

ENTENDENDO O ATIVISMO JUDICIAL A PARTIR DA DOCTRINA DO ACTIVE AVOIDANCE

Alan Vagner Schmidel¹

Lisiane Valéria Linhares Schmidel²

Resumo: Embora se reconheça que os modelos jurídicos que empregam o denominado “civil law” sejam identificados pelo emprego da lei e as suas codificações como fonte primária do Direito, em contraponto com o “common law” tendo o costume jurisprudencial como essa fonte, as raízes de ambos os sistemas jurídicos são comuns. Indiscutível que o Brasil busca aproximação com esse sistema, positivando a cultura dos precedentes. Não apenas isso, o Ativismo Judicial tem sua gênese no modelo jurídico de controle de constitucionalidade praticado pela Suprema Corte dos Estados Unidos da América, no sistema de “common law”, que vem sendo replicado em todos os países do “civil law”, inclusive, no Brasil. O Ativismo Judicial foi concebido nos Estados Unidos para solucionar os casos difíceis de dúvida constitucional. No Brasil, replica-se essa metodologia, mas sem a sistematização metodológica desenvolvida na cultura jurisprudencial da Suprema Corte dos Estados Unidos, que favorece muita confusão a respeito da sua natureza jurídica. Portanto, só é possível entender o Ativismo Judicial e a cultura dos

¹ Bacharel em Direito pela Universidade Federal de Mato Grosso. Mestrando em Direito pela FADISP. Associado ao Instituto dos Advogados de Mato Grosso (IAMAT). E-mail: alan@schmideleassociados.com
ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-5743-7439>
LATTES: <http://lattes.cnpq.br/3817083798903190>

² Bacharel em Direito pela Universidade de Cuiabá. Mestranda em Direito pela FADISP. Associada ao Instituto dos Advogados de Mato Grosso (IAMAT). E-mail: lisiane.adv@schmideleassociados.com
ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-9463-5485>
LATTES: <http://lattes.cnpq.br/0434366573221420>



precedentes investigando sua origem no sistema de “common law” norte-americano.

Palavras-chave: Acesso À Justiça Constitucional. Controle de Constitucionalidade. Ativismo Judicial.

UNDERSTANDING JUDICIAL ACTIVISM FROM ACTIVE AVOIDANCE DOCTRINE

Abstract: Although it is recognized that the legal models that appoint the named “Civil Law” are identified by the appointed of law and the its encodings as the primary source of the right, in counterpoint with the “Common Law” having doctrines as such a source, the roots of both legal systems are common. Indiscutable that Brazil seeks approach with this system, positivating the culture of precedents. Not only does this judicial activism have its genesis in the legal model of constitutionality control practiced by the Supreme Court of the United States of America, in the “Common Law” system, which has been replicated in all “Civil Law” countries, including Brazil. Active Avoidance was designed in the United States to solve the difficult cases of constitutional doubt. In Brazil, this methodology is replicated, but without the methodological systematization developed in the doctrines of the Supreme Court of the United States, which favors a lot of confusion on its legal nature. Therefore, it is only possible to understand judicial activism and the culture of precedents investigating its origin in the North American Common Law.

Keywords: Access to Constitutional Justice. Canon of Constitutional Avoidance. Active Avoidance.

Introdução

Muito se critica a postura ativista do Supremo Tribunal Federal no controle de constitucionalidade de políticas públicas e pro-



teção dos direitos fundamentais, tratando-a como anomalia jurídica. Esse movimento ativista, aliás, não é exclusivo do Brasil³.

Mas pouco se procura investigar as justificativas para essa postura judicial, e, como é a sua aceitação no sistema jurídico de “common law” norte-americano, precursor desse movimento.

É comum, também, identificar o ativismo judicial como anomalia ao princípio da inércia do juiz, ou, como usurpação do papel do Poder Legislativo pelo Poder Judiciário, em um movimento contra-majoritário.

Contudo, há se reconhecer que a postura tida pelo senso comum como “ativista” judicial vem sendo cada vez mais exigida para solucionar os conflitos decorrentes da positivação de direitos fundamentais, e, no caso brasileiro, sua constitucionalização⁴.

Todavia, para que possamos compreender se o ativismo judicial é uma anomalia jurisdicional ou apenas um método às vezes necessário para a solução dos conflitos, devemos investigar como funciona e qual a natureza jurídica dessa prática no seu berço: A Suprema Corte dos Estados Unidos da América do Norte⁵.

Nosso propósito não é esgotar o tema, algo impossível em um breve artigo, mas refletir sobre o ativismo judicial diretamente em sua fonte norte-americana, permitindo-nos compreender se há algum erro nesse comportamento, se a aplicação desenvolvida na Suprema Corte brasileira é correta com sua natureza jurídica, e, até mesmo se é possível replicá-la nas demais instâncias judiciais.

³ ARAGON REYES, Manuel. Ob. cit., p. 15.

⁴ BARROSO, Luis Roberto. Ob. cit., p. 6

⁵ BARROSO, Luis Roberto. Ob. cit., p. 7



2 As raízes comuns entre o civil law e common law

O primeiro passo investigativo do ativismo judicial, ciente de que suas origens remontam à aplicação jurisdicional da Suprema Corte dos Estados Unidos da América, é identificar se há algo em comum entre os modelos jurídicos do “civil law” e “common law”.

O professor Carlos Xavier, da Faculdade Educacional Araucária - FACEAR, em seu canal do youtube “Direito Sem Juridiquês” recorda com precisão que a Grã Bretanha foi domínio do império romano entre 43 e 404 d.C., ocasião em que o direito romano também foi estabelecido naquela ilha.

Podemos afirmar, portanto, que o “civil law” e o “common law” têm a mesma origem, ou seja, o direito romano.

O direito romano se desenvolveu através da solução dos conflitos pelos juízes da época, os “pretos” romanos⁶, e, a partir do século VI, o Imperador Bizantino Justiniano iniciou a sua codificação, então, essencialmente as decisões judiciais dos pretos, e, as leis aprovadas por iniciativa dos magistrado romanos.

Como recorda a professora Claire M. Germain⁷, da faculdade de direito da Universidade da Flórida, os demais países da Europa desenvolveram o Direito durante a idade média através da influência do direito canônico e direito natural nas Universidades Medievais.

Ainda assim não havia o “império das leis”, que surgiu somente após a revolução francesa, contudo, o direito romano redescoberto pelas Universidades da Idade Média foi desenvolvi-

⁶ XAVIER, Carlos. Canal do Youtube citado.

⁷ GERMAIN, Claire M. Palestra citada.



do na atividade escolar dos professores, e, concebido a partir de regras abstratas.

