

# UM REMÉDIO MODESTO PARA O ATIVISMO JUDICIAL \*

por Gary L. McDowell

A presente resenha é sobre o texto de Gary L. McDowell. *A modest remedy for judicial activism*, publicado pela Public Interest, 67 (1982: Spring) p. 3. Os títulos originais dos capítulos, itens e subitens foram extraídos do texto para fins de orientação da tradução.

Para McDowell o assunto sobre ativismo judicial não é novo para a política americana. Enquanto que existe uma forte tendência no pensamento político americano de enxergar o judiciário como uma instituição *exterior ao Estado*. Por ser o judiciário uma instituição política, ele tem sido frequentemente alvo da fúria política. Thomas Jefferson reclamava do Chief Justice John Marshall que em suas mãos a Constituição era *nada mais do que um texto ambíguo, para ser explicado por seu sofisma para qualquer significado que poderia ser subserviente às suas maledicências pessoais*; Abraham Lincoln argumentou que o Chief Justice Roger Taney, em sua opinião do caso *Dred Scott*, tinha feito uma *violência óbvia para o plano de uma língua que não poderia errar* da Declaração da Independência; durante a era Progressiva, o Senador Robert M. LaFollette caracterizava todos os juízes federais como *pequenos tiranos e déspotas arrogantes*; e o Presidente Eisenhower é citado como tendo concluído que em sua indicação do Earl Warren como Chief Justice da Corte Suprema foi *o seu maior erro* que ele cometeu durante sua Presidência. Existe, contudo, um problema, em reconhecer a posição política da Corte. Esse reconhecimento frequentemente serve somente para manchar a importante linha entre próprio e inapropriado exercício do poder judicial. Frequentemente o debate sobre ativismo judicial e *judicial restraint* é deliberado como vazio e semeado por considerações bastante superficiais da política tais como se o *touro* foi ferido por algo pontiagudo. Isto é um erro. Apesar de o poder Judicial ter abusos, importante se torna articular como e porque, e, mais importante, como deve ser feito.

## **Limitar a jurisdição não é apropriado.**

Há poucos anos atrás nós temos visto um dilúvio de propostas do Congresso que entravam os tribunais. Muitas dessas propostas diferem pouco na forma e na substância daquelas que tem sido retratadas em cada Congresso desde as decisões contraditórias do Tribunal Warren. Em geral, os projetos de lei têm como objetivo assuntos isolados tais como desagregação escolar, aborto, e oração nas escolas públicas. Eles são, em sua grande maioria, tentativas de limitar a jurisdição dos tribunais federais em assuntos específicos.

O presente esforço do Congresso é para lidar com o ativismo judicial que é problemático em dois modos. O primeiro, eles falham em abordar o centro da questão. O problema real é não exercer o poder judicial em um caso particular, mas o exercício do poder judicial mais amplamente considerado. Em direcionando o ativismo judicial para o nível de uma decisão especificada, o Congresso vem tratando dos sintomas ao invés de tratar da causa. Esses esforços implicam que a autoridade do Tribunal não é

---

\* Traduzido do inglês por Deilton Ribeiro Brasil para uso acadêmico no Laboratório de Análise Jurisprudencial - LAJ do PPG/UGF/RJ. E-mail: deilton.ribeiro@terra.com.br

limitada, e que suas decisões podem ser levemente liberadas ou ignoradas. Tocqueville observou *que existem somente dois métodos de sobrepujar a resistência do governado: a sua própria força física e a força moral fornecida para ele pelas decisões dos tribunais*. A principal falha da maioria dos projetos de lei pendentes é que eles são imprudentes. Eles são insuficientes naquilo em que falham ao dispor das causas do ativismo judicial em um nível profundo o suficiente para fazer uma diferença permanente, e que eles são excessivos naquilo que vão tão longe o que prejudica seriamente o apropriado funcionamento do judiciário dentro da ordem política americana. Para McDowell que remédio mais bem sucedido para o ativismo judicial será o remédio procedimental.

### **O movimento em direção a abstração.**

Controlando o Tribunal através da estruturação de limites procedimentais é uma idéia amplamente aceita tanto pela teoria jurídica americana e prática. De Felix Frankfurter para Joseph Story para James Kent, de fato, todos conduzem para Alexander Hamilton que reconheceu que procedimentos jurídicos são necessários para um apropriado exercício do poder judicial. Através do fortalecimento do processo judicial o Congresso que pode levar a efeito uma legítima e segura contenção no exercício do poder judicial.

