



JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA E ATIVISMO JUDICIAL: ESTUDO COMPARADO ENTRE O BRASIL E OS ESTADOS UNIDOS

JUDICIALIZATION OF POLICY AND JUDICIAL ACTIVISM: COMPARATIVE STUDY BETWEEN BRAZIL AND UNITED STATES

Márcia Haydée Porto de Carvalho *¹
Fernanda Carvalho Ferraz **²
Juliane Silva Santos***³

RESUMO:

O presente artigo tem como objetivo conceituar os fenômenos da judicialização da política e do ativismo judicial, a fim de diferenciá-los, e com isso analisar a partir de quando começaram a surgir e a aumentarem suas ocorrências no Brasil. Visa-se também avaliar o papel do Supremo Tribunal Federal no atual contexto do país. Da mesma maneira, busca-se fazer tal análise e avaliação em relação aos Estados Unidos da América, a fim de realizar um estudo comparativo para pontuar as principais semelhanças e diferenças destes fenômenos nos dois países. Para alcançar o escopo proposto, com relação à metodologia utilizada, adotou-se a revisão sistemática. O artigo demonstra que o Brasil se insere no contexto mundial de expansão dos poderes e autoridade do Judiciário observado em diversos países e que, por isso mesmo, vem tomando decisões de cunho cada vez mais político e com isso assumindo um espaço vazio deixado pelo Legislativo e Executivo. Já nos Estados Unidos percebe-se o fenômeno contrário, em que a ação do Judiciário, mais especificamente a ação da Suprema Corte é no sentido de conter a atividade legislativa. A partir desse artigo deseja-se fazer uma reflexão sobre o processo de expansão verificado com os poderes do Supremo e como este órgão tem se comportado em relação àquilo que acontece nos Estados Unidos, quais as principais diferenças e como tais podem contribuir para o Brasil.

Palavras-chave: Judicialização. Política. Ativismo. Supremo Tribunal Federal. Jurisdição Constitucional.

ABSTRACT:

This article aims to conceptualize the phenomena of judicialization of politics and judicial activism, in order to differentiate them, and with this analyze from when they started to occur and their occurrence increased in Brazil. It also aims to analyze the role of the Supreme Court in the current context of the country. In the same way, it seeks to do so in relation to the United States of America, in order to carry out a comparative study to point out the main similarities and differences of these phenomena in the two countries. To achieve the proposed objective, in relation to the methodology used, a systematic review was adopted. The article demonstrates that Brazil is part of the global context of expansion of the powers and authority of the Judiciary that has been observed in several

¹ Doutora em Direito pela PUC/SP. Promotora de Justiça no Maranhão. Professora Associada II do Departamento de Direito da UFMA, onde leciona na graduação em Direito e no Mestrado em Direito e Instituições do Sistema de Justiça. E-mail: marciahaydee@uol.com.br.

² Advogada. Mestranda em Direito e Instituições do Sistema de Justiça pela Universidade Federal do Maranhão – UFMA. Especialista pelo Centro Universitário de Araraquara – Uniara. Bacharela em Direito pelo Centro Universitário de Brasília - Uniceub. E-mail: fernandacarvalhoferrazadv@gmail.com.

³ Advogada. Mestranda em Direito e Instituições do Sistema de Justiça pela Universidade Federal do Maranhão – UFMA. Especialista em Direito Penal pelo Centro Universitário Leonardo da Vinci. Bacharela em Direito pela Universidade Federal do Maranhão. E-mail: julianejolie7@gmail.com.



countries, and that for this very reason it has been taking increasingly political decisions and thus assuming a space that has been left vacant by the Legislative and Executive powers. In the United States, the opposite phenomenon can be seen, in which the action of the Judiciary, more specifically the action of the Supreme Court, is aimed at containing legislative activity. From this article, we want to reflect on the expansion process verified with the powers of the Supreme Court and how this body has behaved in relation to what happens in the United States, what are the main differences and how they can contribute to Brazil.

Keywords: Judicialization. Policy. Activism. Federal Court of Justice. Constitutional Jurisdiction.

1. INTRODUÇÃO

Segundo o art. 1º da Constituição Federal, o Brasil é uma República Federativa constituída por um Estado Democrático de Direito, que tem como fundamentos básicos a soberania, a cidadania, a dignidade da pessoa humana, os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa e o pluralismo político.

Além disso, a União, corporificadora do Estado Federal brasileiro, é regida pelo instituto da separação dos poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, harmônicos e independentes entre si (ver art. 2º, CF).

Ao Judiciário sempre coube papéis destacados ao longo da história pátria, como se deu a partir da edição da Constituição de 1891, com a solidificação do federalismo, quando o Supremo Tribunal, então denominado Supremo Tribunal de Justiça, passou a ter competência para intermediar conflitos entre o poder central e as ordens jurídicas parciais, ganhando força e visibilidade.

Tal decisão política decorreu da adoção do constitucionalismo democrático, com a Constituição feita pelo povo e para o povo, ideologia vitoriosa do século XX, seguida por um número cada vez maior de países.

A atual Constituição brasileira, promulgada em 1988, contém diversos assuntos sobre competência, atribuições, princípios, direitos e deveres, atribuindo ao Supremo Tribunal Federal a guarda da Constituição Federal e as competências de realizar os controles abstrato e difuso de constitucionalidade, este último em última instância. E ainda de apreciar e julgar autoridades e matérias específicas. Entretanto, com o decorrer do tempo, a fim de suprir as demandas e necessidades da sociedade brasileira, por força de emenda ou mutação constitucional, essas competências foram ampliadas.

