

DIREITO
V.9 • N.1 • 2022 - Fluxo Contínuo

ISSN Digital: 2316-381X
ISSN Impresso: 2316-3321
DOI: 10.17564/2316-381X.2022v9n1p78-92



TRIBUNAIS SUPERIORES: INVESTIDURA, COMPETÊNCIAS E O ATIVISMO JUDICIAL DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL EM RELAÇÃO À SUPREMA CORTE NORTE-AMERICANA

HIGHER COURTS: INVESTMENT, COMPETENCES AND THE
JUDICIAL ACTIVISM OF THE SUPREME FEDERAL COURT IN
RELATION TO THE SUPREME NORTH AMERICAN COURT

TRIBUNALES SUPERIORES: INVERSIONES, COMPETENCIAS Y
ACTIVIDAD JUDICIAL DEL TRIBUNAL FEDERAL SUPREMO EN
RELACIÓN CON EL TRIBUNAL SUPREMO DE ESTADOS UNIDOS.

João Victor Dib Faria Ferreira¹
Jonas Rodrigo Gonçalves²
Danilo da Costa³

RESUMO

O tema deste artigo é comparar as formas de investidura, competências e o ativismo judicial do Supremo Tribunal Federal em relação à Suprema Corte Norte-americana. Investigou-se o seguinte problema: “O Brasil se beneficia das formas adotadas de investidura e competência? Existe o ativismo judicial?”. Cogitou-se a seguinte hipótese: “existem diversas semelhanças no que se refere às competências e investiduras, bem como a existência do ativismo judicial praticado em ambos países”. O objetivo geral é “destrinchar as semelhanças entre as Cortes Superiores”. Os objetivos específicos são: “listar as investiduras do STF para com os EUA”; “analisar as competências do STF”, “relatar a necessidade do ativismo judicial para a segurança jurídica no País”. Este trabalho é importante para um operador do Direito devido a necessidade de se entender as técnicas americanas adotadas pelo Brasil, com intuito de, quem sabe um dia, tornar-se referência neste assunto mundo afora; para a ciência, é relevante por buscar expor e analisar as falhas e acertos de tais adoções; agrega à sociedade pelo fato de poder mostrar para os leitores, mesmo que brevemente, o quão semelhante é nosso país para com os EUA. Trata-se de uma pesquisa qualitativa teórica com duração de seis meses.

PALAVRAS-CHAVE

STF. Investidura. Competências. EUA. Segurança.

ABSTRACT

The theme of this article is to compare the forms of investiture, competencies and judicial activism of the Supreme Court in relation to the North American Supreme Court. The following problem was investigated: “Does Brazil benefit from the adopted forms of investiture and jurisdiction? Is there judicial activism? The following hypothesis was hypothesized: “There are several similarities in terms of competencies and investments, as well as the existence of judicial activism practiced in both countries”. The general objective is to “unravel the similarities between the Higher Courts”. The specific objectives are: “to list the STF’s investments with the USA”; “to analyze the STF’s competencies”, “to report on the need for judicial activism for legal security in the country”. This work is important for an operator of Law due to the need to understand the American techniques adopted by Brazil, with the intention of, perhaps one day, becoming a reference in this matter worldwide; for science, it is relevant for seeking to expose and analyze the flaws and successes of such adoptions; it adds to society by being able to show to readers, even briefly, how similar our country is to the USA. This is a theoretical qualitative research lasting six months.

Keywords

STF. Investigation. Responsibilities. USA. Security.

RESUMEN

El tema de este artículo es comparar las formas de investidura, facultades y activismo judicial del Supremo Tribunal Federal en relación con el Supremo Tribunal Norteamericano. Se investigó el siguiente problema: “¿Brasil se beneficia de las formas adoptadas de investidura y competencia? ¿Hay activismo judicial?”. Se consideró la siguiente hipótesis: “existen varias similitudes en cuanto a competencias e investiduras, así como la existencia de activismo judicial practicado en ambos países”. El objetivo general es “desvelar las similitudes entre los Tribunales Superiores”. Los objetivos específicos son: “listar las investiduras del STF hacia los EE.UU.”; “analizar las competencias del STF”, “reportar la necesidad del activismo judicial para la seguridad jurídica en el país”. Este trabajo es importante para un practicante del derecho debido a la necesidad de comprender las técnicas americanas adoptadas por Brasil, con el objetivo de, quién sabe, algún día convertirse en una referencia en esta materia en todo el mundo; para la ciencia es relevante porque busca exponer y analizar los éxitos y fracasos de dichas adopciones; se suma a la sociedad al poder mostrar a los lectores, aunque sea brevemente, cuán similar es nuestro país a los EE. UU. Se trata de una investigación teórica cualitativa con una duración de seis meses.

PALABRAS CLAVE

STF. Ceremonia de investidura. Habilidades. Estados Unidos. La seguridad.

1 INTRODUÇÃO

As maneiras de investidura, competências e o ativismo judicial são atribuições e necessidades relativas aos cargos de juízes. Nosso Supremo Tribunal Federal será comparado em relação às Cortes Superiores estrangeiras. As Supremas Cortes se caracterizam por ser a mais alta instância, bem como são aqueles que salvaguardam a carta magna. Ante o exposto, será feita uma breve análise sobre de qual maneira o Brasil se adequou e adaptou para a proteção de sua Constituição Federal.

Nota-se que a maior parte dos tribunais e cortes constitucionais estrangeiras escolhe seus futuros membros por consequência de seus conhecimentos técnicos inerentes as interpretações e discussões perante as questões constitucionais de cada país, critério bastante semelhante ao do Brasil, portanto, as maneiras de investidura diferem-se (LEMOS; TONHÁ, 2016, p. 7).

