

ARQUIVO JURÍDICO

REVISTA JURÍDICA ELETRÔNICA DA UFPI

VOLUME 7, N. 2

ISSN 2317-918X
PERIÓDICO ACADÊMICO
SEMESTRAL. TERESINA - PI, V.7,
N. 2 JULHO / DEZEMBRO 2020.

JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA E ATIVISMO JUDICIAL NO BRASIL E NOS ESTADOS UNIDOS: UMA ANÁLISE DO CONTROLE JURISDICIONAL BRASILEIRO E AMERICANO

JUDICIALIZATION OF POLICY AND JUDICIAL ACTIVISM IN BRAZIL AND IN THE UNITED STATES: AN ANALYSIS OF BRAZILIAN AND AMERICAN JURISDICTIONAL CONTROL

Edith Maria Barbosa Ramos

Pós-doutora em Direito Sanitário pela Fundação Oswaldo Cruz - FIOCRUZ/Brasília/DF. Doutora em Políticas Públicas pela Universidade Federal do Maranhão. Mestre em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais. Graduada em Direito pela Universidade Federal do Maranhão. Professora do Departamento de Direito da Universidade Federal do Maranhão. Professora e Vice-Coordenadora do Mestrado em Direito e Instituições do Sistema de Justiça da Universidade Federal do Maranhão. Coordenadora do Núcleo de Estudos em Direito Sanitário (NEDISA/UFMA). Professora e Pesquisadora da Universidade do CEUMA - UNICEUMA. Bolsista do BEPP/FAPEMA. Membro Convidado da Rede Ibero-Americana de Direito Sanitário e da Associação Lusófona de Direito da Saúde - ALDIS.

Pedro Trovão do Rosário

Doutor em Direito (Direito Constitucional e Político). Diretor do Departamento de Direito da Universidade Autónoma de Lisboa e Vice-Presidente da Fundación Universitária Internacional. Doutor Honoris Causa pela Universidade Latino Americana e do Caribe (ULAC). Membro Internacional da Comissão de Direito à Educação na Seccional da OAB/RJ e Membro Emérito da Comissão de Estudos de Direito Comparado da OAB/RJ. Investigador registrado na Fundação para Ciência e a Tecnologia (FCT). Advogado no escritório Trovão do Rosário & Associados, Sociedade de Advogados.

Karla Cristiane Pereira Vale

Mestranda em Direito e Instituições do Sistema de Justiça pela Universidade Federal do Maranhão - UFMA. Pós-graduanda em Gestão do Sistema Prisional pela Universidade Estadual do Maranhão - UEMA. Pós-graduanda em Ciências Criminais pela Universidade Anhanguera. Professora do Instituto Maranhense de Ensino e Cultura - IMEC. Professora da Faculdade Santa Terezinha - CEST. Supervisora da Gestão de Alvarás da Secretaria de Estado de Administração Penitenciária do Maranhão - SEAP/MA. Membro do Núcleo de Estudos em Direito Sanitário - NEDISA/UFMA.

RESUMO: Com o advento do Neoconstitucionalismo, a partir da segunda metade do século XX, observou-se no Brasil e no mundo a ascensão do protagonismo judicial, o que é revelado por meio dos fenômenos da judicialização da política e do ativismo judicial. O Judiciário vem sendo lançado a deliberar sobre as mais diversas demandas da vida política, social e econômica, deliberando sobre assuntos, que a princípio seriam reservados ao campo de atuação das esferas políticas, Executivo e Legislativo. No exercício da jurisdição constitucional, objetivando tutelar direitos fundamentais e garantir a efetivação da norma constitucional, o Supremo Tribunal Federal vem, em certa medida, causando desequilíbrios institucionais, muitas vezes violando o princípio estruturante da Separação dos Poderes. Deste modo, o presente artigo objetiva analisar a judicialização da política e o ativismo judicial à luz do direito brasileiro com exemplos e experiências trazidas do direito estadunidense, identificando suas origens e as principais causas. Para alcançar o escopo da presente pesquisa utilizou-se o método dedutivo, com a apropriação histórica de conceitos fundamentais. Para o levantamento de informações e estruturação da fundamentação teórica, os principais procedimentos de coleta de dados foram bibliográfico e documental.

PALAVRAS-CHAVE: Ativismo judicial; Judicialização da política; Suprema Corte Americana; Supremo Tribunal Federal brasileiro.

ABSTRACT: With the advent of Neoconstitutionalism, from the second half of the twentieth century, the rise of judicial protagonism was observed in Brazil and in the world, which is revealed through the phenomena of the judicialization of politics and judicial activism. The Judiciary has been launched to deliberate on the most diverse demands of political, social and economic life, deliberating on matters, which at first would be reserved for the field of action of the political, Executive and Legislative spheres. In the exercise of constitutional jurisdiction, aiming to protect fundamental rights and guarantee

the effectiveness of the constitutional rule, the Federal Supreme Court has, to a certain extent, caused institutional imbalances, often violating the structuring principle of the Separation of Powers. Thus, this article aims to analyze the judicialization of politics and judicial activism in the light of Brazilian law with examples and experiences brought from American law, identifying its origins and the main causes. To achieve the scope of this research, the deductive method was used, with the historical appropriation of fundamental concepts. For collecting information and structuring the theoretical foundation, the main data collection procedures were bibliographic and documentary.

KEYWORDS: Judicial activism; Judicialization of politics; American Supreme Court; Brazilian Supreme Court.

