

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

PAULO ROBERTO BARBOSA RAMOS
JORGE FERRAZ DE OLIVEIRA JUNIOR

Sumário

1. Introdução. 2. Ativismo judicial: um conceito fugidio. 3. O nascimento do controle de constitucionalidade: dos *founding fathers* a Marshall. 4. O ativismo de fortalecimento do governo federal – a contenção dos poderes estaduais: as Cortes Marshall (1801-1835), Taney (1835-1864) e Chase (1864-1873). 5. O ativismo de defesa da política econômica liberal: o Governo dos Juízes (1895-1937). 6. O ativismo de reafirmação das liberdades civis: a Corte Warren. 7. Um paralelo entre o ativismo judicial nos Estados Unidos e o recente ativismo judicial no Brasil. 8. Considerações finais.

Paulo Roberto Barbosa Ramos é pós-doutor em Direito Constitucional pela Universidade de Granada – Espanha. Doutor em Direito Constitucional pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Mestre em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina. Professor Associado e Coordenador do Mestrado em Direito da Universidade Federal do Maranhão. Pesquisador do Centro Universitário do Maranhão. Promotor de Justiça.

Jorge Ferraz de Oliveira Junior é mestrando em Direito pela Universidade Federal do Maranhão (UFMA). Juiz Federal Substituto.

1. Introdução

No dia 11 de dezembro de 2013, o Supremo iniciou o julgamento da ADI nº 4.650, ajuizada pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil em 5/9/2011, tendo por propósito a declaração de inconstitucionalidade de alguns dispositivos da Lei de Eleições (Lei nº 9.507/1997) e da Lei dos Partidos Políticos (Lei nº 9.096/1995); entre eles, os que possibilitam o financiamento de campanhas políticas mediante recursos doados por pessoas jurídicas. O Supremo parece encetar mais um passo à reforma eleitoral mediante atuação do Poder Judiciário, que passou por outros momentos importantes, tais como a tentativa (frustrada) de criação de nova hipótese de inelegibilidade aos candidatos, no caso a decorrente

de condenação criminal ou por ato de improbidade administrativa sem trânsito em julgado (ADPF nº 144), e a perda do cargo eletivo decorrente de desfiliação partidária (ADI nº 3.999).

Nada obstante tenha sido uma tônica da Corte, nos últimos anos, a tentativa de implementação de importantes reformas no campo eleitoral, mediante a realização de uma verdadeira reforma política pelo Poder Judiciário, facilmente se observa que a mudança de políticas públicas, mediante atuação do Poder Judiciário, não é exclusividade da área eleitoral, atingindo também áreas relacionadas ao direito privado, como, p. ex., as relações familiares, e também à gestão da máquina estatal.

O fato é que o Supremo, a partir de 2004 – período em que a mudança substancial de sua composição, com a aposentadoria de Ministros nomeados durante o regime militar, começa a apresentar os seus primeiros efeitos na jurisdição constitucional –, parece ter abandonado um perfil autorrestritivo em abono a uma posição mais ativista, no exercício de sua jurisdição constitucional; circunstância essa que tem levado a diferentes reações por parte da mídia e de outras instituições. 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.

Conquanto o tema pareça ser novo no Brasil, pois fruto da redemocratização e, em segundo lugar, fruto da mudança dos perfis dos Ministros que integram a Suprema Corte, o tema ativismo *versus* autocontenção e usurpação das funções de outros poderes é antigo nos Estados Unidos, país onde se encontram as melhores contribuições teóricas a respeito.

Sem a pretensão de esgotar o estudo do tema no Brasil e nos Estados Unidos, o presente trabalho propõe a realização de um breve comparativo entre as diversas fases de ativismo judicial na Suprema Corte Norte-Americana, desde o nascimento da doutrina do *judicial review* (dos *founding fathers*) até a Corte Warren (1952-1969), passando pelas Cortes Marshall (1801-1835), Taney (1835-1864) e Chase (1864-1873) e pelo período denominado Governo dos Juizes ou “Era Lochner” (1895-1937), e o incipiente ativismo judicial no Brasil.