Este artigo tem por objetivo a resolução da seguinte pergunta: O Brasil se beneficia das formas adotadas de investidura e competência? Existe o ativismo judicial? Existem diversas semelhanças no que se refere às competências e investidura, bem como a existência do ativismo judicial praticado em ambos países. Contudo, vamos analisar se tais coisas são proveitosas ao Estado Brasileiro.

Cabe aludir sobre a disposição orgânica dos Estados Unidos, ao qual é composta pela tríade denominada de “tripartição das funções estatais” – Poder Judiciário, Legislativo e Executivo. Assim, a Elevada Corte engloba a estrutura do Poder Judiciário na esfera Federal (RAMOS; SILVA, 2016, p. 12).

Veremos que até mesmo a disposição orgânica do Brasil se equipara à americana e diante tais semelhanças. No entanto, há de se questionar se estes modelos adotados são mesmo o ideal para um povo com histórias bem diferentes.

Visto que a origem desta Corte concerne à própria *Carta Magna Norte-Americana de 1787*, já que se remete ao único tribunal requerido pela própria Constituição. Constata-se que os outros tribunais têm sua criação pelo Poder Legislativo dos Estados Unidos, mais conhecido como o Congresso. De acordo com a Carta Magna dos Estados Unidos, “o Judiciário dos Estados Unidos restará investido em uma Corte Supera e nos tribunais ordinários que forem, em certa ocasião, estabelecidos por determinações do Congresso (RAMOS; SILVA, 2016, p. 12).

Reconhece-se que a adoção do sistema de pesos e contrapesos já vem em prática desde a criação da magna carta americana. No Brasil, nosso Supremo Tribunal Federal ganha mais força com a chegada da Constituição de 1988, e, notavelmente, adotou-se os mesmos poderes da americana.

O controle de constitucionalidade é tão somente a análise de uma norma jurídica para saber se ela tem compatibilidade formal (modo de criação) e material (conteúdo) com a Carta Magna. Não importa o modelo utilizado, seja europeu ou americano, o controle de constitucionalidade baseia-se no

princípio da Supremacia da Constituição, em que a constituição é superior a todas as outras normas jurídicas (RAMOS; SILVA, 2016, p. 13).

Ocorre que por meio de seu passado, fora criado e adotado um novo sistema de precedentes para a resguarda de sua constituição, desta vez, um exemplo de demonstração de como é importante as leis seguirem e respeitarem a constituição pátria. Nos exemplos que serão elencados, captar-se-á uma liberdade do juiz perante a aceitação de tais precedentes, comumente denominado no Brasil como ativismo judicial.

No entanto, o ativismo judicial é a característica intrínseca da intenção do magistrado, posto que, como já aludido, o juiz se vê forçado, diariamente, a fazer uso de sua engenhosidade e originalidade durante sua atividade típica – seja dizendo o “cumprimento” do teor estabelecido em lei, seja na ação interpretativa – independentemente se for extensiva ou restritiva; seja dizendo “o que falta” posto que a lei se cala sobre deliberada matéria (BERTO; FERRO, 2016, p. 29).

Este artigo é, essencialmente, uma pesquisa teórica fundamentadas em artigos científicos e livros acadêmicos, bem como em lei, doutrina e jurisprudência.

Este artigo utiliza diversos livros e artigos, mas principalmente cinco artigos científicos que, em algum momento, cita as diferenças, semelhanças, bem como os sistemas adotados e as necessidades do ativismo judicial. Os cinco artigos que serviram de base para este trabalho foram extraídos da Revista Processus e do Google Scholar a partir das palavras-chave a seguir: “Ativismo Judicial, Precedentes, Competências, Formas de Investiduras”.

A fim de delimitar quais artigos poderiam ser selecionados, foram escolhidos artigos em que ao menos um ou mais autores(as) fossem mestre(a) ou doutor(a), além da exigência de o artigo escolhido ter sido publicado em uma revista acadêmica que contivesse *Internacional Standard Serial Number* (ISSN). O presente trabalho tem o tempo previsto de quatro meses. No primeiro e segundo mês, foi realizado o levantamento de literatura; no terceiro mês, a revisão de literatura; no quarto mês, a elaboração dos elementos pré-textuais e pós-textuais que fizeram a composição completa do trabalho.

O presente trabalho trata-se de uma pesquisa qualitativa, ou seja, composto de revisão de literatura. Nessa pesquisa, os autores trataram os dados por meio de pesquisa bibliográfica, avaliando aspectos levantados por seus respectivos autores que fossem relevantes para suas pesquisas. Este artigo de revisão se trata de um trabalho monográfico que pode ser publicado em revistas acadêmicas, razão pela qual, em regra, é um artigo pouco extenso. Enquanto preenche seu requisito básico, que é conter entre 10 e 30 páginas, essa espécie de trabalho de curso pode ser utilizada como requisito para concluir um curso de graduação do nível superior (GONÇALVES, 2020 p. 7).

2 DAS FORMAS E REQUISITOS DE INVESTIDURA NAS SUPREMAS CORTES

Existem pré-requisitos para empossar algum cidadão como ministro do Supremo Tribunal Federal (STF). De acordo com nossa Carta Magna, um conjunto de requisitos, dentre eles estão: ser brasileiro nato, ter idade entre 35 e 65 anos, estar em pleno gozo dos direitos políticos, possuir notável saber jurídico e, por fim, ter reputação ilibada. Não é necessário que os candidatos ao cargo sejam bacharéis

em Ciências Jurídicas, nem mesmo que sejam oriundos da Magistratura, ainda que se faça indispensável o notável saber jurídico (LEMOS; TONHÁ, 2016, p. 6).

Capta-se da Constituição Federal que qualquer cidadão, desde que preenchido de forma cumulativa todos os requisitos, tem a chance de fazer parte do time de 11 Ministros. Bastando apenas que o candidato seja escolhido pelo atual presidente e logo após isso, “sabatinado”, pelo Senado Federal. Se a maioria absoluta dos membros da casa aprovar, então, poderá ser nomeado pelo Presidente (LEMOS; TONHÁ, 2016, p. 6).