Submetido em março de 2020. Aprovado em dezembro de 2021.

INTRODUÇÃO

O mundo moderno, sobretudo as democracias ocidentais, assistem uma ascensão do Poder Judiciário, atuando como protagonista da vida política, econômica e social das democracias ocidentais. Protagonismo antes reservado aos demais poderes do Estado.

No Brasil, com o advento da Constituição da República de 1988, o Supremo Tribunal Federal deixou de ser apenas um órgão chancelador de decisões do Legislativo e do Executivo, passando a adotar uma postura ativa, deixando de ser um simples coadjuvante e com vistas a concretização dos novos preceitos constitucionais e, principalmente, a efetivação de direitos fundamentais (CAMPOS, 2014).

Muito desse protagonismo judicial deve-se a lentidão e omissão dos agentes políticos no governo e no parlamento, em responder as demandas de uma sociedade cada vez mais exigente. Deve-se considerar ainda o desprestígio da classe política, assim como as frequentes restrições orçamentárias, o Estado brasileiro vem encontrando inúmeras dificuldades para efetivação do Texto Constitucional brasileiro de 1988.

Nesse cenário, o Judiciário vem sendo chamado cada vez mais para atuar como garantidor da nova ordem constitucional, considerando que nos últimos anos o Supremo Tribunal Federal - STF deixou de ter um papel de mero espectador da vida nacional, assumindo o papel de protagonista a partir decisões de natureza mais diversa, de questões de natureza administrativas, invadindo a mérito e a discricionariedade reservada ao administrador, às questões de natureza política, reservadas a ampla discussão dos representantes do povo nas Casas Legislativas.

Demandas de natureza estritamente política vêm sendo levadas ao Judiciário, ocorrendo uma verdadeira Judicialização da Política. De mesmo modo, demandas de natureza meramente administrativa vêm sendo deliberadas pelo Judiciário. Essa ampla atuação do STF nos últimos anos, apesar de em alguns momentos ser necessária, muitas vezes avança sobre as esferas de atuação reservadas a outros poderes, causando um verdadeiro desequilíbrio institucional.

Para Barroso (2012) o protagonismo judicial é fruto da Judicialização da Política, que por sua vez leva ao Ativismo Judicial. Esse fenômeno vem se repetindo nas principais democracias ocidentais, podendo ser analisado como sinal de maturidade democrática e efetivação das normas constitucionais. Mas, por outro lado, quando utilizado sem razoabilidade pode levar a uma disfunção sistêmica entre os poderes constituídos, tornando-se um grande risco para a própria democracia.

Vale ressaltar que Ativismo Judicial e Judicialização da Política são termos próximos, mas tecnicamente distintos, pois enquanto o primeiro refere-se a questões de proatividade, de postura dos agentes jurídicos, buscando sempre a efetivação de direitos fundamentais e garantias previstas na Constituição e na legislação; a judicialização da política trata de fenômeno observado nos últimos anos que levou ao Judiciário a discussão de temas originalmente de competência do Executivo e mais comumente de competência do Legislativo.

A Judicialização da política, destarte, é um processo sociopolítico por meio do qual o poder constituinte ou parlamentar atuam ampliando a área de desempenho dos tribunais, juridicizando setores da vida política, social e econômica que antes não estavam sujeitos à ação judicial. (BASILONE LEITE, 2014).

Com suas raízes na jurisprudência da Suprema Corte norte-americana, o ativismo é compreendido como uma participação mais ampla, eficaz e intensa do Poder Judiciário, visando a efetivação de preceitos estabelecidos nas constituições, muitas vezes, ultrapassando os limites originalmente concebido à jurisdição, invadindo as esferas do Legislativo e do Executivo.

Nesta senda, os Estados Unidos são o principal palco da discussão em torno do papel dos juízes e cortes no sistema político em que operam e o berço do próprio ativismo judicial. (CAMPOS, 2014). Vale ressaltar que a atuação da Suprema Corte Americana é tão marcante que não há a menor dúvida de que essas decisões definiram agendas políticas e sociais daquele país por décadas (FACCHINI NETO, 2018). Com base nessa afirmativa, é crucial entendermos o debate norte-americano para só assim analisarmos o fenômeno do ativismo no Brasil.

A partir disso, objetiva-se com o presente estudo fazer uma análise do ativismo judicial e da judicialização da política sob a luz da atuação do STF e relacioná-lo com a atuação da Suprema Corte Americana e seus mecanismos de controle de constitucionalidade, apontando críticas a possíveis desvios que possam afetar os limites de atuação dos poderes do Estado.

Em razão disso, a presente pesquisa utilizou o método de dedutivo, com a apropriação histórica de conceitos como judicialização da política, ativismo judicial e constitucionalismo. Para o levantamento de informações, os principais procedimentos de coleta de dados foram bibliográficos e documentais (LAKATOS, 2007). Para o levantamento bibliográfico foram utilizados artigos obtidos em diferentes bancos de dados e indexadores, publicados na íntegra em português, espanhol e inglês, acessados de forma gratuita. Ademais, foram selecionadas revistas científicas na área do Direito Constitucional Comparado com extratos elevados, qualis A e B, tendo como descritor de buscas, os termos: judicialização da política; ativismo judicial; Brasil e Estados Unidos na América - EUA.

