁴¹⁹

Por essa razão, correndo o risco inerente às simplificações, parte-se, aqui, de Bobbio, para sintetizar a doutrina do realismo jurídico como sendo o “conjunto de

⁴¹⁶ LEITER, Brian. *American legal realism*, p.249 apud PATTERSON, Dennis. (Ed.). *A companion to philosophy of law and legal theory*. 2nd ed. Blackwell Companions to Philosophy, 2010.

⁴¹⁷ BOGOMOLOV, Alexey Serguêievitch. *A filosofia americana no século XX*. Trad. Paulo Bezerra. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1979. p.145. (Coleção Perspectivas do Homem, v.118).

⁴¹⁸ LEITER, Brian. *American legal realism*, p.249 apud PATTERSON, Dennis. (Ed.). *A companion to philosophy of law and legal theory*. 2nd ed. Blackwell Companions to Philosophy, 2010, p.245.

⁴¹⁹ PALOMBELLA, Gianguigi. *Filosofia do direito*. Trad. Ivone C. Benedetti. São Paulo: Martins Fontes, 2005. p.208.

regras que são efetivamente seguidas numa determinada sociedade”.⁴²⁰ Conclui-se, dessa maneira, por uma leitura apoiada na perspectiva crítica de Dworkin, que enquadra a concepção de direito realista como partidária de uma teoria de sustentação do ativismo judicial, bastante radicado em uma perspectiva subjetivista, conforme se demonstrará.

Um exímio representante do realismo jurídico norte-americano, muito conhecido no universo jurídico por sua famosa frase — “O direito é apenas uma previsão do que as Cortes farão ou como decidirão”⁴²¹ — é Oliver Holmes, ex- Juiz da Suprema Corte norte-americana (1841-1935). Tratados e estatutos, na visão de Holmes, servem apenas como “oráculos do direito”,⁴²² cujas profecias precisam ser decifradas pelos magistrados, em um esforço de torná-las mais precisas. A ideia do juiz permite compreender a defesa feita pelos realistas de uma perspectiva instrumental para definir o direito.

A normatividade do direito, ou, mais especificamente, o sentido conferido à obrigação jurídica, retira da noção de “homem mau”⁴²³ de Holmes a sua justificativa: só obedecerá às normas “quem só se preocupa com as conseqüências materiais que o conhecimento lhe permite prever”.⁴²⁴ Essa ideia explica a “teoria preditiva da obrigação jurídica”⁴²⁵ realista, segundo a qual, as razões fornecidas para os agentes para agirem em conformidade com a norma derivam da probabilidade da sanção.

⁴²⁰ NORBERTO, Bobbio. *O positivismo jurídico: lições de Filosofia do Direito*. São Paulo: Ícones, 2006. p.142.

⁴²¹ HOLMES JUNIOR, Oliver Wendell. *La via del diritto*. (1897). In: GERACI, C. (Org.) *Opinioni dissenzienti*. Milão: Editora, 1975. p.255-256 *apud* PALOMBELLA, Gianguigi. *Filosofia do direito*. Trad. Ivone C. Benedetti. São Paulo: Martins Fontes, 2005. p.206.

⁴²² PALOMBELLA, Gianguigi. *Filosofia do direito*. Trad. Ivone C. Benedetti. São Paulo: Martins Fontes, 2005. p.206.

⁴²³ Leiter revela que: “A teoria preditiva, assim interpretada, foi celebrenemente atacada por H. L. A. Hart (1961, p.101-102, 132-144). De acordo com Hart, conceber a normatividade da lei, em função do ‘homem mau de Holmes’ (e, segundo Hart, igualmente ocorre na teoria do Direito de John Austin), é reduzir a normatividade da lei à mera prudência ou ao interesse individual: mas isso não é suficiente para dar sentido à ideia de ter uma obrigação (e não meramente uma razão de interesse próprio) de fazer o que a lei exige (Hart, 1961, p.82-86). A teoria preditiva falha ao não apreciar o aspecto ‘interno’ das normas legais, seu *status* de premissas para a conduta dos atores jurídicos. Tome-se, por exemplo, um juiz tentando decidir o que é a ‘lei’ em determinado caso; de acordo com a teoria preditiva, o que ela está realmente tentando fazer é prever o que é que ela vai fazer, já que a lei, nesse ponto, é equivalente a uma previsão do que ela vai fazer!” (LEITER, Brian. *American legal realism*, p.249 *apud* PATTERSON, Dennis. (Ed.). *A companion to philosophy of law and legal theory*. 2nd ed. Blackwell Companions to Philosophy, 2010. p.251).

⁴²⁴ HOLMES JUNIOR, Oliver Wendell. *The path of the law*. *Harvard Law Review*, n.10, p.457-459, 1897 *apud* LEITER, Brian. *American legal realism*, p.249 *apud* PATTERSON, Dennis. (Ed.). *A companion to philosophy of law and legal theory*. 2nd ed. Blackwell Companions to Philosophy, 2010. p.2,

⁴²⁵ PALOMBELLA, Gianguigi. *Filosofia do direito*. Trad. Ivone C. Benedetti. São Paulo: Martins Fontes, 2005. p.210.

Leiter esclarece que a teoria preditiva do realismo jurídico coloca a existência do direito dependente de uma espécie de aval dos juízes, ou, ainda, condiciona o critério final de juridicidade ao entendimento das Cortes no caso concreto. Nesse sentido, “se um tribunal se recusa a reconhecer um contrato em um determinado caso sob análise, então, segundo a teoria preditiva, não há, em matéria de direito, um contrato”.⁴²⁶ Assim sendo, o autor caracteriza os realistas, de uma forma geral, como aqueles que endossam a crença de que as sentenças judiciais refletem, primariamente, uma resposta ao estímulo dos fatos subjacentes ao caso e não às normas jurídicas propriamente ditas.⁴²⁷ Isso constitui a “proposição central”⁴²⁸ das decisões judiciais e denota o “ceticismo realista das regras”,⁴²⁹ conforme denominado por Hart. A ênfase na atividade judicial coloca a decisão como produto de uma função judiciária e não como pressuposta por um conjunto de princípios e regras coerentes.

Essa premissa, no entanto, apesar de unânime, apresenta divisões relativamente aos determinantes primários que condicionariam essas respostas.⁴³⁰ De um lado, a “ala da idiosincrasia”,⁴³¹ representada por Frank e Hutcheson, considerava a psicologia ou a personalidade do juiz determinante para o processo de tomada de decisão. Segundo Frank,⁴³² a chave para o processo judicial estaria, portanto, no “palpite” do magistrado sobre a base de correção e justiça dos fatos.

⁴²⁶ LEITER, Brian. *American legal realism*, p.249 apud PATTERSON, Dennis. (Ed.). *A companion to philosophy of law and legal theory*. 2nd ed. Blackwell Companions to Philosophy, 2010. p.2.

⁴²⁷ POSNER, Richard. *Direito, pragmatismo e democracia*. Trad. Teresa Dias Carneiro. Rio de Janeiro: Forense, 2010. p.4.

⁴²⁸ Nesse sentido, Leiter afirma que: “O juiz da Corte Federal Distrital Joseph Hutcheson afirmou que ‘o impulso vital e motivador para a decisão é um senso intuitivo do que é certo ou errado para aquela causa’ (1929, p.285). Frank citou ‘um grande juiz americano, o chanceler Kent’, que confessou que ‘Ele primeiro fazia-se mestre dos fatos. Então, (ele escreveu) eu via onde a justiça estava, e o senso moral guiava as decisões do tribunal na metade do tempo, e eu então procurava as autoridades... mas eu quase sempre encontrava princípios adequados a minha visão do caso’ (1930, p.104N). O mesmo ponto de vista do julgamento está pressuposto na recomendação de Llewellyn ‘para os advogados que, embora eles devam fornecer ao tribunal ‘um suporte técnico’ ‘justificando o resultado, o que o advogado deve realmente fazer é “em relação aos fatos... convencer o tribunal de que o seu caso é válido”’ (LEITER, Brian. *American legal realism*, p.249 apud PATTERSON, Dennis. (Ed.). *A companion to philosophy of law and legal theory*. 2nd ed. Blackwell Companions to Philosophy, 2010. p.258).

⁴²⁹ HART, Herbert. *The concept of law*. Oxford: Clarendon Press, 1961. p.132-144 apud LEITER, Brian. *American legal realism*, p.249 apud PATTERSON, Dennis. (Ed.). *A companion to philosophy of law and legal theory*. 2nd ed. Blackwell Companions to Philosophy, 2010.p.258.

⁴³⁰ POSNER, Richard. *Direito, pragmatismo e democracia*. Trad. Teresa Dias Carneiro. Rio de Janeiro: Forense, 2010. p.10.

⁴³¹ POSNER, Richard. *Direito, pragmatismo e democracia*. Trad. Teresa Dias Carneiro. Rio de Janeiro: Forense, 2010. p.10.

⁴³² FRANK, Jerome. *Law and the modern mind*. New York: Brentano’s, 1930 apud LEITER, Brian. *American legal realism*, p.249 apud PATTERSON, Dennis. (Ed.). *A companion to philosophy of law and legal theory*. 2nd ed. Blackwell Companions to Philosophy, 2010.p.259.

Essa intuição judicial estaria moldada por “inúmeros e únicos traços, disposições e hábitos”,⁴³³ ou seja, a personalidade do juiz seria o fator fundamental na administração da lei.⁴³⁴ Leiter chama a atenção para o fato de não se estar a “defender o ponto de vista, muitas vezes erroneamente atribuído ao realismo, de que ‘o que o juiz comeu no café da manhã’ determina a decisão”.⁴³⁵

De outro lado, haveria uma “ala sociológica”, representada por Llewellyn e Moore, que considerou a resposta judicial aos fatos como ‘socialmente’ determinada.⁴³⁶ Sobre a influência social, Llewellyn expôs que: “os homens da nossa corte de apelação são seres humanos [...] a tradição os prende, molda-os, limita-os, orienta-os para uma sociologia ou psicologia do homem [...] isso não precisa de argumentos”.⁴³⁷

Nesse ponto, cabe uma observação, no sentido de justificar a opção metodológica de estudar, com mais afinco, essa corrente de pensamento tipicamente norte-americana, para estabelecer contornos mais nítidos e úteis sobre o “ativismo judicial” à prática jurídica brasileira. Por óbvio que, por ser a Constituição estadunidense mais sintética, antiga e composta por poucas emendas, escritas em uma linguagem mais abstrata, a frequência de divergências interpretativas é maior e mais remota, em relação ao que ocorre no Brasil. Entretanto, recentes decisões do STF têm demonstrado que, a despeito do caráter garantista e analítico da “jovem” Constituição da República Federativa do Brasil, datada de 1988, os questionamentos sobre os meandros legítimos da atuação judiciária, como abordado na introdução, aqui também vêm assumindo vulto e importância crescentes. A atitude pragmatista tem sido igualmente incorporada no imaginário judicial brasileiro e confundida, muitas vezes, com um tipo de interpretação principiológica, que encamparia uma superação desejável do positivismo jurídico e uma incorporação de teorias “pós-positivistas”, à exemplo da teoria desenvolvida por Dworkin.