A verdade é que a ideia de Montesquieu, a qual se enseja a adoção do mecanismo por ele adotada, denominada “contrapesos e freios”, para ter a participação do Executivo e do Legislativo na escolha e aprovação dos ministros do Supremo Brasileiro é um dos prós desse modelo de investidura, vez que o Sr. Lawrence Baum, argumenta que Executivo e Legislativo detêm essa lidimidade para tais afazeres em razão de arduamente representarem, mesmo que indiretamente, tal meio da democracia. Portanto, segurar-se-ia o pluralismo democrático e político sem prejudicar a Colenda Corte, que se afastaria de pressões partidárias da atual política (LEMOS; TONHÁ, 2016, p. 6).

É notório que tais medidas adotadas pelo nosso sistema jurídico, na teoria, aparentam ser demasiadamente eficazes. Entretanto, mesmo que haja tais requisitos que dificultam bastante a escolha de alguém do povo que se qualifique para representar indiretamente o que denominamos de democracia, ocorre a escolha do Presidente, que a nossa Carta Magna obriga que ele o escolha, bem como obriga que seja sabatinado pelo Senado, em que mesmo se o Senado o aceitar majoritariamente, sabatinando-o apto a exercer tal função, pode o presidente simplesmente por livre e espontânea vontade, recusar-se a nomear o sabatinado. Vemos que no exposto acima, de modo idêntico ao americano, tem o sistema de Montesquieu sendo acionado e que ele não é tão seguro e eficaz quanto aparenta ser.

O presente sistema de designação de ministros para o STF, prenunciado no artigo 101 da nossa Constituição, é análogo ao adotado nos Estados Unidos para a escolha dos juízes de sua Suprema Corte. O STF, a começar de sua redução pela tirania militar, é composto por 11 ministros, que devem, obrigatoriamente, ser designados pelo atual Presidente, e, posteriormente aprovada a escolha pela pluralidade absoluta do Senado Federal. Os ministros, portanto, exercem as funções inerentes ao cargo até a sua aposentadoria voluntária ou compulsória — esta última aos 75 anos de idade. Excepcionalmente, estão sujeitos a destituição do cargo por meio de decisão a ser proferida em procedimento de *impeachment* (artigo 52, II, da Constituição), acontecimento único no Brasil.

A Corte Suprema dos Estados Unidos, também conhecida em inglês pela sigla USSC, tem sede na capital de Washington, é o mais elevado tribunal dos Estados Unidos. Por essa perspectiva, entende-se ser um órgão de cúpula, comumente denominado como aquele que porta a maior autoridade dentro do país, para, dentre outros apanágios, deliberar sobre questões relacionadas às leis federais, até mesmo em relação à Constituição Americana (RAMOS; SILVA, 2016, p. 12).

Cabe aludir sobre a disposição orgânica dos Estados Unidos, a qual é composta pela tríade denominada de “tripartição das funções estatais” – Poder Judiciário, Legislativo e Executivo. Assim, a Elevada Corte engloba a estrutura do Poder Judiciário na esfera Federal (RAMOS; SILVA, 2016, p. 12).

As raízes desta Corte relacionam-se à própria Carta Magna Americana de 1787, já que se remetem ao único tribunal requerido pela própria Constituição. Constata-se que os outros tribunais

têm sua criação pelo Poder Legislativo dos Estados Unidos, mais conhecido como o Congresso. De acordo com sua magna carta, “o Judiciário dos Estados Unidos restará investido em uma Corte Suprema e nos tribunais ordinários que forem, em certa ocasião, estabelecidos por determinações do Congresso” (RAMOS; SILVA, 2016, p. 12).

Tais argumentos demonstram comparações implícitas em relação a nossa história de Constituição. É depreendido que as constituições, americana e brasileira, tem suas raízes e fundamentos basilares em constituições passadas de seus respectivos países, vez que quanto mais antigo sua constituição, mais alterações e mutações devem receber para melhor estabilidade e segurança. Vale ressaltar que ambos aderem ao sistema antigo anglo-saxão.

2.1 BREVE HISTÓRICO DO SISTEMA JURÍDICO ANGLO-SAXÃO

O sistema de modelo de direito anglo-saxão, conhecido por *Commow Law* veio da Inglaterra. No período de implementação deste modelo, as disputas judiciais tinham como resolução o julgamento anterior feito pelos cidadãos locais, cujo Rei quem apontava quem os representaria, este era o primitivo tribunal *Curia Regis* (GOUVEA, 2019, p. 38).

Nas comunidades com quantidade maior de pessoas, adotavam-se também as Cortes Privadas e as Cortes Francesas. Ou seja, os juízes eram tão somente meros orientadores e ajudantes que empreendiam o poder naquela região (GOUVEA, 2019, p. 38).

O Rei enviava seus nobres funcionários para as cidades que havia tais pessoas com este poder como forma de fiscalizar seus ajudantes, eram por eles chamados de juízes, de modo que não deixasse de funcionar de maneira diferente ao qual ele compreendia, daí surgiram as *Royal judges* e as *Royal courts* (GOUVEA, 2019, p. 38).

Deduz-se dos parágrafos anteriores, que novamente de modo implícito, ocorre uma breve demonstração do que mais tarde se denominaria como Controle de Constitucionalidade, e que este se desmembraria em outras diversas formas, ao qual o Estado necessitaria para melhor adaptação para com a constante evolução que viveríamos.

