



ATIVISMO JUDICIAL NOS ESTADOS UNIDOS E NO BRASIL: UM ESTUDO COMPARADO

JUDICIAL ACTIVISM IN THE UNITED STATES AND BRAZIL: A COMPARATIVE STUDY

Fábio Manoel Fragoso Bittencourt Araújo¹

Eduardo Filipe Alves Martins²

Luísa Lima Bastos Martins³

RESUMO: O presente trabalho se destina ao estudo do fenômeno do ativismo judicial no Estados Unidos e no Brasil. A pergunta que norteia a pesquisa foi: o ativismo judicial exercido pela Suprema Corte norte americana ocorre em padrão idêntico ao ativismo desempenhado na Corte Constitucional brasileira? Nessa perspectiva, o objetivo do trabalho é realizar um estudo de direito comparado acerca do ativismo judicial nos Estados Unidos e no Brasil. A metodologia utilizada foi a pesquisa bibliográfica, de cunho qualitativo. Os resultados apontaram que a postura ativista desempenhada pelo Tribunal norte americano possui características diferentes do comportamento ativista adotado no Tribunal brasileiro. A conclusão alcançada é de que o ativismo judicial da Suprema Corte dos EUA serve como autocontenção de um Poder Legislativo bastante atuante, enquanto no Supremo Tribunal Federal acontece por conta da letargia dos atores políticos na regulação de temas sensíveis para a sociedade brasileira.

PALAVRAS-CHAVE: ativismo judicial; Suprema Corte; direito norte americano; direito brasileiro.

ABSTRACT: This paper aims to study the phenomenon of judicial activism in the United States and Brazil. The question that guides the research was: does the judicial activism exercised by the U.S. Supreme Court occur in a pattern identical to the activism performed in the Brazilian Constitutional Court? In this perspective, the objective of this paper is to conduct

¹ Advogado. Doutorando em Direito e Mestre em Administração Pública pelo Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa – IDP. Pós-graduado em Direito Tributário pelo Instituto Brasileiro de Estudos Tributários – IBET. E-mail: fabio@escritoriomartins.adv.br.

² Advogado. Mestrando em Gestão Pública pela Universidade de Lisboa - UL. Especialista em Direito Tributário pelo Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa - IDP. E-mail:

³ Advogada. Mestre em Direito das Relações Sociais e Trabalhistas pelo Centro Universitário do Distrito Federal - UDF. E-mail: bastosluisalb@gmail.com.

a comparative law study on judicial activism in the United States and Brazil. The methodology used was the bibliographic research, of qualitative nature. The results showed that the activist posture performed by the North American Court has different characteristics from the activist behavior adopted in the Brazilian Court. The conclusion reached is that the judicial activism of the U.S. Supreme Court serves as self-restraint of a very active Legislative Power, while in the Federal Supreme Court it happens because of the lethargy of political actors in the regulation of sensitive issues for Brazilian society.

KEYWORDS: judicial activism; Supreme Court; u.s. law; brazilian law.

1 INTRODUÇÃO

O ativismo judicial é um fenômeno jurídico que ocorre no Poder Judiciário de diversos países e está relacionado ao papel exercido por um juiz ou tribunal na interpretação da lei, adotando uma postura proativa, e expansiva, no julgamento de matérias que são da competência do Poder Executivo ou Legislativo.

Diante disso, a pesquisa se norteou pela seguinte pergunta: o ativismo judicial praticado pela Suprema Corte dos Estados Unidos acontece nos mesmos moldes do ativismo exercido na Corte Constitucional do Brasil?

A hipótese a ser investigada é de que a postura ativista desempenhada pelo Tribunal norte americano possui características diferentes do comportamento ativista adotado no Tribunal brasileiro.

O objetivo geral é realizar um estudo de direito comparado acerca do ativismo judicial nos Estados Unidos e no Brasil. Dentre os objetivos específicos, se destacam: a) abordar a origem do ativismo judicial; b) estudar as fases do ativismo judicial estadunidense; c) analisar o desenvolvimento do ativismo judicial brasileiro.

Para atingir os objetivos delineados, foi empregada como metodologia a pesquisa bibliográfica, de natureza qualitativa, razão pela qual foi realizada com uma revisão de literatura, que agrupou e analisou informações oriundas de produções científicas na área do Direito Público, especialmente do Direito Constitucional.

Com o escopo de tornar a leitura mais didática e harmoniosa, o trabalho foi estruturado em três seções. Em um primeiro momento, o estudo se dirige para a origem do ativismo judicial. Posteriormente, será feita uma análise da evolução do ativismo judicial na suprema corte dos

EUA. Por fim, a abordagem se concentrará no ativismo judicial no Supremo Tribunal Federal, encerrando com um estudo comparativo com o ativismo norte americano.

2 DA ORIGEM DO ATIVISMO JUDICIAL

O ativismo judicial é um fenômeno relativamente recente no cenário brasileiro, de modo que a produção literária sobre o tema só se intensificou nas últimas décadas, gerando, inclusive, muitos debates doutrinários. No entanto, no seu país de origem, o ativismo judicial possui um histórico bastante rico e amplo.