Nesse contexto, nos últimos anos, são inúmeros os estudos e pesquisas feitos sobre a judicialização da política e ativismo judicial, sendo relevante entender e diferenciar esses fenômenos, um dos objetos dessa pesquisa.



Ademais, também devido a sua importância, visa-se analisar a legitimidade da atuação da Suprema Corte brasileira, bem como identificar os critérios que limitam suas competências para realizar o controle de constitucionalidade, voltada principalmente para a proteção e aplicação dos direitos e garantias fundamentais.

Por essa razão, para compreender e conceituar o ativismo judicial e a judicialização da política no contexto brasileiro e norte-americano, far-se-á uma revisão sistemática, enquanto espécie de revisão de literatura, a partir de levantamento bibliográfico em artigos obtidos em



diferentes bancos de dados e indexadores, privilegiando revistas científicas na área de Direito Constitucional qualis A e B, bem como dados constantes em documentos oficiais e legislação relacionada ao tema.

O texto encontra-se estruturado nos seguintes tópicos: 1) Esta Introdução; 2) Conceituação, comparação e diferenciação entre Judicialização da Política e de Ativismo Judicial; 3) Estudo Comparado da Judicialização da Política e do Ativismo Judicial do Direito brasileiro e no Direito norte-americano, com a identificação das principais semelhanças e diferenças entre eles; e, finalmente 4) as Considerações finais.

2 JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA

O Neoconstitucionalismo é um novo modelo de Direito Constitucional que se difundiu pelo mundo após o fim da segunda guerra mundial, cujo ponto marcante consiste no reconhecimento da força normativa da Constituição, com a consequente aceitação do caráter normativo dos princípios e a abertura dos valores do sistema político.

Com o Neoconstitucionalismo houve o reconhecimento da soberania da Constituições ante as demais leis, pois esta tornou-se de observância obrigatória por parte dos poderes e órgãos dos Estados e dos cidadãos. Nesse sentido, argumentam Ramos e Diniz (2016, p. 189):

(...) além de conter normas garantidoras dos direitos e liberdades fundamentais, a Constituição é o ponto de apoio e fundamento de validade de todo o sistema normativo, pois é ela quem promove em sentido negativo (limitação à ordem infraconstitucional) e em sentido positivo (regulação do conteúdo das normas inferiores) o trabalho de dotar o ordenamento de unidade e coerência.

Diante disso, desde a Constituição de 1988 e mais precisamente a partir da Emenda Constitucional vem ocorrendo um aumento crescente da quantidade de processos submetidos à análise do Supremo Tribunal Federal, bem como a ampliação de assuntos de cunho político e não meramente jurídicos levados à apreciação desse órgão de cúpula da justiça brasileira.

Essa apreciação de assuntos políticos e muitas vezes bastante polêmicos, leva a um aumento dos fenômenos conhecidos como judicialização da política e ativismo judicial, e um dos motivos de estarem tão em voga nos últimos tempos, segundo Sá e Bonfim (2015), é pela aplicação do princípio da inafastabilidade da apreciação judicial, preceituado no art. 5º, inciso XXXV da CF/88, pelo qual “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou



ameaça a direito”.

Para que a importância e a aplicação de tal princípio sejam melhores compreendidas e



faça sentido, é necessário lembrar a diferenciação entre princípios e regras que Robert Alexy faz em sua teoria. Segundo ele “princípios são normas que ordenam que algo seja realizado em uma medida tão ampla quanto possível relativamente a possibilidades fáticas ou jurídicas.” (1998, p. 74) E são, portanto, mandamentos de otimização, e quando há colisões entre eles, não podendo resolvê-las por meio dos subprincípios da proporcionalidade (adequação e necessidade), faz-se a ponderação. Já as regras são “normas que, sempre, ou só podem ser cumpridas ou não cumpridas.” (1998, p.75) São, portanto, mandamentos definitivos e são aplicadas por meio da subsunção.

Todavia, além da aplicação do princípio da inafastabilidade da apreciação judicial, há vários outros motivos que explicam os fenômenos acima apontados. Segundo Nascimento (2010, p. 60), a expansão do Judiciário:

[...] pode ser verificada nas grandes mudanças trazidas pela globalização das economias; na maior velocidade na distribuição da informação, seja dentro do domínio do direito, seja fora dele; no grande aumento dos trabalhos e das atividades jurídicas no mundo; na ampliação do número de advogados e faculdades de direito; na especialização exigida pela alta complexidade atingida pelas regulações jurídicas; na frequência dos processos litigiosos; no sensível aumento do número de pessoas que procura a justiça comum; na ampliação da autoridade da esfera jurídica nas democracias recentes e em desenvolvimento; bem como na ampliação dos recursos que hoje se põe à disposição da atividade jurídica.

Como principais causas da judicialização da política ainda, aponta-se a redemocratização do país e a expansão do Poder Judiciário dela decorrente, que promoveu os seguintes efeitos: a) o aumento da demanda por Justiça no país; b) a constitucionalização recente, transferindo para o Estatuto Supremo matérias antes a cargo do processo político majoritário e da legislação ordinária e; c) o sistema híbrido ou eclético – de controle incidental ou difuso e abstrato ou concentrado, no qual quase todas as questões moralmente relevantes ou políticas podem ser levadas ao STF. (BARROSO, 2012).