Para cumprir o procedimento de coleta de dados foram analisados documentos oficiais e textos normativos expedidos por organismos nacionais de ambos os países, bem como documentos internacionais que tratam da temática da judicialização. O conjunto de documentos e textos normativos coletados contemplou tratados, constituições, declarações, legislações e normas infralegais. Foram, assim, considerados válidos os documentos e textos normativos que permitiram o levantamento de informações no campo das dimensões indicadas na configuração do objeto pesquisado. Destaque-se que se procurou superar posturas metodológicas rígidas, demarcando a análise em diversas variáveis contextuais, quais sejam, jurídica, social, econômica e política, a fim de que se evitasse considerações maniqueístas e sem objetivação científica e se conseguisse empreender uma investigação socialmente situada.

Diante da metodologia apresentada, o presente artigo foi estruturado da seguinte maneira: No primeiro capítulo e seus desdobramentos analisa-se a relação do Poder Judiciário brasileiro, assim como será feita uma breve análise acerca dos mecanismos de controle de constitucionalidade e a judicialização da política à luz do princípio da Separação de Poderes. Posteriormente, no segundo capítulo, será analisada a "*judicial review*" estadunidense e o fenômeno ativismo judicial brasileiro, fazendo um breve paralelo entre os institutos. Interessante notar que cada país possui um desenho institucional e social

diferente, sendo essas questões de significativa importância quando se buscam as raízes da judicialização.

1 O PODER JUDICIÁRIO BRASILEIRO E SEUS MECANISMOS DE CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE

O processo de judicialização da política tem como marco consolidador no Brasil a promulgação da Constituição da República de 1988 e a consequente implantação do regime democrático de governo, na qual foram instituídos vários instrumentos processuais que estenderam a margem de interferência do cidadão nas decisões e ações estatais pela via judicial, tais como a ampliação do rol de sujeitos legitimados para ajuizar ação popular e ação direta de inconstitucionalidade, incluído, neste caso, o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, partidos políticos, confederações sindicais e entidades de classe de âmbito nacional, o que ampliou a “comunidade de intérpretes da Constituição”, a expansão do rol de competências do Ministério Público; a criação do mandado de injunção e do mandado de segurança coletivo (BASILONE LEITE, 2014).

Posto esse novo cenário houve uma explosão nas contendas constitucionais no país. Outro grande reflexo na judicialização da política foi o fato da Carta Constitucional brasileira de 1988 outorgar ao STF um número impressionante de competências e instrumentos decisórios.

Apesar da nova ordem constitucional inaugurada no Brasil em outubro de 1988, a Corte Constitucional não incorporou de forma imediata em suas decisões as novas diretrizes implantadas com o novo momento constitucional, dando impressão que manteria o recente passado de passivismo judicial, o que pode ser explicado pelo fato que nos primeiros anos da vigência da Constituição o STF era inteiramente composto por ministros nomeados durante a ditadura militar, com características autorrestritivas.

Contudo, à medida que o século XXI se aproximava, e com a nomeação de novos ministros de tendências ativistas, essa cultura jurisprudencial ligada ao positivismo estrito e deferência aos demais atores políticos, foi cedendo espaço a uma nova prática de ideias neoconstitucionalistas, favoráveis ao avanço do papel da Corte como agente transformador da realidade social. Atualmente, dado ao teor de inovação, complexidade e profundidade de suas decisões, o Supremo Tribunal Federal é considerado uma das Cortes com maior protagonismo no mundo.

No Brasil, com a redemocratização e o advento de uma Constituição analítica, na qual buscou-se assegurar, ainda que de forma limitada, uma gama imensa de direitos fundamentais e sociais, o Judiciário, em especial o Supremo Tribunal Federal passa a ter um papel fundamental na concretização das normas constitucionais, chegando atualmente no exercício de sua atividade jurisdicional, a se sobrepor sobre as esferas de atuação reservada inicialmente aos outros Poderes, em especial ao Legislativo.

Outra questão é a adoção de mecanismos de controle de constitucionalidade pelo Poder Judiciário, que no caso brasileiro é um dos mais abrangentes do mundo, pois mescla os sistemas: americano e europeu. Ou seja, o controle difuso e incidental, bem como o

controle das ações diretas, como Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADIN), Ação Direta de Constitucionalidade (ADC), Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) e a Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão (ADO). Já pelo modelo estadunidense, estrutura-se no controle incidental, onde qualquer magistrado ou Tribunal pode deixar de aplicar uma lei ao caso concreto, caso considere a lei inconstitucional.

No modelo europeu, predomina o controle exercido por ação direta, que permite que determinadas matérias sejam levadas à apreciação direta e em tese imediata ao Supremo Tribunal Federal. Soma-se a esse modelo, no Brasil, o grande número de legitimados para propositura de tais ações junto à Suprema Corte, criando-se um ambiente favorável a ativação da jurisdição constitucional, em que qualquer questão moral ou politicamente relevante é levada para apreciação no Supremo Tribunal Federal, levando-o ao protagonismo político e social, observado nos últimos anos.

Nesse novo contexto, o STF passou a analisar e decidir tema de alta sensibilidade política como a verticalização de coligações partidário-eleitoral (ADIs 3685 e 3686); quantidade de vereadores por municípios (RE 197.917); cláusulas de barreiras (ADIs 1351 e 1354); fidelidade partidária (MS 30.459) entre outras.