2.2 DOS ENTENDIMENTOS DE CARL SCHMITT VS. HANS KELSEN

Hans Kelsen era convicto de que o controle da constitucionalidade com intenção de proteger a Constituição havia de ser realizado por órgão diverso, de modo que não o próprio constituinte. Ocorre que Carl Schmitt, renomado filósofo político e jurista, narrou em 1981, em sua obra “O Guardiã da Constituição”, que defendia a defesa da constituição era função política, e não jurídica, pois cabe ao dirigente de Estado essa atribuição, vez que teria mais autonomia e neutralidade em vinculação ao Judiciário e ao próprio Governo, e desta maneira, não machucaria a democracia e seus princípios (SILVA, 2016, p. 74).

Após tal acontecimento, Kelsen publicou “Quem deve ser o guardião da Constituição”, com a única intenção de rebater o que Schmitt dizia, com o principal argumento em relação ao Chefe de Estado, pois este não teria a seu dispor do mesmo centro político que o judiciário ou funcionalismo, e em razão disso, não oferecia qualquer supremacia perante uma corte (SILVA, 2016, p. 74).

Ainda assim, não era suficiente tais defesas abordadas por Kelsen e Schmitt, vez que na prática ocorre diversas coisas fora do *script* que eles mentalizavam e entendiam. No Brasil, suas raízes e seus ordenamentos são semelhantes aos do Estados Unidos, existem diversas críticas para o modelo adotado por ambos, recaindo sempre sobre a subordinação.

Advém dos observadores desse modelo uma afirmação, que, em síntese, ao invés de gerar controle mútuo, a designação dos ministros acaba por gerar ainda mais subordinações. Para termos uma pequena noção dos riscos de subordinação ao Executivo, em 2016, oito dos 11 ministros da Corte foram indicados pelos então presidentes da Lula e Dilma, em que ambos dimanavam de mesmo partido político, o Partido dos Trabalhadores (LEMOS; TONHÁ, 2016, p. 7).

Têm-se mais um ponto muito criticado no que refere à investidura no cargo, que é a sua vitaliciedade, em que o afastamento compulsório somente dar-se-á somente na idade avançada, aos 75 anos de idade. Esta permanência tão demorada nos cargos tão poderosos acaba por afetar a alternância de poderes, comprometendo até mesmo a nossa democracia (LEMOS; TONHÁ, 2016, p. 7).

Lembra-se de a maior parte dos tribunais e cortes constitucionais estrangeiras escolhe seus futuros membros por consequência de seus conhecimentos técnicos inerentes as interpretações e discussões perante as questões constitucionais de cada país, critério bastante semelhante ao do Brasil, portanto, as maneiras de investidura diferem-se (LEMOS; TONHÁ, 2016, p.7).

Isto posto, percebe-se uma falha, até então imprevisas nos modelos adotados, que é o fermento indireto dos princípios da constituição por meio do elevado tempo de permanência em cargos mais renomados e elevados, o que poderia ser facilmente solucionado com uma emenda à Carta Magna para redução dessas regalias e vitaliciedade, que, até então, são desnecessárias.

Hans Kelsen explana que o Tribunal Constitucional atuaria como um “legislador negativo”, pois não tem o poder de legislar, porém, ao entender que uma das normas efetivamente inseridas no campo jurídico vulnera o disposto na Constituição, este tem o poder para removê-la do ordenamento pátrio (SILVA, 2016, p. 72).

Segundo o jurista Walber de Moura Agra, o Tribunal Constitucional é, nos ordenamentos constitucionais de jurisdição concentrada, incumbido de realizar a jurisdição constitucional, de modo que não seja costumaz de exercê-la nas instâncias da jurisdição ordinária (SILVA, 2016, p. 72).

Observa-se aqui, a existência de muita divergência sobre a real, ou melhor dizendo, a mais coerente forma de se regular e balancear tais poderes, pois ainda precisamos evoluir nas normas e suas reais aplicações para obtermos uma melhor segurança jurídica nacional, para, assim, tornarmos referência mundial neste quesito.

3 DAS COMPETÊNCIAS SUBMETIDAS ÀS SUPREMAS CORTES

Ante o exposto, observa-se que o Tribunal Constitucional tem por princípio a arte de zelar pela magna-carta, porém, essa competência recai em várias outras, que não são nada fácil, sendo uma delas prometer que o processo eleitoral seja capaz de retratar, verdadeiramente, o interesse da maioria

e decidir matérias constitucionais que possuam uma elevada repercussão e influência política, como por exemplo, a constitucionalidade das leis, a desagregação dos poderes, a produtividade dos direitos e garantias fundamentais, dentre outros (SILVA, 2016, p. 73).

Consequentemente, novamente tal atribuição recai no âmbito político partidário, pois pode o canônico juiz da suprema corte agir em prol do interesse daquele que o indicou para o cargo, incapacitando de ser contido ou ponderado vez que já está no mais alto cargo. Entretanto, nos Estados Unidos, tais competências podem ser concedidas a outros poderes.

Mediante leitura da Magna Carta dos Estados Unidos, sua Suprema Corte detém jurisdição em todo o solo americano, porém sua competência tem limite. Em síntese, a Suprema Corte funciona como uma espécie de “Tribunal de Apelação”, que em alguns casos é realmente a sua competência originária. Logo, grande parte de sua jurisdição consiste no julgamento de recursos contra decisões de casos advindos de suas formidáveis Cortes Estaduais ou Tribunais Federais ordinários (RAMOS; SILVA, 2016, p. 13).

Semelhantemente, nosso Supremo Tribunal Federal também jurisdiciona em todo o solo brasileiro e com suas competências definidas no artigo 102 da atual Constituição. Na mais debatida e questionada de suas atribuições, destaca-se a competência para suceder o controle concentrado de constitucionalidade, bem como a competência criminal para julgar em infrações penais comuns, o rol estabelecido no artigo 102, e, em grau de recurso, frisa-se, ainda, o recurso ordinário e o recurso extraordinário (RAMOS; SILVA, 2016, p. 13).