O direito anglo-saxão, todavia, permaneceu se desenvolvendo tal qual o direito romano da época dos pretores, a partir da produção dos juízes, caso por caso, criando regras de “costume” a partir dos precedentes judiciais.

O marco histórico da Batalha de Hastings, em 1066 d.C., quando Willian the Conqueror⁸ assumiu o trono e promoveu intensa reestruturação política e religiosa na Inglaterra criando os tribunais para o povo, fortaleceu ainda mais a produção do “direito comum”⁹, consolidado com a edição da Magna Carta de 1215 d.C., marco do constitucionalismo por representar a primeira limitação auto-impositiva do Estado (o imperador) sobre os seus súditos, permitindo a estabilidade do desenvolvimento da produção judicial do direito.

Mas o principal marco divisório entre o “direito legal” oposto ao “direito comum”, surgiu no final do século XIX com a Revolução Francesa e a transferência do Império do Monarca ao Império das Leis, influenciado pelas idéias de Jean-Jacques Rousseau, decretando o surgimento das Constituições escritas, embora por ironia do destino, a Constituição escrita dos Estados Unidos da América, ex-colônia inglesa e com tradição do “common law”, tenha produzido verdadeiramente a primeira Carta Constitucional escrita¹⁰ de uma república, em 17 de setembro de 1787.

⁸ Conhecido no Brasil como Guilherme, o conquistador

⁹ O “common law”

¹⁰ A bem da verdade, a Constituição dos Estados Unidos da América é a primeira Constituição de uma República, porque o primeiro documento constitucional, por estabelecer regras primordiais do Estado de Direito, foi a Magna Carta inglesa de 1215.



Interessante que a Constituição Norte Americana manteve expressamente a tradição da produção judicial do direito pelo “common law” ao lado da produção legislativa do parlamento, estabelecendo na seção 2 do seu artigo III que: “O Poder Judicial se estenderá para todos os casos, na Lei e Equidade, decorrentes desta Constituição, das Leis dos Estados Unidos, e Tratados elaborados, ou que serão elaborados, sob sua Autoridade”¹¹.

Notem que a Constituição dos Estados Unidos estabelece a produção legislativa com mesmo status hierárquico da produção judicial (equidade) e da produção normativa do Poder Executivo (Tratados, elaborados ou a serem elaborados) na construção do Direito daquele país, mas todos sob uma mesma autoridade, a Constituição do país, e sob uma única autoridade de interpretação, o Poder Judiciário.

E é justamente nesse aspecto, que se percebe tal como reconhecido pela professora Claire M. Germain, que a tendência natural é de que os sistemas se aproximem cada vez mais, pois a produção legislativa é uma realidade impositiva do direito moderno, não apenas nas repúblicas, como também nas monarquias constitucionais.

O que realmente distingue sobremaneira ambos os sistemas, é a garantia constitucional no “common law” da produção do Direito pelo juiz através da equidade em igualdade à produção legislativa e executiva (no âmbito dos Tratados), que no caso dos Estados Unidos é uma garantia constitucional. Isso tem influência direta, inclusive, na metodologia do ensino das faculdades de direito norte americanas. Nos Estados Unidos, por exemplo, o modelo de ensino é baseado no

¹¹ Tradução livre, texto original: “The judicial Power shall extend to all Cases, in Law and Equity, arising under this Constitution, the Laws of the United States, and Treaties made, or which shall be made, under their Authority”



“case method”¹² implementado pelo método socrático¹³, que além de reforçar suas origens no direito romano, fortalece o desenvolvimento do raciocínio lógico-argumentativo dos profissionais do Direito, para que a partir do julgamento dos casos concretos¹⁴, identifiquem os fundamentos fáticos da demanda¹⁵ e obtenham os fundamentos jurídicos¹⁶ da *ratio decidendi*¹⁷.

Há, evidentemente, um ponto de interseção entre o sistema “common law” e o sistema “civil law”, que se revela não apenas na sua origem comum ao direito romano, mas na exigência de coerência lógica do siste-

¹² “Essa metodologia fora desenvolvida em Harvard a partir de 1870 por Christopher Columbus Langdell, professor e reitor (*dean*) daquela faculdade. Tinha-se como meta reivindicar-se a respeitabilidade científica e acadêmica dos estudos jurídicos. Langdell aumentou a duração do curso para três anos, passou a exigir curso superior já concluído para candidatos, estabeleceu rigoroso modelo de exames, determinou ampliação da biblioteca, contratou professores jovens, com dedicação exclusiva. Consagra-se um enfoque formalista do Direito. O *case method* parte de prévia determinação de pesada carga de leitura para os alunos. A frequência das aulas é precedida de intenso estudo. O aluno vai preparado. Decisões judiciais são rigorosamente lidas, estudadas, digeridas. Há sabatina em todas as aulas.”. GODOY, Arnaldo Sampaio de Moraes. Ob cit., p. 3

¹³ “São as perguntas feitas pelo professor, que socraticamente dirige a aula. O nome vem da prática da filosofia grega, imortalizada nos diálogos de Platão, que nos pintou um Sócrates que perguntava o tempo todo, desconcertando seus interlocutores. Era a chamada maiêutica, o parto das ideias, pelo qual Sócrates obtinha opiniões, que em seguida comentava, ridicularizava, motejava. O professor de Direito procura fazer com que o aluno deduza princípios, regras e tendências a partir dos casos selecionados. O aluno deve descobrir a *ratio decidendi*”. GODOY, Arnaldo Sampaio de Moraes. Ob cit., p. 3

¹⁴ treat like cases alike

¹⁵ que permitirá identificar os casos semelhantes para aplicação da regra criada

¹⁶ que permitirá resolver os casos análogos

¹⁷ que é o passo a passo do raciocínio lógico partindo da premissa até sua conclusão, excluindo a parcela da fundamentação que não a compõe, chamada “obter dicta”. XAVIER, Carlos. Ob. cit. p, 149/150



ma jurídico, que o “case method” implementa pela dedução lógico-argumentativa de casos concretos para o estabelecimento da *ratio decidendi*, e, a dogmática analítica a implementa para extrair do texto legal a “norma jurídica”¹⁸, que terá a importante função de permitir a sua aplicação para resolução do conflito submetido à apreciação do Poder Judiciário.

Embora a norma jurídica seja o enunciado jurídico vinculante extraído do texto legal definindo a conduta que será observada para ditar o Direito no caso concreto (para a solução de conflitos entre particulares ou entre Estado e cidadão) ou hipotético (como nas decisões de controle concentrado de constitucionalidade), guarda certa semelhança com a *ratio decidendi* do “common law” que é reconhecida como norma jurídica casuística criadora de um princípio jurídico vinculante na aplicação aos casos semelhantes¹⁹.