2. Ativismo judicial: um conceito fugidio

Ao tratar do tema “ativismo judicial” em artigo cujo título inspira o tópico do presente trabalho, Paulo Gustavo Gonet Branco afirma que tal expressão – “ativismo judicial” (*judicial activism*) – nasceu em um artigo de cinco páginas, intitulado *The Supreme Court: 1947*, em uma revista leiga (não jurídica) de atualidades, a revista *Fortune*, “entre propaganda de *whisky* e *Aqua Velva*”. No artigo, o seu autor, Arthur Schlesinger Jr.,

teria descrito as divisões ideológicas entre os membros da Suprema Corte de sua época, dividindo os Ministros entre “ativistas judiciais” e campeões da “autocontenção” (*self-restraint*) (BRANCO, 2011, p. 369).

Afirma-se que o próprio criador da expressão não teria sido feliz em sua tentativa de qualificar os Ministros da Suprema Corte de sua época. Hugo Black e William Douglas, classificados como ativistas em questões econômicas (CAMPOS, 2011, p. 545), seriam, na verdade, juízes autorrestritivos (BRANCO, 2011, p. 389). Ely refere-se a Hugo Black como um “interpretacionista típico”. Liberal e ao mesmo tempo interpretacionista, sempre que sua filosofia política (liberalismo) divergia de sua filosofia constitucional (interpretacionismo), Black optava por esta última (ELY, 2010, p. 4-5).

Errando ou acertando na classificação que propunha, é fato que a expressão cunhada por Arthur Schlesinger 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. Todavia, não há uniformidade quanto ao conceito do ativismo, tampouco quanto à legitimidade da preconizada substituição de políticas públicas pelo Poder Judiciário.

Entre os autores que adotam uma concepção neutra da expressão ativismo judicial, pode-se citar Lawrence Baum. O cientista político é autor que utiliza “ativismo judicial” de maneira ampla, a englobar praticamente todos os casos de declaração de inconstitucionalidade de leis e, inclusive, interpretação da lei sem a declaração de inconstitucionalidade. Para Baum (1987), ativismo judicial se refere à “disposição da Suprema Corte de realizar mudanças significativas em políticas públicas, particularmente em políticas estabelecidas por outras instituições”. Assim, o ativismo judicial

ocorre quando a Corte toma decisões conflitantes com as políticas do Congresso, Poder Executivo e Governos estaduais e municipais. Para ele, o ativismo é geralmente exercido pelo poder de revisão (declaração de inconstitucionalidade de leis), mas não somente. O ativismo também pode ocorrer na simples interpretação de determinada lei, mesmo que não seja declarada a sua inconstitucionalidade (1987, p. 17, 18, 260).

Ronald Dworkin, por sua vez, mesmo sendo ardoroso defensor do *judicial review*, adota uma concepção negativa do que vem a ser ativismo judicial. Para o jusfilósofo, mais do que *judicial review* ou simples exercício arrojado da jurisdição, ativismo é uma “forma virulenta de pragmatismo jurídico”, em que o juiz (ativista) ignoraria o texto da Constituição, a história de sua promulgação, as decisões anteriores da Suprema Corte, as duradouras tradições da cultura jurídica norte-americana e imporia seus próprios pontos de vista sobre o que a justiça exige (DWORKIN, 2011, p. 451-452).

Mauro Cappelletti, por sua vez, está entre aqueles juristas que veem o ativismo judicial de forma positiva. Para o jurista italiano, a “criatividade” judicial não somente é um fenômeno inevitável, mas também necessário e recomendável em países democráticos (CAPPELLETTI, 1999, p. 13, 103, 116, 133).

Elival Ramos (2010) e Lênio Streck (2012) são autores brasileiros que enxergam o ativismo judicial sob um viés negativo. Elival (2010, p. 116-117) se refere ao ativismo judicial como a descaracterização da função típica do Poder Judiciário, com incursão insidiosa sobre o núcleo essencial de funções constitucionais atribuídas a outros poderes. Lênio Streck (2012, p. 22), por sua vez, afirma que o ativismo judicial ocorre quando o Poder Judiciário ultrapassa os limites previstos na Constituição e passa a fazer “política judiciária”, para o bem ou para o mal.

Gonet Branco (2011, p. 287, 392), conhecendo a controvérsia entre os diferentes significados da expressão, prefere adotar um conceito neutro de ativismo judicial, como o mero exercício arrojado da jurisdição, fora do usual, em especial no que tange a questões morais e políticas. E sintetiza a discussão de forma lapidar: a expressão “ativismo judicial” assume um “significado tão débil no seu conteúdo quanto forte na sua carga emocional” a ela associada.