Pela enorme quantidade de ingerência judicial que se tem permitido, encoraja um movimento de atividade judicial desde decisão de casos concretos à ponderação abstrata de princípios e da definição clara de controvérsias particulares que admitem a decisão judicial para amplas considerações de questões políticas que admitem mais deliberações políticas. Há um movimento forte do concreto para o abstrato em quatro áreas do processo judicial.

Na categoria *standing* (legitimação/interesse) existe um movimento dos reclames tradicionais para um interesse jurídico concreto em direção a categorias mais abstratas *da zona de interesse*. O Tribunal se esforça em determinar se um autor em particular possui interesse suficiente na ação para requerer a tutela jurisdicional, ou melhor, o Tribunal perquire se o autor possui interesse jurídico no resultado de uma ação ou controvérsia que seria dirimida pelos Tribunais.

Na categoria *class actions* (ações coletivas) existe um movimento para uma categoria de uma definição clara de ação com uma definição restrita de um interesse jurídico comum em direção às ações com definições em aberto para abarcar mais reivindicações abstratas. O fundamento jurídico de uma ação coletiva possui grande ênfase na qualidade *legislativa* do processo judicial.

O seu objetivo é a eficiência judicial para trazer juntas partes separadas com um interesse comum onde *um ou mais podem pleitear ou contestar pelo seu direito em benefício da maioria*. O objetivo é reduzir o número excessivo de ações, além da economia processual e duração do processo. O seu efeito é proporcionar para o Tribunal o julgamento que se referem a uma inteira categoria de pessoas. Após várias reformas, as ações coletivas em seu conjunto têm se tornado um dos dispositivos mais comumente utilizados pelo judiciário que impõe a sua política para o país.

Na categoria *declaratory relief* (ações de cunho declaratório) o movimento tem sido em torno da categoria concreta que constitui um caso ou uma controvérsia para os propósitos da decisão judicial para padrões mais abstratos. Uma sentença declaratória é nas palavras de Henry Abraham, um dispositivo que permitem os tribunais de uma

maneira geral de dar um ponto final entre os litigantes, em uma controvérsia real, para julgar os seus respectivos direitos de acordo com a lei, contrato, testamento ou outro documento, sem se prender de qualquer forma a precedentes ou a reparações coercitivas.

Finalmente, na categoria *equitable relief* (de cunho equitativo) existe um drástico movimento de uma compreensão muito estreita da jurisdição equitativa como um meio próprio de reivindicar direitos concretos de propriedade para um entendimento amórfico de que equidade jurisdicional de certo modo competente para reivindicarem mais direitos abstratos tais como igualdade. Na Constituição americana, o poder judicial foi criado para se estender para todos os casos da lei e equidade.

### **Um judiciário prospectivo ou prescritivo?**

Com o sentido de tomar essa direção, antes de tudo, é necessário primeiro aguçarmos a nossa visão sobre o problema do ativismo judicial conduzindo nós mesmos para a máxima de que a Constituição é somente o que os juízes dizem que é, e que suas palavras são *vasos vazios que podem ser enchidos por qualquer coisa*. Nós precisamos recuperar a velha visão de que a Constituição possui um significado mais profundo e mais permanente do que as opiniões voláteis dos juízes. Sob esse ângulo a Constituição é compreendida como uma ideologia da teoria política que serve como padrão contra o exercício de todos os poderes do governo que podem ser medidos.

No cerne da Constituição a teoria política se assenta em uma verdade fundamental a respeito do governo popular: todos os poderes judiciais compreendendo tanto o legislativo e o executivo possuem uma natureza de ultrapassar os seus poderes. Deixando isto de lado, todos os homens políticos procurarão ir mais longe o possível para alcançar a sua meta do ponto de vista do bem estar político, e o judiciário tende para erros judiciários não menos que os outros poderes governamentais.

Os magistrados não são mais esperados para *uma raça filosófica de reis como desejava Platão* do que qualquer outro funcionário público. Enquanto que os fundadores da Constituição não tiveram nenhuma desilusão de que o judiciário era em qualquer situação uma instituição apolítica, eles estavam convencidos de que por disposições institucionais os juízes poderiam render aos assuntos de menor importância em face da pressão política na comunidade, menos do que um cidadão em suas decisões.

De fato, eles procuraram construir um poder judicial dentro de tal contexto institucional de que a política é indispensável nas funções judiciais que poderiam estar seguras e corretamente administradas e que qualquer excesso judicial poderia ser aparado.