Mas seriam apenas estas? Para Cittadino (2004), há outras possíveis explicações da atitude proativa do Poder Judiciário, quais sejam, a) a normatização de direitos, principalmente coletivos e difusos; b) transições pós autoritárias e a preocupação em reforçar as instituições de garantia do estado de direito; c) as inúmeras investigações de casos de corrupção a envolver a classe política; d) discussões a respeito de instituir algum tipo de poder judicial internacional ou transnacional e, ainda, e) a necessidade de discussões doutrinárias e acadêmicas voltadas



para a defesa de um compromisso entre Poder Judiciário e soberania popular.

Partindo-se de Ronald Dworkin (2002), pode-se justificar a judicialização da política e o ativismo judicial em face do reconhecimento de outros direitos, além daqueles previstos de



modo explícito nas legislações, resultante de construções judiciais, feitas com base em precedentes judiciais, costumes e decisões em casos difíceis, mediante o uso de princípios e diretrizes políticas previstas em um texto constitucional.

Sá e Bonfim (2015) sob essa mesma perspectiva, ressaltam a importância da Teoria do Direito como integridade, de Dworkin, explicando que, para esse autor, o Direito é construído pelas convenções sociais, as quais determinam não apenas as instituições produtoras das leis, mas também aquelas que vão aplicá-las e o modo de sua aplicação.

Para Dworkin, (2002), portanto, o Direito é uma questão de fenômeno interpretativo. Além do que as decisões de um juiz fazem parte de um todo, e devem ser confeccionadas e manuseadas de modo coeso em que se leva em consideração o interesse estratégico do restante.

Desta forma, não está a se falar em criar o Direito ou que os magistrados decidam baseados em seus próprios entendimentos ou em consonância com a escola filosófica a qual se filiam, mas ao contrário, como afirma Dworkin, (2002), os juízes não devem usar do criacionismo ou a discricionariedade judicial em suas decisões, mas sim, usar os princípios de uma comunidade, ou seja, a “leitura moral do direito”, para interpretar as leis quando os juristas debatem a respeito dos direitos e obrigações jurídicas, sobretudo, nos casos difíceis.

Portanto, para Dworkin (2003), a *práxis* jurídica é bem mais complexa do que um agrupamento de regras, no qual juízes podem, de forma discricionária, criar o Direito para decidir demandas difíceis. Consoante esse autor, o que ocorre é uma construção do direito pelas partes, em cada caso concreto, mediante princípio, contrariando o positivismo jurídico, segundo o qual as normas deveriam ser aplicadas no modo “tudo ou nada”, onde o confronto entre duas normas somente seria resolvido com a invalidade de uma delas.

Ainda conforme o pensamento de Dworkin, (2003), a integridade é o ideal político por meio do qual a sociedade ou o Estado se utilizam quando têm de funcionar como agentes morais através dos princípios nas decisões. E completa, essa integridade se divide em duas partes: a integridade na legislação, para o qual os legisladores ou criadores das leis e do direito o façam coerentes em relação aos princípios, e a integridade no julgamento ou aplicação do direito, que se dá quando, diante de um caso concreto, pede-se às pessoas com competência para resolvê-lo que o façam de maneira que o julgamento seja coerente com os princípios.

Por meio dessa integridade, Dworkin advoga que os cidadãos são, na verdade, os reais

responsáveis e autores das decisões políticas, pois nenhum cidadão vai ser autor de uma lei ou de um conjunto delas, que se mostram incoerentes. Nas palavras do autor:

A integridade, portanto, promove a união da vida moral e política dos cidadãos: pede ao bom cidadão, ao decidir como tratar seu vizinho quando os interesses de ambos entram em conflito, que interprete a organização comum da justiça à qual estão comprometidos em virtude da cidadania (DWORKIN, 2003, p. 230).

Robert Alexy é outro expoente do neoconstitucionalismo. Referido autor tem o mérito máximo da proporcionalidade, criada e desenvolvida pelo Tribunal Constitucional Alemão, com o fim de resolver colisão de direitos fundamentais, agregando a ela sua teoria da argumentação.

Para o referido autor, não é possível interpretar e aplicar o Direito com base apenas no rigor e formalismo do positivismo jurídico, porquanto as decisões sobre casos concretos necessitam serem corrigidas através de argumentos éticos, morais e pragmáticos, principalmente nos seguintes casos: 1) existindo imprecisão da linguagem do Direito; 2) havendo conflitos entre normas; 3) na falta de normas jurídicas que se subsumam perfeitamente a casos de alta complexidade temática; 4) em casos especiais que demandem decisões que contrariem textualmente estatutos normativos (LEAL, 2014).

Consoante Alexy (2017), os princípios, ao contrário das regras, cujo conflito é resolvido pelo tudo ou nada, consistem em “mandados de otimização”, a serem realizados na máxima extensão possível, considerando as possibilidades fáticas e legais que estejam disponíveis. Ainda segundo o autor, os problemas intersubjetivos ou sociais, envolvendo direitos fundamentais e outros princípios, uma vez judicializados, devem ter formas públicas e controláveis de procedimentos decisórios, com a aplicação fundamentada do sistema normativo, como o balanceamento ou ponderação normativa.

A ponderação tem três dimensões complementares e sucessivas, a saber: adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito, a serem utilizados com vistas a atribuir sentido a norma para resolver o caso concreto, a partir de parâmetros normativos controlados e capazes de serem apreciadas e conferidas publicamente. (ALEXY, 2017).

Quanto aos poderes do Estado, o fato de serem independentes e harmônicos entre si, não implica que apenas o Judiciário deva interpretar e aplicar a Constituição. A partir de suas funções precípua, cabe também ao Executivo e ao Legislativo interpretar a Constituição, a fim



de cumprir a função de freios e contrapesos.