Por tal razão, é perfeitamente compreensível que procedimentos adotados no sistema “common law” possam ser reproduzidos também no “civil law”, do mesmo modo, certos equívocos na sua análise, interpretação e execução.

3 A doutrina do canon of constitutional avoidance

O controle de constitucionalidade nos sistemas que adotam o “civil law” tem previsão expressa nas Constituições escritas, e,

¹⁸ “a dogmática analítica capta a norma jurídica como um imperativo despsicologizado. Para evitar confusões com a idéia de comando, melhor seria falar em um direito vinculante, coercitivo, no sentido de institucionalizado, bilateral, que estatui uma hipótese normativa (*facti species*) à qual imputa uma consequência jurídica (que pode ser ou não uma sanção), e que funciona como um critério para a tomada de decisão (decidibilidade).” FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. Ob. cit., p. 122.

¹⁹ SCHMIDT, Thomas P. & KATYAL, Neal Kumar. Ob cit. p. 2.124



desenvolveram-se a partir do conceito de “legislador negativo” estabelecido aos Tribunais Constitucionais europeus pela doutrina de Hans Kélsen²⁰, que os concebia como extensão do Poder Legislativo e instrumento para garantir a autoridade da Carta Constitucional.

No sistema “common law” norte americano, por exemplo, o controle de constitucionalidade não surgiu a partir de uma imposição legislativa, mas de uma dedução lógico-argumentativa judicial em razão da seção 2 do artigo III da Constituição dos Estados Unidos da América, que reconhece o Poder Judiciário para decidir todos os casos, na lei e equidade, sob a autoridade da Constituição.

E o papel primordial da Suprema Corte dos Estados Unidos da América como autoridade para exercer a Guarda Máxima da Constituição – embora não exerça tal função de forma concentrada²¹ como os Tribunais Constitucionais Europeus e a teoria de Kélsen – está devidamente estabelecida na seção 1 do artigo III da sua Constituição, estabelecendo que: “O Poder judicial dos Estados Unidos, será investido em uma suprema Corte, e em suas Cortes inferiores como o Congresso de tempos em tempos ordenar e estabelecer.”²²

²⁰ KÉLSEN, Hans. Ob. cit. p. 101/105

²¹ A seção 2 do artigo III da Constituição dos Estados Unidos só autoriza a competência originária da Suprema Corte nos casos que afetem Embaixadores, Ministros e Cônsuls e os que a o Estado deve ser parte, sob a ressalva da decisão de Marshall em 1803 no caso *Marbury vs Madison*. Texto original: “In all Cases affecting Ambassadors, other public Ministers and Consuls, and those in which a State shall be Party, the supreme Court shall have original Jurisdiction. In all the other Cases before mentioned, the supreme Court shall have appellate Jurisdiction, both as to Law and Fact, with such Exceptions, and under such Regulations as the Congress shall make”

²² Tradução livre. Texto original: “The judicial Power of the United States, shall be vested in one supreme Court, and in such inferior Courts as the Congress may from time to time ordain and establish.”



O raciocínio desenvolvido pelo Poder Judiciário Norte Americano, portanto, é o de que a “dúvida constitucional” autoriza a interpretação constitucional pelo juiz, caso a caso, por isso conhecido como “canon of constitutional avoidance”.

Como esclarecem os autores SCHMIDT e KATYAL: “um tribunal pode invocar o cânone da dúvida em apoio a um resultado que alcançaria sem o cânone. Mas, nesse caso, o cânone seria supérfluo. O cânone é significativo e teoricamente interessante, precisamente porque pode deslocar o que de outra forma seria a melhor leitura de um estatuto”²³.

A equidade posta em pé de igualdade à lei na Constituição dos Estados Unidos da América constitucionalizou a tradição discricionária dos juízes no “common law”, e, o raciocínio lógico-argumentativo para o reconhecimento da dúvida constitucional como autorização para o juiz extrair normas constitucionais para solucionar casos concretos, assim como está acostumado a extrair a *ratio decidendi* para identificação dos precedentes, seria um movimento mais que natural, portanto.

Note-se que, justamente o papel do juiz em produzir o Direito utilizando a equidade, lhe autoriza realizar a melhor leitura do texto constitucional²⁴ na situação casuística de conflito a ele submetida, realizando, assim, o controle de constitucionalidade da norma lhe estabelecida em conflito com a Constituição,

²³ Tradução livre. Texto original: “Of course, a court may invoke the avoidance canon in support of a result that it would reach without the canon. But in such a case, the canon would be superfluous. The canon is significant and theoretically interesting precisely because it can displace what would otherwise be the best reading of a statute.” SCHMIDT, Thomas P. & KATYAL, Neal Kumar. Ob. cit., p.2.116.

²⁴ SCHMIDT, Thomas P. & KATYAL, Neal Kumar. Ob cit. p. 2.115/2.118.



que é a única autoridade que deve ser respeitada na hierarquia da criação do Direito conforme previsto na sessão 2 do seu artigo III.

4 Active avoidance. O ativismo judicial norte-americano.

Os autores SCHMIDT e KATYAL esclarecem²⁵ que o termo “avoidance canon” abrange uma gama enorme de diferentes práticas para o controle da constitucionalidade, estabelecido a partir de raciocínio lógico-argumentativo do juiz que identifica a dúvida constitucional e produz a melhor leitura para evitar²⁶ a dúvida constitucional surgida, e, assim, solucionar o conflito instaurado.

Há três variações tipológicas para acessar o “avoidance canon”: a quantidade de distorção no estatuto normativo em conflito introduzida para “evitar” a questão constitucional; o nível da dúvida constitucional; e a natureza dessa dúvida constitucional.

A primeira variação é chamada “rewriting power”²⁷, quando o magistrado avalia sob metodologia lógica (mas totalmente discricionária) a ocorrência de “distorção” na norma entre a “leitura ideal” e a “melhor leitura”, invocando o cânone estabelecendo o estado de “dúvida constitucional” e “reescrevendo a norma” para mantê-la vigente, ao invés de revogá-la.

²⁵ SCHMIDT, Thomas P. & KATYAL, Neal Kumar. Ob cit. p. 2.115/2.122

²⁶ O termo avoidance faz todo o sentido, porque a dúvida constitucional deve ser evitada pelo juiz, e, sob esse aspecto ele controla a constitucionalidade de qualquer norma, buscando a melhor leitura que a evite.

²⁷ Poder de reescrita, em tradução livre.