Outra diferenciação faz-se importante. Ativismo e autocontenção não se confundem com liberalismo ou conservadorismo. Uma boa diferenciação entre liberalismo e conservadorismo é aquela fornecida por Lawrence Baum, que propõe a classificação dos *Justices* da Suprema Corte entre liberais e conservadores conforme suas preferências em relação a três grupos de tema (liberdade, igualdade e regulação econômica).¹ Nesse contexto, juízes liberais e conservadores podem ser ativistas ou autorrestritivos, de acordo com o tipo de demanda que estão a julgar. Nas décadas de 20 e 30, os juízes conservadores tinham postura geralmente ativista, declarando a inconstitucionalidade de várias leis que regulavam a economia, em detrimento do princípio da liberdade contratual (*laissez-faire*). Todavia, a partir dos anos 40, os juízes passaram a adotar uma postura de autocontenção no que se refere a temas comumente levados à Corte relacionados a liberdades civis, enquanto juízes liberais adotavam uma postura mais ativista (BAUM, 1987, p. 212, 224).

¹ Para Baum, quanto à categoria *liberdade*, seriam liberais os juízes que enfatizam as garantias processuais dos réus nos processos criminais, assim como a liberdade de expressão e de religião. Pertinentemente à igualdade, seriam liberais os juízes que apoiam queixas de tratamento discriminatório com fulcro na quarta emenda. Por fim, na categoria *New Dealism* ou *regulamentação econômica*, seriam liberais juízes simpáticos à regulamentação econômica, conferindo-se maiores direitos aos trabalhadores em detrimento da maior liberdade contratual (BAUM, 1987, p. 212).

Na verdade, mesmo as categorias *liberalismo* e *conservadorismo* são, em certa medida, conceitos imprecisos. Um juiz que, no início dos anos 30, estivesse a defender uma menor regulamentação estatal da economia poderia se autointitular liberal; caso em que estaria se referindo a determinado modelo econômico: liberalismo econômico (*laissez-faire*); de outra banda, diante dos adeptos do keynesianismo, tal magistrado seria considerado ultraconservador, pois, em seu entender, tal juiz seria adepto de uma concepção aparentemente superada de economia. No mais, ainda que adotados os conceitos propostos por Baum, dado juiz pode ser ao mesmo tempo liberal e conservador, a depender do tema em questão. O fato de um juiz ser liberal em relação a determinado grupo de direitos (p. ex., postura de maior amplitude em relação à liberdade de expressão) não significa que venha a sê-lo em relação a outro (p. ex., extensão das garantias processuais penais).

Além disso, um juiz não há de ser necessariamente ativista porque o Congresso adotou uma lei contrária a sua filosofia política. Como já dito, Hugo Black bem separava o seu papel de magistrado de suas convicções políticas (ELY, 2010, p. 4, 50), perfilhando, assim, uma postura de deferência em relação ao legislativo, ao menos em relação a temas econômicos. Semelhante posição adotou Felix Frankfurter, que, ingressando na Corte em 1939, “apoiou a autocontenção não somente a respeito de questões de regulamentação econômica como também a respeito de questões referentes às liberdades civis” (BAUM, 1987, p. 224-225).

Lançadas tais premissas, propõe-se a estudar o ativismo judicial da Suprema Corte Norte-Americana, comparando-o com o recente ativismo judicial do Supremo Tribunal brasileiro. Mas que conceito de ativismo judicial utilizaremos em nossa investigação? Para não recair no problema de se atribuir uma valoração positiva

ou negativa ao ativismo, ou dizer que, em um ou outro caso, o Supremo usurpou a competência do Poder Legislativo, utilizaremos, pelo menos neste trabalho, o conceito fornecido por Baum, que utiliza a expressão para aqueles casos em que a Suprema Corte, por intermédio do controle de constitucionalidade ou da simples interpretação da legislação federal, acaba substituindo políticas públicas erigidas por outro Poder.

3. O nascimento do controle de constitucionalidade: dos *founding fathers* a Marshall

Como sabido, não há, na Constituição Norte-Americana, um único artigo que confira à Suprema Corte o controle de constitucionalidade de leis criadas pelo Parlamento. Daí um sem número de críticas ao poder de revisão judicial norte-americano, as quais se intensificam quanto mais marcante é a atuação da Suprema Corte na declaração de inconstitucionalidade de leis.