⁴³³ FRANK, Jerome. *Law and the modern mind*. New York: Brentano's, 1930 *apud* LEITER, Brian. *American legal realism*, p.249 *apud* PATTERSON, Dennis. (Ed.). *A companion to philosophy of law and legal theory*. 2nd ed. Blackwell Companions to Philosophy, 2010.p.11.

⁴³⁴ FRANK, Jerome. *Law and the modern mind*. New York: Brentano's, 1930 *apud* LEITER, Brian. *American legal realism*, p.249 *apud* PATTERSON, Dennis. (Ed.). *A companion to philosophy of law and legal theory*. 2nd ed. Blackwell Companions to Philosophy, 2010.p.11.

⁴³⁵ LEITER, Brian. *American legal realism*, p.249 *apud* PATTERSON, Dennis. (Ed.). *A companion to philosophy of law and legal theory*. 2nd ed. Blackwell Companions to Philosophy, 2010. p.258-259.

⁴³⁶ LEITER, Brian. *American legal realism*, p.249 *apud* PATTERSON, Dennis. (Ed.). *A companion to philosophy of law and legal theory*. 2nd ed. Blackwell Companions to Philosophy, 2010.

⁴³⁷ LLEWELLYN, Karl. *The common law tradition: deciding appeals*. Boston: Little Brown, 1960 *apud* LEITER, Brian. *American legal realism*, p.249 *apud* PATTERSON, Dennis. (Ed.). *A companion to philosophy of law and legal theory*. 2nd ed. Blackwell Companions to Philosophy, 2010. p.260.

Demonstrar-se-á, todavia, que decisões jurídicas, nos moldes pragmatistas, dão vazão a uma discricionariedade ainda mais nociva e perigosa do que a admitida pelo modelo hartiano, razão pela qual não corroboram, em absoluto, nenhum tipo de teoria do direito que busque conferir legitimidade à ação coercitiva estatal.

Feita essa observação, passar-se-á à compreensão do pragmatismo jurídico, sem, contudo, ater-se a diferentes matizes de pensamento existentes também nessa corrente, derivada do realismo jurídico, nos Estados Unidos. Também não será objetivo desta pesquisa diferenciar a ramificação escandinava do realismo jurídico,⁴³⁸ mas tão somente apresentar os seus pressupostos filosóficos mais comuns, na tentativa de atrelá-los à definição mais clara do termo “ativismo judicial”.

Bogomolov ensina que a palavra “pragmatismo” retira das suas raízes gregas (“*pragma*”) o sentido de ação ou fato.⁴³⁹ Representa, portanto, uma “filosofia da ação”, que se opõe ao conhecimento teórico. Essa corrente filosófica toma de empréstimo ainda, segundo o autor, a ideia de “fé pragmática” kantiana: “[...] onde Kant via a possibilidade do conhecimento autêntico, conhecimento universal e necessário, mesmo limitado ao campo dos fenômenos, o pragmatismo reduz todo o conhecimento à [...] ‘crença’ (*belief*)”.⁴⁴⁰

A corrente do pragmatismo surge na década de 70 e representa, nas palavras de Bogomolov, a “mercadoria filosófica autenticamente americana”⁴⁴¹. Quer dizer com isso que:

[...] conserva seus fundamentos principais, atuando não simplesmente como concepção, mas antes de tudo, como popular ‘concepção de vida’, como justificação e propaganda a que se chama ‘modo de vida americano’.⁴⁴²

⁴³⁸ Palombella ressalta que “a atitude realista, porém, não é só ‘americana’, mas se desenvolve autonomamente também na área escandinava, principalmente com K. Olivecrona (1897-1980) na Suécia e Alf Ross (1899-1979) na Dinamarca” (PALOMBELLA, Gianguigi. *Filosofia do direito*. Trad. Ivone C. Benedetti. São Paulo: Martins Fontes, 2005. p.210).

⁴³⁹ BOGOMOLOV, Alexey Serguêievitch. *A filosofia americana no século XX*. Trad. Paulo Bezerra. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1979. p.25. (Coleção Perspectivas do Homem, v.118).

⁴⁴⁰ O autor ainda revela que “a esse ponto foi dedicado o primeiro dos artigos em que Pierce lança os fundamentos da teoria do conhecimento do pragmatismo: ‘A fixação da crença’ (*The fixation of belief, 1877*)” (BOGOMOLOV, Alexey Serguêievitch. *A filosofia americana no século XX*. Trad. Paulo Bezerra. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1979. p.25-26. Coleção Perspectivas do Homem, v.118).

⁴⁴¹ BOGOMOLOV, Alexey Serguêievitch. *A filosofia americana no século XX*. Trad. Paulo Bezerra. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1979. p.25-26. Coleção Perspectivas do Homem, v.118.

⁴⁴² BOGOMOLOV, Alexey Serguêievitch. *A filosofia americana no século XX*. Trad. Paulo Bezerra. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1979. p.21. (Coleção Perspectivas do Homem, v.118).

Não é por outra razão que Richard Posner — uma das vozes contemporâneas mais influentes do pragmatismo jurídico — defende tratar-se da “melhor descrição do *ethos* judicial americano, [...] e, dessa forma, a melhor teoria normativa, assim como positiva do papel judicial”.⁴⁴³

A influência do pragmatismo norte-americano rompeu com as fronteiras dos Estados Unidos e alcançou países como Inglaterra, Tchecoslováquia e até mesmo a China.⁴⁴⁴ A chamada epidemia gerada pelas ideias dessa corrente filosófica é explicada por Bogomolov como derivativa de sua tese central: a de que o “significado e a veracidade de qualquer conceito são determinantes pelos efeitos práticos que dele emanam”.⁴⁴⁵ Reduzia-se, assim, a verdade à utilidade.

Há, entretanto, uma enorme dificuldade em se definir essa corrente de pensamento. Talvez porque, como acredita Posner, trate-se mais de uma tradição, ou de uma atitude e ponto de vista, do que propriamente de um corpo de doutrina sobre o conceito de direito. Por essa razão, o autor afirma que:

[...] em vez de começar com os pragmatistas americanos clássicos e seguir adiante em círculos concêntricos, [...] será melhor reconhecer que [...] há um tom pragmático, que é antigo e que, a partir de suas raízes antigas, deu origem a um ramo de uma filosofia do pragmatismo (que daí se ramificou nos últimos anos) e a uma prática cotidiana do pragmatismo.⁴⁴⁶

Especialmente na seara do direito, a definição mais objetiva e direta que se encontrou do pragmatismo jurídico vem justamente de Dworkin, que o define como “uma teoria da decisão judicial”.⁴⁴⁷ Sendo assim, a teoria pragmática do direito, a despeito das suas várias abordagens, apresenta-se essencialmente como consequencialista: “seu âmago é meramente uma tendência em basear ações em fatos e consequências, em vez de em conceitualismos, generalidades, crenças e

⁴⁴³ POSNER, Richard. *Direito, pragmatismo e democracia*. Trad. Teresa Dias Carneiro. Rio de Janeiro: Forense, 2010. p.1.

⁴⁴⁴ BOGOMOLOV, Alexey Serguêievitch. *A filosofia americana no século XX*. Trad. Paulo Bezerra. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1979. p.21. (Coleção Perspectivas do Homem, v.118).

⁴⁴⁵ BOGOMOLOV, Alexey Serguêievitch. *A filosofia americana no século XX*. Trad. Paulo Bezerra. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1979. p.22. (Coleção Perspectivas do Homem, v.118).

⁴⁴⁶ POSNER, Richard. *Direito, pragmatismo e democracia*. Trad. Teresa Dias Carneiro. Rio de Janeiro: Forense, 2010. p.20.

⁴⁴⁷ DWORKIN, Ronald. *A justiça de toga*. Trad. Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2010. p.32.

slogans".⁴⁴⁸ Significa que as decisões devem ser adequadas à realidade social e experimentais, ou seja, devem ser testados os seus possíveis resultados, o seu impacto na coletividade. O que torna uma proposição jurídica verdadeira, para os partidários dessa corrente, não é o melhor argumento de princípio por ela invocado, tampouco um "teste de *pedigree*", que pressuponha a sua aceitação, mas as suas consequências.⁴⁴⁹ É por isso que Posner afirma que "uma proposição é verdadeira [...], se as consequências que preveem ou inferirem realmente ocorrerem".⁴⁵⁰

É importante salientar, sobre esse aspecto, como pontuado por Dworkin, que qualquer versão do pragmatismo reclamará uma "concepção particular de consequencialismo". Nesse sentido, o autor afirma que:

Ela pode ser uma concepção do utilitarismo dos atos, que sustenta que cada decisão política individual deve pretender maximizar a expectativa de bem-estar médio de uma população específica no contexto de alguma concepção específica de bem-estar: por exemplo, a felicidade ou a satisfação dos desejos. Ou pode ser uma concepção em termos de eficiência econômica ou maximização da riqueza, por exemplo.⁴⁵¹

Os pragmatistas defendem ainda que as decisões judiciais sejam concisas, breves e não recorram a categorias apriorísticas, conceitos metafísicos e princípios abstratos. Fundamenta suas decisões com base em argumentos de política, que são definidos por Dworkin como aqueles que fomentam ou protegem algum objetivo coletivo da sociedade.⁴⁵² Posner define a concepção pragmatista como

⁴⁴⁸ POSNER, Richard. *Direito, pragmatismo e democracia*. Trad. Teresa Dias Carneiro. Rio de Janeiro: Forense, 2010. p.2.