Cabe ressaltar, antes de adentrar na origem desta espécie de técnica exercida pelo Judiciário, que ela pode ser considerada uma atitude deliberada dos juízes, porém é uma resposta a distintos fatores exógenos e endógenos, com maior destaque para elementos políticos, seja para constrangê-lo ou para servir como instrumento de preservação, ou ainda para ampliação de poder. Assim, as decisões ativistas podem causar bastante impacto político, e isso é prova de que o ativismo judicial e a política praticam, na verdade, um jogo complexo de implicações mútuas (Campos, 2016).

Desse modo, os Estados Unidos são a principal arena de debate acerca da função exercida por magistrados e cortes no sistema político em que atuam, além de ser o berço da própria expressão “ativismo judicial”. Desde a primeira vez em que o termo foi registrado, o ativismo judicial se tornou o tema de maior discussão quando se trata da função desempenhada pela Suprema Corte na interpretação da Constituição e em suas relações com os outros poderes. Não obstante, o debate em si é muito mais longínquo do que a criação dessa expressão, posto que é um tema que se confunde com a história do constitucionalismo norte-americano (Campos, 2012).

Vale destacar que a expressão “ativismo judicial” somente se tornou conhecida em meados do século XX, porém a doutrina constitucionalista aponta que, antes mesmo desse marco, a Suprema Corte dos EUA proferiu decisões consideradas ativistas, que consolidaram a prática da *judicial review*, mas que também suscitou questionamentos sobre os limites de sua atuação, sobretudo em razão das repercussões políticas, sociais e econômicas.

No caso *Marbury v. Madison* foi proferida a primeira decisão na qual a Suprema Corte dos EUA declarou a sua prerrogativa de exercer o controle de constitucionalidade, afastando a aplicação das leis que, conforme a sua interpretação, se mostrassem inconstitucionais. Insta salientar, que a Constituição não atribuiu a Corte Constitucional ou aos demais órgãos judiciais,

de forma expressa, competência dessa natureza. Por isto, no julgamento desse caso, a Suprema Corte buscou demonstrar que esta competência é uma sucessão lógica do sistema, argumentando a partir de aspectos que envolvem a supremacia da Constituição, necessidade do judicial review e competência do Judiciário (Barroso, 2008).

Já no caso Dred Scott contra Sandford, a Suprema Corte buscou dirimir o conflito da escravidão nos Estados Unidos, embora a decisão tenha apenas ampliado o embate entre o Norte antiescravagista e o Sul escravagista, agilizando a eclosão da guerra civil que modificaria em definitivo a história do país. Em relação ao caso Lochner contra New York, a decisão significou um marco para a Corte, inaugurando uma era fundada na filosofia do liberalismo econômico, que bloqueou políticas governamentais que almejavam melhores condições de vida para as pessoas menos favorecidas (Campos, 2016).

Convém informar que a literatura aponta outras decisões que podem ser consideradas ativistas, embora os casos Marbury contra Madison (1803), Dred Scott contra Sandford (1857) e Lochner contra New York (1905) foram aqueles que geraram decisões emblemáticas, com repercussões positivas e negativas, e que constantemente são associadas à pré-história do ativismo judicial, pois possuem componentes políticos e ideológicos. Acontece que essa postura mais proativa da Suprema Corte só foi precisamente chamada de “ativismo judicial” cerca de um século e meio após a decisão Marbury.

A doutrina norte-americana é uníssona quanto ao primeiro uso público da expressão ativismo judicial, reconhecendo que a sua autoria é do historiador estadunidense Arthur Schlesinger Jr. O termo foi empregado em um artigo intitulado *The Supreme Court: 1947*, publicado na Revista *Fortune*, vol. XXXV, nº 1, no mês de janeiro de 1947, para descrever uma postura justamente contrária à autorrestrrição judicial. A partir daí, Schlesinger argumenta que os juízes ativistas são aqueles que trocam a vontade do legislador pela própria vontade, sob a justificativa de que é necessário atuar de forma ativa na promoção das liberdades civis e dos direitos das minorias, dos despossuídos e indefesos, ainda que seja necessário promover uma correção judicial dos erros do legislador (Campos, 2016).

De acordo com Lima (2013, p. 141-142), “a primeira definição do ativismo judicial peca pela precariedade ínsita à toda concepção inaugural. Ademais, constituía uma descrição jornalística das perspectivas jurídicas e, por conseguinte, políticas dos juízes, sem outras pretensões”. De qualquer modo, a definição proposta por Schlesinger determina um marco importante sobre a noção de ativismo judicial, notadamente “a ideia de que determinados magistrados, a partir do instrumental fornecido em sua formação acadêmica e de considerações

particulares sobre o direito, podem inclinar-se a desenvolver uma visão expansiva da revisão judicial”.