Há muito se questiona se os Constituintes de 1787 teriam se omitido conscientemente ou não acerca do controle de constitucionalidade de leis pelo Poder Judiciário, bem como se seriam favoráveis ou contrários ao referido controle. Nesse ponto, ganha relevo o Federalista de nºs 78 e 81 e pesquisa empírica realizada pelo Professor Charles Beard, em estudo publicado pela primeira vez em 1912: *The Supreme Court and the Constitution*.

Quanto a *O Federalista* ou *Federalist Papers*, como se sabe, são esses uma série de 85 artigos publicados a partir de 1787 na imprensa escrita de Nova Iorque, que tinham por objeto convencer a opinião pública norte-americana da necessidade de ratificação da Constituição. Os artigos, publicados pelo pseudônimo *Publius*, foram escritos, na verdade, por James Madison, Alexander Hamilton e John Jay; os dois primeiros, participantes da convenção de Filadélfia de 1787, onde foram elaborados os artigos da Constituição Originária dos Estados Unidos; e o terceiro, membro do partido federalista que ocupou, entre outros cargos importantes, o de primeiro *Chief of Justice* da Suprema Corte Norte-Americana (KETCHAM, 1996, p. 23-24).

Acerca do Poder Judiciário, Hamilton descreve-o, no Federalista nº 78, como o ramo menos temível (*the least dangerous*) à Constituição; isso porque, diferentemente do Poder Legislativo e do Poder Executivo, não dispõe da Bolsa ou da Espada para tomar qualquer resolução ativa. Para Hamilton, a função de guarda da Constituição não poderia ter sido transferida ao Poder Legislativo, uma vez que “não é possível que a Constituição tenha querido dar aos representantes do povo o direito de substituir a sua própria vontade à dos seus constituintes”, sendo mais

razoável a suposição de que a Constituição quis colocar os tribunais judiciários entre o povo e a legislatura, para que aqueles possam impor limites a esta. Hamilton destaca que isso não significa, contudo, que o Poder Judiciário seja superior ao Poder Legislativo, mas sim que o poder do povo é superior a ambos. Mesmo defendendo que o povo tem o direito de mudar e abolir a Constituição existente, o *founding father* diz que desse princípio não se deve concluir que os representantes do povo estejam autorizados a violar a Constituição todas as vezes que a maioria dos seus constituintes se mostrar momentaneamente inclinada a violá-la. E arremata: os Tribunais precisam de muita coragem para defender a Constituição tão fielmente como lhes cumpre, quando o corpo legislativo é excitado nos seus ataques pela maioria da nação (HAMILTON; MADISON; JAY, 2003, p. 458-461).

No Federalista nº 81, Hamilton diz que os perigos de usurpações do Poder Legislativo pelo Judiciário são puramente imaginários, já que eventuais equívocos do Poder Judiciário são incapazes de influir sensivelmente sobre o sistema geral de governo. Por outro lado, defende que atribuir o dever de guarda da Constituição ao Poder Legislativo seria pouco producente, pois não há de se esperar que o Legislativo que violou a Constituição na elaboração de más leis há de temperar o efeito destas, reparando como juízes o mal que fizeram como legisladores. Acrescenta que, embora a Constituição seja silente quanto à revisão de atos do Poder Judiciário pela legislatura, tal poder de revisão, embora possível, não seria conveniente (HAMILTON; MADISON; JAY, 2003, p. 474-476).

Quanto a Beard, afirma-se que este teria iniciado seu estudo para, a princípio, afirmar que Marshall e a Corte por ele presidida teriam arbitrariamente assumido um poder que os autores da Constituição não lhe teriam conferido; todavia, ao final de sua pesquisa, chegara a conclusão diametralmente oposta. A tese de Beard pode ser resumida, basicamente, nos seguintes pontos: 1) dos 55 membros da Convenção Constituinte de 1787 (sendo que, entre os aludidos membros, somente dois terços teriam participado ativamente das reuniões), pelo menos 25 seriam favoráveis ao controle de constitucionalidade;² e 2) os autores da Constituição Federal