⁴⁴⁹ É interessante notar que Dworkin nega o rótulo de "deontologista" atribuído por Posner à sua teoria moral. Esclarece a diferença entre o consequencialista e o deontologista da seguinte maneira: "O consequencialista afirma que não somos nunca moralmente ordenados a agir de uma maneira que gere consequências piores, e o deontologista afirma que, às vezes, é assim que precisamos agir. [...] Se Posner tiver em mente esse contraste, é porque entendeu mal a abordagem teórica que defendo, que é claramente consequencial, e não deontológica. É consequencial em seu objetivo geral: visa a uma estrutura do direito e da comunidade igualitária no sentido que tentei descrever em meu livro, *O império do direito*. E é consequencial no detalhe: cada argumento jurídico interpretativo tem por finalidade assegurar um estado das coisas que, de acordo com princípios incorporados à nossa prática, seja superior às alternativas" (DWORKIN, Ronald. *A justiça de toga*. Trad. Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2010. p.89).

⁴⁵⁰ POSNER, Richard. *Direito, pragmatismo e democracia*. Trad. Teresa Dias Carneiro. Rio de Janeiro: Forense, 2010. p.4-5.

⁴⁵¹ DWORKIN, Ronald. *A justiça de toga*. Trad. Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2010. p.32-33.

⁴⁵² DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Trad. Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p.129.

“desiludida”,⁴⁵³ confundindo teorias morais, legais e políticas com uma defesa de uma suposta “perfectibilidade humana”,⁴⁵⁴ que daria acesso privilegiado à descoberta de uma verdade sobrenatural. Dworkin rebate essa crítica pragmatista, esclarecendo que a linguagem só adquire sentido a partir dos fatos sociais, ou seja, “a chave do significado está no uso”.⁴⁵⁵ As palavras, na visão dworkiana, não podem ter sentidos transcendentais e distintos daqueles que lhes foram atribuídos pela prática comum ou técnica.

Diferentemente dos “convencionalistas”, os pragmatistas não acreditam que o direito possa ser aplicado por referência a convenções passadas para justificar o poder coercitivo do Estado. Por essa razão, ignoram o passado e voltam o seu olhar apenas para as consequências do futuro, por meio de convicções subjetivas sobre o melhor interesse social. São, dessa forma, “antitradicionalistas”, mas negam o rótulo de “anti-historicistas”,⁴⁵⁶ por considerarem importante, para a construção da decisão serem feitas avaliações sobre as circunstâncias históricas, locais, da comunidade na qual se inserem.

Novamente, é importante compreender que o pragmatismo estimula juízes a obedecerem à legislação e às decisões judiciais do passado por uma razão consequencialista, ou seja, por entenderem que a coordenação de comportamentos futuros será benéfica para assegurar algum objetivo importante para a comunidade, por exemplo, eficiência.⁴⁵⁷ Nesse contexto, o precedente só terá importância para um juiz pragmatista, se for decisivo e bem definido e não obscuro e polêmico, de modo a permitir às pessoas agirem com mais confiança, diante da previsibilidade da ação estatal.⁴⁵⁸ Ocorre que, mesmo inventando novas regras, por uma razão estratégica, os juízes optarão por encobri-las como interpretações de regras antigas, encontradas nos repertórios legislativos e judiciais, como se as pessoas tivessem direitos genuínos.

⁴⁵³ POSNER, Richard. *Direito, pragmatismo e democracia*. Trad. Teresa Dias Carneiro. Rio de Janeiro: Forense, 2010. p.2.

⁴⁵⁴ POSNER, Richard. *Direito, pragmatismo e democracia*. Trad. Teresa Dias Carneiro. Rio de Janeiro: Forense, 2010. p.2.

⁴⁵⁵ DWORKIN, Ronald. *A justiça de toga*. Trad. Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2010. p.57.

⁴⁵⁶ POSNER, Richard. *Direito, pragmatismo e democracia*. Trad. Teresa Dias Carneiro. Rio de Janeiro: Forense, 2010. p.5.

⁴⁵⁷ DWORKIN, Ronald. *A justiça de toga*. Trad. Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2010. p.33.

⁴⁵⁸ DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. Trad. Jefferson Luiz Camargo. 2.ed. São Paulo: Martins Fontes, 2010. p.193.

Por essa razão, na concepção pragmática, as proposições jurídicas são sinônimo de predições daquilo que os juízes farão, ou, não passam de expressões da emoção.⁴⁵⁹ Segundo os adeptos dessa corrente, as pessoas não têm quaisquer direitos antes da decisão judicial. Justificam, outrossim, a coerção estatal na eficiência ou em alguma outra virtude contemporânea da própria decisão coercitiva.⁴⁶⁰ Para Dworkin, os pragmatistas adotam o ponto de vista de que as pessoas “nunca terão direito àquilo que seria pior para a comunidade apenas porque alguma legislação assim o estabeleceu, ou porque uma longa fileira de juízes decidiu que outras pessoas tinham tal direito”.⁴⁶¹

Conseqüentemente, o pragmatismo jurídico apresenta-se, muitas vezes, como uma teoria do “ativismo judicial”, que, segundo Bobbio, só reconhece como norma jurídica o direito efetivamente aplicado pelos juízes, ao dirimirem as controvérsias jurídicas.⁴⁶² Posner reitera essa ideia, quando confere ao juiz pragmatista um grau de discricionariedade bastante amplo, para que decida de acordo com suas próprias intuições morais sobre as melhores conseqüências no mundo real.⁴⁶³ Por conseguinte, os partidários dessa concepção advogam favoravelmente a uma decisão judicial pautada unicamente por valores políticos e pessoais do magistrado.⁴⁶⁴ Essa avaliação, baseada nos resultados da ação, coloca a atividade judiciária em um plano fortemente político, ou, ainda, “de formulação e aplicação de políticas públicas”.⁴⁶⁵ Nesse sentido, Posner se autodeclara ativista, quando afirma que:

Os adjetivos que usei para caracterizar a posição pragmática — prática, instrumental, voltada para o futuro, **ativista**, empírica, cética, antidogmática, experimental — não são aqueles que vêm à mente

⁴⁵⁹ DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. Trad. Jefferson Luiz Camargo. 2.ed. São Paulo: Martins Fontes, 2010. p.188.

⁴⁶⁰ DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. Trad. Jefferson Luiz Camargo. 2.ed. São Paulo: Martins Fontes, 2010. p.186.

⁴⁶¹ DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. Trad. Jefferson Luiz Camargo. 2.ed. São Paulo: Martins Fontes, 2010. p.186.

⁴⁶² NORBERTO, Bobbio. *O positivismo jurídico: lições de Filosofia do Direito*. São Paulo: Ícones, 2006. p.143.

⁴⁶³ POSNER, Richard. *Direito, pragmatismo e democracia*. Trad. Teresa Dias Carneiro. Rio de Janeiro: Forense, 2010. p.31.

⁴⁶⁴ POSNER, Richard. *Direito, pragmatismo e democracia*. Trad. Teresa Dias Carneiro. Rio de Janeiro: Forense, 2010. p.37.

⁴⁶⁵ POSNER, Richard. *Direito, pragmatismo e democracia*. Trad. Teresa Dias Carneiro. Rio de Janeiro: Forense, 2010. p.35.

quando se considera, digamos, a obra de Ronald Dworkin⁴⁶⁶ (Grifo da autora).

A decisão judicial será determinada, dessa forma, por vários fatores psicológicos e sociológicos, conscientes e inconscientes. Constitui-se, assim, como afirmou Leiter, muito mais como um “produto, não tanto de ‘lei’ (o que, geralmente, permite mais do que um resultado justificável), mas destes vários fatores psicossociais, desde a ideologia política do papel institucional até a personalidade do juiz”.⁴⁶⁷ Esse é o legado do realismo jurídico ao pragmatismo: “[...] juízes e advogados abertamente consideram a política ou as implicações políticas das normas e das decisões judiciais; agora os textos de lei, rotineiramente, consideram os contextos econômico, político e histórico das decisões [...]”.⁴⁶⁸

Dworkin explica que o ceticismo exposto pela corrente pragmatista não nega a existência de direitos morais, mas se recusa a vincular suas decisões a uma justificativa moral conclusiva, que dê prevalência a direitos individuais sobre interesses coletivos. Os direitos não possuem, portanto, para os pragmatistas, fundamento independente e obrigatório, mas apenas constituem-se como razões estratégicas na busca de uma prática mais eficiente de redução de injustiças para a comunidade.

A abordagem pragmática do direito não se preocupa com a coerência principiológica reivindicada por Dworkin, quando coloca a integridade política como virtude soberana de uma comunidade política. Para o filósofo norte-americano, os princípios deverão ser revelados de forma a apresentar o conjunto da jurisdição em sua melhor luz, integrando todos os demais princípios compartilhados pela comunidade política em uma verdadeira unidade de valor.

A ideia defendida por Posner, com quem Dworkin dialoga constantemente, se mostra refratária ao que denomina de “liberalismo deliberativo”: “junção de democracia deliberativa e da adjudicação conforme guiada por regras [...] ou princípios”.⁴⁶⁹ Posner defende, assim, uma teoria apartada do que considera serem

⁴⁶⁶ POSNER, *Overcoming law*, p.11 *apud* DWORKIN, Ronald. *A justiça de toga*. Trad. Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2010. p.88.

⁴⁶⁷ LEITER, Brian. *American legal realism*, p.249 *apud* PATTERSON, Dennis. (Ed.). *A companion to philosophy of law and legal theory*. 2nd ed. Blackwell Companions to Philosophy, 2010. p.245.

⁴⁶⁸ LEITER, Brian. *American legal realism*, p.249 *apud* PATTERSON, Dennis. (Ed.). *A companion to philosophy of law and legal theory*. 2nd ed. Blackwell Companions to Philosophy, 2010. p.245.