O problema terminológico que se criou em torno da expressão “ativismo judicial” é fruto de uma longa discussão hermenêutica proporcionada pela jurisdição constitucional estadunidense. Além disso, se deve ao fato de que o termo conquistou alta carga valorativa, podendo ser positiva ou negativa, a depender do enfoque teórico de quem procede com a análise das decisões judiciais. Sem olvidar a existência de diversos posicionamentos intermediários, as perspectivas que mais se destacam, seja com o intuito de defender ou criticar, convergem em um ponto: a postura ativa do juiz (Viaro, 2023)

Na perspectiva de Ramos e Oliveira Júnior (2014, p. 27), independentemente de erro ou acerto na concepção adotada por Schlesinger, é notório que a expressão “conquistou a simpatia dos acadêmicos, que passaram a utilizá-la ora com viés negativo, ora positivo, nos casos em que há substituição de políticas públicas do Poder Legislativo ou Executivo pelo Poder Judiciário”. Entretanto, é importante esclarecer que, no âmbito da doutrina especializada, “não há uniformidade quanto ao conceito do ativismo, tampouco quanto à legitimidade da preconizada substituição de políticas públicas pelo Poder Judiciário”.

De igual modo acontece em território brasileiro, pois aqueles que refutam o ativismo acusam a violação da separação de poderes, em prejuízo do Estado Democrático de Direito, enquanto os seus defensores conferem-lhe atributos saneadores de desvios do desenho de repartição dos poderes. Não obstante, há um consenso quanto ao fato de que esse fenômeno está atrelado ao modelo de separação dos poderes, especialmente em relação às funções inerentes ao Judiciário, e que escapa do esquema constitucional de divisão das competências. Noutros termos, os críticos e os enaltecidos do ativismo partem do pressuposto de que essa conduta revela um distanciamento do magistrado do âmbito do que seria o esperado nas suas atribuições cotidianas. (Branco, 2013).

Nesse sentido, considerando a finalidade almejada pelo presente trabalho, a concepção de ativismo judicial que será utilizada é aquela traçada por Ramos (2015), que descreve o fenômeno como o desempenho da função jurisdicional fora dos limites estabelecidos pela própria ordem jurídica. É um “insidioso descaminho”, pois rompe as balizas que demarcam a função jurisdicional, em prejuízo da função legislativa e da função administrativa, ou seja, desvirtua a função típica do Judiciário para atacar o núcleo essencial do sistema de repartição de poderes estabelecido pelo legislador constituinte.

Seguindo o mesmo entendimento, Abboud (2022, p. 73) leciona que o ativismo judicial brasileiro é definido como a prática do exercício jurisdicional “a partir de um desapego da legalidade democrática vigente (CF + leis) para fazer prevalecer, por meio da decisão, sua própria subjetividade (viés ideológico, político, religioso, etc.). Em termos qualitativos, toda decisão judicial ativista é ilegal e inconstitucional”. Em outras palavras, é uma via traiçoeira, “que se alija do caminho democrático do dissenso e da deliberação política. O juiz ativista pratica política a partir de um lugar indevido, qual seja, o espaço da decisão judicial”.

Assim, o ativismo judicial é um fenômeno antigo e que se destaca, originalmente, como um comportamento assumido por juízes ou tribunais a fim de ampliar o controle judicial para casos de natureza estritamente política e que são da competência dos Poderes Executivo e Legislativo.

3 DA EVOLUÇÃO DO ATIVISMO JUDICIAL NA SUPREMA CORTE DOS EUA

A doutrina especializada preconiza a existência de três períodos distintos da história do constitucionalismo americano, especialmente no modo de atuação da Suprema Corte por meio da jurisdição constitucional, a saber: i) era tradicional; ii) era de transição; iii) era moderna. Nessa perspectiva, convém estudar o ativismo judicial na Suprema Corte dos EUA em cada um desses períodos.

Com a promulgação da Constituição no ano de 1787 se inicia a era tradicional, perdurando até o final do século XIX, período em que a Suprema Corte adota uma posição direcionada, prioritariamente, à aplicação da Constituição em face das leis ordinárias. É nesse período que surge o controle difuso de constitucionalidade das leis (judicial review), de modo que a Corte atribuiu para si o poder de revisar atos do Executivo e Legislativo sob a alegação de garantir a supremacia da Constituição. Predominava o entendimento de que o texto constitucional permitia construir sentidos a partir de uma leitura adequada, além de conter princípios que devem ser respeitados à semelhança das leis (Trindade; Morais, 2011).

Como já mencionado, o início do controle de constitucionalidade das leis ocorreu em 1803, no caso *Marbury contra Madison*. Em resumo, Marbury tinha sido nomeado juiz de paz no final da presidência de John Adams, porém sua posse foi recusada pelo Secretário de Governo James Madison, a pedido do novo Presidente Thomas Jefferson, razão pela qual Marbury impetrou um *writ* contra o ato de Madison, com amparo no art. 13 da Lei Judiciária de 1789, que atribuía à Suprema Corte Americana a competência para julgar o *mandamus*

contra ato do Secretário de Governo. No entanto, a Corte declarou a inconstitucionalidade desse dispositivo, se tratando de um ato mais político do que jurídico, pois o próprio Tribunal já tinha anteriormente reconhecido tal competência (Ramos, Oliveira Júnior, 2014).