Subtrai-se da Corte Americana a nítida limitação de sua competência e jurisdição, sendo tais modalidades e alternativas de uso de sua Corte, como uma espécie de Recurso Extraordinário, altamente restritiva, pois requer, seja em instâncias inferiores, que ocorra a deturpação do Direito ou a sua inovação jurídica para conseguir-se utilizar de tal instância. Símil ao utilizado em nossa Corte, porém, diferentemente de lá, o nosso encontra-se atolado em meio suas pendências de julgamentos, vez que não é tão eficaz tal modelo utilizado devido a maior facilidade de acesso.

Depreende-se, conforme a nossa Carta Magna, que o órgão responsável por dar conformação de leis e demais atos políticos tem a definição clássica de Tribunal Constitucional, vez que cabem a eles a conferência, o entendimento e a solidificação. Logo, seu dever principal é dar efetividade da Magna Carta e seus conceitos abertos de interpretação (SILVA, 2016, p. 72).

Os integrantes do sumo Tribunal desfrutam das mesmas regalias dadas a todos os membros da magistratura e estão sujeitos às mesmas vedações. Destarte, lhes são garantidas a vitaliciedade, a qual é adquirida ao ingressar no Tribunal, a partir de quando o prejuízo da função será vinculado à sentença judicial, que precisará ser transitada em julgado ou *impeachment*; na inamovibilidade, o Supremo não tem a mesma influência como no primeiro grau de jurisdição, uma vez que os ministros atuam apenas naquela Corte e em nenhum outro lugar, com direito a irredutibilidade de subsídio.

Menciona o jurista Antônio Álvares da Silva, que o ideal para a atualizada seria a eleição direta, em que os partidos optariam seus candidatos, sendo estes os advogados, juízes, professores universitários e procuradores, com o empenho de indicar seus nomes para os mais elevados cargos de ministro. Tais juristas exerceriam um cargo político-jurídico, ter-se-iam o referendo da população, vez que

todo poder é exercido pelo povo e por ele emana. Contudo, se tal ideia não for da índole do Congresso, então que temporize o mandato dos ministros do STF (SILVA, 2016, p. 75).

É primordial, para que haja também renovação de ideias, esclarecer que a função do tribunal constitucional, em grande parte dos países, salvo nos Estados Unidos, tem mandato temporário. Trata-se de um tribunal especial, que não é acessório direto do Poder Judiciário, pois não aprecia casos concretos, mas sim questões constitucionais, de interesse geral do país (SILVA, 2016, p. 75).

Em comparação da nossa esplêndida Corte para com a Suprema Corte estadunidense nota-se que a jurisdição prestada por ambos é altamente eficaz, entretanto, no dia a dia, essa eficácia é mitigada pela quantidade de processos e de cabimentos que pode subir para suas Supremas Cortes, o que causa a tão questionada e odiada morosidade dos processos que para lá são recursados.

No ordenamento americano, é nos tribunais que se formam os precedentes e qualquer precedente advém de qualquer tribunal, bastando ser de solo americano e ter sua maioria. Caso a decisão não consiga a maioria, ocorre apenas um precedente persuasivo, porém, não vinculante. Ademais, cumpre salientar que este precedente vincula apenas à própria corte que o formulou e aos órgãos hierarquicamente subordinados a ela, vez que o precedente se formará sempre nas cortes de segunda instância. E apenas o precedente da Suprema Corte que vincula todos os outros, por consistir na corte mais alta do país (DE OLIVEIRA; DIAS, 2019, p. 46).

Logo, as fontes de direito nos Estados Unidos não são apenas as regras colecionadas da *common law*, mas utiliza também a sua Carta Magna, suas leis federais, bem como as estaduais. Ademais, verifica-se que os tribunais norte-americanos aplicam com mais praticidade a regra do *binding precedent*, inclusive a própria Suprema Corte, podem vir a rever tais precedentes quando expressamente, ou manifestadamente equivocados ou desatualizados com a atualidade. Assim, nota-se a transigência das regras adotadas no direito inglês pelo sistema americano (DE OLIVEIRA; DIAS, 2019, p. 45).

Ao elucubrar sobre tais aspectos supracitados, avir-se que é inescusável os esclarecimentos no tocante às competências e atribuições das Supremas Cortes pelo mundo afora. Nosso sistema e fonte de direito adotado é o mesmo de diversos outros países, quanto a isso, vale mencionar de forma breve no que concerne às técnicas de julgamento avançado e ao ativismo judicial, vez que andam lado a lado em nosso ordenamento jurídico.

4 A NECESSIDADE DO ATIVISMO JUDICIAL PARA A SEGURANÇA JURÍDICA DO ESTADO

4.1 TÉCNICAS ABSORVIDAS E ADOTADAS POR PAÍSES ESTRANGEIROS

Conforme mencionado anteriormente quanto à ligação direta entre o sistema de precedentes com o sistema de *common law*, ambos não podem se confundir. Ao mencionar a tática da *common law*, refere-se ao modelo de direito inglês, cuja característica primeira é ter a principal fonte como costumes, vindo como um escape para se opor perante o poder dado pelos reis ingleses (DE OLIVEIRA; DIAS, 2019, p. 43).

Pela técnica do *distinguishing*, cabe ao juiz juntar componentes objetivos de casos que por ventura venham a servir como potenciais precedentes, e o caso em que objetiva manejá-los. Isso concede ao juiz o poder de averiguar se os dados anteriormente fornecidos podem ser utilizados no caso concreto a ser apreciado. No entanto, subentende-se deste procedimento que existe um enaltecimento da *ratio decidendi* do precedente, que servirá para consentir sua aplicação ao acontecimento definido, se viesse a existir afinidades que justifiquem sua aplicação (DE OLIVEIRA; DIAS, 2019, p. 45).