A questão do ativismo judicial tem que ser considerada dentro do contexto da doutrina da separação dos poderes. A idéia da separação dos poderes do governo na Constituição teve dois objetivos: para prevenir a tirania se evitando uma prejudicial concentração de poder em um dos poderes, e para promover a eficiência na administração dos poderes necessária para qualquer governo.

Dentro desse contexto o judiciário foi concebido como um divisor contra os excessos que de tempos em tempos atraem a atenção da população e que podem ser traduzidos em justiça. O poder judiciário foi concebido para ser um necessário guardião dos direitos individuais e das minorias contra o peso esmagador da política que nas palavras de James Madison era chamado *um interesse da maioria autoritária*. Embora o

judiciário seja uma das muitas precauções prevista para evitar-se a inevitável tendência em governos populares que rumam a uma tirania legislativa.

A despeito de todos esses artifícios, o governo ainda é considerado o primeiro e popular senão o mais democrático. Todos os dispositivos constitucionais procuram direcionar e dominar a opinião pública, mas não bloqueá-la. A esperança era que através de filtros institucionais qualitativos mais do que simplesmente uma maioria quantitativa poderia ser expressa na lei.

Constitucionalmente, o judiciário é como Alexander Hamilton escreveu em *O Federalista*, o ramo *o menos perigoso para os direitos políticos da Constituição*. Mas se ele é somente o menos perigoso se ele realiza a sua função legítima, ou seja, o julgamento. A função do Tribunal era de patrulhar as fronteiras constitucionais dos outros poderes (o legislativo de maneira específica) e os estados e para mantê-los dentro de seus limites prescritos. O propósito de um judiciário independente era o de assegurar que os limites e a Constituição fossem respeitados.

Outro fundador James Wilson, escreveu, que os tribunais foram concebidos para serem *guardiões reais* da Constituição. Embora, a essência do poder judiciário foi originalmente concebida para ser prospectiva. O Tribunal deveria esforçar-se para tomar qualquer *decisão ativista* que poderia se engajar em um ativismo ilegítimo. Ao mesmo tempo em que sendo prospectiva e indicando os limites da Constituição, o Tribunal poderia ter um comportamento de um modo prescritivo e redefinindo os limites da Constituição e vem se tornando um reduto de uma Constituição limitada, isto se poderia tornar em outros termos a vanguarda de um poder ilimitado.

A despeito dos perigos do poder legislativo, isto foi ainda considerado pelos Fundamentos como o princípio básico do governo popular. Básico para esse princípio é a crença de sua legitimidade para o povo através da instrumentalidade do direito para ajustar, balancear ou aumentar certas instituições do governo onde isto é considerado necessário e apropriado. Isto inclui o poder legislativo para exercer algum controle sobre a estrutura e administração do executivo e os ramos do judiciário.

### **Os limites da sentença.**

Na história dos esforços de contenção na América ensina para qualquer um o seguinte: O sistema político americano opera em vantagem ao do judiciário. Respostas políticas para o que é percebido como sendo excessos do poder judiciário são tomados de suas formas. A resposta poderia ser também um plano de ação (contra uma decisão específica ou linha de decisões) ou uma resposta institucional (contra a estrutura e poderes do Tribunal).

Geralmente o plano de ação pode ter a forma de uma emenda constitucional ou uma lei para anular uma decisão. Uma resposta institucional pode geralmente fazer um esforço para exceções legais, para criar um Tribunal especializado com uma específica jurisdição, ou para fazer ajustes concernentes ao conjunto de funcionário, planos de ação, e procedimentos do ramo judiciário.

Qualquer que seja a resposta o esforço de contenção torna-se difícil por duas razões: Primeiro não faz diferença de quão ruim seja uma decisão de um caso particular ou o conjunto de decisões, que venham beneficiar pelo menos uma grande clientela politicamente feroz.

Enquanto que a maioria de uma das casas do Congresso possa fazer objeção de casos particulares da *impertinência judicial*, haverá certamente uma variedade de

objeções que poderão colocar essa questão em diferentes visões de como isto poderia ser feito. James Madison fala da teoria da *multiplicidade de interesses* que se aplicaria ao caso.

A segunda razão de contenção não é um negócio muito fácil, pois há uma consideração implícita do pensamento político americano de um judiciário independente. Em síntese, a população americana continua a ver o judiciário como o *defensor da Constituição*.

Para se obter êxito, em qualquer tentativa política de se ajustar ou limitar o poder judiciário deve ser feito através de princípios mais do que uma simples resposta facciosa.