Na mesma pegada, a Corte não deixou de se debruçar sobre questões morais ultrasensíveis, como pesquisas com células troncos embrionárias (ADI 3.510), uniões homoafetivas (ADPF 132), políticas de cotas raciais e socioeconômicas (ADPF 186), descriminalização de aborto de fetos anencéfalos (ADPF 54), e no campo da moralidade administrativa vedou a prática do nepotismo (Súmula Vinculante nº 13).

Essa atuação proativa da Suprema Corte, sobretudo quando realiza o controle de constitucionalidade, passou a integrar o cotidiano do brasileiro, em face do seu grande alcance na vida social, repercutindo com grande destaque nas mídias de massa. Essa postura mais ativa é bastante elogiada por grande parte da doutrina, mas também encontra ferrenhos críticos que enxergam no ativismo judicial uma interferência indevida na atividade legislativa e administrativa, constitucionalmente reservada aos outros Poderes, enfraquecendo o princípio constitucional da Separação dos Poderes, uma vez que acaba por quebrar a harmonia entre os três Poderes, afetando diretamente a princípio democrático, que é basilar do Estado brasileiro.

Visto como um dos críticos do ativismo judicial, o professor Ramos (2010) afirma que o ativismo judicial é um fenômeno que ultrapassa os limites da função jurisdicional. O autor utiliza o termo "moralismo jurídico", que segundo ele, contribui ainda mais para o sufocamento do Poder Legislativo, já prejudicado pelo excesso de edição de medidas provisórias pelo Poder Executivo. O autor afirma também que o Poder Legislativo pode ter seu espaço invadido tanto por decisões ativistas (em sede de controle de constitucionalidade), tanto por decisões excessivamente criativas). Diante disso, faz-se necessário analisar a judicialização da política sob a ótica do princípio da Separação dos Poderes, como será observado a seguir.

1.1 A judicialização da política à luz do princípio da separação dos poderes

O Estado de Direito surge a partir da prévia jurisdicização e institucionalização do Poder em uma Carta Política, inaugurando o movimento constitucionalista, que inovou no que tange a organização estatal, submetendo todo o Estado a uma Constituição, nascendo assim o Estado Constitucional, vinculado à primazia do Texto Constitucional e dos seus princípios, submetido ao estruturante Princípio da Separação dos Poderes. A Constituição brasileira de 1988 trouxe a previsão do referido princípio em seu artigo 2º, ditando que “são Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário” (BRASIL, 1988).

Esse princípio, nos moldes conhecidos hoje, é oriundo do pensamento iluminista do XVIII e correligionário do Estado Democrático de Direito, preconizando que o Poder antes absoluto e concentrado na figura do soberano deveria ser exercido por órgãos distintos, independentes e harmônicos, com seus titulares gozando de garantias, com cada órgão interferindo minimamente na atividade atribuída ao outros órgãos, com mecanismos necessários para frear e inibir qualquer tipo de abuso de poder, mecanismos esses conhecidos como sistemas de freios e contrapesos, sendo este princípio tão importante e decisivo para legitimidade do Estado de Direito.

Diante de determinado preceito constitucional, é imperioso afirmar que a função preponderante de cada poder admite certo grau compartilhamento. Entretanto, seu núcleo essencial não pode ser exercido por outro poder que não seja o competente, de forma a evitar interferência indevida na alçada de outra instituição, prática vedada nas constituições democráticas e núcleo essencial da Teoria de Montesquieu em sua obra “O espírito das Leis” de 1779.

Assim é vedado ao Judiciário interferir nas atribuições essenciais das outras funções estatais a ponto de descaracterizar-se, e de garantir da Constituição seja ele próprio o violador. A necessidade da separação dos poderes não só distingue a funções do Estado, mas consagra também o sistema de freios e contrapesos, caracterizado por um mecanismo de controle recíproco entre os Poderes.

Ocorre que, atualmente, diante das constantes transformações sociais, não podemos nos apegar ao rigorismo de teorias sem compreender que, embora se trate de um instrumento importante para a manutenção da democracia, diante da sociedade complexa em que vivemos, exige-se a criação de mecanismos e/ou outras ferramentas que acabe agregando novos valores¹ ou uma nova roupagem ao princípio da Separação dos Poderes.

Nesse mesmo sentido, Capelleti (1993) ensina que um dos grandes aspectos contribuidores para o desenvolvimento da judicialização da política atualmente, reside no *déficit* normativo, o qual não acompanha o grande crescimento das demandas da sociedade civil moderna, corroborando assim, para a transferência desses conflitos na seara jurídica, e conseqüentemente, acaba fazendo com que o órgão julgador faça as vezes de legislador.

1 “O Princípio da Separação dos Poderes ainda se mostra caro e de extrema importância ao desenvolvimento das democracias no século XXI, contuso, é certo que não podemos fechar os olhos à sua nova roupagem, ando-lhe o valor necessário sem que fiquemos presos a conceitos erigidos sob uma sociedade que não mais espelha a complexa realidade político-social contemporânea” (FERREIRA. Eber de Meira. Poder Judiciário, Ativismo Judicial e Democracia. Tese (Mestrado em Direito.) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo – USP. São Paulo, 2014. p. 43).

1.2 A judicialização da política e o ativismo judicial brasileiro após o advento do neoconstitucionalismo

Várias razões justificam a judicialização da política e o ativismo judicial enquanto fenômeno que atinge as democracias modernas, e uma delas é a crise no sistema jurídico. Em virtude disso, há o que podemos chamar de razões político-estruturais, ou seja, o constitucionalismo moderno.