Já o método de *overruling* permite a atualização de tais precedentes, vez que o precedente que se mostrar desatualizado para com os fatos da nova sociedade ou que se tornou errado, tolera substituição (*overruling*) por um novo precedente. Portanto, utilizar-se do *overruling* significa dizer que o tribunal *a quo* evidentemente demonstra o fim da aplicação da regra feita pelo precedente e o atualiza (DE OLIVEIRA; DIAS, 2019, p. 45).

Tais métodos adotados são de bastante importância para não errarmos com o decorrer de nossa evolução, seja evolução histórica seja do que atualmente a sociedade compreende ser normal. Essas importantes afinidades para com outros países servem para tentar conseguir um modelo exemplar para os outros países, já que somos definitivamente um misto de adoções jurídicas.

O controle de constitucionalidade é tão somente a análise de uma norma jurídica para saber se ela tem compatibilidade formal (modo de criação) e material (conteúdo) com a Carta Magna. Não importa o modelo utilizado, seja europeu ou americano, o controle de constitucionalidade baseia-se no princípio da Supremacia da Constituição, em que Constituição é superior a todas as outras normas jurídicas (RAMOS; SILVA, 2016, p. 13).

O Controle Difuso, cujo tal modelo é o utilizado pelos Estados Unidos, resguarda a supremacia da Magna Carta de modo incidental, ou seja, advém de um caso concreto e é realizado por qualquer juiz. Esse modelo de controle de constitucionalidade surgiu com o célebre caso de *Marbury vs Madison*, no qual o juiz da Suprema Corte Americana – Marshall, julgou o respectivo caso em defesa da Supremacia de sua Constituição, demonstrando, assim, a necessidade de uma verificação de compatibilidade das leis em relação ao disposto na Constituição (RAMOS; SILVA, 2016, p. 13).

Novamente, por meio de seu passado, fora criado e adotado um novo sistema de precedentes para a resguarda de sua constituição, desta vez, um exemplo de demonstração, bem como a importância de leis seguirem e respeitarem a constituição pátria. Nesses exemplos, capta-se uma liberdade do juiz perante a aceitação de tais precedentes, comumente denominado no Brasil como ativismo judicial.

Vale constatar que é movimento típico do Judiciário a orientação do texto legal, sendo essa a condição do magistrado, à luz da circunstância ali definida, advertir qual a grandeza da lei, ou seja, é preparar a orientação do texto. Segundo Karl Larenz, a acepção é “uma atividade de mediação, pela qual o intérprete traz à depreensão o senso de um texto que se lhe torna perturbado” (LARENZ, 2014, p. 439).

Mauro Cappelletti (2016) afirma que os juízes foram, com o passar do tempo, cada vez mais chamados a imiscuir-se na lei, exercendo, conseqüentemente, cada vez mais, as atividades de interpretação e incorporação, que, conforme já se referiu, são caracterizadas pela originalidade reservada do magistrado. O hermeneuta italiano, no entanto, jamais deixa pontas soltas quanto ao acontecimento verídico desse fenômeno: consoante ele, tal agigantamento do Judiciário foi uma urgência que apareceu no mundo ocidental quando da promoção do Estado de Bem-Estar.

Uma vez que o Estado vai crescendo com a justificativa de “trazer a paz” e “equilibrar” os cidadãos, a intervenção legislativa torna-se cada vez mais assídua. Os parlamentos agigantados tendem à paralisia e à intempestividade de propostas legislativas para a desenlace das demandas da sociedade – característica intrínseca do Estado de Bem-Estar. O excesso de leis que foram promulgadas tarde demais, ou muito cedo, a ponto de tornar-se obsoleta. Welfare tornou-se sinônimo de demagogia. Houve premência de transmitir “a outrem” grande parcela de sua atividade (de parlamento) – resultando na paulatina mudança do Welfare State em Estado Administrativo (CAPPELLETTI, 2016, p. 28).

Apercebe-se que, concluindo o raciocínio, as técnicas oriundas da *common law* caminham lado a lado com o controle de constitucionalidade e as subjetividades ao qual os íncultos julgadores necessitam lidar para a verdadeira e correta aplicação da lei. Tais argumentos só fortalecem a necessidade do ativismo judicial em dias atuais, desde que não seja exagerada e notadamente uma vontade privativa ao qual até mesmo deixaria de lado a legalidade de tal prática.

Na realidade, observa-se que, no Brasil, o meio adotado para a efetiva averiguação de constitucionalidade é o Controle Misto, isto é, um conchavo do Controle Difuso (Norte-Americano) com o Controle Concentrado (Europeu). De imediato, qualquer juiz ou tribunal pode acusar a inconstitucionalidade das leis ou atos normativos, sendo desnecessário qualquer limitação quanto ao tipo de processo a ser adotado. Além disso, o sistema constitucional brasileiro se concentra no Sumo Tribunal Federal a atribuição para contemplar e decidir as ações autônomas, como a bem posicionada Ação Direta de Inconstitucionalidade, a Ação Declaratória de Constitucionalidade e a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental, com destaque nas controvérsias constitucionais (RAMOS; SILVA, 2016, p. 13).

Ao adotarmos o sistema controle de constitucionalidade misto, percebemos que a principal intenção do legislado foi criar um modelo referencial para todo o mundo, utilizando-se das melhores saídas de cada um, desde que fomentado e incentivado o ativismo em razão da constituição.

No entanto, o ativismo judicial é a característica intrínseca da intenção do magistrado, posto que, como já aludido, o juiz se vê forçado, diariamente, a fazer uso de sua engenhosidade e originalidade durante sua atividade típica – seja dizendo o “cumprimento” do teor estabelecido em lei, seja na ação interpretativa, independentemente se for extensiva ou restritiva; seja dizendo “o que falta” posto que a lei se cala sobre deliberada matéria (BERTO; FERRO, 2016, p. 29).