O célebre caso *Marbury contra Madison* foi o primeiro passo rumo ao ativismo judicial norte americano, inaugurando o controle de constitucionalidade exercido pelo Judiciário em face das leis promulgadas pelo parlamento. Vale destacar, que os primeiros casos relatados de controle de constitucionalidade nos EUA se relacionavam com situações econômicas e trabalhistas. Contudo, ao longo do tempo, os magistrados abandonaram o âmbito predominantemente individual para focar em questões tratadas em ações coletivas ou de classes (Gomes; Cabral, 2019).

Após meio século, no caso *Dred Scott contra Sandford*, a Suprema Corte Americana voltou a praticar o *judicial review* para declarar a inconstitucionalidade de uma lei federal. Dred Scott era escravo de John Emerson, um major do Exército que ocupou postos militares situados em Territórios e Estados onde a escravidão era proibida. À vista disso, Dred Scott buscou em juízo o seu direito à liberdade, de modo que o seu pleito chegou à Suprema Corte, que decidiu pela ilegitimidade processual da parte para obter a sua liberdade perante as cortes federais, sob o argumento de que Dred Scott não era integrante da comunidade política formada e levada à existência pela Constituição do país (Campos, 2016).

A revisão judicial, nessa situação, não foi um movimento que representasse um avanço no que diz respeito a expansão de direitos e garantias fundamentais. Ao contrário, o julgamento do caso *Dred Scott contra Sandford*, acabou resultando na exclusão dos escravos do âmbito de proteção da Constituição. Tal decisão é considerada a mais indigna da história da Suprema Corte e se mostrou um prelúdio do período que estava por vir.

A era de transição começa por volta de 1890, motivada por uma profunda reformulação na formação da Suprema Corte, mudança que ocorreu em um curto espaço de tempo. É uma fase que ficou conhecida pela influência da ideologia do *laissez-faire* no Tribunal, de modo a impedir que o Estado adotasse quaisquer providências relacionadas à regulação das políticas de bem-estar, de saúde, de segurança, de trabalho, dentre outras. Na era de transição se instalou uma política judiciária de contenção, de modo que a atuação da Suprema Corte era fundada na sua própria vontade, e não na interpretação (Trindade; Morais, 2011).

O período de transição também é conhecido como era *Lochner*, pois foi nessa fase que ocorreu o julgamento do caso *Lochner contra New York*, decisão que é considerada uma das mais catastróficas da Suprema Corte. O caso simboliza uma época de jurisprudência

conservadora, com leitura extensiva da Emenda XIV e de sua cláusula do devido processo legal substancial. Existia um parâmetro bastante rigoroso de legitimidade, de tal forma que a Suprema Corte passou a declarar a inconstitucionalidade de diversas leis federais e estaduais de natureza regulatória e social (Campos, 2016).

A fase de transição foi marcada por um ativismo judicial negativo, pois as decisões limitavam a atuação do Estado nas relações privadas, muitas vezes contendo a vontade legislativa na concretização de direitos fundamentais. Ocorre que, as repercussões da política do New Deal, adotada em 1933 pelo presidente Roosevelt, com o objetivo de recuperar a economia norte americana, ensejaram uma mudança na postura até então assumida pela Suprema Corte.

Como bem informa (Barroso, 2009), na Era Lochner, os setores mais reacionários obtiveram o apoio da Suprema Corte, que atuava de forma proativamente conservadora para invalidar leis sociais em geral. Até que chegou o momento em que essa postura colidiu com os planos do presidente Roosevelt, que impôs uma forte pressão política, ao ponto de obter uma mudança da orientação jurisprudencial contrária ao intervencionismo estatal, especialmente no caso *West Coast contra Parrish* (1937).

Nesse julgamento a Suprema Corte Americana declarou a constitucionalidade de uma lei estadual que assegurava um salário-mínimo para as mulheres. Por essa razão, o caso *West Coast contra Parrish* se tornou o marco final do período de transição, dando início a era moderna, que perdura até os dias de hoje.

A partir daí, houve uma renovação profunda e tácita no que diz respeito à diversas práticas políticas no país, provocada fundamentalmente por uma jurisprudência progressista em relação a direitos fundamentais, posto que todas as transformações foram realizadas sem qualquer ato do Parlamento ou Decreto Presidencial. É nessa conjuntura estadunidense que foi cunhada a expressão ativismo judicial, empregada, principalmente, como rótulo para qualificar a postura da Suprema Corte no período em que foi presidida por Earl Warren, entre 1954 e 1969 (Barroso, 2012).