Todavia, o Judiciário, notadamente o STF, tem esse papel inerente de efetivação dos



direitos fundamentais e outros interesses constitucionalmente protegidos. Todavia, para que esses direitos e interesses sejam respeitados, muitas vezes as demandas judiciais encontram-se permeadas de questões relativas a políticas públicas, cuja resolução passa pelos outros poderes.

Vianna (1999) entende a “judicialização da política” como uma usurpação do poder legislativo dos representantes do povo.

Por seu turno, Barroso (2008, p. 24) explica que:

Judicialização significa que algumas questões de larga repercussão política ou social estão sendo decididas por órgãos do Poder Judiciário, e não pelas instâncias políticas tradicionais: o Congresso Nacional e o Poder Executivo.

Rodrigo Rodrigues (2008) afirma que esse fenômeno é a contrapartida necessária do processo vivido no século XX, onde movimentos sociais de massa, partidos políticos e organizações não governamentais surgiram e se multiplicaram, de modo que os ordenamentos jurídicos da maior parte dos Estados foram obrigados a acolher demandas das mais variadas, nascidas de grupos que defendem interesses políticos, sociais e econômicos.

Para Sá e Bonfim (2015), o principal fundamento de defesa da judicialização da política é o fato de o Judiciário pretender, antes de tudo, proteger os direitos fundamentais e a Constituição Federal, algo que se enquadra em suas funções precípua. E completam, destacando que, em regra, a judicialização da política é fruto de uma demanda social carente de respostas e não fruto da vontade do órgão julgante.

Ideia muito semelhante é a sustentada por Bahia e Nunes (2013), para os quais a judicialização serviria como técnica compensatória das deficiências das outras funções estatais (Executivo e Legislativo), em face de sua propagada ineficiência.

Portanto, a judicialização da política, mesmo sujeita a críticas, enquanto demandas sociais e econômicas a princípio a cargo de outros poderes, mas que são levadas e apreciadas por juízes e tribunais, é uma realidade a qual não pode mais ser afastada para efetivar direitos fundamentais sociais e políticas públicas

3 ATIVISMO JUDICIAL

O pensamento jurídico clássico sofreu algumas transformações ao longo do último século, mais sentidas no Brasil após a redemocratização, tendo grande influência no comportamento do Supremo Tribunal Federal.



Dentre essas mudanças, cabem citação a superação do formalismo jurídico, o advento de uma cultura jurídica pós-positivista e a ascensão do Direito Público com a centralidade da



Constituição (BARROSO, 2017).

A primeira transformação se resume ao fato de que o Direito não se sintetiza em respostas pré-prontas no ordenamento jurídico, além do que muda conforme o momento e as situações a que determinada sociedade está vivendo. Já a segunda mudança é sintetizada na ideia da ruptura da separação que havia entre Direito e moral, na “revalorização da razão prática”, tanto na teoria da justiça, como na legitimação democrática. Finalmente, a terceira modificação consiste na publicização do Direito, assim como no fato de que toda interpretação jurídica deve estar em consonância com a Constituição (BARROSO, 2017).

Também é notável a mudança considerável no modo como se realiza a interpretação constitucional em cada país, após a Segunda Guerra Mundial. A força normativa da Constituição ganhou credibilidade, Tribunais Constitucionais foram criados em quase todas as democracias pelo mundo, assim como surgiram novos métodos para interpretar as constituições, principalmente para resolver casos difíceis, geralmente de modo a exigir soluções criativas dos magistrados.

Todavia, é necessário se tomar muito cuidado com esses novos métodos de interpretação e com o caminho que eles podem levar.

Ao contrário da judicialização da política, o ativismo judicial é visto, em regra, como um excesso sem espaço em uma democracia constitucional. Envolve atitudes discricionárias e decisionistas, com interpretações cheias de subjetividade, que não devem ter espaço na jurisdição constitucional ou em qualquer outra. Na verdade, cabe ao Judiciário tão-somente aplicar e efetivar os princípios e direitos fundamentais à luz da Constituição Federal, podendo reconhecer direitos decorrentes do sistema constitucional.

A ingerência por parte do Judiciário em outros poderes, em afronta ao princípio da separação dos poderes deve ser evitada, por ser perniciosa para o bom funcionamento do sistema político.

Viaro (2017, p.237) ensina acerca do aparecimento do ativismo judicial que a expressão:

[...] surgiu na doutrina norte-americana, consagrada no trabalho de Arthur Shlesinger Jr., classificando os juízes da Suprema Corte em: juízes ativistas com ênfase na defesa dos direitos das minorias e das classes mais pobres; juízes ativistas com ênfase nos direitos de liberdade; juízes campeões da autorrestrição, e juízes representantes do equilíbrio de forças, colocando o ativismo exatamente como oposto da autorrestrição judicial, em atenção à visão que os julgadores têm a respeito da função judicial.



Ramos (2010, p. 219) conceitua o ativismo judicial nos seguintes termos:



O exercício da função jurisdicional para além dos limites impostos pelo próprio ordenamento que incumbe, institucionalmente, ao Poder Judiciário fazer atuar, resolvendo litígios de feições subjetivas (conflitos de interesse) e controvérsias jurídicas de natureza objetiva (conflitos normativos).