A segunda variação é chamada “classical avoidance”²⁸, quando o intérprete avalia o nível da dúvida constitucional, prefere a manutenção da norma à sua invalidação (ou a invalida em nome da segurança jurídica da Autoridade da Constituição), se uma interpretação constitucional que a valide seja possível, assim, enfrentando o problema constitucional com rigor extremo²⁹. Atualmente tem sido substituída pelo “modern avoidan-

²⁸ Dúvida clássica, em tradução livre

²⁹ O célebre caso resolvido pelo juiz da Suprema Corte dos Estados Unidos, John Marshall, ao tratar do conflito instaurado por William Marbury contra o Secretário de Estado James Madison (republicano) representa com precisão essa tipologia do “rigor extremo” no “classical avoidance”: Marbury (que havia sido nomeado pelo partido federalista que havia perdido as eleições para o Republicano Thomas Jefferson, que assumiu a presidência em 1801) peticionou em desfavor de Madison diretamente na Suprema Corte por meio da ação “writ of mandamus”, requerendo que fosse ordenada a sua posse ao posto de juiz de Paz no distrito de Colúmbia, recusado por Madison, com fulcro na seção 13 do Judiciary Act, que conferia àquela corte a competência originária nessa hipótese. Marshall, ciente de que não poderia negar o direito de Marbury – que efetivamente havia sido violado – mas que corria o risco de recusa do seu cumprimento pelo Legislativo e Executivo, que era controlado pelos Republicanos (partido do Presidente Thomas Jefferson, que em razão dessa querela fechou a Suprema Corte entre 1802 e 1803, retomando-a após constatarem que esse ato arbitrário havia rompido as bases políticas para manutenção da Federação dos Estados Unidos estabelecida havia poucos anos, desde a assinatura da Constituição de 17 de setembro de 1787, ratificada em 1788 e em operação desde 1789), no ano de 1803, reconheceu o direito de Marbury à ordenação da posse e a autoridade da Suprema Corte controlar a constitucionalidade das normas, todavia, declarando a inconstitucionalidade da Seção 13 do “Juciary Act” de 1789, reconhecendo a incompetência da Suprema Corte que autorizava a postulação sob a competência originária estatuída pela referida norma, declarando absolutamente nulo o ato do Congresso que havia ampliado a competência da Suprema Corte e estabelecendo não só as bases do “judicial review”, como também, a autoridade do Poder Judiciário rever os atos do Congresso (e do Executivo) firmando a premissa que permitiria a célebre afirmação de Charles Hughes: “A Constituição é aquilo que os juízes dizem que ela é”.



ce”³⁰, que aprecia a “real inconstitucionalidade” para acessar o cânone “evitando a questão constitucional grave”, revogando a norma ou situação conflituosa inconstitucional, a partir da mera “dúvida constitucional”, ou como esclarecem os autores SCHMIDT e KATYAL:

... como uma questão da jurisdição do Artigo III, para evitar uma decisão constitucional direta parece estar em harmonia com a atitude geral de reticência em relação à adjudicação constitucional ... A versão moderna do próprio cânone abrange variados níveis de dúvida constitucional ... por mais fraca e inarticulada, ou apenas por dúvidas muito graves.³¹

A terceira variação é chamada “generative avoidance”³², quando o magistrado avalia a “natureza da dúvida constitucional”, identificando os princípios vinculativos já estabelecidos nos precedentes, mas sob novas circunstâncias, sem necessariamente uma lei nova editada, e, promove a decisão que servirá de balanço de interesses na aplicação da lei estabelecida a novas circunstâncias, permitindo a criação de novas normas constitucionais³³.

³⁰ Dúvida moderna, em tradução livre

³¹ Tradução livre: texto original: “as a matter of Article III jurisdiction, to avoid a direct constitutional ruling appears to be in harmony whith the general attitude of reticence toward constitutional adjudication ... The modern version of the canon itself encompasses varying levels of constitutional doubt ... however weak and inarticulate, or only by very grave doubts”. SCHMIDT, Thomas P. & KATYAL, Neal Kumar. Ob cit. p. 2.117.

³² Dúvida criadora, em tradução livre

³³ Este cânone permite tanto a criação de novas normas constitucionais, como pode habilitar significantes inovações na doutrina estabelecida. SCHMIDT, Thomas P. & KATYAL, Neal Kumar. Ob cit. p. 2.118.



A “generative avoidance”, por ser mais complexa, merece um exemplo esclarecedor, citado pelos Autores SCHMIDT e KATIAL. A15ª Emenda da Constituição dos Estados Unidos aboliu o preconceito de raça como restrição ao exercício do direito de voto³⁴ em 1870. A Seção 5 do Ato de Direitos ao Voto proibiu certas jurisdições com histórico de discriminação no direito ao voto de efetuar mudanças legislativas sem o aval do Advogado Geral dos Estados Unidos ou a Corte Distrital para o Distrito da Colúmbia. Referido ato foi reafirmado pelo Congresso em 1970, 1975, 1982 e 2006. O Município de Northwest Austin (localizado no Texas) reclamou ao juiz distrital para se liberar dessa condição invocando a inconstitucionalidade da Seção 5 ou que essa prerrogativa lhe estava garantida sob a Seção 3 do Ato de Direitos ao Voto. O juiz distrital negou o pedido por reconhecer a “intenção clara do legislador” em manter a restrição, todavia, a Suprema Corte reverteu a decisão sob a premissa da “prática usual” de “evitar a desnecessária resolução de questões constitucionais” e libertou o distrito da restrição considerando-o apto pela Seção 3 do Ato de Direito ao Voto³⁵.

O fundamento da Suprema Corte foi a “equal sovereignty doctrine”³⁶, que os Autores SCHMIDEL e KATIAL rotularam como uma invenção do “generative avoidance”, porque os casos citados no voto

³⁴ Amendment XV (1870): **Section 1.** The right of citizens of the United States to vote shall not be denied or abridged by the United States or by any State on account of race, color, or previous condition of servitude. **Section 2.** The Congress shall have power to enforce this article by appropriate legislation.

³⁵ SCHMIDT, Thomas P. & KATYAL, Neal Kumar. Ob cit., p. 2.129/2.130

³⁶ Doutrina da igualdade de soberania.



condutor limitavam-se às hipóteses de admissão do novo estado na União Federal³⁷, e, não após a sua admissão³⁸, ou seja, a *ratio decidendi* foi desvirtuada para abraçar uma hipótese fática não prevista no precedente.

As tipificações denominadas “rewriting power” e “generative avoidance” são denominadas como “active avoidance”³⁹, e, podem ser reconhecidas como o denominado “ativismo judicial” tão propalado pela doutrina.