² Nesse ponto, vale a pena registrar o imenso mérito de Beard na realização da referida pesquisa empírica. Com efeito, sendo secretas as sessões que resultaram na redação da Constituição, Beard teve de realizar intensa pesquisa histórica, verificando como cada *founding father* da Convenção de 1787 teria se manifestado a respeito do poder de revisão do Poder Judiciário, antes ou depois da promulgação da Constituição. Eis, então, a razão da primeira leva de críticas quanto ao trabalho de Beard: sendo algumas das opiniões coletadas após a promulgação da Constituição, nada garante que os constituintes por ele apontados tenham sido realmente favoráveis ao controle judicial quando da realização da Convenção de Filadélfia. Há, todavia, quem afirme que Beard tenha sido modesto em suas projeções, havendo não 25, mas pelo menos 32 membros da Convenção que seriam favoráveis ao poder de revisão. Nesse sentido, confira-se a introdução de Allan Westin obra de Beard (1965, p. 11, 31-34, 39-40).

representavam grandes interesses conservadores, financeiros e comerciais que tinham um certo receio em relação ao populismo que poderia vir a ser adotado por uma maioria desprovida de propriedades. Tais constituintes desejavam, no mais, um Governo forte para garantir a ordem social e, em especial, o pagamento dos empréstimos realizados pelo Governo para cobrir as despesas de Guerra (BEARD, 1965, p. 33, 54-55, 91-92, 97, 99).

Conforme copiosa bibliografia, atribui-se a Marshall o início do controle de constitucionalidade das leis do parlamento, no julgamento do caso *Marbury versus Madison*, em 1803. O caso pode ser brevemente relatado da seguinte forma: Marbury havia sido nomeado juiz de paz do Distrito de Colúmbia nos últimos dias da Administração de John Adams, mas tivera sua posse recusada por James Madison, então Secretário de Governo, por determinação do novo Presidente, Thomas Jefferson, o qual estava insatisfeito com as nomeações de última hora do Presidente John Adams (conta que Adams teria nomeado juízes até a 21ª hora do seu último dia de mandato, com o propósito de enriquecer os federalistas, derrotados nas eleições, nos tribunais; o referido episódio tornou-se conhecido como *the midnight judges*, ou “os juízes da meia-noite”). Marbury, então, impetra um *mandamus* contra o ato de James Madison, que deixa o *writ* correr à revelia. Durante o tenso clima que antecedeu ao julgamento, na imprensa e no Congresso, chegou-se a sugerir o *impeachment* dos juízes que, deferindo a medida, ousassem aplicar os princípios da *Common Law* à Constituição. A Corte, sob a Presidência do *Chief of Justice* John Marshall, declarou a inconstitucionalidade do artigo 13 da Lei Judiciária de 1789, que atribuía ao Supremo Tribunal competência para o julgamento do *mandamus* contra ato do Secretário de Governo (BEARD, 1965, p. 115-120; RODRIGUES, 1992, p. 22, 35-38).

Na declaração de inconstitucionalidade da referida lei, que se tratou mais de um ato político do que jurídico, são de se destacar os seguintes pontos: 1) a Corte já havia anteriormente reconhecido sua competência para julgar *mandamus* contra ato de Secretário de Estado, em um caso envolvendo o Secretário de Guerra Henry Knox, em 1794 (não sob a Presidência de Marshall, é verdade); 2) Marshall inverteu a ordem do julgamento, adentrando no mérito do litígio e afirmando que Madison agira ilegalmente ao negar a posse a Marbury e que, de acordo com os princípios aplicáveis da *Common Law*, havia remédio para o caso, a saber: o *writ of mandamus*; 3) Marshall, que redigiu a opinião favorável ao poder de revisão judicial, não cita em nenhum momento *O Federalista*, bastante conhecido à época, mas fundamenta sua decisão mediante interessante exercício de lógica formal, citando artigos da própria Constituição que versavam sobre a impossibilidade de aprovação de leis que tratam de determinada matéria; de maneira que, segundo ele, tais artigos pressupunham uma instância de controle ao Poder Legislativo, a qual somente poderia ser o Judiciário, a quem caberia decidir sobre qual legislação aplicável diante de um conflito de normas (BEARD, 1965, p. 15-18; RODRIGUES, 1992, p. 35-38).