Enquanto isso, Koerner (2013) compreende o ativismo judicial como a ultrapassagem da fronteira entre a política e o direito pela atuação do Poder Judiciário. Para esse autor:

Ao ultrapassar essas fronteiras e ingressar num domínio que não lhe é próprio, o agente judicial — o juiz, um tribunal ou o Judiciário como um todo — produziria riscos, extrapolaria suas funções, distanciar-se-ia de seus quadros de referência e atuaria sob o efeito de influências indesejáveis, como valores subjetivos, preferências, interesses, programas políticos. Além disso, não teria capacidade de informação e tomada de decisão, desnaturaria a atividade típica do Poder Judiciário, em detrimento dos demais poderes, e seria prejudicial à construção conceitual do Estado de direito, requisito para um sistema político democrático capaz de atender às exigências da dignidade humana. O risco pode estar na perda de medida das decisões, na falta de justificação ou no desvio da atenção quanto aos problemas de reforma política. (KOERNER, 2013, p. 72).

Dworkin (2011) também conceitua ativismo judicial de um modo bem negativo, mesmo sendo fervoroso defensor do *judicial review*, o que por si só acaba desmistificando a ideia segundo a qual esse grande nome da Filosofia e do Direito defende o ativismo como forma de aplicação de discricionariedade por parte dos juízes. Na verdade, de acordo com o autor:

O ativismo é uma forma virulenta de pragmatismo jurídico. Um juiz ativista ignoraria o texto da Constituição, a história de sua promulgação, as decisões anteriores da Suprema Corte que buscaram interpretá-la e as duradouras tradições de nossa cultura política. O ativista ignoraria tudo isso para impor a outros poderes do Estado seu próprio ponto de vista sobre o que a justiça exige. O direito como integridade condena o ativismo e qualquer prática de jurisdição constitucional que lhe esteja próxima. Insiste em que os juízes apliquem a Constituição por meio da interpretação, e não por fiat, querendo com isso dizer que suas decisões devem ajustar-se à prática constitucional, e não a ignorar (DWORKIN, 2011, p. 451-452).

Desse modo, consegue-se perceber que embora existam autores que usem essa terminologia “ativismo judicial” de modo neutro, a maioria o utiliza com conotação pejorativa, denotando ultrapassagem de competências, interligando à discricionariedade e criacionismo do direito.

4 A JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA E O ATIVISMO JUDICIAL NO BRASIL E NOS ESTADOS UNIDOS



Na concepção tradicional, os poderes eram bem definidos e separados cada qual com suas funções precípuas bem delimitadas. Dois dos poderes, o Executivo e o Legislativo, têm



seus representantes eleitos pela soberania popular, seja o presidente da República ou os membros do Poder Legislativo. Mas a proteção da Constituição, dos direitos fundamentais e do Estado de Direito é função do Poder Judiciário, que no Brasil, tem sua cúpula no Supremo Tribunal Federal – STF, o qual por sua vez, não é escolhido pelo povo. (BARROSO, 2017, p.15).

A forte dualidade entre Política e Direito também pertencente à concepção tradicional, encontra-se desatualizada no Brasil, pois tem se verificado uma crescente judicialização da vida, chegando a afirmar Barroso (2017, p.15), que “inúmeras questões de grande repercussão moral, econômica e social passaram a ter sua instância final decisória no Poder Judiciário e, com frequência, no Supremo Tribunal Federal”.

Mesmo com a promulgação da Constituição de 1988, o Brasil não conseguiu implementar um Estado de *Welfare State*, ou de Bem-Estar, nem suprir os direitos básicos de grande parcela da população. Ao mesmo tempo, houve uma pressão social para se garantir a prestação de serviços básicos, bem como a concreção de direitos sociais, que redundou em uma maior mobilização do ente Estatal no sentido de ampliar a prestação de serviços públicos (RODRIGUES, 2018).

Ademais, em virtude da aposentadoria dos Ministros nomeados no período da ditadura militar, a composição do Supremo Tribunal Federal sofreu alteração, o que possibilitou, a mudança no perfil desse órgão de cúpula do judiciário brasileiro, de autorrestritivo para mais ativista. Em consequência, assiste-se diferentes reações. “Se, de um lado, afirma-se que o Supremo tem sido fomentador de mudanças sociais reclamadas pelo seio social, de outro, fala-se que tem usurpado – ilegitimamente – competências atribuídas a outros poderes” (RAMOS; OLIVEIRA JÚNIOR, 2014, p.26).

No entanto, é necessário diferenciar duas situações que podem acontecer no cotidiano do judiciário. A primeira delas é quando o Poder Legislativo de posse de suas funções habituais, delibera acerca de determinada matéria. Neste caso, a menos que seu entendimento esteja em desconformidade com a Constituição Federal, ainda que trate de assunto polêmico ou com controvérsias políticas, não cabe ao Poder Judiciário sobrepor sua valoração política.

Como explica Barroso (2017), situação muito diversa ocorre quando o Legislativo, seja pelo motivo que for, não atuou e deixa uma lacuna na lei. Neste caso, sendo provocado, o Judiciário não poderá deixar de responder à demanda.



Já no entendimento de Garapon, citado por Vieira (2008), a ampliação da atuação do Judiciário é uma consequência do encolhimento do sistema representativo pelos poderes Executivo e o Legislativo, incapazes de cumprir promessas de igualdade e justiça, tão inerentes



ao ideal democrático. A regra então é recorrer ao Poder Judiciário como guardião final da democracia e seus ideais. E nada mais paradoxal, já que tentando suprir as lacunas deixadas pelos outros poderes só se agrava ainda mais a crise de autoridade da democracia (VIEIRA, 2008).

Embora no Brasil tais questões, quanto à atuação do Judiciário, em especial se o Supremo Tribunal tem ou não excedido suas funções e atribuições, sejam relativamente novas, por serem consequência da redemocratização e da mudança de composição do STF, estes temas são bem mais antigos nos Estados Unidos (RAMOS; OLIVEIRA JÚNIOR, 2014).