⁴⁶⁹ POSNER, Richard. *Direito, pragmatismo e democracia*. Trad. Teresa Dias Carneiro. Rio de Janeiro: Forense, 2010. p.VII.

ilusões teóricas e uma prioridade no empírico. O método proposto para a tomada de decisão sobre os direitos das partes é experimental: deverá passar por testes para serem constantemente ajustados, em uma espécie de adaptação aos moldes darwinianos.⁴⁷⁰ Isso significa comparar as consequências de decisões tomadas por pessoas com olhares distintos sobre a realidade circundante: “só testando coisas diferentes — não apenas ideias diferentes, mas diferentes maneiras de viver — e comparando as conseqüências, aprendemos quais abordagens são melhores para alcançar nossas metas [...]”.⁴⁷¹ Segundo Leiter, a teorização filosófica deve preocupar-se com a investigação empírica das ciências naturais e sociais e não com uma análise teórica de conceitos.⁴⁷²

Essa ideia é duramente combatida por Dworkin, que considera a tentativa de ver o que funciona não só inútil, como incompreensível.⁴⁷³ O filósofo cita como exemplo o caso controvertido do aborto, que envolve questões teóricas, dentre as quais, saber se o feto tem interesses próprios durante os dois primeiros trimestres de gravidez. O autor faz, então, a seguinte indagação: “De que ajudaria supor que deveríamos parar de nos preocupar com questões tão difíceis e nos limitarmos a perguntar qual solução funcionaria?”⁴⁷⁴ A resposta invalida, por completo, a pretensão de Posner:

Vamos supor que digamos a um grupo fervorosamente pró-vida que deveríamos ser experimentais e tentar pôr em prática uma política pública extremamente permissiva [...] para ver se a tensão social [...] acabaria por diluir-se. Se a tensão realmente desaparecer [...] poderíamos dizer que isso era a prova de que a solução permissiva havia funcionado para nós. O grupo pró-vida replicaria, horrorizado, que essa perspectiva não demonstraria se a política permissiva teria funcionado; ao contrário, demonstraria a existência de um desastre

⁴⁷⁰ Sobre essa comparação, retira-se a seguinte afirmação de Posner: “Uma outra implicação do darwinismo, no entanto, coloca o lado da teoria da atividade intelectual em perspectiva: é provável que nossos procedimentos intelectuais mais convincentes sejam experimentais em vez de apriorísticos. A evolução é um processo experimental, um processo de tentativa e erro. As mutações criam variações herdáveis e a seleção natural na verdade escolhe o mais adaptativo” (POSNER, Richard. *Direito, pragmatismo e democracia*. Trad. Teresa Dias Carneiro. Rio de Janeiro: Forense, 2010. p 25).

⁴⁷¹ POSNER, Richard. *Direito, pragmatismo e democracia*. Trad. Teresa Dias Carneiro. Rio de Janeiro: Forense, 2010. p.7.

⁴⁷² LEITER, Brian. *American legal realism*, p.249 *apud* PATTERSON, Dennis. (Ed.). *A companion to philosophy of law and legal theory*. 2nd ed. Blackwell Companions to Philosophy, 2010. p.248.

⁴⁷³ DWORKIN, Ronald. *A justiça de toga*. Trad. Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2010. p.93.

⁴⁷⁴ DWORKIN, Ronald. *A justiça de toga*. Trad. Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2010. p.93.

ainda mais hediondo, pois teria tornado a comunidade totalmente insensível.⁴⁷⁵

O “pragmatismo cotidiano”⁴⁷⁶ defendido por Posner preocupa-se, substancialmente, com o que está em jogo em um sentido prático, ao tomar uma ou outra decisão num caso.⁴⁷⁷ O autor postula, portanto, um afastamento do pragmatismo filosófico e da metodologia por ele postulada. Para Posner,⁴⁷⁸ a Filosofia do Direito estaria distante das preocupações práticas dos aplicadores do direito.

É por essa razão que Dworkin aponta Posner como representante de uma versão mais “acadêmica”, mais prática do direito, distinta da discussão filosófica traçada por autores como Richard Rorty e Stanley Fish. Ao contrário desses autores, que defendem não existirem critérios para tornar proposições jurídicas verdadeiras, uma vez que o conceito doutrinário de direito seria pura ficção, Posner considera inútil esse tipo de discussão, porque afasta os juízes do objetivo mais importante do pragmatismo, que é o aperfeiçoamento da comunidade. Nesse sentido, o autor pragmatista define a sua abordagem da seguinte forma:

Os pragmatistas cotidianos tendem a ser ‘secos’, do tipo que não admitem baboseiras. O pragmatistas filosóficos tendem a ser ‘molhados’ e acreditar que, de alguma forma, sua filosofia pode resolver as pendências para partir para uma política social liberal.⁴⁷⁹

Dworkin, no entanto, critica essa pretensão de Posner, de afastar das suas considerações qualquer avaliação teórica sobre a moral. A ideia de melhor “funcionamento” ou de melhores resultados para uma comunidade, que fazem parte do esquema clássico pragmático, pressupõe, aquilo que eles dizem rechaçar: uma divergência moral sobre o significado dessa estratégia funcional. Por essa razão, Dworkin afirma que o “pragmatismo moral tem parecido a muitos críticos uma teoria

⁴⁷⁵ DWORKIN, Ronald. *A justiça de toga*. Trad. Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2010. p.93.

⁴⁷⁶ POSNER, Richard. *Direito, pragmatismo e democracia*. Trad. Teresa Dias Carneiro. Rio de Janeiro: Forense, 2010. p.9.

⁴⁷⁷ POSNER, Richard. *Direito, pragmatismo e democracia*. Trad. Teresa Dias Carneiro. Rio de Janeiro: Forense, 2010. p.9.

⁴⁷⁸ POSNER, Richard. *Problemas de filosofia do direito*. Trad. Jefferson Luís Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2007. Prefácio, p.XI.

⁴⁷⁹ POSNER, Richard. *Problemas de filosofia do direito*. Trad. Jefferson Luís Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2007. Prefácio, p.XI.

vazia: estimula os esforços voltados para o futuro em busca de um futuro que se recusa a descrever”.⁴⁸⁰

A “teoria da integridade” de Dworkin não ignora as consequências da decisão. Muito pelo contrário, pede aos juízes que as avaliem, orientados por princípios e não apenas por considerações pessoais ou políticas.⁴⁸¹ Identifica os argumentos de princípios a direitos e os argumentos de política a metas.⁴⁸²

Um princípio é um padrão que deve ser observado, não porque ele promoverá ou assegurará uma situação econômica, política ou social julgada desejável, mas porque é uma exigência da justiça, da imparcialidade ou de alguma outra dimensão da moralidade.⁴⁸³

Desta feita, princípios, como bem pontuado por Guest, “descrevem direitos que visam a estabelecer um estado político de coisas individualizado”,⁴⁸⁴ ou seja, “que nós deveríamos agir quaisquer que sejam as consequências”, porque os direitos são trunfos dos indivíduos contra o Estado. As políticas, por outro lado, “descrevem metas que visam a estabelecer um estado político de coisas não individualizáveis”.⁴⁸⁵

Dworkin nega, nesse sentido, a premissa pragmática que coloca a decisão judicial dependente única e primariamente de fatores inconscientes ou sociológicos. Critica essa ênfase atribuída ao palpite judicial sobre o melhor funcionamento da sociedade, porque gera um grau de subjetivismo ainda maior e mais perigoso em relação ao modelo hartiano. Por essa razão, conclui tratar-se, conforme denominado por Dworkin, de um “ativismo judicial virulento”,⁴⁸⁶ cujo limite interpretativo é dado pelo próprio sujeito, que é quem cria o direito, a partir da sua decisão. Ao contrário de Hart, o grau de discricionariedade defendido pelo realismo jurídico é máximo, tendo em vista que medida do exercício jurisdicional, para os pragmatistas, será

⁴⁸⁰ DWORKIN, Ronald. *A justiça de toga*. Trad. Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2010. p.130.

⁴⁸¹ DWORKIN, Ronald. *A justiça de toga*. Trad. Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2010. p.130. p.148.

⁴⁸² GUEST, Stephen. *Ronald Dworkin*. Trad. Luís Carlos Borges. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010. p.64.

⁴⁸³ DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*, p.22, *apud* GUEST, Stephen. *Ronald Dworkin*. Trad. Luís Carlos Borges. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010. p.65.

⁴⁸⁴ GUEST, Stephen. *Ronald Dworkin*. Trad. Luís Carlos Borges. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010. p.65.

⁴⁸⁵ GUEST, Stephen. *Ronald Dworkin*. Trad. Luís Carlos Borges. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010. p.65

⁴⁸⁶ DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. Trad. Jefferson Luiz Camargo. 2.ed. São Paulo: Martins Fontes, 2010. p.451.

sempre estabelecida pelo sujeito. Por isso, a pesquisa refere-se ao “ativismo judicial” como o império dos homens sobre o direito.

2.4 A controvérsia semântica da expressão “ativismo judicial” e sua repercussão no debate doutrinário dworkiano

A confusão sobre o conceito de “ativismo judicial”, como mencionado, ecoou, inclusive, em importantes obras doutrinárias. Um bom exemplo é o livro de Ronald Dworkin — *Levando os direitos a sério* — publicado, pela primeira vez, em 1977, em que o autor elaborou uma importante e ampla teoria do direito, abordando questões normativas e conceituais, especialmente no que tange à legitimidade da interpretação judicial.

Dworkin, em capítulo dedicado ao estudo da jurisdição constitucional, intitulado *Casos constitucionais*, fez uma análise de algumas críticas empreendidas pelo então candidato à presidência dos Estados Unidos, Richard Nixon, relativamente às decisões da Corte Warren. Nixon acusou os juízes de terem moldado o direito às suas próprias convicções pessoais, fazendo referência, especialmente, às decisões sobre a segregação racial. Alegou ainda que tais decisões usurpavam poderes políticos de outras instituições, afirmativa essa questionada pelo filósofo norte-americano: “Ele não pode objetar a essas decisões simplesmente porque elas avançaram além das leis anteriores, ou dizer que a Suprema Corte nunca deve mudar de opinião”.⁴⁸⁷

O pensamento de Nixon, ao dar voz a um discurso conservador, serviu de metáfora ao questionamento de Dworkin. O então candidato acreditava que caberia à Suprema Corte a tarefa de seguir determinados padrões de decisão judicial, sem ultrapassar os limites de sua autoridade legítima, ou seja, sem se deixar influenciar por convicções subjetivas, como acreditava ter ocorrido durante a Corte Warren. A

⁴⁸⁷ DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Trad. Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p.206-207.

essa doutrina sobre a interpretação da lei o filósofo denominou de “*strict constructionists*”.⁴⁸⁸

Em um primeiro momento, ao analisar a retórica pré-eleitoral do candidato, Dworkin buscou uma compreensão mais ampla de qual seria a base teórica (caso existisse) de críticas como as proferidas por Nixon: “[...] é importante avaliar até que ponto essa posição conservadora pode ser defendida como uma questão de princípio, e não simplesmente de preconceito”.⁴⁸⁹ Apresentou ao leitor duas filosofias gerais, retiradas da bibliografia jurídica, sobre como os tribunais deveriam decidir em casos controvertidos: “ativismo judicial” e a “moderação judicial”.⁴⁹⁰

Segundo o programa do ativismo judicial, os tribunais teriam de aceitar a orientação das chamadas cláusulas vagas: deveriam decidir com base nos conceitos morais incorporados pela Constituição e não em concepções particulares de moralidade política. Essa é uma distinção crucial na diferenciação exposta por Dworkin:⁴⁹¹ “quando recorro ao conceito de justiça, recorro ao significado do conceito de justiça (*I appeal to what fairness means*). Quando formulo uma concepção de justiça, defino um sentido para o conceito de justiça (*I lay down what I mean by fairness*)”.⁴⁹²

O conceito fixa um padrão que deve ser seguido por aqueles que tentam segui-lo e lhes atribui a responsabilidade de desenvolver as suas próprias

⁴⁸⁸ O então candidato à presidência dos Estados Unidos, Richard Nixon, havia prometido um cargo na Suprema Corte àqueles que seguissem a sua filosofia jurídica sobre o direito, denominada “construção estrita”. Os “construcionistas estritos” defenderiam uma “interpretação rígida dos diplomas normativos, baseadas em uma valorização da letra da lei. No contexto do direito norte-americano, reagem contra as concepções liberais de interpretação da lei que tornaram possível uma expressiva ampliação dos direitos civis a partir dos anos 50, graças a uma construção flexível do significado da Constituição (DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Trad. Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p.205). Dworkin, no capítulo “Casos constitucionais”, de sua obra *Levando os direitos a sério*, tentará descrever e criticar a “teoria construcionista” defendida por conservadores como Nixon, apresentando uma série de pontos de vista a respeito da questão.