Embora essa conduta judicial tenha surgido nos Estados Unidos da América, não escapa às críticas de autores como SCHMIDT e KATYAL.

A crítica de SCHMIDT e KATYAL ao “rewriting power” decorre da sua essência contra-majoritária, pois: “O primeiro e mais

³⁷ Lembremos que a Constituição dos Estados Unidos foi inicialmente firmada apenas por doze estados, ao passo que o artigo VII deixou claro que a ratificação da Convenção por ao menos nove estados seria suficiente para formar a União Federal, e, o artigo VI previa expressamente a possibilidade de sua ampliação voluntária pela inclusão de novos estados, que a partir de então passariam a ser subordinados à autoridade da Constituição Federal

³⁸ “The invention of the “equal sovereignty” doctrine in this passage was a clear case of generative avoidance. The three cases the Chief Justice cited all dealt with the “equal footing” doctrine, which provides that new states *enter the Union* on equal terms with the other states. That doctrine was expressly limited to the conditions of admission; it had never been applied to differential treatment *after* admission to the Union, so no one thought it had any applicability to the VRA. None of the parties’ briefs even raised it. Ironically, the case that most clearly established the inapplicability of the equal sovereignty principle was *Katzenbach* itself, in the precise passage the Court’s opinion quotes: “The doctrine of the equality of States . . . does not bar [Section 5], for that doctrine applies only to the terms upon which States are admitted to the Union, and not to the remedies for local evils which have subsequently appeared.”¹⁰² The *Northwest Austin* opinion cut the italicized text with an ellipsis”. SCHMIDT, Thomas P. & KATYAL, Neal Kumar. *Ob cit.*, p. 2.133.

³⁹ Dúvida ativa, em tradução livre



óbvio problema do poder de reescrita é que ele deixa no lugar uma lei que nunca passou pelo Congresso e pode nunca querer passar”⁴⁰.

Sua crítica ao “generativa avoidance” é própria do raciocínio lógico-argumentativo do “common law”, que é a distinção entre a *ratio decidendi* (holding) e a parcela da fundamentação que não serve à premissa de julgamento (*dicta*), que assegura às Cortes desenvolverem um princípio vinculativo que deve resolver um caso concreto, cujo fato decidido será a base para o reconhecimento dos casos futuros semelhantes, vinculados à esse princípio decisório estabelecido pelo julgamento (*doctrine*)⁴¹.

Enquanto a “common law” assegura que a questão legal estabelecida na doutrina (precedente julgado) será resolvida em um contexto factual concreto conduzindo a uma apreciação realística das consequências da ação judicial⁴², o “generative avoidance” permite

⁴⁰ Tradução livre. Texto original: “The first and most obvious problem with the rewriting power is that it leaves in place a law that Congress never passed and may never have wanted to pass”. SCHMIDT, Thomas P. & KATYAL, Neal Kumar. Ob cit. p. 2.118.

⁴¹ “The fusion of rationale and judgment as a structural limitation on courts is manifest in many areas of Anglo-American law. Perhaps the most obvious is the distinction between holding and dicta: only that part of the reasoning of an opinion that is necessary to the judgment is binding on future courts. The common law method assures the soundness of a legal principle by tethering it to the concrete outcome of a case. Courts develop a principle in a setting where its ramifications are evident. And, as a matter of precedent, the reasoning of an opinion is binding only as far as it is concretized in a case”. SCHMIDT, Thomas P. & KATYAL, Neal Kumar. Ob cit. p. 2.124.

⁴² A seção 2 do artigo III da Constituição dos Estados Unidos da América reconhece que a lei e o fato são as bases jurisdicionais do “common law”, por isso a Suprema Corte exerce o papel de apelação examinando o fato como espécie para a criação da *ratio decidendi*. Texto original na Constituição: “... In all Cases affecting Ambassadors, other public Ministers and Consuls, and those in which a State shall be Party, the supreme Court shall have original Jurisdiction. In all the other



a produção de um novo princípio constitucional sem vinculá-lo a uma situação de fato específica⁴³, permitindo que um advogado habilitado identifique uma nova “dúvida constitucional” a partir desse precedente tão somente em razão da própria cultura interpretativa pluralista daquele país, e, portanto, sem um fato concreto como parâmetro para o juízo de distinção⁴⁴.

Como pode se perceber, o “active avoidance” surgiu de forma natural pela provocação da atividade judicial por advogados habilitados, a partir da discricionariedade que o juízo de equidade garantido pela seção 2 do artigo III da Constituição dos Estados Unidos confere ao Poder Judiciário e à Suprema Corte para a interpretação da Autoridade da Constituição sobre qualquer norma jurídica, fato, aliás, constatado por SCHMIDT & KATIAL ao afirmarem que: **“Advogados tem um profundo impacto no que a Corte atualmente faz com os casos ... A Corte, enquanto isso, é uma instituição bastante pequena: o trabalho legal substantivo é**

Cases before mentioned, the supreme Court shall have appellate Jurisdiction, both as to Law and Fact, with such Exceptions, and under such Regulations as the Congress shall make ...”

⁴³ De certa forma, a crítica poderia ser remetida ao juízo de fato hipotético e genérico que os Tribunais Constitucionais utilizam para o controle concentrado de constitucionalidade, cujos efeitos não podem ser sentidos em sua totalidade a partir da declaração da constitucionalidade ou inconstitucionalidade da norma, mas somente depois que os efeitos dessa declaração produzirem consequências e resultados no convívio social. De certo modo, Kélsen ao idealizar a estrutura do Controle Concentrado de Constitucionalidade pelos Tribunais Constitucionais, sempre privilegiou a segurança jurídica. Há exemplos no Tribunal Constitucional Alemão de recusa em apreciar a inconstitucionalidade de uma lei, antes de se sentirem os reflexos concretos das normas jurídicas por ela desencadeadas.

⁴⁴ Uma cultura de abstração fática dos precedentes no próprio “common law”. SCHMIDT, Thomas P. & KATYAL, Neal Kumar. Ob cit. p. 2.125.



feito por nove Juízes e trinta e seis enérgicos neófitos, seus assessores legais ... Isso significa que eles naturalmente passam a confiar no briefing”⁴⁵.

Entendendo agora como surgiu e o que significa o ativismo judicial, sob a doutrina do “active avoidance”, é que investigaremos esse movimento no Brasil.