Idealiza-se que ativismo judicial é um marco executado para se reportar a uma circunstância em que a autoridade judiciária estaria agindo para além dos poderes que lhe são conferidos pela ordem jurídica, vez que a operosidade legislativa é típica do Poder Legislativo. No entanto, contestar se essa ação do Judiciário está efetivamente afora de suas prerrogativas não parece carregar em deferência as características fundamentais apresentadas até agora do ofício do magistrado. De certa forma, é exequível decifrar essa perspectiva como uma “invasão” do Judiciário no Legislativo; contudo, é importante salientar a imprescindível presença desse ativismo judicial como garantia, inclusivamente, da conservação e amparo ao direito. (BERTO; FERRO, 2016, p. 27).

À luz da maneira constitucional brasileira, os ministros da Suprema Corte Americana são indicados pelo Presidente da República, porém, só assumem a função depois da aceitação do Senado. Em relação à incumbência, desfavorável ao sistema brasileiro, a Constituição Americana não estabelece formalidades ou prerequisites, sendo essencial, até então, uma “boa conduta” para que possam

avancar e prosseguir na função por toda sua vida ou até quando se aposentarem voluntariamente (RAMOS; SILVA, 2016, p. 14).

Os riscos inerentes à efígie de um juiz que se dispõe a ser um interlocutor de determinada corrente política na derradeira Corte norte-americana são mitigados pelos restritos poderes que um julgador individualmente possui naquele tribunal constitucional, no qual só há amplificação para laboração do magistrado em decisões colegiadas.

Tal coisa implica dizer que não existe enigma qualquer ao se dizer que o “juiz faz o direito” ou que o “juiz legisla”. A questão, no entanto, reside em outros lugares, a saber: i) qual a classe da instalação desse direito e qual a sua aceitabilidade; ii) o que legitima a iniciativa criativa do juiz, vez que ele não é designado. Antecedentemente, é necessário esclarecer que o intérprete da lei, embora goze de discricionariedade, não é dotado de plena autonomia. Contudo, da aptidão criadora de direitos do magistrado, ele tem vínculos processuais e substanciais que “encaixotam” seu invento – são limites à emancipação judicial.

Diferentemente do que acontece quando participam do andamento de geração de uma lei, cujas fundamentos quase sempre se limitam à simples observância constitucional. Por outro lado, a questão da “medida” de discricionariedade do magistrado já meio que se resolve na conexão que ele precisa dispor a lei; não deixando de se lembrar que cada circunstância tem sua característica e particularidade, o que obrigará o magistrado, muitas vezes, a apelar a princípios constitucionais antes de se decidir sobre isso (BERTO; FERRO, 2016, p. 27).

Já o assunto da legalidade do magistrado é severamente mais complexo, vez que lida juntamente as duas esferas complementares: i) o prenúncio no ordenamento da ação criativa do magistrado; e ii) a anuência do povo pela intervenção do juiz. No ordenamento jurídico brasileiro, mais especificamente nos artigos 4º e seguintes da LINDB, já desponta um desenlace para a primeira matéria. O legislador de 1942 tomou a condigna atenção de afrouxar ao magistrado a discricionariedade necessária que sua ocupação exige (BERTO; FERRO, 2016, p. 30).

Argumentos são sempre válidos. De acordo com o explanado por Cappelletti, argumenta-se que: i) há certa legalidade na presteza do magistrado, e que ela não está inteiramente alheia à benevolência da comunidade; ii) semelhante que essa validade não esteja expressa, ela é ambicionada para que se sustente um compasso mais depressa de atendimentos das demandas sociais (BERTO; FERRO, 2016, p. 30).

Notemos que a designação de magistrados para nossa mais alta corte, tanto em nosso sistema brasileiro, quanto no modelo norte-americano, é uma opção meramente política, que manifestamente é marcada pela intenção de agentes políticos responsáveis pela designação em ver nomeado para este cobiçado cargo um sujeito que de fato represente determinado senso político, na esfera da corte constitucional.

Para citarmos na prática um notável ato de ativismo judicial por parte do STF, basta avaliar o julgamento feito pelos ministros da matéria da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 4227 e da Ação proposta ao Supremo Tribunal Federal (ADPF) 132, vez que em ambos os casos tratavam sobre os direitos fundamentais homoafetivos, no que se refere à relação de união estável e suas respectivas concessões de licença. Os ministros, à época, reconheceram a união estável para casais homoafeti-

vos, usando explicitamente do ativismo judicial em prol da coletividade. Ocorre que, em 2011, não havia nada que se relaciona-se a tal caso, daí a intervenção dos ministros para as garantias e princípios fundamentais (BERTO; FERRO, 2016, p. 31).

No voto do ministro Ayres Britto fora argumentado que, segundo o inciso IV do art. 3º da nossa Carta Magna que proíbe seja qual for a discriminação em virtude de raça, sexo e cor e que nesse sentido, ninguém poderia ser discriminado ou preterido em função de sua opção sexual. Sendo a Constituição, portanto, o supremo ordenador do nosso mundo jurídico, a interpretação dos ministros terminou por alterar a extensão do texto do Código Civil (BERTO; FERRO, 2016, p. 31).

O caso acima aludido é um dos vários que passam pelo Supremo Tribunal Federal e exigem dos ministros um parecer e apreciação que “altere” a lei, um ato legal de ativismo. Não existisse tal exteriorização difundida do poder constituinte, teríamos ainda mais precariedade sobre nossos direitos fundamentais e duvidaríamos do sucesso da adoção de tais sistemas (BERTO; FERRO, 2016, p. 31).