⁴⁸⁹ DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Trad. Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p.208.

⁴⁹⁰ DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Trad. Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p.215.

⁴⁹¹ DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Trad. Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p.213.

⁴⁹² Ainda segundo o autor: “Suponhamos que eu dissesse a meus filhos que esperava que eles não tratassem os outros injustamente. Sem dúvida, eu teria em mente exemplos da conduta que desejaria desencorajar, mas não aceitaria que meu significado se limitasse a esses exemplos por duas razões. Em primeiro lugar, eu esperaria que meus filhos aplicassem minhas instruções a situações nas quais eu não teria pensado nem poderia ter pensado. Em segundo lugar, eu estaria pronto a admitir que algum ato particular que eu considerara justo (*fair*) era de fato injusto, ou vice-versa, caso um de meus filhos conseguisse me convencer disso posteriormente. [...]. Eu poderia dizer que minha intenção era a de que a família se guiasse pelo conceito de justiça (*fairness*) e não por alguma concepção particular de justiça (*fairness*) que eu tivesse tido em mente” (DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Trad. Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p.211).

concepções de justiça, de forma a serem elaboradas teorias que possam satisfazê-lo. “É o que ocorre quando digo a meus filhos que ajam com justiça”.⁴⁹³ A orientação dada pelo pai a seu filho é para que “observe a concepção de moralidade que vigore ao tempo da ação, não a sua concepção de moralidade em vigor quando ele (pai) dá o seu conselho”.⁴⁹⁴ Por esse raciocínio, o conceito aberto de determinados princípios, a exemplo da igualdade, prescreve, no momento da interpretação/aplicação do direito, o dever de o intérprete se guiar por eles e não por alguma concepção específica de igualdade.

Uma vez apresentada essa diferenciação, Dworkin esclarece que os partidários do “ativismo judicial”, em sua versão forte, devem desenvolver princípios como o da legalidade, igualdade e outros, bem como “revê-los de tempos em tempos à luz do que parecer ser a visão moral recente da Suprema Corte, e julgar os atos do Congresso, dos Estados e do presidente de acordo com isso”.⁴⁹⁵ Defende, portanto, como característica ínsita a juízes ativistas, a capacidade de enfrentarem questões de princípios morais, subjacentes à literalidade do texto constitucional. Assim, para o autor, “um tribunal que assume o ônus de aplicar plenamente tais cláusulas como lei, deve ser um tribunal ativista, no sentido de que ele deve estar preparado para formular questões de moralidade política e dar-lhes uma resposta”.⁴⁹⁶ Razão pela qual afirma que seria um erro atacar a Corte Warren por ela não ter seguido a Constituição norte-americana como um texto impositivo, exatamente por ter sido fiel aos conceitos morais incorporados no documento.⁴⁹⁷

Em relação à moderação judicial, o autor esclarece se tratar de um programa segundo o qual aos tribunais é dada a tarefa de manter decisões de outros setores, ainda que as mesmas possam contrariar a “própria percepção dos juízes quanto aos princípios exigidos pela doutrinas constitucionais amplas”,⁴⁹⁸ a não ser em casos absurdamente ofensivos à moralidade política, “a ponto de violar as estipulações de

⁴⁹³ DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Trad. Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p.112.

⁴⁹⁴ BARROSO, Luís Roberto. *Direito Constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. São Paulo: Saraiva, 2009. p.282.

⁴⁹⁵ O autor pondera que essa seria a versão do ativismo judicial em sua forma mais forte, podendo-lhe ser acrescentadas outras qualificações por ele ignoradas (DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Trad. Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p.215).

⁴⁹⁶ DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Trad. Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p.231.

⁴⁹⁷ DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Trad. Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p.214.

⁴⁹⁸ DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Trad. Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p.216.

qualquer interpretação plausível, ou, talvez, nos casos em que uma decisão contrária for exigida por um precedente inequívoco”.⁴⁹⁹

Dworkin apresenta os defensores moderados de uma linhagem cética, como partidários da ideia de que os indivíduos não possuem direitos morais⁵⁰⁰ contra o Estado, mas somente direitos jurídicos expressamente previstos. Afirma ainda que “esses direitos se restringem às violações claras e inquestionáveis de moralidade pública que os constituintes devem efetivamente ter concebido ou as que desde então foram estabelecidas por uma sucessão de precedentes”.⁵⁰¹

Há ainda fundamento diverso para a moderação judicial, que comporia uma “teoria da deferência judicial”. Diversamente do ceticismo judicial, os partidários dessa segunda linhagem teórica combatem o “ativismo judicial”, alegando que outras instituições mais democráticas estariam em melhores condições de tomar decisões mais bem fundadas sobre direitos morais controvertidos. Essa ideia se justificaria pela incapacidade de os tribunais aferirem as forças políticas em jogo.

Alexander Bickel, em palestra proferida na Universidade de Yale, durante as “Palestras Holmes”, chega a admitir hipoteticamente o ativismo, desde que as decisões judiciais pudessem se respaldar em resultados socialmente desejáveis e não em preferências pessoais. Admite a política do “ativismo judicial”, desde que fosse possível testá-la como um programa que pressupõe o direito moral de os tribunais aperfeiçoarem o futuro.⁵⁰² Dworkin critica essa concepção, alegando ser ilusória a concessão feita ao ativismo em relação a seus resultados:

[...] sua percepção do que é socialmente desejável é incompatível com o pressuposto do ativismo, segundo o qual os indivíduos têm direitos morais contra o Estado. Porém questão muito diferente é apelar aos princípios enquanto princípios, para mostrar, por exemplo, que é injusto obrigar crianças negras a receber sua educação pública

⁴⁹⁹ DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Trad. Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p.33.

⁵⁰⁰ Dworkin esclarece o sentido de direito moral por ele adotado: “Mas o sentido de direitos que me proponho a utilizar não pressupõe hipóteses ontológicas dessa natureza: ele mostra simplesmente que a reivindicação de um direito é, no sentido restrito, um tipo de juízo sobre o que é certo ou errado que os governos façam” (DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Trad. Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p.218).

⁵⁰¹ DWORKIN, Ronald. *Uma questão de princípios*. Trad. Luís Carlos Borges. 2.ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005. p.217.

⁵⁰² “[...] O ativismo judicial não pode funcionar tão bem como um governo regido por instituições mais ou menos democráticas, não porque a democracia seja exigida por princípio, mas, ao contrário, porque a democracia funciona sem princípios, formando instituições e compromissos da mesma maneira que um rio forma um leito em seu caminho até o mar” (DWORKIN, Ronald. *Uma questão de princípios*. Trad. Luís Carlos Borges. 2.ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005. p.227).

em escolas para negros, ainda que muitas pessoas venham a ficar em pior situação se o Estado adotar medidas necessárias para impedir que isso aconteça.⁵⁰³

Há um outro argumento polêmico, apresentado pelos defensores de uma moderação judicial com base na deferência, criticado por Dworkin. Trata-se da defesa de que, a despeito de as decisões judiciais controvertidas poderem ser mais bem fundamentadas pelos tribunais, ainda assim, seria mais justo conferir autoridade para dirimi-las às instituições democraticamente constituídas. O filósofo se opõe a esse argumento por considerar impróprio maiorias julgarem em causa própria. Para Dworkin, a limitação dos poderes da maioria é essencial para a democracia, exatamente porque garante a proteção dos direitos individuais das minorias. “Tal postura [...] ignora o fato de que as decisões a respeito dos direitos contra a maioria não são questões que devam, por razões de equidade, ser deixadas a cargo da maioria”.⁵⁰⁴ Caso contrário, permitir-se-ia, à maioria, decidir sobre os limites de seu próprio poder: “o argumento [...] pede que os detentores de poder político sejam convidados a serem os únicos juízes de suas próprias decisões, para estabelecer se eles têm o direito de fazer aquilo que decidiram que querem fazer”.⁵⁰⁵

Fica claro que, em uma primeira abordagem ao tema, Dworkin identifica o “ativismo judicial” a uma postura proativa dos tribunais, atrelada a uma teoria moral específica e complexa, que defende a existência de direitos individuais contramajoritários. Na sua primeira obra, o filósofo não critica propriamente o programa do “ativismo judicial”, porque o compreende pela perspectiva da existência de direitos morais dos indivíduos contra o Estado. Incorpora, por conseguinte, a visão liberal da Corte Warren, em um contexto no qual todas as decisões liberais vinham sendo taxadas pelos conservadores como sendo ativistas. Em um segundo

⁵⁰³ Nesse sentido, o filósofo afirma que: “Bickel caracteriza os ativistas judiciais (e até mesmo alguns dos heróis da moderação judicial, como Brandeis e Frankfurter, que tiveram seus lapsos) como filósofos do século XVIII que apelaram para o princípio porque defendiam o ponto de vista otimista de que é conceber um esquema para o progresso. Uma coisa é apelar para o princípio moral com uma fé tola de que a ética e a economia são movidas por uma mão invisível, de modo que os direitos individuais e o bem-estar social irão fundir-se, e que o direito baseado em princípios levará a nação a uma utopia sem atritos onde todos estarão em melhores condições que antes” (DWORKIN, Ronald. *Uma questão de princípios*. Trad. Luís Carlos Borges. 2.ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005. p.230-231).