Com o advento do constitucionalismo moderno, a partir da segunda metade do século XX, observou-se no Brasil e no mundo a ascensão do protagonismo judicial, que é revelado através dos fenômenos da judicialização da política e do ativismo judicial. A nomenclatura do tema já sugere inovações, algo que venha transformar o direito, entretanto como pondera o ministro Luiz Roberto Barroso (2014, p.189), “tudo ainda é incerto, pode ser um avanço ou uma volta ao passado, pode ser um movimento circular ou uma guinada de 360 graus”.

O Neoconstitucionalismo busca concretizar os direitos fundamentais, e postulados agasalhados nas Cartas Constitucionais. Num cenário de tantas injustiças e insegurança a adoção de um novo parâmetro constitucional foi essencial para a efetivação do direito.

Diante disso, Facchini Neto (2018) disciplina que a legislação adquire novas características, com normas de textura mais abertas e a incidência de conceitos indeterminados, sendo oportunizado pelo *welfare state* e a ideia de acesso à justiça.

No Brasil com o advento da Constituição da República de 1988, implantou-se (teoricamente) com certo atraso em relação à Europa, um modelo de bem-estar social, fruto do jogo de forças políticas travado pelas mais diferentes correntes durante a Assembleia Constituinte, momento no qual as forças denominadas “progressistas” desenharam um projeto institucional mais incisivo politicamente.

A partir de tal pensamento, cada vez mais o Poder Judiciário vem sendo lançado a se posicionar sobre as mais diversas demandas da vida política, social e econômica, deliberando sobre temas, que a princípio, seriam reservados ao campo de atuação das esferas políticas e passando a então a ter papel ativo na efetivação das diretrizes das Constituições, permitindo-se, muitas vezes, aos juízes a interferência nas políticas públicas através da atividade jurídica. A função constitucional do Poder Judiciário, até então mero aplicador formal da legislação, passa a ser de agente transformador da vida social, exigindo do administrador público, a efetivação de políticas públicas discutidas e aprovadas no âmbito do Poder Legislativo, garantindo que tais políticas atendam aos interesses dos cidadãos.

Noutra banda, foi a partir do modelo neoconstitucionalista que ocorreu o modelo de transformação da hermenêutica constitucional, com base em vertentes filosóficas e decisões com efeitos *erga omnes*, no caso do STF. Assim, é possível afirmar que o neoconstitucionalismo foi um dos fatores responsáveis pela releitura da Separação dos Poderes, pois a doutrina neoconstitucionalista permitiu a flexibilização do princípio já mencionado, possibilitando, em alguns momentos, que o Poder Judiciário recorresse a interpretações subjetivistas despidas de tecnicismo.

2 A “JUDICIAL REVIEW” AMERICANA E O FENÔMENO ATIVISMO JUDICIAL BRASILEIRO

Tassinari (2013) defende em sua obra “Jurisdição e ativismo judicial: limites da atuação do Judiciário” que é interessante estudar a atuação do Poder Judiciário nos Estados Unidos por, pelo menos, três motivos: primeiro, porque foi no seio da tradição jurídica estadunidense que surgiram as discussões sobre ativismo judicial; segundo, porque, em face da insurgência do constitucionalismo democrático no Brasil pós Constituição de 1988 e a conseqüente mudança produzida no que diz respeito ao papel assumido pela jurisdição, a doutrina brasileira passou a incorporar a expressão ativismo judicial, algumas vezes acompanhada (senão fundamentada) pelos aportes teóricos norte-americanos; terceiro – e, porque é importante analisar quais as possibilidades de realizar esta transposição de teorias ao Direito brasileiro.

Para a doutrina norte-americana, o termo “ativismo” surgiu numa publicação da Revista *Fortune*, revista não-jurídica, por Arthur Schlesinger Jr, em artigo intitulado *The Supreme Court: 1947*. No referido artigo, o autor classificou os juizes da Corte em: (i) juizes ativistas com ênfase no direito das minorias e das classes mais pobres (Justices Black e Douglas); (ii) juizes ativistas com ênfase nos direitos de liberdade (Justices Murphy e Rutledge); (iii) juizes campeões da autorrestricção (Justices Frankfurter, Jackson e Burton); e (iv) juizes representantes do equilíbrio de forças (balance of powers – Chief Justice Fred Vinson e Justice Reed) (CAMPOS, 2014).

Para Carvalho, a intervenção política da Suprema Corte americana é, muitas vezes, hiperdimensionada por vários autores do direito público e por cientistas políticos, pois o número de intervenções, em sede de ativismo, não sustenta o *status* de “supercorte”, como sustentam os escritos sobre o tema (CARVALHO, 2007).

A origem do ativismo judicial na Suprema Corte Americana data do início do século XIX, mais precisamente em 1803 com o julgamento do famoso caso *Marbury v. Madison*, uma vez que William Marbury e outros secretários haviam sido nomeados no apagar das luzes do governo de John Adams e não tinham sido investidos na função no governo de Thomas Jefferson. Diante de tal recusa, Marbury utilizou a Seção 13 do *Judiciary Act* de 1789, que havia outorgado à Suprema Corte a competência originária para julgar o *mandamus* contra autoridades públicas como secretários de estado de governo federal (CAMPOS, 2014, p. 51).