Um dos principais fatores apontados como propulsores para a ampliação da atuação do Estado no país foi o surgimento do Estado de Bem-Estar Social, o que somado a história do direito americano e suas características, teve influência da experiência inglesa, acabou sendo suscitado a agir e decidir em áreas até então impensadas para o poder judiciário (RODRIGUES, 2018).

Essa passagem de um Estado de viés liberal para um de contexto de maior intervenção estatal com enfoque em direitos sociais prestacionais acabou por conduzir a uma maior participação do Poder Judiciário em questões de políticas públicas, como em atividades que até então eram de responsabilidade exclusiva de outro poder.

Nos Estados Unidos da América, como se sabe, a Constituição Federal é bem diferente da brasileira, contendo apenas poucos artigos, mais precisamente sete artigos, e vinte e sete emendas.

Não há na Constituição estadunidense, por exemplo, nenhum artigo que confira à Suprema Corte a atribuição de controle constitucional de nenhum dispositivo legal elaborado pelo Parlamento. Se essa omissão foi proposital ou não resta ignorado.

Todavia, atribui-se ao juiz John Marshall, em 1803, os primeiros passos do controle de constitucionalidade dos ordenamentos jurídicos de um parlamento, através do caso *Marbury versus Madison*, onde se reconheceu que o Judiciário tinha a capacidade de verificar a (in)compatibilidade das normas infraconstitucionais à Constituição Federal. Desde esse precedente, o *judicial review* (jurisdição constitucional) passou a ser admitido nos Estados Unidos da América (RAMOS; OLIVEIRA JÚNIOR, 2014).

Nesse célebre caso, a Corte Suprema, por meio do juiz Marshall, declarou a inconstitucionalidade da Lei Judiciária de 1789, que atribuía àquele órgão do Judiciário



competência para o julgamento do *mandamus* contra o ato do Secretário de Governo James Madison (RODRIGUES, 1992).

Assim, como pontuam Ramos e Oliveira Júnior (2014), uma característica bastante



marcante desse processo de inserção do controle de constitucionalidade nos Estados Unidos é o fato de que houve um fortalecimento do poder central, ou seja, do poder federal, pois este começou a fazer o controle de constitucionalidade das leis estaduais, principalmente daquelas referentes à regulação do comércio entre estados-membros.

Barroso (2017), por sua vez, aduz que desde o início, a Constituição Federal dos Estados Unidos teve supremacia e força jurídica e que, por isso, esse caso *Marbury versus Madison* foi bem aceito e sem muita resistência.

Obviamente, desde essa época, com o início do controle de constitucionalidade, já começaram a ocorrer os primeiros debates sobre os limites da atuação dos poderes, com bastante cautela para aquilo que mais tarde seria identificado como ativismo judicial (SÁ; BONFIM, 2015).

Com efeito, o controle de constitucionalidade nos EUA desenvolveu-se ao longo do tempo. Enquanto em 1803, o *Chief of Justice* Marshall declarou inconstitucional apenas uma lei federal, seu sucessor, Roger Taney, quase cinquenta anos depois, declarou o segundo caso de inconstitucionalidade e durante a sua presidência revisou mais de doze leis estaduais (BAUM, 1987).

Vale ressaltar, porém, que nesse início de controle de constitucionalidade eram submetidas basicamente leis de cunho tributário ou que regulassem o comércio entre os estados. Naquela época dava-se grande destaque e importância à indústria americana e acreditavam que para seu crescimento era fundamental a livre circulação de mercadorias interestadual.

Desta forma, advoga Bernard Schwartz que a Suprema Corte, com essa nova função, ajudou muito a fortalecer o sistema federativo norte-americano, pois exercia o controle de constitucionalidade em leis estaduais que pudessem dificultar esse comércio (SCHWARTZ, 1966, p. 265 apud RAMOS; OLIVEIRA JÚNIOR, 2014, p. 33).

Durante os anos de 1895 a 1937, período que ficou conhecido como “Governo dos juízes” ou “Era de Transição” protegeu-se muito o capitalismo e adotou-se a teoria do *laissez-faire*, ou seja, o Estado era visto como útil apenas para proteção de direitos individuais. E é nesse contexto de extrema valorização do liberalismo econômico que o *New Deal*¹ acabaria mais tarde colidindo com a Suprema Corte, porquanto várias leis e resoluções desse plano foram declaradas inconstitucionais (RODRIGUES, 1992).

Passou-se então à fase que a liberdade civil se tornou um dos principais temas, como



¹New Deal foi um plano de reestruturação econômica nos Estados Unidos, proposto por Roosevelt a fim de superar a Crise de 1929.



por exemplo certos direitos “essenciais”, direitos de grupos minoritários e direitos processuais dos réus criminais (BAUM, 1987).

Diante desses fatos, Ramos e Oliveira Júnior (2014, p.37) concluem que o ativismo praticado nos Estados Unidos pode ser classificado em três fases, a saber:

- 1) a da contenção do poder legiferante dos Estados membros (ativismo de fortalecimento do Governo Federal); 2) a da contenção do poder de regulamentação da economia, de acordo com determinada política econômica (a do liberalismo político); e 3) a da contenção da atividade legislativa – estadual e federal – no que se refere a limitações de direitos e garantias individuais previstos na Constituição (Bill of Rights).

Todas as decisões tomadas a partir daí acabaram espelhando um retorno ao entendimento da Corte Marshall de fortalecimento da União, criando na cláusula de comércio uma significativa fonte do poder de polícia.