⁵⁰⁴ DWORKIN, Ronald. *Uma questão de princípios*. Trad. Luís Carlos Borges. 2.ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005. p.222.

⁵⁰⁵ DWORKIN, Ronald. *Uma questão de princípios*. Trad. Luís Carlos Borges. 2.ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005. p.225.

momento entretanto, como abordado na primeira parte do trabalho, a locução foi apropriada também pelos liberais para atacarem decisões de cunho conservador. Restou evidente, por essa razão, que definir uma decisão judicial como ativista não dependia do caráter liberal ou conservador da mesma, mas do processo de tomada de decisão, no qual houvesse extrapolação dos limites jurídicos.

O artigo de Schlesinger teve o mérito de difundir o debate ao redor da expressão e o demérito de não esclarecê-la com maior precisão. Obras importantes como a de Dworkin, por sua vez, convidam os estudiosos a dar continuidade à reflexão sobre qual a melhor teoria da decisão jurídica em matéria constitucional, bem como questionar, de forma mais aprofundada, o papel do Judiciário.

Portanto, a aparente contradição nas obras de Dworkin, de fato não se sustenta. As ideias do filósofo sobre o direito e a prática jurídica são todas coesas e sempre atreladas à virtude da integridade e ao combate a todo tipo de discricionariedade em sentido forte. Não é por outra razão que grande parte da obra *Levando os direitos a sério* é destinada a combater a filosofia do positivismo analítico, defendida por Hart, conforme já se demonstrou.

Desta feita, deve ser refutado qualquer tentativa de correlacionar a “teoria da integridade” de Dworkin a um partidatismo do “ativismo judicial”. A resposta a esse questionamento pressupõe todo o debate proposto na primeira parte desse trabalho, onde se refletiu sobre a imprecisão semântica do termo desde a sua origem, no artigo de Schlesinger, de 1947. As reflexões apresentadas em *Levando os direitos a sério* estão imersas no contexto conturbado em que se processaram as discussões sobre a definição da locução. Talvez, por essa razão, o filósofo tenha alertado para o caráter problemático da expressão, ao afirmar que: “esses nomes são, sob certos aspectos, desorientadores”.⁵⁰⁶

Desde o início, Dworkin sempre reforçou o dever judicial de os magistrados, enquanto participantes da sociedade à qual pertencem, construir e reconstruir, coletivamente, o significado das normas jurídicas. Em outras palavras, a teoria do filósofo enfatizou a importância de as decisões judiciais se fundamentarem em

⁵⁰⁶ DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Trad. Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p.215.

“argumentos de princípio” e não em “argumentos de política”, demarcando, com isso, o campo de atuação judicial e legislativo.⁵⁰⁷

Por essa razão, mesmo na sua primeira abordagem à locução, não é possível associá-lo, em nenhum instante, a qualquer doutrina correlata ao pragmatismo jurídico norte-americano ou a qualquer tipo de defesa da discricionariedade judicial “forte”. Assim, a “teoria da integridade” se mostra avessa ao programa recomendado por essa concepção, segundo afirma o próprio filósofo: “Uma vez mais, porém, um juiz que aceite o pragmatismo não poderá interpretar a prática jurídica em sua totalidade”.⁵⁰⁸

Na obra *O império do direito*, Dworkin correlaciona claramente a locução com a tradição do pragmatismo jurídico, valorando-a negativamente. Nessa oportunidade, o filósofo esclarece que:

Um juiz ativista ignoraria o texto da Constituição, a história de sua promulgação, as decisões anteriores da Suprema Corte que buscam interpretá-la e as duradouras tradições de nossa cultura política. O ativista ignoraria tudo isso para impor a outros poderes do Estado seu próprio ponto de vista sobre o que a justiça exige. **O direito como integridade condena o ativismo ou qualquer prática de jurisdição constitucional que seja próxima. Insiste em que os juízes apliquem a Constituição por meio da interpretação, e não por fiat, querendo com isso dizer que as suas decisões devem ajustar-se à prática constitucional, e não ignorá-la**⁵⁰⁹ (Grifos da autora).

Compartilhando dessa reflexão, Fernandes afirma que: “Dworkin, inclusive, é alvo de inúmeros mal-entendidos na doutrina pátria (não só em relação às metáforas)! Os absurdos (ou mal-entendidos) vão desde chamá-lo de jusnaturalista até intitulá-lo de ativista!”⁵¹⁰ Ao contrário, a teoria dworkiana faz uma crítica explícita a esse tipo de protagonismo judicial, conforme se percebe do seguinte trecho retirado de *O império do direito*:

O direito como integridade pressupõe, contudo, que os juízes se encontram em situação muito diversa daquela dos legisladores.

⁵⁰⁷ DWORKIN, Ronald. *Uma questão de princípios*. Trad. Luís Carlos Borges. 2.ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005. p.130.

⁵⁰⁸ DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. Trad. Jefferson Luiz Camargo. 2.ed. São Paulo: Martins Fontes, 2010. p.272-273.

⁵⁰⁹ DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. Trad. Jefferson Luiz Camargo. 2.ed. São Paulo: Martins Fontes, 2010. p.451-452.

⁵¹⁰ FERNANDES, Bernardo Gonçalves. *Curso de Direito Constitucional*. 3.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p.175.

Não se adapta à natureza de uma comunidade de princípio o fato de que um juiz tenha autoridade para responsabilizar por danos as pessoas que agem de modo que, como ele próprio admite, nenhum dever legal as proíbe de agir. **Assim, quando elaboram regras de responsabilidade [...], não têm liberdade que há pouco afirmei ser uma prerrogativa dos legisladores.** [...] devem apresentar argumentos que digam por que as partes realmente teriam direitos e deveres legais ‘novos’ [...]. Um jurista pragmático rejeitaria essa proposição. **Hércules, porém, rejeita o pragmatismo. Ele é partidário do direito como integridade** e, portanto, quer uma interpretação do que fizeram os juízes, nos casos anteriores de danos morais, que os mostre agindo da maneira que ele aprova, não da maneira que, em sua opinião, os juízes devem recusar-se a agir.⁵¹¹ (Grifos da autora).

Os trechos colacionados de obra mais recente — *O direito da liberdade: a leitura moral da Constituição norte-americana* — não deixam dúvidas quanto à sua aversão a qualquer tipo de ativismo jurídico, entendido como decisionismo jurídico:

[...] a interpretação constitucional sob a leitura moral é disciplinada pela exigência de integridade constitucional [...]. **Os juízes não podem dizer que a Constituição expressa suas próprias convicções.** Não podem pensar que os dispositivos morais abstratos expressam um juízo moral particular qualquer, por mais que este juízo seja coerente, em princípio, com o desenho estrutural da Constituição como um todo e também com a linha de interpretação constitucional predominante, seguida por outros juízes no passado. Têm de considerar que fazem um trabalho de equipe, junto como os demais funcionários da justiça do passado e do futuro, que elaboram juntos uma moralidade concorrente. Mas o juiz violaria a integridade constitucional se tratasse dessas determinações como de direito constitucional. [...] A leitura moral lhes pede que encontrem a melhor concepção dos princípios morais constitucionais [...]. **Não lhes pede que sigam os ditames de sua própria consciência ou as tradições de sua própria classe ou partido, caso estes ditames ou tradições não se encaixem nesse conjunto histórico.**⁵¹² (Grifos da autora).

Logo, conforme apontado por Fernandes, a teoria de Dworkin traz quatro premissas importantes: a) nega a discricionariedade; b) nega decisões judiciais fundamentadas em diretrizes políticas; c) enfatiza a importância da noção de devido processo para a dimensão da integridade; d) enfatiza a própria noção de integridade, que, segundo o constitucionalista, “levanta a ideia de que cada caso seja

⁵¹¹ DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. Trad. Jefferson Luiz Camargo. 2.ed. São Paulo: Martins Fontes, 2010. p.292-293.

⁵¹² DWORKIN, Ronald. *O direito da liberdade: a leitura moral da Constituição norte-americana*. Trad. Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p.15-16.

compreendido como parte importante de uma história encadeada; não podendo, portanto, ser descartado sem uma razão baseada em uma coerência de princípios”.⁵¹³

⁵¹³ FERNANDES, Bernardo Gonçalves. *Curso de Direito Constitucional*. 3.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p.147.

CONCLUSÃO

Os juristas são treinados para analisar leis escritas e decisões judiciais promulgadas em algum momento da história jurídica, ou para recorrerem a qualquer fonte autorizada do direito. Essa abordagem profissional de interpretação e aplicação do direito, no entanto, não tem conseguido responder algumas questões mais complexas que, inevitavelmente, são postas pela vida em sociedade.

Pensar a democracia, tarefa esta que tem sido enfrentada desde a Grécia Antiga, impõe-nos esse desafio, de conciliar ideias majoritárias de representatividade, com a proteção dos direitos individuais minoritários. Assim, se o direito não é fruto de fórmulas matemáticas e deduções mecânicas, como compreendê-lo? Se não pudermos responder a isso, como será possível controlarmos as ingerências estatais em nossa esfera de autonomia? E mais, como saberemos se o nosso direito estará à mercê da posição política ou da visão econômica de um juiz?

A reflexão sobre o conteúdo do direito tem sido objeto de questionamentos, antes e após o advento de regimes totalitários, e tem por objetivo responder essas questões complexas.

O positivismo jurídico, diferentemente das leituras equivocadas que usualmente lhe são feitas, tentou retirar da interpretação jurídica, valorações ideológicas. O intuito era o de construir uma ciência do direito, apartada de juízos morais de ordem pessoal, que pudessem contaminá-la com subjetivismos e preferências arbitrárias. A busca de uma neutralidade científica, no entanto, acabou por construir um campo fértil para a validação de normas iníquas. A separação entre o direito e a moral, entre a justiça e o justo, precisou ser reconsiderada no debate filosófico. Essa reflexão tem sido feita de diversas formas, tanto pelo próprio positivismo, em reformulações mais inclusivas da moral, quanto pelo que se denominou de “pós-positivismo”, termo extremamente abrangente, que serve para realizar esse corte histórico, a partir dos regimes nazistas e fascistas do século XX.

A importância de se discutir questões de Filosofia, nos âmbitos moral, jurídico e político é justamente estabelecer, para todos, aplicadores e destinatários das normas, os limites demarcatórios entre o exercício legítimo e anômalo da jurisdição constitucional.