5 A influência do active avoidance no ativismo judicial do supremo tribunal federal

Manuel Aragón Reyes reconhece que há um erro comum na definição do ativismo judicial nos países que adotam o “Civil Law”, que é considerar uma ação judicial ativista as decisões judiciais fundadas em razões políticas e não jurídicas, que representa, em verdade, um erro judiciário⁴⁶. Para o jurista espanhol, ativismo judicial é: “a negligência interpretativa dos textos legais e a

⁴⁵ Tradução livre. Texto original: “Lawyers have a profound impact on what the Court actually does with a case ... The Court, meanwhile, is quite a small institution: the substantive legal work of the Court is done by nine Justices and thirty-six energetic neophytes, their law clerks ... That means it will naturally come to rely on the briefing”. SCHMIDT, Thomas P. & KATYAL, Neal Kumar. Ob cit. p. 2.154. não há destaques no original.

⁴⁶ “Pero antes de referirme a él debo aclarar que por activismo judicial no entiendo los casos, lamentables, de que en algunas ocasiones o lugares la justicia constitucional haya producido decisiones fundadas en razones políticas y no jurídicas. Eso no es activismo, sino incumplimiento grave de la obligación constitucional de juzgar conforme a derecho y no por motivos ideológicos o morales. Que los tribunales que han de aplicar la constitución puedan tener en cuenta las consecuencias políticas de sus decisiones es una cosa, perfectamente lógica, y otra distinta y rechazable es que la decisión que adopten, incluso tomando en consideración ese factor, no se argumente con razones jurídicas.” ARAGON REYES, Manuel. Ob cit. p. 15.



suplantação pelo órgão jurisdicional das competências dos outros poderes do Estado”⁴⁷.

A reflexão do jurista espanhol é uma crítica às denominadas “sentenças interpretativas”⁴⁸ que acabam por reescrever as legislações, e, sob este ponto de vista, ilegítimas por não emanadas do Congresso, assim como às ditas “sentenças estruturantes”⁴⁹, que sob pretexto de proteção de direitos fundamentais em litígios sobre políticas públicas, determina aos Poderes Executivo e Legislativo ações concretas, descaracterizando a natureza do Poder Judicial para torná-lo um órgão de controle dos poderes públicos.

Embora o jurista espanhol considere possível o ativismo judicial para os regimes jurídicos do “common law”, essa mesma críti-

⁴⁷ Tradução livre. Texto original: “Por activismo entiendo otra cosa: la laxitud interpretativa de los textos jurídicos y la suplantación por el órgano jurisdiccional de las competencias de otros poderes del Estado.” ARAGON REYES, Manuel. Ob cit. p. 15.

⁴⁸ “De este activismo judicial, de este criticable desvío de la justicia constitucional, sí que contamos con indudables ejemplos de decisiones jurisdiccionales en España y fuera de ella, que no es preciso ahora identificar, dado el carácter general de las re exiones que estoy formulando en esta parte del presente trabajo. Solo debo apuntar que de ese activismo debe huirse mediante una seria reconsideración acerca de los límites de la interpretación constitucional y de los excesos de las sentencias llamadas interpretativas, reconsideración necesaria si no se quiere poner en peligro la propia legitimidad de los órganos de la justicia constitucional”. ARAGON REYES, Manuel. Ob cit. p. 16.

⁴⁹ “El principal problema de este tipo de sentencias radica en el riesgo de desnaturalización de la función jurisdiccional, que está para controlar a los poderes públicos, pero no para sustituirlos. Y ese riesgo se encuentra unido al del mayor o menor grado de concreción de sus mandatos de hacer. Que los tribunales (me refiero ahora solo a los que ejercen la jurisdicción constitucional) en sus decisiones protegiendo un derecho han de «adoptar las medidas apropiadas, en su caso, para su conservación» (como expresa, por cierto, el art. 55.1.c de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional español en adelante LOTC) es algo claro, pacífico y debido.” ARAGON REYES, Manuel. Ob cit. p. 17.



ca também é realizada por SCHMIDT & KATIAL quanto a anomalia do “rewriting power”, ao criar uma norma que não foi concebida e pode nem ser concebida pelo congresso.

Já no Brasil temos entusiastas do ativismo judicial integrando a nossa Corte Constitucional, como o Ministro Luis Roberto Barroso, que define o ativismo judicial como uma participação mais ampla do judiciário na concretização dos valores e fins constitucionais⁵⁰, fruto das consequências da aproximação do Direito à Ética no pós-positivismo⁵¹.

A definição de ativismo judicial do Ministro Luis Roberto Barroso destoa do conceito original norte-americano, que apenas reconhece o “active avoidance” nos atos de reescrita da norma pelo juiz, ou, quando adota uma doutrina pré-estabelecida para um caso totalmente distinto sob a premissa de controlar a constitucionalidade, até mesmo quando não declara inconstitucionalidade de um ato⁵².

⁵⁰ A idéia de ativismo judicial está associada a uma participação mais ampla e intensa do Judiciário na concretização dos valores e fins constitucionais, com maior interferência no espaço de atuação dos outros dois Poderes. A postura ativista se manifesta por meio de diferentes condutas, que incluem: (i) a aplicação direta da Constituição a situações não expressamente contempladas em seu texto e independentemente de manifestação do legislador ordinário; (ii) a declaração de inconstitucionalidade de atos normativos emanados do legislador, com base em critérios menos rígidos que os de patente e ostensiva violação da Constituição; (iii) a imposição de condutas ou de abstenções ao Poder Público, notadamente em matéria de políticas públicas”. BARROSO, Luis Roberto, p. 6.

⁵¹ “Em uma cultura pós-positivista, o Direito se aproxima da Ética, tornando-se instrumento da legitimidade, da justiça e da realização da dignidade da pessoa humana. Poucas críticas são mais desqualificantes para uma decisão judicial do que a acusação de que é política e não jurídica”. BARROSO, Luis Roberto, p. 13

⁵² Rever o caso de Northwest Austin citado anteriormente



Apesar disso, podemos perceber a atividade judicial no Supremo Tribunal Federal inspirada pelo “active avoidance” norte americano em dois exemplos recentes.

Exemplo de “rewriting power” foi o julgamento em 13/06/2019 da ADO nº 26, promovida pelo Partido Popular Socialista, declarando omissão legislativa e equiparando as condutas descritas no art. 20 da Lei Federal 7.716/1989⁵³ também aos preconceitos contra a homofobia e transfobia.

É grave a decisão do Supremo Tribunal Federal nesse caso, exatamente como critica SCHMIDT & KATIAL sobre as consequências do “rewriting power”, porque na prática fez prevalecer uma proposta legislativa do Partido Popular Socialista que não foi aprovada no Congresso, como norma jurídica obrigatória, e, pior, ofendendo a garantia constitucional do art. 5º, XXXIX da Constituição Federal, segundo a qual: “não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal”.