O caso *Brown contra Board Education* (1954) foi um dos grandes destaques desse período, tendo enfrentado um tema sensível, a integração racial, com um histórico precedente (*Plessy contra Fergusson*, de 1896), e em razão da clara divisão entre liberais e conservadores na Suprema Corte. Apesar disso, o Tribunal proferiu uma decisão unânime que determinava o fim da segregação racial nas escolas públicas do sul dos Estados Unidos, onde existia escolas destinadas somente para brancos e escolas destinadas somente para negros. A propósito,

somente foi possível obter uma unanimidade em razão da capacidade de liderança do Presidente da Corte, Earl Warren (Ramos, Oliveira Júnior, 2014).

O julgamento do caso Brown significou o ápice do ativismo judicial norte americano, pois a Suprema Corte decidiu extinguir a longeva doutrina “iguais, mas separados” (equal, but separate). A partir daí, houve um intenso crescimento do ativismo judicial no país, modificando diversos precedentes, outrora considerados definitivos, nos julgamentos de célebres casos. Inaugurou-se um período de inovação decisória por meio de decisões eminentemente ativistas, de modo que essa quebra de paradigmas alterou a natureza deliberativa da Corte (Gomes; Cabral, 2019).

Com o fim da Corte Warren em 1969 houve um recuo da onda progressista, assim como do ativismo judicial. Com a ascensão de Burger a presidência da Corte (1969-1986), se instalou uma tendência conservadora, que perdurou por décadas, mas não ao ponto de conter algumas decisões progressistas. E embora houvesse um discurso voltado à autocontenção, não raro se praticava uma espécie de ativismo judicial conservador (Barroso, 2008).

O caso de maior repercussão nesse período foi Roe contra Wade, em 1973, momento em que a Suprema Corte Americana assegurou o direito à interrupção da gravidez voluntária, sob a alegação de resguardar o direito à privacidade, concebido como um direito fundamental. Além de controverso, o julgado ficou marcado por ser um dos mais significativos da história norte-americana, não apenas porque tratou de debater sobre o aborto, mas também por trazer à tona a discussão sobre a percepção da data considerada como marco inicial da vida, a viabilidade do encerramento da gravidez espontânea, a saúde da mulher e sua liberdade pessoal (Gomes; Cabral, 2019).

A Corte manteve esse perfil durante a presidência de William Rehnquist (1986 a 2005), que inclusive era o juiz mais conservador na época do seu antecessor, além de ser adepto do ideal da autocontenção, da deferência ao Poder Executivo e da interpretação estrita. Ainda assim, a expectativa inicial que motivou a nomeação de Rehnquist não se concretizou, tendo em vista que a pretensão de rever decisões consideradas liberais e estabelecer um projeto político conservador foi cumprida parcialmente. A Corte Rehnquist obteve sucesso em áreas como federalismo, religião e direitos de propriedade, porém não conseguiu retroceder da forma esperada em temas como aborto e direitos dos acusados em processos criminais (Barroso, 2008).

Após a morte de Rehnquist, o então presidente república George W. Bush pôde reformular a Suprema Corte, a partir de juízes que não legislam e que não utilizam a função

para realizar política social, mas que se limitam somente a interpretar estritamente a Constituição. Desse modo, em julho de 2005, nomeou John Roberts como presidente da Corte, juiz considerado tão conservador quanto Rehnquist. A Corte Roberts tem sido apontada como a mais conservadora, antirregulatória e pró-empresas desde a era Lochner, além de praticar um ativismo judicial libertário sob o disfarce de originalismo ou textualismo (Campos, 2016).

4 DO ATIVISMO JUDICIAL NO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL: COMPARATIVO COM O ATIVISMO JUDICIAL NORTE-AMERICANO

Inicialmente, é importante destacar que, na visão de alguns doutrinadores, o ativismo judicial no Supremo Tribunal Federal é resultado do processo de redemocratização do Brasil, que influenciou no modelo de jurisdição constitucional adotado pela Constituição Federal de 1988.

Imputa-se ao processo de judicialização (maior acesso ao Poder Judiciário) também à origem do ativismo judicial no Brasil, principalmente após a Constituição de 1988. Este processo significa que uma parte do Poder Político está sendo deslocado das instâncias políticas tradicionais para o Poder Judiciário, ou seja, a última palavra sobre questões econômicas, sociais ou morais de amplo alcance, estão tendo a sua instância final de decisão perante o Poder Judiciário. O ativismo judicial é uma consequência da judicialização – mas não somente dela (Martins, 2023).

Consoante as lições de Pinto (2018, p. 107), no aspecto jurídico-normativo, houve uma expansão juristocrática dos poderes do STF que “decorre do modelo da Constituição de 1988, de seu sistema híbrido de fiscalização da constitucionalidade, do princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional e da panconstitucionalização do direito brasileiro”. Ademais, a Carta Magna consolidou a jurisdição da Suprema Corte, “atribuindo-lhe supercompetências que acabaram concentrando nele três grandes funções: a de tribunal criminal ordinário, a de tribunal recursal de última instância e a de tribunal constitucional”.