A Suprema Corte norte-americana declarou a inconstitucionalidade de lei federal pela primeira vez e deixou de aplicar a Seção 13 do *Judiciary Act*, nascendo assim mecanismos de controle de constitucionalidade, que logo seriam adotados nas Constituições mundo afora. A face ativista dessa decisão está no fato de que Constituição 1787 não prevê a utilização de tais mecanismos, sendo o *judicial review*, como chamado na doutrina estadunidense, fruto da atividade interpretativa da Suprema Corte perante a força normativa da Constituição.

O referido julgado fundou a possibilidade de revisão judiciária de atos dos outros ramos do Estado: i) a Constituição está acima das leis ordinárias, ii) sempre que houver contrariedade destas com aquela, compete às Cortes dar aplicação à lei primordial, iii) ao fazê-lo, cabe ao Judiciário interpretar as leis, exercendo as atribuições dispostas na

Constituição, embora esta não disponha abertamente sobre tal pronunciamento (OLIVEIRA, 2018, p. 80).

Por sua vez, alguns argumentos contrários à *judicial review* foram elencados nas seguintes hipóteses: (i) a Constituição, ao prever a cláusula de supremacia não disse que em lugar algum os demais ramos do direito não teriam um espaço constitucional de atuação e autoridade, pois não há na Constituição Americana qualquer autoridade para rever as decisões do Congresso; (ii) a circunstância de que a invalidação, pelo Judiciário, de atos emanados dos outros departamentos agride a separação dos poderes, o que pode ser designado por dificuldade contramajoritária da revisão judicial; (iii) o fato de que as decisões do Judiciário não estão sujeitas a controle eleitoral (desenhando assim os limites das decisões do Legislativo e do Executivo numa espécie de verdadeira prestação de contas) (OLIVEIRA, 2018, p. 83).

A segunda fase do ativismo judicial nos Estados Unidos é marcada pela filosofia política do capitalismo *laissez-faire*, responsável pela mudança paradigmática no âmbito de atuação interpretativa da Corte Constitucional Americana. Momento este em que juízes declararam inconstitucionais várias leis que regulavam a economia em detrimento da liberdade contratual¹.

Num terceiro momento, as decisões da Suprema Corte Americana já assumem uma feição similar à desenvolvida pelo Supremo Tribunal Federal: a reafirmação das liberdades civis. Neste momento, embora tenha ocorrido o fim da fase conservadora, o ativismo permanece num caráter de natureza progressista.

Para Carlos Alexandre de Azevedo Campos, “em vez da garantia aos direitos de propriedade e liberdade de contrato da classe econômica dominante, passou-se a priorizar a proteção das liberdades civis, principalmente, dos mais desprotegidos e menos favorecidos” (CAMPOS, 2014, p. 66).

Conhecida como Corte *Warren* (1953 a 1969), várias decisões históricas foram proferidas em sede de direitos processuais de réus criminais, o direito à igualdade de tratamento de grupos menos favorecidos e direitos de liberdade de expressão e religião.

Um fator importante a ser analisado é o sistema jurídico norte-americano ou o sistema *common law*. Nesse sistema a decisão judicial tem duplo papel, o primeiro papel é o de aplicação do Direito ao caso concreto, fazendo coisa julgada, o outro papel consiste no valor dado às decisões das Cortes de Apelações e Cortes Superiores, como precedentes a ser analisados quando de novas decisões em casos similares. Nesse sistema, os precedentes, a jurisprudência, equivalem ao que é a lei e a Constituição para o sistema romano-germânico ou *civil law*.

A maioria dos países, incluindo o Brasil, por influência do milênio direito romano e mais recentemente por influência do direito alemão, adotou o sistema romano-germânico. Nesses sistemas os órgãos julgadores verificam a adequação de determinada conduta à lei, utilizando-se dos métodos de interpretação e integração nas situações onde configurarem-se lacunas, com decisão fazendo coisa julgada apenas para o caso analisado, em regra, não

1 De 1895 a 1937, período conhecido como “governo dos juízes” foi marcado pelo conservadorismo e dotada de um forte componente político de caráter intervencionista no campo das escolhas políticas do legislador, a Corte declarou inconstitucionais várias leis federais e estaduais de caráter regulatório e social, que dispunham sobre salários mínimos, limites de horas diárias e semanais de trabalho (como no caso dos padeiros na “*Era Lochner*”) etc.

vinculando julgadores em situações futuras, ainda que a decisão tenha sido emanada de Tribunais Superiores.

No sistema *common law*, o julgador realiza a análise de adequação do caso concreto aos precedentes vigentes emanados pelas cortes de apelações, em caso de lacuna o julgador de primeiro grau utilizar-se-á das técnicas de interpretação e integração. Em caso de processos de integração e interpretação emanadas das cortes de apelações originarem decisões inovadoras, estas tornam-se precedentes para futuros julgamentos. Assim a integração de lacunas no sistema norte-americano assemelha-se a atividade legislativa, diferente do que ocorre no nosso sistema de justiça.

Ainda sobre o sistema *common law*, Ramos disciplina que nele adota-se uma conceituação ampla de ativismo judicial, envolvendo a atividade interpretativa do aplicador oficial do Direito ou a integração de lacunas, bem como as situações em que o magistrado extrapola os limites impostos pelo legislador. (RAMOS, 2010)

Analizadas brevemente as características de cada sistema, é de fácil compreensão que o ativismo judicial, assim como a judicialização da política tenham encontrado terreno fértil nos Estados Unidos, a proximidade entre a função jurisdicional e legiferante concentram-se muitas vezes em um único órgão, as Cortes Superiores, criando normas jurídicas a ser aplicadas em situações futuras.