Sob o pretexto de defender uma garantia fundamental dos homossexuais e transsexuais à sua liberdade de opção sexual, o Supremo Tribunal Federal foi induzido pelo Partido Popular Socialista a aprovar uma reprimenda criminal que ele não foi capaz de aprovar pela via democrática no Congresso Nacional.

Há uma grave anomalia nesse comportamento, mesmo para os padrões do ativismo judicial norte americano.

Exemplo de “generative avoidance” foi a decisão do Supremo Tribunal Federal no HC 166373, quando sob o pretexto de defender os princípios fundamentais da ampla defesa e contraditório

⁵³ Art. 20. Praticar, induzir ou incitar a discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional. Pena: reclusão de um a três anos e multa.



estabeleceu nulidade no julgamento criminal em que o Réu Delatado apresentou alegações finais em prazo simultâneo ao Réu Delator, ainda que não tivesse qualquer prova nova por ele apresentada.

A questão se assemelha ao “generative avoidance”, porque o princípio estatuído – contraditório e ampla defesa são violados quando o Réu Delator apresentar alegações finais simultaneamente ao Réu Delatado, por seu direito à última manifestação nos autos sobre as provas colhidas – pode ser futuramente utilizado para uma situação não prevista nessa “norma processual constitucional” criada, que, sem modificar o Código de Processo Penal pode ser deduzida por habilitados advogados para anular processos criminais em que, por exemplo, o Réu Delatado for ouvido antes do Réu Delator, ou, as testemunhas do Réu Delatador for ouvidas após as do Réu Delator.

A *ratio decidendi* do julgamento pode ser utilizada em casos futuros de forma totalmente diversa da premissa utilizada, e, portanto, uma “dúvida constitucional ativa e sempre criadora”.

O “active avoidance”, portanto, é o movimento de ativismo judicial da Suprema Corte dos Estados Unidos, que não guarda qualquer relação com as “sentenças estruturantes” como reclama ARAGON REYES, senão quando a cominação imposta pelo controle de constitucionalidade determinar a reescrita da lei orçamentária, por exemplo, para ser executada a política pública tida por omissa, caracterizando “rewriting power”.

Do mesmo modo, a declaração de inconstitucionalidade com base em critérios menos rígidos defendida por BARROSO só pode ser considerada ativismo judicial quando implicar a criação de princípios constitucionais que poderão ser observados futuramente por situações não previstas no fato jurídico que foi analisado para sua



elaboração, caracterizando “generative avoidance”, ou, até mesmo “rewriting power”.

O controle constitucional de políticas públicas, portanto, só será ativista se reescrever a norma orçamentária ao justificar a “omissão” contestada, caso contrário, será um dever do juiz em razão da constitucionalização dos direitos fundamentais, ou, um erro judiciário ao proferir decisão política e não jurídica, como citado por ARAGON REYES.

O ativismo judicial é evidentemente invocado de forma incorreta não apenas no Brasil, mas em todos os países que adotam o “Civil Law”, porque não é difundido com o conceito original da doutrina norte americana, que é restrita às modalidades do “active avoidance”, que representa na verdade uma ampliação na natureza do “canon of constitutional avoidance”, de apenas uma ferramenta para “evitar a dúvida constitucional” declarando a constitucionalidade ou inconstitucionalidade das normas submetidas ao exame judicial, para uma ferramenta na tomada de decisão constitucional⁵⁴.

O que comumente se denomina por “ativismo judicial” é na verdade as consequências da constitucionalização dos direitos fundamentais, riscos que Hans Kelsen já previa, quando afirmava que: “... Poder-se-ia interpretar as disposições da Constituição que convidam o legislador a pautar-se pela justiça, a equidade, a igualdade,

⁵⁴ “The Court generally defends the avoidance canon as a species of judicial restraint. But the only thing the avoidance canon “avoids” is the invalidation of a statute. Recent history makes clear that the avoidance canon does *not* avoid a constitutional decision; it is, rather, a tool of constitutional decisionmaking. When a court considers a constitutional challenge to a statute, the choice it faces is not whether to “avoid” or “engage in” constitutional adjudication; the choice is which form of constitutional adjudication is more suitable in the circumstances”. SCHMIDT, Thomas P. & KATYAL, Neal Kumar. Ob cit. p. 2.164.



a liberdade, a moralidade etc como orientações relativas ao conteúdo das leis.”⁵⁵

Precisamente a equidade, que é garantida na Constituição dos Estados Unidos, mas não nas Constituições que adotam o “Civil Law”, como a brasileira, é a “desculpa” para a flexibilidade com que se deparam as Cortes Constitucionais atualmente em razão da constitucionalização de direitos fundamentais, que não é propriamente “ativismo judicial”, como já explicado.

Mais uma vez Kelsen nos socorre para definir o que significa esse movimento das “sentenças estruturantes” e “interpretativas” em se tratando de políticas de direitos fundamentais:

... não é impossível que um tribunal constitucional, chamado a deliberar sobre a constitucionalidade de uma lei, a anule por ser injusta, uma vez que a justiça é um princípio constitucional, que esse tribunal deve aplicar. Mas aí a potência do tribunal seria tal que deveria ser considerada simplesmente insuportável.”⁵⁶

Considerações finais

Indiscutível que as raízes comuns do direito romano para os sistemas do “civil law” e common law”, e, acima de tudo, a positivação da tradição da equidade na produção do Direito constitucional dos Estados Unidos garantido pelo artigo III da sua Constituição, além da origem do direito constitucional em duas Cartas Institucionais de países de tradição jurídica anglo-saxã – Inglaterra, com a

⁵⁵ KÉLSEN, Hans. Ob. cit. p. 119.

⁵⁶ KÉLSEN, Hans. Ob. cit. p. 120.



Magna Carta de 1215 d. C. e Estados Unidos da América com a primeira Constituição escrita de uma república, em 1787 – nos permitem buscar na tradição daquele sistema a fonte de pesquisa para o aprimoramento institucional e jurídico de nosso sistema judicial de tradição “civil law”.

No entanto, o que se denomina comumente por “ativismo judicial” é no mais das vezes decisões políticas e não jurídicas, que ARAGON REYS exemplarmente qualifica como erro judiciário, ou, quando muito, solução difícil sobre omissão dos Poderes Executivo e/ou Legislativo na efetivação de direitos fundamentais constitucionalizados.

Ativismo judicial só poderia ser assim estabelecido, quando as decisões tomadas reescrevessem as normas vigentes, ou, estabelecessem princípios vinculantes criando novas normas constitucionais que poderiam ser aplicadas em casos futuros de forma diversa da originalmente estabelecida na situação fática decisória.