Ainda quanto ao nascimento do controle de constitucionalidade, vale a pena mencionar afirmação de Beard, no sentido de que, embora *Marbury versus Madison* tenha sido o primeiro caso em que o Supremo Tribunal declarou a inconstitucionalidade de lei, não fora o primeiro *case* em que, na Suprema Corte, arguiu-se a inconstitucionalidade de dada legislação. Allan F. Westin, por sua vez, em introdução à obra de Beard, ao dissertar sobre o longo debate a respeito do poder de revisão judicial, destaca a existência de precedentes de Tribunais Estaduais em que pretensamente teria sido declarada a

nulidade de atos do Poder Legislativo; contudo, ressalta que tais precedentes são geralmente considerados duvidosos ou irrelevantes, entre outros motivos: por falta de registro ou por autenticidade duvidosa (BEARD, 1965, p. 111-114; 14-15).

4. O ativismo de fortalecimento do governo federal – a contenção dos poderes estaduais: as Cortes Marshal (1801-1835), Taney (1835-1864) e Chase (1864-1873)

Característica marcante do início do controle de constitucionalidade norte-americano foi o fortalecimento do Governo Federal, mediante o controle de constitucionalidade de leis estaduais, sobretudo aquelas referentes à regulamentação do comércio interestadual.

O primeiro caso de declaração de inconstitucionalidade de uma lei federal ocorreu em 1803, no célebre *case Marbury versus Madison*. O segundo caso de declaração de inconstitucionalidade de lei federal ocorreu quase meio século mais tarde, no criticado *Scott versus Sandford*, em 1857, já sob a Presidência do *Chief* Roger Taney. Enquanto Marshall, o mais longo *Chief of Justice* da Suprema Corte Norte-Americana, declarou a inconstitucionalidade de uma única lei federal; durante a Presidência de Roger Taney, a Corte exerceu o poder de revisão em mais de uma dúzia de leis estaduais (BAUM, 1987, p. 38).

Como significativas decisões de fortalecimento do Governo Federal, na Corte Marshall, podem ser citados os casos: 1) *McCulloch versus Maryland (1819)*, em que a Corte, invocando a teoria dos poderes implícitos,³ declarou a constitucionalidade de lei federal que criara um Banco Nacional e a inconstitucionalidade de lei estadual que tributava o aludido banco (RODRIGUES, 1992, p. 42); 2) *Gibbons versus Ogden (1824)*, que reduziu o poder estadual de regulamentar o comércio; no precedente, afirmou-se que a atribuição de regulamentar o comércio entre estados, que compreendia não apenas a troca de mercadorias, mas também a passagem de pessoas de um estado para o outro e a navegação, seria competência da União, e não dos estados federados (BAUM, 1987, p. 267; CORWIN, 1959, p. 267; U.S., 1824).

³ Teoria essa já erigida por Marbury, no Federalista n. 44: “Não há princípio mais universalmente recebido pelas leis e pela razão do que este: que, quando o fim é necessário, os meios são permitidos; que todas as vezes que a lei confere o poder geral de fazer uma coisa, todos os poderes particulares necessários para esse fim se acham implicitamente compreendidos nessa disposição.” E, em nota de rodapé, para afastar a máxima maquiavélica de que os fins justificam os meios, Madison esclarece: “Esses princípios, pela maneira por que está expresso, é falso. São permitidos os meios, contando que sejam justos e honestos; de outro modo, temos de novo em campo a máxima execrável de que a natureza do fim santifica os meios” (HAMILTON; MADISON; JAY, 2003, p. 281-282); ver também Wolfe (1991, p. 38-40).

Segundo Baum, o Supremo sob a Presidência de Marshall e Taney tivera como característica comum o fortalecimento do Governo Federal: “a Corte havia alterado sutilmente as linhas entre o Governo Nacional e os governos estaduais em apoio ao primeiro” (BAUM, 1987, p. 38 e 40).⁴ Na mesma linha, Schwartz, para quem o fortalecimento do Governo Federal, no primeiro século da Suprema Corte Americana, pode ser bem sintetizado na seguinte frase do Juiz Holmes: “Eu não penso que os Estados Unidos chegariam ao fim se nós perdéssemos o poder de declarar uma Lei do Congresso nula. Penso que a União estaria em perigo se nós não pudéssemos fazer essa declaração com respeito às leis dos diversos estados” (SCHWARTZ, 1966, p. 265).