Neste contexto, houve maior interferência do Poder Judiciário no âmbito de atuação do Poder Legislativo e dos atos ou omissões do Poder Executivo, de tal forma que os limites funcionais se apresentam cada vez mais rasos e flexíveis. A prova disso é o aumento no número de casos levados ao Supremo Tribunal Federal no período posterior a promulgação da Constituição Federal de 1988, algo que, na visão de muitos especialistas, aponta para uma crescente ingerência do Poder Judiciário na esfera de competência destinada aos outros poderes

(Sarlet *et al.*, 2019). Tal fato também se deve à judicialização supramencionada, que trouxe uma crescente nos casos apreciados pelo Judiciário pátrio.

Nos comentários de Clarissa Tassinari (2012, p. 44-45), o fenômeno da judicialização pode ser analisado por um duplo viés (social e político), pois “emerge tanto de um contexto social de exigência de direitos, bem como de um arranjo político de desídia de implementação destes fora da jurisdição, questões que se imbricam mutuamente”. De outra banda, o ativismo judicial é originário da sistemática jurídica, se tratando “uma conduta dos juízes e tribunais no exercício de suas atribuições. Isto é, a caracterização do ativismo judicial decorre da análise de determinada postura assumida por um órgão/pessoa na tomada de uma decisão que, por forma, é investida de juridicidade”.

Vale destacar, que a judicialização é preponderantemente contingencial e, ao menos a princípio, ocorre dentro dos limites estabelecidos pela ordem jurídica para o exercício da função jurisdicional, ainda que em detrimento de uma orientação doutrinária tradicional. Por outro lado, o ativismo judicial é preponderantemente comportamental, que acontece fora de tais limites, invadindo as esferas de competência de outros órgãos, tendo em vista a intenção do órgão jurisdicional em substituir o ordenamento tal como estruturado, por um ordenamento idealizado (Viaro, 2023).

Além disso, como forma de melhor compreensão do ativismo judicial no Brasil, convém trazer à baila o entendimento explanado por notáveis ministros do Supremo Tribunal Federal acerca desse fenômeno e da sua incidência na mais alta Corte do país.

Segundo a perspectiva de Barroso (2012, p. 10), o ativismo judicial brasileiro emerge “em situações de retração do Poder Legislativo, de um certo descolamento entre a classe política e a sociedade civil, impedindo que determinadas demandas sociais sejam atendidas de maneira efetiva”. Diante disso, o ativismo judicial é uma alternativa peculiar e proativa de interpretação, que busca “extrair o máximo das potencialidades do texto constitucional, inclusive e especialmente construindo regras específicas de conduta a partir de enunciados vagos (princípios, conceitos jurídicos indeterminados)”. Desse modo, com a inércia ou lapso temporal do Poder Legislativo, há a necessidade de uma atuação que traga segurança jurídica e paz social ao cidadão jurisdicionado e o Poder Judiciário termina tendo essa função.

Ao discorrer sobre o ativismo judicial em sua obra, Moraes (2020, p. 1.439) recorda um discurso feito pelo Ministro Celso de Mello durante a cerimônia de posse do Ministro Gilmar Mendes na presidência do STF em 23 de abril de 2008. Na ocasião, o Ministro Celso de Mello fez a seguinte advertência:

[...] as práticas de ativismo judicial, embora moderadamente desempenhadas por esta Corte em momentos excepcionais, tornam-se uma necessidade institucional, quando os órgãos do Poder Público se omitem ou retardam, excessivamente, o cumprimento de obrigações a que estão sujeitos por expressa determinação do próprio estatuto constitucional, ainda mais se se tiver presente que o Poder Judiciário, tratando-se de comportamentos estatais ofensivos à Constituição, não pode se reduzir a uma posição de pura passividade.

Conforme a análise de Mendes e Branco (2021, p. 826), a Suprema Corte alternou períodos de maior e menor ativismo judicial no decorrer de sua história, sob a alegação de que “a discricionariedade das medidas políticas não impede o seu controle judicial, desde que haja violação a direitos assegurados pela Constituição”. Na perspectiva dos autores, ainda que seja uma missão bastante difícil determinar os limites que distinguem uma situação política de outra de cunho jurídico ou apolítico, isto “não deve servir de subterfúgio para que o Poder Judiciário se abstenha do cumprimento de seu dever constitucional na defesa dos direitos fundamentais”.

Observa-se que o ativismo judicial é um fenômeno visto com bons olhos pelos ministros da Suprema Corte, se apresentando como uma postura necessária face a letargia dos Poderes Legislativo e Executivo, tendo como escopo garantir o cumprimento da própria Constituição, especialmente de direitos fundamentais.