Ramos e Oliveira Júnior fazem uma diferença crucial entre os sistemas brasileiro e americano, pois enquanto o ativismo norte-americano parece ter por objeto a contenção da atividade legislativa, o ativismo brasileiro não visa à contenção de excessos cometidos por outros Poderes, mas sim à compensação da inação do Poder Legislativo e Executivo, na implementação de determinados direitos previstos na Constituição ou em resposta a certos reclamos do corpo social (RAMOS, OLIVEIRA JUNIOR, p. 372).

2.1 O PROCESSO DE FORMAÇÃO DO CONTROLE JURISDICIONAL DA LEGISLAÇÃO AMERICANA

A Constituição Americana de 1787 adotou o princípio da Separação dos Poderes tendo por essencial a independência e, ao mesmo tempo, a fiscalização entre os três poderes, de forma a proporcionar para cada um deles a função constitucional de controle sobre os demais. Porém, é imperioso ressaltar que os americanos não tratam sobre a separação dos poderes de forma direta, pois a Constituição de 1787 disciplina sob a horizontalidade entre os poderes do estado e a capacidade de invalidarem leis e atos normativos sob a incidência de um controle de constitucionalidade (TROVÃO, RAMOS, 2019, p. 9).

Outra questão importante é o fato de quem o controle jurisdicional norte-americano não foi previsto constitucionalmente. Ademais, a referida Corte não enfrenta questões jurídicas em abstrato, sendo que dificilmente determina um resultado final. Na verdade, o que ocorre é uma orientação para o tribunal inferior a fim deste emitir uma nova consideração para o caso. (BAUM, 1987). Vale ressaltar que BAUM (1987, p. 12), afirma que a Suprema Corte é um órgão político, e como parte integrante do governo, são instituições políticas por definição.

Com base nisso, Carvalho analisa alguns aspectos do controle de constitucionalidade norte-americano disciplinado que: (i) a Corte só enfrenta questões in concreto; (ii) questões como o número de juízes e suas qualificações são fixadas por lei ordinária em vez de especificadas na Constituição; (iii) a escolha dos juízes passa pelo crivo do Senado, cabendo a este a homologação feita pelo Presidente; (iv) o Congresso, os litigantes e a própria Corte influenciam a pauta de julgamento, sendo que esta última pode abster-se de uma decisão final sobre qualquer assunto que seja parte de sua competência facultativa; (v) a pré-seleção de casos e (vi) a faculdade de escolher os casos que quer julgar aliada à capacidade de conceder a legitimidade da propositura de uma ação torna a Corte Suprema norte-americana capaz de estabelecer estratégias de escolha de casos (CARVALHO, 2007).

2.2 O ATIVISMO JUDICIAL ENTRE CONSERVADORES E LIBERAIS

Em alguns julgados da Suprema Corte Americana, a depender do que está em análise e da composição de seus membros, é notório a mudança de posicionamento dos seus membros. Com base nesta informação, percebe-se que a história do ativismo judicial nos Estados Unidos é marcada por um duelo político-ideológico entre conservadores e liberais pela alma da Suprema Corte. (CAMPOS, 2014, p. 60). Baum classifica conservadores e liberais de acordo com três categorias: liberdade, igualdade e regulação econômica (BAUM, pg. 112).

Conservadores e liberais divergem sobre determinados temas e os graus de intervenção do Estado em certos setores como economia, federalismo, aborto, ações afirmativas etc. Mas entre eles há um ponto em comum: ambos são dispostos a utilizar o ativismo judicial para avançar suas agendas político-ideológicas e são igualmente dispostos a atacar juízes e cortes quando não é a sua agenda que está sendo posta em prática (CAMPOS, 2014).

Porém, além de representar um tema que envolve por vezes assuntos políticos, o embate entre conservadores e liberais no contexto norte-americano é diferente do brasileiro, este último voltado às questões garantistas e o modelo americano utilizado mais como estratégia política dos presidentes para avançar seus ideais governistas do que para a garantia de direitos e liberdades fundamentais da população dos Estados Unidos, sobretudo das minorias desprotegidas (CAMPOS, 2014; TASSINARI, 2013).

RAMOS e OLIVEIRA JUNIOR, afirmam que liberalismo e conservadorismo são conceitos imprecisos, pois determinados juízes podem ser liberais ou conservadores a depender do tema em questão (p. 355).

3 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Por todo exposto, conclui-se que a utilização do ativismo judicial acarreta sérios prejuízos à manutenção do Estado Democrático de Direito, tendo em vista que o órgão julgador utiliza-se de sua discricionariedade para decidir nos casos em que falta

regulamentação, embasando-se em suas próprias convicções e/ou vivências, extrapolando assim os limites impostos pelo Princípio da Separação dos Poderes.

Diante disso, verificamos que o Ativismo Judicial e a Judicialização da Política traduzem uma noção de comportamento exorbitante de competência por parte Judiciário, adquirindo a princípio, uma feição negativa, pois a politização da Corte é prejudicial ao próprio Poder Judiciário por trazer descrédito à sua atuação, sendo questionada, em alguns momentos, a falta de tecnicismo e a fragilidade teórica das decisões, sendo motivadas com base apenas em utopias e em termos genéricos e com interpretações ambíguas.