Os problemas enfrentados são teóricos e práticos, certamente. Não fosse assim, não estaríamos acompanhando, especificamente no Brasil, o uso, cada dia mais popular e indiscriminado, da expressão “ativismo judicial”, sem uma reflexão de fundo mais profunda.

A pesquisa ora proposta teve como objetivo precípua responder a essas questões: o que significa ser ativista? O significado de “ativismo judicial” se confunde com o controle de constitucionalidade, ou com a inobservância dos precedentes estabelecidos pelos tribunais, ou ainda, com uma atitude proativa dos tribunais? Qual a fronteira entre a atividade interpretativa legítima e a imposição de uma moral subjetiva, por aqueles que detém a última palavra sobre o conteúdo do direito?

Para responder a esses questionamentos, buscou-se, na primeira parte do trabalho, investigar o significado da expressão “ativismo judicial”, a partir da sua origem, o artigo de autoria de Arthur Schlesinger Jr., escrito em 1947, na revista *Fortune*. Acompanhou-se, de forma criteriosa, a evolução do antigo e rico debate sobre os abusos judiciais, que teriam sido praticados em decisões polêmicas, ao longo da história político-jurídica norte-americana. Foi possível descortinar muitos aspectos confusos do tema, dentre eles, a valoração positiva do termo, incompatível com a tradição à qual se conecta.

Concluiu-se, por essa perspectiva, tratar-se de uma locução que, apesar da imprecisão semântica com que foi cunhada, se atrela a uma atuação anômala ou ilegítima da jurisdição constitucional. Considerar o “ativismo judicial” algo nefasto foi um passo importante para desqualificar enaltecimentos feitos em seu nome, que só servem para tornar a expressão inócua.

Na segunda parte do trabalho, a pesquisa ainda continuou a fixar parâmetros interpretativos para o regular exercício da jurisdição. Esses limites interpretativos, como visto, dependem da concepção de direito adotada como marco teórico. De outra forma, a avaliação sobre, se uma decisão é ou não ativista, impõe a especificação da concepção de direito que se está a defender, para então ser possível traçar-lhe os contornos de legitimidade. Adotou-se, como concepção-paradigma de direito, a “teoria da integridade” de Dworkin, tese que consideramos a mais qualificada para a abordagem do fenômeno jurídico.

Dworkin compreende a jurisdição constitucional como um fórum autêntico da moralidade política, onde os valores compartilhados pela comunidade devem ser

endossados, constantemente, em todas as decisões políticas, a fim de que seja mantida uma coerência de princípios.

Nesse sentido, é rico o debate empreendido entre Dworkin e Hart, bem como entre a “teoria da integridade” e as teorias pragmatistas sobre o direito, conforme se demonstrou. Ressaltou-se desses diálogos, dentre outros aspectos, a importante distinção que Dworkin estabelece entre “argumentos de política” e “argumentos de princípio”. O objetivo dessa distinção, fulcral no pensamento de Dworkin, é demarcar os campos de atuação judicial e legislativo.

O juiz estaria adstrito, em sua fundamentação, a “argumentos de princípio”, ou seja, estaria comprometido com uma “leitura moral” da Constituição, que lhe exigira a responsabilidade política de proteger direitos individuais, inclusive contra decisões majoritárias. Nesse sentido, a melhor concepção do direito, para o filósofo, é a que garanta, a todos os indivíduos, igual consideração e respeito pelo Estado. Não seria admissível, nesse sentido, fundamentarem suas decisões, valendo-se de argumentos políticos, orientados pela avaliação de metas públicas ou pela promoção do bem-estar coletivo.

As críticas de cunho democrático feitas a essa proposta são enfrentadas por Dworkin. O filósofo advoga que a legitimidade das decisões judiciais pode ser aferida exatamente pelos argumentos de princípio emprestados à fundamentação. Decisões contramajoritárias garantem que todos possam ter, não apenas o igual direito ao voto, mas sobretudo, voz nas esferas públicas e privadas, formais e informais.

Desta feita, o termo criado por Schlesinger, na perspectiva desenvolvida nesta dissertação, representa o império dos homens sobre o direito, cuja representação mais fiel é oferecida pela corrente pragmatista norte-americana. O pragmatismo jurídico defende que as decisões jurídicas se pautem em argumentos de política, razão pela qual foi fortemente combatido por Dworkin.

Ainda, o positivismo hartiano, ao elaborar um modelo de regras para identificar o direito, admitiu a existência de um sistema jurídico incompleto e, portanto, de decisões discricionárias nos casos de lacuna normativa. Essa discricionariedade também foi alvo de ataques de Dworkin, como demonstrado.

Assim, tanto as teorias positivistas como as pragmatistas, não conseguiram explicar, verdadeiramente, no que consistem as controvérsias jurídicas: o que o direito realmente é e exige em um caso concreto? Tentando responder ao vazio

teórico deixado, Dworkin propôs uma concepção de direito, alicerçada na ideia de integridade.

O direito como integridade nega que as manifestações do direito sejam relatos factuais do “convencionalismo”, voltados para o passado, ou programas instrumentais do pragmatismo jurídico, voltados para o futuro. Insiste em que as afirmações jurídicas são opiniões interpretativas que, por esse motivo, combinam elementos que se voltam tanto para o passado quanto para o futuro; interpreta a prática contemporânea como uma política em processo de desenvolvimento e assim rejeita, por considerar inútil, a questão de se os juízes descobrem ou inventam o direito; sugere que só entendemos o raciocínio jurídico, considerando que os juízes fazem as duas coisas e nenhuma delas.

Para Dworkin, ao contrário do que afirmam os pragmatistas, o problema não é o desconhecimento dos meios adequados para se atingir determinados objetivos (se fosse esse o caso, poder-se-ia, conforme sugerido pelo próprio pragmatismo, experimentar, na prática, quais meios funcionam melhor). A grande questão é o desconhecimento de quais objetivos e princípios devem ser perseguidos em uma comunidade política, ou, ainda, o que esses objetivos significam para esses indivíduos. Segundo Dworkin é imprescindível, à tarefa interpretativa judicial, a elaboração de justificativas morais mais amplas, aptas a contemplar quais negações da liberdade ou distinções de tratamento são injustas.

O filósofo norte-americano, ao combater essas duas vertentes de pensamento (positivismo e pragmatismo), chama a atenção para o problema político relativo, por excelência, não tanto a quem detém o poder, mas mais precisamente ao modo de exercê-lo e controlá-lo. Afastando-se da visão convencionalista e pragmatista, “a teoria da integridade” preocupa-se em manter uma coerência de princípios, em uma simbiose que coloca o direito tanto como “produto da interpretação da prática jurídica, quanto a fonte de sua inspiração”.⁵¹⁴

A teoria do direito de Dworkin reforça, portanto, o dever de os magistrados, enquanto participantes da sociedade à qual pertencem, construir e reconstruir, coletivamente, o significado das normas jurídicas. Em outras palavras, acentua a importância de as decisões judiciais se fundamentarem em argumentos de princípio — aptos a justificarem uma decisão política que respeita ou garante um direito

⁵¹⁴ DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. Trad. Jefferson Luiz Camargo. 2.ed. São Paulo: Martins Fontes, 2010. p.273.

individual, e não em argumentos de política, que fomentam ou protegem algum objetivo coletivo da sociedade.

REFERÊNCIAS

AGAMBEN, Giorgio; BADIOU, Alain; BENSAID, Daniel *et al.* *¿Democracia? ¿En qué Estado?* Buenos Aires: Prometeo Livros, 2010.

APPIO, Eduardo. *Direito das minorias*. São Paulo: RT, 2008.

ARENDT, Hannah. *Entre o passado e o futuro*. Trad. Mauro W. Barbosa de Almeida. São Paulo: Perspectiva, 2002.

ARENDT, Hannah. *Sobre a revolução*. Trad. I. Morais. Lisboa: Antropos, 2001.

BARROSO, Luís Roberto. *Direito Constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. São Paulo: Saraiva, 2009.

BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência*. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

BOBBIO, Norberto. *O futuro da democracia: uma defesa das regras do jogo*. Trad. Marco Aurélio Nogueira. 5.ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1986.

BOBBIO, Norberto. *Liberalismo e democracia*. Trad. Marco Aurélio Nogueira. 6.ed. São Paulo: Brasiliense, 1994.

BOBBIO, Norberto. *O positivismo jurídico: lições de Filosofia do Direito*. São Paulo: Ícones, 2006.

BOGOMOLOV, Alexey Serguêievitch. *A filosofia americana no século XX*. Trad. Paulo Bezerra. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1979. (Coleção Perspectivas do Homem, v.118).

BRANCO. Paulo Gustavo Gonet. Em busca de um conceito fugidio: o ativismo judicial. In: FELLET, André Luiz Fernandes; PAULA, Daniel Giotti; NOVELINO, Marcelo. *As novas faces do ativismo judicial*. Bahia: Editora JusPodivm, 2011.

BUSTAMANTE, Thomas da Rosa. *Argumentação contra legem: a teoria do discurso e a justificação jurídica nos casos mais difíceis*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Constituição dirigente e vinculação do legislador*. Contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas. Coimbra: Coimbra Editora, 1994.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. Coimbra: Almedina, 1998.

CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes irresponsáveis?* Trad. Carlos Alberto A. de Oliveira. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1989.

CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes legisladores?* Trad. Carlos Alberto A. de Oliveira. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1993.

CATTONI, Marcelo Andrade de Oliveira. Democracia sem espera e processo de constitucionalização: uma crítica aos discursos oficiais sobre a chamada “transição política brasileira”. *Revista Anistia Política e Justiça de Transição*, Brasília, n.3, p.200-229, jan./jun. 2010.

CATTONI, Marcelo Andrade de Oliveira; MACHADO, Felipe (Coords.). *Constituição e processo: entre direito e política*. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

CLARENCE, Morris (Org.). *Os grandes filósofos do direito*. Trad. Reinaldo Guarany. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

COELHO, André. *A decisão da ADI 3510 não foi ativismo judicial: uma abordagem a partir de Dworkin*, 07 de novembro de 2011. Filósofo grego, filosofia contemporânea, especialmente filosofia do direito, filosofia moral e filosofia política. Disponível em: <http://aquitemfilosofiasim.blogspot.com.br/2011/11/decisao-da-adi-3510-nao-foi-ativismo.html>. Acesso em: 04 jul. 2013.

COELHO, André. *Sistemas jurídicos: Common Law v. Civil Law*, 3 de dezembro de 2010. Filósofo grego, filosofia contemporânea, especialmente filosofia do direito, filosofia moral e filosofia política. Disponível em: <http://aquitemfilosofiasim.blogspot.com.br/2011/11/decisao-da-adi-3510-nao-foi-ativismo.html>. Acesso em: 04 jul. 2013.