É possível citar várias decisões emblemáticas que servem de exemplos de ativismo judicial da Suprema Corte, notadamente: ADI nº 3.510, de relatoria do Min. Ayres Britto, julgada em 29/05/2008, que declarou a constitucionalidade para as pesquisas com células-tronco embrionárias; ADI nº 4.277/DF e ADPF nº 132/RJ, de relatoria do Min. Ayres Britto, julgada em 05/05/2011, que reconheceu a união estável entre os homossexuais; ADPF nº 54, de relatoria do Min. Marco Aurélio, julgada em 11/04/2012, que autorizou o aborto nos casos de fetos anencefálicos (Gomes; Cabral, 2018).

Ademais, também é possível citar: a ADPF nº 45, de relatoria Min. Celso de Mello, que confere legitimidade de intervenção do Poder Judiciário em Políticas Públicas, precedente que geralmente é utilizado em ações que versam sobre o fornecimento de tratamento médico ou garantia de educação básica à população carente; a Súmula Vinculante nº 13, que proíbe a contratação de parentes, em linha reta, colateral ou por afinidade, até o terceiro grau, da autoridade nomeante; ADI nº 3.999, de relatoria do Min. Joaquim Barbosa, que declara a constitucionalidade de resoluções do TSE que estabeleciam o processo e o julgamento de perda do mandato parlamentar em caso de desfiliação partidária (Ramos; Oliveira Júnior, 2014).

Embora não exista um consenso na doutrina sobre a legitimidade da postura ativista do STF, até porque cada caso tem suas peculiaridades, a jurisprudência dessa Corte mostra que

a experiência brasileira com o ativismo judicial é diferente daquele praticado na Suprema Corte norte americana, e isto ocorre por conta de diversos fatores.

Um dos motivos que explica a diferença entre o ativismo judicial norte americano e o brasileiro é o caráter da Constituição e o sistema de eleição estabelecido em cada país. A Constituição dos EUA possui natureza sintética e o sistema eleitoral adotado é o majoritário, o que resultou em um comportamento ativista tanto do Poder Legislativo quanto do Poder Judiciário, enquanto a Constituição do Brasil possui natureza analítica e o sistema eleitoral praticado é o proporcional, ensejando uma postura passiva do Poder Legislativo e ativista do Poder Judiciário (Ramos; Oliveira Júnior, 2014).

Vale destacar também, que o ativismo judicial nos EUA iniciou no início do século XIX, superando mais de dois séculos e passando por diversas fases, enquanto no Brasil iniciou de modo mais incisivo somente no fim do século XX, com a promulgação da Constituição de 1988. Outro fator relevante que justifica a diferença entre o ativismo judicial estadunidense e o brasileiro é o sistema jurídico vigente nesses países, pois o Direito norte americano é oriundo do sistema *common law* e o direito pátrio é fundado no sistema *civil law* (Ramos, 2021).

Logo, ao traçar um paralelo das decisões ativistas no Direito norte americano e no Direito brasileiro, há uma evidente diferença no emprego desse fenômeno. Em síntese, o ativismo judicial no direito estadunidense funciona como um instrumento de autocontenção de um Poder Legislativo forte e atuante. Por outro lado, no direito pátrio o ativismo judicial é empregado, principalmente, em razão da inércia ou de uma atuação infrutífera dos Poderes Legislativo e Executivo, assim como a falta de vontade de lidar com determinados temas que geram um clamor social, sobretudo por decisões que sejam mais adequadas ao atual cenário vivenciado pelo Brasil (Gomes; Cabral, 2018).

Convém registrar que a posição ideológica também influencia no ativismo judicial norte americano e brasileiro. Nos EUA há uma latente divisão entre liberais e conservadores, de modo que a ideologia adotada pela Suprema Corte em cada momento histórico repercutiu em suas decisões, ou seja, a postura ativista ora pendeu para o liberalismo, outrora para o conservadorismo. Já no Brasil a estrutura política se formou a partir das expressões “direita”, “esquerda” e “centrão”, embora seja possível adjetivar a Corte como conservadora ou liberal, ainda que com significado diverso do empregado pelos estadunidenses. Não obstante, o ativismo judicial no STF é praticado por magistrados considerados liberais, sendo que aqueles tidos por conservadores preferem a autocontenção judicial (Ramos, 2021).

Em que pese as diferenças anteriormente apontadas entre o ativismo judicial que surgiu e se desenvolveu na Suprema Corte Americana e o que se manifesta no Supremo Tribunal Federal, existe um aspecto congruente fundamental, que é a postura proativa, que habita em uma zona juridicamente perigosa e que desafia os limites impostos pela ordem constitucional e o modelo de repartição dos poderes.

5 CONCLUSÃO

Ante o exposto, foi possível concluir que o ativismo judicial praticado na Suprema Corte dos EUA consiste em modelo oposto ao comportamento ativista da Corte Constitucional no Brasil. Primeiro porque o ativismo judicial estadunidense tem como objetivo conter a atuação legislativa, assim como conter a intervenção do Estado na economia, diferente do que acontece no ativismo judicial brasileiro, visto como uma necessidade institucional, tendo em vista a inoperância dos Poderes Legislativo e Executivo, especialmente na regulamentação de questões sensíveis para o país.