Entretanto, é imperioso ressaltar que não se pode negar, de maneira absoluta, os benefícios experimentados pela sociedade com o comportamento proativo do Judiciário, diante das omissões danosas dos Poderes Legislativo e Executivo no que atine à concretização dos direitos fundamentais.

Nos Estados Unidos não há a menor dúvida de que as decisões da Suprema Corte definiram agendas políticas e sociais daquele país por décadas, embora seja temeroso utilizar o referido como parâmetro pois como analisado no presente artigo, os Estados Unidos são um caso à parte no que tange no que diz respeito ao controle de constitucionalidade.

Cabe ressaltar que, críticas a determinadas decisões do Judiciário também são cabíveis, sobretudo aquelas que afetam o equilíbrio constitucional dos Poderes, pois estes devem atuar de forma colaborativa na consecução dos direitos dos cidadãos, não extrapolando os limites impostos na Constituição.

Interessante notar que, quando exercido dentro dos limites constitucionais, o ativismo judicial é essencial a qualquer sociedade. Num cenário de evolução rápida e constante não se admite mais um judiciário apático, ele deve ser o garantidor da adoção de políticas públicas, pelos demais poderes, que visem efetivar direitos fundamentais.

Porém, mesmo levando em conta a alta complexidade da nossa atual sociedade, a qual deu margem ao Poder Judiciário assumir uma posição mais proativa em determinadas situações, isso não implica, necessariamente, na abertura de precedentes para a criação de direito, a ele cabendo interpretar a norma constitucional dentro dos limites estabelecidos na Constituição, sob o risco de atuar como legislador negativo.

REFERÊNCIAS

BARROSO, Luís Roberto. O novo direito constitucional brasileiro: contribuições para construção teórica e prática da jurisdição constitucional no Brasil - 3. Reimpressão. – Belo Horizonte: Fórum, 2014.

BARROSO, Luis Roberto. Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática. [Syn]Thesis, Rio de Janeiro, vol.5, nº 1, 2012.

BASILONE LEITE, Roberto. O papel do juiz na democracia: ativismo judicial político x ativismo jurisdicional: 500 anos de autoritarismo e o desafio da transição para a democracia no Brasil contemporâneo. São Paulo: LTr, 2014.

BAUM, Lawrence. A Suprema Corte Americana. Ed. Forense-Universitária. Rio de Janeiro: Forense, 1987 (tradução Élcio Cerqueira).

BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Em busca de um conceito fugidio – o ativismo judicial. In; FELLET, André Luiz Fernandes; PAULA, Daniel Gioti de; NOVELINO, Marcelo (orgs.). As novas faces do ativismo judicial. 2. Ed. Salvador: Juspodivm, 2013, p. 387-341.

BRASIL, 1988. Constituição da república Federativa do Brasil. Brasília, DF: Presidência da República, [2016]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 10 nov. 2019.

CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo Campos. Dimensões do ativismo judicial do STF. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

CAPPELLETTI, Mauro. Juízes legisladores? Porto Alegre: S.A. Fabris, 1993

CARVALHO, Ernani Rodrigues de. Em busca da judicialização da política no Brasil: apontamentos para uma nova abordagem. Rev. Sociol. Polít., Curitiba, 23, p. 115-126, nov., 2004.

CARVALHO, Ernani. Revisão Judicial e judicialização da política no direito ocidental: aspectos relevantes de sua gênese e desenvolvimento. Ver. Sociol. Política, 28, p. 161-179, jun., 2007.

EUA. Constituição dos Estados Unidos da América. Edição Bilingue: Português/Inglês. Editora Wohnrecht, 2015. E-book

FERREIRA, Eber de Meira. Poder Judiciário, Ativismo Judicial e Democracia. Tese (Mestrado em Direito.) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo – USP. São Paulo, 2014.

LAKATOS, Eva Maria. Metodologia científica. São Paulo: Atlas, 2007.

LIMA, Flávia Santiago. Antonin Scalia: conservadorismo e coerência na Suprema Corte dos EUA. Justificando, 2016. disponível em <http://www.justificando.com/2016/02/16/antonin-scalia-conservadorismo-e-coerencia-na-suprema-corte-dos-eua/> Acesso em 12/10/2019

FACCHINI NETO, Eugênio . O protagonismo do judiciário no mundo contemporâneo e algumas de suas razões. Revista Novos Estudos Jurídicos – Eletrônica. Vol. 23 – nº 1 – Jan. – Abr. 2018.

OLIVEIRA, Rodrigo Moraes de. Juízo e prisão: ativismo judicial no Brasil e nos Estados Unidos. Porto Alegre: Boutique Jurídica, 2018.

TASSINARI, Clarissa. Jurisdição e ativismo judicial: limites da atuação do Judiciário. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

RAMOS, Paulo Roberto Barbosa; ROSÁRIO, Trovão Pedro do. Galileu – Revista de Direito e Economia. Vol. XX. Fascículo 01 – 30 de jan. – 11 de junho 2019.

RAMOS, Paulo Roberto Barbosa (Org.). Direito Constitucional Americano. São Luís: EDUFMA, 2016.

RAMOS, Elival da Silva. Ativismo Judicial: Parâmetros Dogmáticos. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

VIARO, Felipe Albertini Nani. Judicialização, ativismo e interpretação constitucional. Interpretação constitucional no Brasil. São Paulo: Escola Paulista da Magistratura, 2017.