Bernardo Schwartz defende que o nascimento do controle de constitucionalidade no início do século XIX até o início do século XX resumia-se ao controle de constitucionalidade de leis estaduais de natureza tributária ou regulamentadoras do comércio interestadual. Entendia-se que a prosperidade e o crescimento da indústria americana dependiam da livre circulação de mercadorias entre os estados e, assim, a Suprema Corte tivera papel fundamental no fortalecimento da federação, mediante o controle de constitucionalidade de leis estaduais que de alguma forma podiam onerar ou dificultar o comércio entre os diferentes estados membros (SCHWARTZ, 1966, p. 265).

Lêda Boechat destaca que, sob a Presidência de Salmon P. Chase, a Corte daria grande extensão ao poder nacional e condenaria maior

número de leis estaduais do que Marshall nos seus anos mais ativos. Destacam-se, no período: 1) *Texas versus White (1869)*, em que foi declarada a perpetuidade e indissolubilidade da União, sendo nulos todos os atos decorrentes da convenção de secessão do Estado do Texas; 2) *Legal tender cases*, correspondentes a uma série de casos em que a Corte reafirmaria os poderes implícitos do Congresso, em especial o de política monetária relacionada ao curso do papel moeda (U.S., 1868; RODRIGUES, 1992, p. 68, 82).

5. O ativismo de defesa da política econômica liberal: o Governo dos Juízes (1895-1937)

O período que vai de 1895 a 1937 é conhecido como “Governo dos Juízes”, “Era Lochner” ou “Era de Transição”. Durante o aludido período, a Corte, sob a orientação de diversos *Chiefs of Justice*, declarou a constitucionalidade de diversas leis, que tinham por propósito a regulamentação da atividade econômica e direitos trabalhistas. Para a maioria dos juízes que compuseram a Suprema Corte na época, o maior instrumento da comunidade não era o governo, mas o mundo dos negócios. O Estado seria útil apenas para a proteção da liberdade individual. Durante esse período, houve, portanto, uma proteção exacerbada do capitalismo e larga adoção da teoria do *laissez-faire* (RODRIGUES, 1992, p. 97-156).

O caso mais representativo do aludido período seria *Lochner versus New York*, de 1905, em que a Suprema Corte declarou a inconstitucionalidade de Lei do Estado de Nova Iorque que fixava em 10 horas diárias e 60 semanais a quantidade máxima de horas de trabalho nas padarias, sob a alegação de que a referida lei constituía interferência indevida sobre a liberdade contratual. O referido julgado representara

⁴ Em que pese o fortalecimento do Governo Federal durante a gestão dos dois *Chiefs of Justice*, Lêda Boechat ressalta que Marshall e Taney encaravam de maneira diferente o federalismo. Enquanto para Marshall prevalecia o princípio da Supremacia Nacional, Roger B. Taney adotava o princípio do Duplo Federalismo, que preconizava a existência de dois governos independentes e soberanos: o da União e os dos Estados (RODRIGUES, 1992, p. 80).

a substituição da teoria de presunção da constitucionalidade da legislação social, aplicada no *case Holden versus Hardy (1898)*, em que se declarou a constitucionalidade de lei do Estado do Utah, que limitava a oito horas o trabalho das minas. A partir de *Lochner*, passa-se a adotar a doutrina da “notificação judicial”, na qual havia uma “presunção de inconstitucionalidade” das leis sociais, segundo a qual caberia ao Estado provar a necessidade das medidas restritivas de liberdade contratual. Na ocasião, ficaram vencidos os Juízes John Harlan e Oliver Holmes; este declarou que o entendimento adotado pelo Tribunal estava de acordo com uma teoria econômica a qual não era mais aceita pela sociedade norte-americana de então. Harlan, por sua vez, sustentou que a abundância de testemunhos médicos demonstrava que a duração da vida dos padeiros era abaixo da média, estando eles mais sujeitos a irritações dos olhos, pulmões e brônquios, o que possibilitava a discricionariedade legislativa. Treze anos mais tarde, no *case Bunting versus Oregon (1918)*, a Suprema Corte declararia constitucional lei do Estado de Oregon que prescrevia a jornada máxima de 10 horas diárias, mas ressalvava a possibilidade de trabalhar mais três horas diárias, mediante o pagamento de horas extraordinárias, no valor de 1,5 da jornada normal (RODRIGUES, 1992, p. 130-131; SCHWARTZ, 1966, p. 260; WOLFE, 1991, p. 210-211).