Além disso, o ativismo judicial da Suprema Corte norte americana, sobretudo nas últimas décadas, tende a conter a atividade legislativa no que diz respeito a direitos e garantias individuais previstas na Constituição dos EUA. Por sua vez, o ativismo judicial praticado pelo Pretório Excelso caminha noutro sentido, com maior predisposição ao progressismo, atuando de modo mais proativo na interpretação da Carta Magna de 1988, expandindo o seu sentido e alcance, sobretudo em matéria de direitos fundamentais.

Finalmente, vale destacar que o ativismo judicial estadunidense é um fenômeno que independe da ideologia política dos membros da Suprema Corte, isto é, decisões consideradas ativistas são tomadas seja em direção ao liberalismo ou ao conservadorismo. Não obstante, em território brasileiro, o ativismo judicial no STF normalmente está associado aos ideais progressistas, de modo que os membros da Corte que mantêm um posicionamento conservador tendem para a autocontenção.

REFERÊNCIAS

ABBOUD, Georges. **Ativismo judicial**: os perigos de se transformar o STF em inimigo ficcional. São Paulo: Thomson Reuters, 2022.

BARROSO, Luís Roberto. A americanização do Direito Constitucional e seus paradoxos: teoria e jurisprudência constitucional no mundo contemporâneo. Cadernos da Escola de Direito e Relações Internacionais, Curitiba, n. 09, 2008.

BARROSO, Luís Roberto. Constituição, democracia e supremacia judicial: direito e política no brasil contemporâneo. **RFD Revista da Faculdade de Direito**, Rio de Janeiro, v. 2, n. 21, jan./jun. 2012.

BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática. **Suffragium Revista do Tribunal Regional Eleitoral do Ceará**, Fortaleza, v. 5. n.8, p.1-177, jan/dez. 2009.

BRANCO, Paulo Gonet. Em busca de um conceito fugidio: o Ativismo Judicial. In: FELLET André Luiz Fernandes; PAULA, Daniel Giotti de; NOVELINO, Marcelo (orgs). **As novas faces do ativismo judicial**. Salvador: Juspodium, 2013. p. 387-401.

CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. **Dimensões do ativismo judicial no Supremo Tribunal Federal**. 378 f. 2012. Dissertação (mestrado) – Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2012.

CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. A Evolução do Ativismo Judicial na Suprema Corte Norte-Americana. **Revista do Ministério Público do Rio de Janeiro**, Rio de Janeiro, n. 60, abr./jun. 2016.

GOMES, Magno Federici; CABRAL, Ana Luiza Novais. O ativismo judicial norte-americano e brasileiro: características, paralelo, sustentabilidade e influência das decisões ativistas estadunidenses no direito pátrio. **Revista do Departamento de Ciências Jurídicas e Sociais da Unijuí**, Editora Unijuí, ano 28, n. 51, jan./jun. 2019.

LIMA, Flávia Danielle Santiago. **Ativismo e autocontenção no Supremo Tribunal Federal: uma proposta de delimitação do debate**. 301. 2013. Tese (Doutorado) – Universidade Federal de Pernambuco, Recife, 2013.

MARTINS, Sérgio Merola. **Ativismo judicial: o que é, histórico e exemplos**. Disponível em: <https://www.aurum.com.br/blog/ativismo-judicial/>. Acesso em 02 ago. 2023.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 16. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021.

MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 36. ed. São Paulo: Atlas, 2020.

PINTO, Hélio Pinheiro. **Juristocracia: o STF entre a judicialização da política e o ativismo judicial**. Belo Horizonte: Fórum, 2018.

RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos**. 2ª ed. São Paulo, Saraiva, 2015.

RAMOS, Letícia Ferreira. **Análise histórico-evolutiva do ativismo judicial no Brasil e no mundo com enfoque na atuação do STF**. Monografia (Bacharelado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de Campinas, Campinas, 2021.

RAMOS, Paulo Roberto Barbosa; OLIVEIRA JUNIOR, Jorge Ferraz de. Características do ativismo judicial nos Estados Unidos e no Brasil. **Revista de Informação Legislativa**, ano 51, n. 204 out./dez. 2014.

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de direito constitucional**. 8. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

TASSINARI, Clarissa. **Ativismo judicial**: uma análise da atuação do Judiciário nas experiências brasileiras e norte-americana. 2012. f. 44-45. Dissertação (Mestrado) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade do Vale do Rio dos Sinos, São Leopoldo, 2012.

TRINDADE, André Karam; MORAIS, Fausto Santos de. Ativismo judicial: as experiências norte-americana, alemã e brasileira. **Revista da Faculdade de Direito –UFPR**, Curitiba, n. 53, p. 137-164, 2011.

VIARO, Felipe Albertini Nani. **Judicialização, ativismo judicial e interpretação constitucional**. Disponível em:
<https://www.tjsp.jus.br/download/EPM/Publicacoes/ObrasJuridicas/ic9.pdf?d=636676094064686945>. Acesso em: 02 ago. 2023.