Destarte, denotamos que é muito importante a designação de pessoal competente para assumir estes cargos de alta patente, e que o conhecimento de direito, muitas das vezes não é o suficiente, requer também um requinte de toque pessoal nos atos, para ganhar a aprovação de todos que o rodeiam e usar o ativismo judicial em prol dos cidadãos que os representam.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Por hora, chegou-se ao fim do presente artigo, atingindo sua conclusão, tendo abordado, de maneira direta e didática, que o Brasil adotou e implantou de países estrangeiros. Restou demonstrado um plano de fundo histórico da cultura americana e brasileira, que expõe um contexto que lúcido ao leitor de todos seus ângulos.

Restou demonstrado, ainda, que é imprescindível que a Constituição atual seja analisada e comparada com a norte-americana, pois devemos entender o que pode ser aproveitado e o que deve ser deixado de lado, pois são países semelhantes, porém com culturas completamente diversas. Com escopo no objetivo central deste artigo, o Brasil se beneficiou das formas adotadas de investidura e competência, ao qual absorve diversas semelhanças no que se refere às competências e investidura, bem como a existência do ativismo judicial praticado em ambos os países.

Vimos que até mesmo a disposição orgânica do Brasil se equipara à americana e diante tais semelhanças. No entanto, há de se questionar se tais modelos adotados são ideais para um povo com histórias e culturas tão diferente.

Portanto, de acordo com o que neste artigo fora explícito e esmiuçado, restou entendido mais facilmente a variedade das técnicas que o Brasil adotou dos Estados Unidos para tornar-se referência mundo afora, e, inquestionavelmente, este trabalho abordou e contribuiu muito para o melhor conhecimento das semelhanças constitucionais entre os dois países.

REFERÊNCIAS

CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes legisladores?** Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1999.

DIAS, Laci Marcos; DE OLIVEIRA, Ana Carolina Borges. Sistemas de direito e o precedente normativo. **Revista Processus**, v. 10, n. 38, p. 37-55, 2019. ISSN 2237-2342. Disponível em: <http://periodicos.processus.com.br/index.php/egjf/article/view/61>. Acesso em: mar. 2022.

FERRO, Felipe Pessoa; BERTO, Antônio Carlos Pereira. A legitimidade dos membros do supremo tribunal federal. **Revista Processus**, v. 7, n. 32, p.25-32, 2016. ISSN 2237-2342. Disponível em: <http://periodicos.processus.com.br/index.php/egjf/article/view/109>. Acesso em: fev. 2022.

GONÇALVES, Jonas Rodrigo. Como fazer um projeto de pesquisa de um artigo de revisão de literatura. **Revista JRG de Estudos Acadêmicos**. Ano II, v. II, n. 5, ago./dez. 2019.

GONÇALVES, Jonas Rodrigo. **Manual de projeto de pesquisa**. V. I. Brasília: Processus, 2019. Coleção Trabalho de Curso.

GONÇALVES, Jonas Rodrigo. **Metodologia científica e redação acadêmica**. 8. ed. Brasília: JRG, 2019.

KELSEN, Hans. **Quem deve ser o guardião da constituição**. 2013.

LARENZ, Karl. **Metodologia da ciência do direito**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2014.

LEMONS, Lucas; TONHÁ, Isabella. A investidura dos ministros do Supremo Tribunal Federal. **Revista Processus**, v. VII, n. 28, p. 4-8, out./dez. 2016. ISSN 2237-2342. Disponível em: <http://periodicos.processus.com.br/index.php/egjf/article/view/89>. Acesso em: mar. 2022.

RAMOS, Katerinny da Silva; DA SILVA, Natacha Kelly Fernandes Teixeira. A Suprema Corte Americana e o Supremo Tribunal Federal brasileiro: semelhanças e diferenças. **Revista Processus**, v. 7, n. 28, p.10-15, 2016. ISSN 2237-2342. Disponível em: <http://periodicos.processus.com.br/index.php/egjf/article/view/90>. Acesso em: mar. 2022.

SILVA, Jéssica Torres Manso. As competências de um tribunal constitucional e as competências do STF. **Revista Processus**, v. 7, n. 28, p. 70-76, 2016. ISSN 2237-2342. Disponível em: <http://periodicos.processus.com.br/index.php/egjf/article/view/95>. Acesso em: mar. 2022.

Recebido em: 18 de Abril de 2022

Avaliado em: 22 de Abril de 2022

Aceito em: 30 de Abril de 2022



A autenticidade desse artigo pode ser conferida no site <https://periodicos.set.edu.br>

1 Graduação em Gestão Pública; Graduando em Direito pela Faculdade Processus. ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-3193-7974> E-mail: joaovictordib5@gmail.com

2 Mestre em Ciência Política (Direitos Humanos e Políticas Públicas); Doutorando em Psicologia; Especialista em Direito Constitucional e Processo Constitucional, em Direito Administrativo, em Direito do Trabalho e Processo Trabalhista, entre outras especializações; Licenciado em Filosofia e Letras (Português e Inglês); Professor das faculdades Processus (DF), Unip (SP) e Facesa (GO); Escritor (autor de 61 livros didáticos/acadêmicos); Revisor; Editor. Orcid: <https://orcid.org/0000-0003-4106-8071>. E-mail: jonas.goncalves@institutoprocesso.com.br

3 Mestre em Educação; Especialista em Direito Constitucional e Processo Constitucional, em Direito Administrativo, em Direito do Trabalho e Processo Trabalhista, em Didática do Ensino Superior em EAD; Doutorando em Educação pela Universidade Católica de Brasília; Licenciado em Geografia; Pesquisador; Editor; Professor universitário; Consultor do FNDE. Orcid: <https://orcid.org/0000-0003-1849-4945>. E-mail: educadordanilocosta@gmail.com

Copyright (c) 2022 Revista Interfaces Científicas - Direito



Este trabalho está licenciado sob uma licença Creative Commons Attribution-NonCommercial 4.0 International License.