É muito importante esclarecer que o direito norte-americano difere bastante do direito brasileiro, pois aquele tem como principal inspiração e guia a *common law* inglesa, isto é, um direito de natureza jurisprudencial, que utiliza essa ferramenta como guia de julgamentos, não apenas aplicando pura e simplesmente a lei, mas também recorrendo às regras estabelecidas pelos próprios juízes (*stare decisis*) de respeitar e seguir os precedentes judiciais. (DAVID, 1996).

Com isso, resta clara a diferença entre o ativismo norte-americano e o praticado no Brasil nos últimos anos. O ativismo nos Estados Unidos, quando ocorreu, teve por fim o oposto do que se vê aqui, ou seja, conter a atividade legislativa. Já no Brasil, o ativismo judicial tem por objetivo suprir lacunas, compensar omissões do Legislativo e do Executivo.

Como a sociedade brasileira necessita ver concretizado direitos previstos na Constituição Federal, mas ainda não realizados pelos poderes competentes, as pessoas em geral recorrem ao Judiciário para terem seus direitos efetivados. Uma grande parte dos últimos casos mais polêmicos considerados como ativismo por parte do Supremo Tribunal tem a ver com a inércia dos outros dois poderes quanto à implementação de políticas públicas (RAMOS; OLIVEIRA JÚNIOR. 2014).

Questão outra, não objeto dessa discussão, mas merecedora de menção, é o caminho a tomar quando há desinteresse dos membros das duas casas do Parlamento em legislar sobre certos temas muitas vezes julgados como polêmicos, capazes influenciar nos votos recebidos



em eleições. Nessas situações, o cidadão ou os órgãos legitimados percebem como única saída procurar o Poder Judiciário, que tem se apresentado mais democrático, por ser mais acessível



do que os demais poderes.

Seja como for, se em outros países como nos Estados Unidos, a jurisdição constitucional é habitualmente exercida pela Corte Suprema do país, no Brasil, a principal diferença está na escala e na natureza dessa ação, pois é extensa a quantidade de temas que constam na Carta Magna com natureza constitucional e, por isso, são passíveis de judicialização (VIEIRA, 2008).

A Constituição brasileira, ao contrário da norte-americana, é analítica e tem amplo alcance no campo das relações sociais, econômicas e públicas, gerando um fenômeno chamado por muitos constitucionalistas de “Constitucionalização do Direito”, o que acabou por ocasionar uma explosão de litígios constitucionais, porquanto se tudo é matéria constitucional, ao menor passo abrupto do Legislativo e do Executivo, pode ser gerada uma demanda pela inconstitucionalidade de algum ato normativo a ser apreciado pelo Supremo Tribunal Federal (VIEIRA, 2008).

Ademais, foi estabelecido que o Supremo Tribunal também seria o responsável por julgar as omissões inconstitucionais do legislador e do executivo, através do remédio constitucional do mandado de injunção, para assegurar imediata e direta implementação de direitos fundamentais negligenciados por estes poderes (VIEIRA, 2008).

Há ainda outros motivos que cooperam para esse crescimento exponencial na atuação do Supremo Tribunal Federal, quais sejam: 1) o aumento de legitimados para a proposição de ações diretas com novos atores políticos e sociais; 2) a possibilidade de que organizações da sociedade civil e outros grupos de interesse possam figurar como *amici curiae* em casos de interesses supraindividuais; e 3) julgamento em casos de foro privilegiado.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Neste artigo abordou-se o conceito de judicialização da política, de ativismo judicial e a ocorrência destes dois fenômenos no Brasil e nos Estados Unidos.

Constatou-se que as decisões judiciais de uma sociedade, invariavelmente são influenciadas por seu contexto social, político, econômico e cultural, inclusive e principalmente as tomadas pela Suprema Corte de um país, pois o Direito Constitucional, aquele que garante direitos fundamentais, impõe deveres e estabelece poderes, competências, foros, enfim, tudo que rege uma sociedade, acaba tendo uma relação ainda mais estreita com a política.



Desse modo, percebeu-se que temas polêmicos e com cunho profundamente político sobre direitos fundamentais, sobre a esfera de representação política, também quanto a



delimitação de atribuições das demais esferas do Estado, além de assuntos que têm impacto direto sobre o balanço federativo e sobre a economia, têm sido cada vez mais frequentes na pauta do Supremo Tribunal Federal.

Analisou-se a clara diferença entre o ativismo norte-americano e o brasileiro, verificando que o ativismo nos Estados Unidos, quando ocorre, tem por finalidade conter a atividade legislativa excessiva, enquanto no Brasil, esse fenômeno ocorre para suprir lacunas e compensar omissões do Legislativo e do Executivo.

Portanto, o alerta é sobre o risco real e iminente que o Supremo Tribunal Federal tem corrido, ao assumir uma postura excessivamente ativista de modo frequente em temáticas controversas junto à população. Isso pode estimular mais um cenário de insegurança jurídica e de descrédito das instituições políticas legitimamente eleitas pelo voto popular do que a efetivação de direitos e o preenchimento de lacunas dos demais poderes.

Pretendeu-se com essa pesquisa não tanto verificar se a judicialização da política ou o ativismo judicial são benéficos ou maléficos, mas antes de tudo, refletir sobre o processo de expansão dos poderes do Supremo Tribunal Federal e como ele se distingue do que aconteceu e acontece nos Estados Unidos a fim de descobrir como essas diferenças podem contribuir para o desenvolvimento do Judiciário brasileiro.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Colisão de direitos fundamentais e realização de direitos fundamentais no estado de direito Democrático**. Palestra proferida na sede da Escola Superior da Magistratura Federal (ESMAFE) no dia 7 de dezembro de 1998.