COELHO, Thales Chagas Machado. *O princípio da moderação e o controle de constitucionalidade das leis*. Coleção de teses, dissertações e monografias dos servidores do Senado. Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/192637/000890413.pdf?sequencia=1>. Acesso em: 18 ago. 2013.

COSTA, Alexandre Araújo. *O controle de razoabilidade no direito comparado*. Brasília: Thesaurus, 2008.

DIDIER JÚNIOR, Fredie. *Curso de Direito Processual Civil*. Teoria geral do processo e processo de conhecimento. 9.ed. Salvador: JusPodivm, 2008. v.1.

DIDIER JÚNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. *Curso de Direito Processual Civil*. Direito probatório, decisão judicial, cumprimento e liquidação da sentença e coisa julgada. 2.ed. Salvador: JusPodivm, 2008. v.2.

DWORKIN, Ronald. *A justiça de toga*. Trad. Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

DWORKIN, Ronald. *Domínio da vida: aborto, eutanásia e liberdades individuais*. Trad. Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

DWORKIN, Ronald. *O direito da liberdade: a leitura moral da Constituição norte-americana*. Trad. Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

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

DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Trad. Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002. São Paulo: Martins Fontes: 2010.

DWORKIN, Ronald. *Uma questão de princípios*. Trad. Luís Carlos Borges. 2.ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

FARIA, Ricardo de Moura; MARQUES, Adhemar Martins; BERUTTI, Flávio Costa. *História*. Belo Horizonte: Editora Lê, 1993. v.3.

FELLET, André Luiz Fernandes; PAULA, Daniel Giotti; NOVELINO, Marcelo. *As novas faces do ativismo judicial*. Editora JusPodivm, 2011. (Coletânea de artigos).

FERNANDES, Bernardo Gonçalves. *Curso de Direito Constitucional*. 3.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

FERRO, Ana Luiza Almeida. *Interpretação constitucional: a teoria procedimentalista de John Hart Ely*. Belo Horizonte: Decálogo, 2008.

GARCIA NETO, Paulo. *A influência do realismo jurídico norte-americano no direito constitucional brasileiro*. 187f. 2008, Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2008.

GREEN, Craig. An intellectual history of judicial activism. *Emory Law Journey*, v.58, no. 5, p. 1195, 2009; Temple University Legal Studies Research Paper no. 2009-32. Disponível em: SSRN: <http://ssrn.com/abstract=1410728>. Acesso em: 13 jan. 2013.

GUEST, Stephen. *Ronald Dworkin*. Trad. Luís Carlos Borges. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010.

HART, Herbert. *O conceito de direito*. 2.ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1994.

KMIEC, Keenan. The origin and current meaning of judicial activism. *California Law Review*, v.92, p.1441, 2004. Disponível em: <http://scholarship.law.berkeley.edu/californialawreview/vol92/iss5/4>. Acesso em: 05 jan. 2013.

LAURENCE, Tribe; DORF, Michael. *Hermenêutica constitucional*. Trad. Amarílis de Souza Birchal. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

LEAL, Mônica Clarissa Henning. *Jurisdição constitucional aberta: reflexões sobre a legitimidade e os limites da jurisdição constitucional na ordem democrática. Uma abordagem a partir das teorias constitucionais alemã e norte-americana*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

LEITER, Brian. American legal realism. In: PATTERSON, Dennis. *A companion to philosophy of law and legal theory*. 2nd ed. Blackwell Companions to Philosophy, 2010. p.249-266.

LIMA, Rogério de Araújo. *Os artigos federalistas. A contribuição de James Madison, Alexander Hamilton e John Jay para o surgimento do Federalismo no Brasil*. *Revista*

de *Informação Legislativa*, Brasília, ano 48, n.192, out./dez., 2011. Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/242934/000936215.pdf?sequencia=3>. Acesso em: 21 ago. 2013.

LIMA, Iara Menezes; CAMPOS, Bruna Villas Boas. A fronteira tênue entre discricionariedade e justiça: O diálogo entre Dworkin e Hart. In: XX CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI, Vitória. *Filosofia do Direito I. Anais do XX Congresso Nacional do CONPEDI*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2011. v.1, p.9.534-9.554.

MACEDO JÚNIOR, Ronaldo Porto; BARBIERI, Catarina Helena Cortada (Orgs.). *Direito e interpretação*. São Paulo: Saraiva, 2011.

MAIA, Antônio Cavalcanti; MELO, Carolina de Campos; CITTADINO, Gisele; POGREBINSCHI, Thamy. *Perspectivas atuais da Filosofia do Direito*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

MARSHALL, William P. Conservatives and the seven sins of judicial activism. *University of Colorado Law Review*, v.73, sept. 2002. Disponível em: <http://ssrn.com/abstract=330266>; ou <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.330266>. Acesso em: 12 set. 2013.

MASON, Thomas A. *A Suprema Corte: guardiã da liberdade*. Trad. V. L. Shilling. Rio de Janeiro; São Paulo: Distribuidora Record, 1967.

MELLO, Maria Chaves. *Dicionário jurídico português-inglês, inglês-português*. 9.ed. São Paulo: Método, 2009.

MENDES, Conrado Hubner. *Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação*. São Paulo: Saraiva, 2011.

MISHLER, William; SHEEHAN, Reginald S. Response: popular influence on Supreme Court decisions. *The American Political Science Review*, v.88, n.3, p.716-724, 1994. Disponível em: <http://www.jstor.org/stable/2944805>. Acesso em: 01 jun. 2013.

MISHLER, William; SHEEHAN, Reginald S. The Supreme Court as a counter-majoritarian institution? The impact of public opinion on Supreme Court decisions. *The American Political Science Review*, v.87, n.1, p.87-101, 1993. Disponível em: <http://www.jstor.org/stable/2938958>. Acesso em: 28 maio 2013.

MORAIS, Anderson Júnior Leal. *Audiências públicas como instrumento de legitimação da jurisdição constitucional*. 119f. 2011. Dissertação (Mestrado em Direito) - Faculdade de Direito, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2011.

PALOMBELLA, Gianguigi. *Filosofia do direito*. Trad. Ivone C. Benedetti. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

PEREURAM, Ruitemberg Nunes. Os paradoxos do Judiciário no Estado constitucional e as súmulas vinculantes. *Revista CEJ*, Brasília, ano XIII, n.47, p.66-75, out./dez. 2009. Disponível em: <http://www2.cjf.jus.br/ojs2/index.php/revcej/article/viewFile/1113/1301>. Acesso em: 03 ago. 2013.

POSNER, Richard. *Direito, pragmatismo e democracia*. Trad. Teresa Dias Carneiro. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

POSNER, Richard. *Problemas de filosofia do direito*. Trad. Jefferson Luis Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

RAMOS, João Gualberto Garcez. *Curso de direito penal norte-americano*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.

RIBEIRO, Breno Vaz de Melo. *Quando o direito deve ser íntegro: a prática judiciária do Supremo Tribunal Federal à luz de Dworkin*. 422f. 2011. Dissertação (Mestrado em Direito) - Faculdade de Direito, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2011.

RODRIGUES, Lêda Boechat. *A Corte Suprema e o Direito Constitucional americano*. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1958.

RODRIGUES, Lêda Boechat. *A Corte Suprema dos Estados Unidos e o 'Governo de Juizes' (1895-1937)*. *Revista Forense*, n.161.

RODRIGUES, Lêda Boechat. *Direito e política*. Porto Alegre: Coleção AJURIS/8, 1977.

ROOSEVELT, Franklin Delano. *The public papers and addresses of Franklin D. Roosevelt*. The constitution prevails: with a special introduction and explanatory notes by President Roosevelt. New York: Macmillan, 1937. p.LVIII. Disponível em:

<http://quod.lib.umich.edu/p/ppotpus/4926313.1937.001/64?rgn=full+text;view=image>. Acesso em: 12 dez. 2013.

SCHLESINGER, Arthur. The Supreme Court: 1947. *Fortune*, v.XXXV, n.1, jan. 1947.

SCHWARTZ, Bernard. *Direito Constitucional americano*. Trad. Carlos Neyfeld. Rio de Janeiro: Forense, 1966.

SOROMENHO-MARQUES, José Viriato. *Dicionário de Filosofia Moral e Política do Instituto de Filosofia da Linguagem da Universidade Nova de Lisboa*. O federalismo. Disponível em: <http://www.viriatosoromenho-marques.com/Imagens/PDFs/FEDERALISMO.pdf>. Acesso: 02 ago. 2013.

STRECK, Lênio. *Verdade e consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas*. Da possibilidade à necessidade de respostas corretas em direito. 2.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

THOREAU, Henry David. *A desobediência civil*. Trad. Alex Marins. São Paulo: Martin Claret, 2002.

TOCQUEVILLE, Alexy. *A democracia na América: leis e costumes de certas leis e certos costumes políticos que foram naturalmente sugeridos aos americanos por seu Estado social democrático*. 2.ed. Trad. Eduardo Brandão. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

TOCQUEVILLE, Alexy. *A democracia na América*. Livro II: sentimentos e opiniões: de uma profusão de sentimentos e opiniões que o Estado social democrático fez nascer entre os americanos. São Paulo: Martins Fontes, 2004.

TUCCI, José Rogério Cruz e. *Precedente judicial como fonte do direito*. São Paulo: RT, 2004.

VIANA, Luiz Werneck; BURGOS, Marcelo Baumann; SALLES, Paula Martins. Dezessete anos de judicialização da política. *Tempo Social*, Revista de Sociologia da USP, São Paulo, v.19, n.2. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/ts/v19n2/a02v19n2.pdf>. Acesso em: 12 set. 2013.

VIANA, Rodolfo. *Hermenêutica filosófica e constitucional*. 2.ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

VIEIRA, Oscar Vilhena. *Supremocracia*. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/rdgv/v4n2/a05v4n2.pdf>. Acesso em: 24 jul. 2013.

WOOD, Gordon S. The origins of judicial review revisited, or how the Marshall Court made more out of less. *56 Wash. & Lee L. Rev.*, n.787, p.787-809, 1999. Disponível em: <http://scholarlycommons.law.wlu.edu/wlulr/vol56/iss3/3>. Acesso em: 15 jul. 2013.

ZAGREBELSKY, Gustavo. *História y constitución*. Trad. Miguel Carbonell. Madrid: Minima Trotta, 2005.