E a conduta de ativismo judicial, por si só, não é louvável nem mesmo nos Estados Unidos da América do Norte, onde há diversos críticos. No entanto, naquele país, não é apenas a tradição “common law” que assegura aos juízes utilizarem a equidade para decidir, mas o próprio artigo III da sua Constituição.

Diversamente, o artigo 5º da Constituição brasileira incorpora apenas a soberania da lei para a criação do Direito, sendo erros judiciários quaisquer decisões tomadas ainda que de forma reflexa pelo uso da equidade, como o exemplo citado da criminalização da homofobia e transfobia, que em verdade representou a manipulação do Supremo Tribunal Federal pelo partido político autor da ADO nº 26 que não foi capaz de criar aquela norma penal pela via democrática do Congresso Nacional.



Contudo, é importante reconhecer no “active avoidance” sua construção lógico-argumentativa fruto da *praxis* decisória e educacional dos Estados Unidos, e, a possibilidade de não representarem anomalias por completo quando reproduzidas na atividade judicante brasileira.

O “rewriting power” quando aplicado a um caso de omissão ou violação aos direitos fundamentais previstos na Constituição brasileira não representariam anomalia, se a dedução lógico-argumentativa da norma jurídica constitucional que visasse a defesa desse princípio constitucional tomasse o cuidado de não violar o direito fundamental do Poder Executivo administrar e gerir um orçamento equilibrado e responsável, cabendo ao juiz o compartilhamento da responsabilidade pela gestão do orçamento público na solução dessa questão.

Do mesmo modo, o “generative avoidance” é criticado nos Estados Unidos porque estabelece um princípio vinculativo de um fato específico em situação diversa da inicialmente prevista, representando uma abstração da situação fática concreta estabelecida, como no exemplo citado por SHCMIDET & KATIAL, mas, que seria perfeitamente admissível dentro da premissa de um sistema jurídico coeso e uma Federação isonômica entre os estados federados.

O “generative avoidance” *de per si* não seria anômalo apenas por ser utilizado para estabelecer normas vinculantes para fatos futuros, algo perfeitamente admissível na hermenêutica para criação de normas jurídicas no “civil law”, desde que, estabelecidos com precisão os limites de seu alcance jurídico, que restou extremamente falho no julgamento do HC 166373.

Em verdade, o sistema jurídico “common law” nos ensina algo comum de ser esquecido nos países positivistas: a necessidade



do estabelecimento de raciocínio lógico-argumentativo sobre a casuística dos efeitos concretos que a norma jurídica criada pela decisão judicial impactará na sociedade, e, portanto, exige o esquecimento da abstração jurídica que é a ausência da hipótese fática para o controle concentrado de constitucionalidade, ou, a impossibilidade do reexame dos fatos (ainda que estabelecido sob a incontrovérsia do debate jurídico concluído nas instâncias ordinárias) na apreciação do recurso extraordinário com repercussão geral como controle difuso de constitucionalidade.

Referências bibliográficas

ARAGON REYES, Manuel. El futuro de la Justicia Constitucional. **Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional**. Palma (Illes Balears): 2019, v. 23, p. 11/41. Disponível em: <<https://recyt.fecyt.es/index.php/AIJC/article/view/73075/44046>>. Acesso em: 26 ago. 2019.

BARROSO, Luis Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. **(SYN)THESIS**. Rio de Janeiro: 2012, v. 5, p. 23/32. Disponível em: <<https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/synthesis/article/view/7433>>. Acesso em: 20 set. 2019.

DAHL, Robert A. Tomada de decisões em uma democracia: A Suprema Corte com uma entidade formuladora de políticas nacionais. **Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: v. 252, 2009, p. 25/43. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/issue/view/560>>. Acesso em: 20 set. 2019.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. **Introdução ao Estudo do Direito: Técnica, Decisão, Dominação**. São Paulo: Atlas, 2003, 4ª Edição.



GERMAIN, Claire M. The Global Student's Introduction to the Law of the United States. Palestra para a University of Florida. Video disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=HSnu6FrB0xc&list=WL&index=5&t=475s>>. Acesso em: 28 set. 2019.

GODOY, Arnaldo Sampaio de Moraes. Educação jurídica nos EUA prepara para o conflito. **Revista Consultor Jurídico**. São Paulo: 2011, Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2011-fev-16/educacao-juridica-eua-forma-profissional-prefere-conflito>>. Acesso em: 20 nov. 2019.

KELSEN, Hans. A Garantia Jurisdicional da Constituição (A Justiça Constitucional). Tradução de Jean François Cleaver. **Revista de Direito Público IDP**. Nº 1, 2003, Doutrina Estrangeira. p. 90-130. Disponível em: <<https://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/direi-topublico/article/view/1401>>. Acesso em: 08 set. 2019.

MARSHALL, John. **Decisões constitucionais de Marshall**. Tradução de Américo Lobo Leite Pereira, Brasília: Ministério da Justiça, 1997.

NELSON, Willian. E. Marbury v. Madison: the Origins and Legacy of Judicial Review. **Lawrence: University of Kansas Press**, 2000, p. 56.

PRESIDÊNCIA REPÚBLICA. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em: 29 nov. 2019.

SCHMIDT, Thomas P. & KATYAL, Neal Kumar. Active Avoidance: The Modern Supreme Court and Legal Change. **Harvard Law Review**. Cambridge, MA, USA: v. 128, 2015, p. 2.109/2.165. Disponível em: <https://harvardlawreview.org/wp-content/uploads/2015/06/vol128_katyal-schmidt.pdf>. Acesso em: 20 set. 2019



SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Consulta ao processo digital ADO nº 26**. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4515053>>. Acesso em: 30 nov. 2019.

———. **Consulta ao processo digital HC 166373**. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5607116>>. Acesso em: 30 nov. 2019.

UNITED STATES SENATE. **Constitution of the United States**. Disponível em: <https://www.senate.gov/civics/constitution_item/constitution.htm>. Acesso em: 29 nov. 2019.

XAVIER, Carlos. Common law e civil law - aprendendo Direito com o rei Arthur e Napoleão Bonaparte. **Canal do youtube “Direito Sem Juridiquês”**. Curitiba. Vídeo disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=24RaJWYNABc>>. Acesso em: 18 set. 2019.

———. **Teoria do Processo Civil “Sem Juridiquês”**. Curitiba. (apostila) Disponível em <<http://institutoangelicum.rds.land/ebook-introducao-dirsemjur>>. Acesso em: 18 set. 2019.