ALEXY, Robert. **Teoria da Argumentação Jurídica: a teoria do discurso racional como teoria da justificação jurídica**. São Paulo: Landy, 2001, p.17.

BARROSO, Luís Roberto. **Grandes transformações do Direito contemporâneo e o pensamento de Robert Alexy**. Fórum Administrativo – FA, Belo Horizonte, ano 17, n. 200, p. 9-17, out. 2017.

BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. [Syn]Thesis, Rio de Janeiro, vol.5, n. 1, 2012, p.23-32.

BAUM, Lawrence. **A Suprema Corte Americana: uma análise da mais notória e respeitada instituição judiciária do mundo contemporâneo**. Rio de Janeiro: Forense, 1987.



BELLO FILHO, Ney de Barros; CAMARÃO, Felipe Costa. **A superação de paradigmas: a suprema corte americana após a década de 30 do século XX.** Disponível em: <<http://publicadireito.com.br/artigos/?cod=c93fd94c6c44b267>> acesso em 26 de jun de 2021.



BRASIL. **Constituição** (1988). **Constituição** da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado **Federal**: Centro Gráfico, 1988.

CARVALHO, Márcia Haydée Porto de. **Hermenêutica Constitucional: Métodos e princípios específicos de interpretação**. 2 ed. Florianópolis: Obra Jurídica, 2008.

CITTADINO, Gisele. Poder Judiciário, ativismo judiciário e democracia. **Revista Alceu**, vol.05- n.9 - pag. 105 a 113 - jul./dez. 2004. Disponível em http://revistaalceu.com.puc-rio.br/media/alceu_n9_cittadino.pdf

DAVID, René. **Os grandes sistemas contemporâneos**. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2002

DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. Trad. Jefferson Luiz Camargo e versão técnica de Gildo Sá Leitão Rios. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2011.

ESTADOS UNIDOS. Constituição. Revista de Informação Legislativa, v. 24, n. 96, p. 105-112, out./dez. 1987. Disponível em: < <http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/181796>> acesso em 21 jun de 2021.

KOERNER, Andrei. Ativismo Judicial?: Jurisprudência constitucional e política no STF pós-88. **Novos estud. - CEBRAP**, São Paulo, n. 96, julho, 2013, p. 69-85.

LEAL, Rogério Gesta. Aspectos constitutivos da teoria da argumentação jurídica: a contribuição de Robert Alexy. **Revista de Investigações Constitucionais**, Curitiba, vol. 1, n. 2, p. 131-166, maio/ago. 2014. DOI: <http://dx.doi.org/10.5380/rinc.v1i2.40513>.

NASCIMENTO, Emerson Oliveira do. A judicialização da política e seu impacto sobre a América Latina. **Pensar**, v. 15, n. 1, jan./jun. 2010, p. 58-82.

OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de; BAHIA, Alexandre Melo Franco; NUNES, Dierle. **Controle de constitucionalidade é jurídico, não político**. 30 de abril de 2013. Disponível em:

<<http://www.conjur.com.br/2013-abr-30/sistema-controle-constitucionalidade-judicial-nao-politico>>. Acesso em: 06 jun 2021.

RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos**. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 219.

RAMOS, Edith Maria Barbosa. DINIZ, Isadora Morais. **Judicialização da Política e ativismo judicial: fenômenos distintos e interligados**. In: Edith Maria Barbosa Ramos; Roberto Carvalho Veloso (Org) **DIREITO E INSTITUIÇÕES: temas contemporâneos**. São Luís: EDUFMA, 2016.

RAMOS, Paulo Roberto Barbosa; JUNIOR, Jorge Ferraz de Oliveira. Características do Ativismo Judicial nos Estados Unidos e no Brasil: Um breve histórico do ativismo judicial na Suprema Corte Norte-



Americana e um paralelo com o recente ativismo judicial da Suprema Corte brasileira. Ano 51 Número 204 out./dez. 2014. **Revista de informação legislativa**. P. 25-42



RODRIGUES, Lêda Boechat. **A corte suprema e o direito constitucional americano**. 2. ed. Rio de Janeiro: Cultura Brasileira, 1992.

RODRIGUES, Ricardo Schneider. A expansão da atividade jurisdicional: limites à interpretação na teoria da argumentação jurídica de Alexy. **Revista Jurídica da Presidência Brasília** v. 20 n. 121 Jun./Set. 2018 p. 355-380 356. Disponível em: <<http://dx.doi.org/10.20499/2236-3645.RJP2018v20e121-1657>> acesso em: 18. Set. 2021.

RODRIGUEZ, José Rodrigo. **Para além da separação dos poderes: formalismo, dogmática jurídica e democracia**. Artigos Direito GV (working paper), 27, set. 2008. p. 1-52.

SCHWARTZ, Bernardo. **Direito constitucional americano**. Tradução de Carlos Nayfeld. Rio de Janeiro: Forense, 1966.

STRECK, Lenio Luiz. A atualidade do debate da crise paradigmática do direito e a resistência positivista ao neoconstitucionalismo. **Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica**, Porto Alegre, n. 4, 2006, p. 223-262.

VIANNA, Luiz Werneck et al. **A judicialização da política e das relações sociais no Brasil**. Rio de Janeiro: Revan, 1999.

VIARO, Felipe Albertini Nani. Judicialização, ativismo e interpretação constitucional. **Interpretação constitucional no Brasil**. São Paulo: Escola Paulista da Magistratura, p. 231-253, 2017.

VIEIRA, Oscar Vilhena. Supremocracia. **Rev. direito GV**, Dez. 2008, v. 4, n. 2, p.441-463.