Além do *Lochner case*, destacam-se, no aludido período: 1) *United States versus E. C. Knight Co (1895)*, em que se interpretou que a lei federal antitruste (*Lei Sherman Anti-Trust*, de 1890) não se aplicaria ao *Trust* do açúcar, entendendo-se por “comércio” apenas o transporte. Por conta dessa interpretação da Corte, chegou-se a afirmar (entre os críticos estava o Presidente Roosevelt) que os trustes industriais virariam “terra de ninguém”, já que acerca deles não poderiam legislar os estados (U.S., 1824),

tampouco a União; o referido entendimento teria vigorado por dez anos, quando, em outro *case* – *Swift and Co versus United States (1905)* –, a Corte deliberou pela aplicabilidade da Lei Sherman ao monopólio de carne da Companhia Swift; 2) *Smith versus Ames (1898)*, em que a Suprema Corte declarou a inconstitucionalidade de lei do Estado de Nebraska fixadora de tarifas nos transportes interestaduais, afirmando que as tarifas fixadas, irrazoavelmente baixas, subtraíram a propriedade das empresas ferroviárias sem a observância do devido processo legal; tal julgamento teria tornado a Suprema Corte uma espécie de “Supercomissão para Tarifas de Estradas de Ferro”; 3) *Danbury Hatters Case ou Loewe versus Lawlor (1908)*, em que a Corte, totalmente contrária à vontade do legislador, teria passado a aplicar a Lei Sherman contra os trabalhadores, mais especificamente contra os sindicatos ou associações trabalhistas; 4) *Adair versus United States (1908)*, no qual se declarou a inconstitucionalidade da Seção 10 da Lei Erdman, de 1º de junho de 1898, a qual proibia os contratos *yellow dog* das empresas de ferro, que se caracterizavam pela exigência de que o empregado não se filiasse a entidades trabalhistas, e permitia a discriminação de empregados já filiados, mediante a não contratação ou ameaça de demissão; 5) *Hammer versus Dagenhart (1918)*, em que declarada a inconstitucionalidade de lei federal que interditava o comércio interestadual de mercadorias fabricadas por crianças; e 6) *Adkins versus Children’s Hospital (1923)*, no qual a Suprema Corte declarou a inconstitucionalidade de uma lei que estabeleceria um salário mínimo para as mulheres do Distrito de Colúmbia (U.S., 1917; RODRIGUES, 1992, p. 117, 122-127, 133 e 140-143; WOLFE, 1991, p. 210-211, 213).

Nesse contexto de hipervalorização do liberalismo econômico, não é difícil compreender por que o *New Deal* – plano de reestruturação

econômica proposto por Roosevelt com o propósito de superar a Grande Depressão de 1929, que consistia, basicamente, na delegação de poderes do Congresso Nacional para o Executivo, no que concerne à fixação salários, jornada de trabalho, preços e diversas questões sociais e de interesse dos trabalhadores – acabaria entrando em rota de colisão com a Suprema Corte. Diversas leis e resoluções decorrentes do plano de reestruturação econômica foram declaradas inconstitucionais, porquanto supostamente violadoras da cláusula do comércio ou dos poderes indelegáveis do Congresso em vários julgados: *Panama Refining Co. versus Ryan and Amazon Petroleum Corp. versus Ryan* (1935); *Perry versus United States* (1935); *Railroad Retirement Board versus Alton Rw Co.* (1935); *Schechter Poultry Corp. versus United States* (1935); *Louisville Joint Stock Bank versus Radford* (1935); *Hopkins Federal Savings & Loan Ass versus Cleary* (1935); *United States versus Butler* (1936); *Rickert Rice Mills versus Fontenot* (1936); *Carter versus Carter Coal* (1936); *Carter versus Carter Coal* (1936); *Ashton versus Cameron County Water Improvement District n. 1* (1936) (RODRIGUES, 1992, p. 116-117).

Em resposta ao posicionamento da Corte, Roosevelt propôs uma reforma do Poder Judiciário, consistente na possibilidade de nomeação de novos magistrados federais, sempre que os juízes atingissem 70 anos de idade e não requeressem a aposentadoria. Como resultado prático dessa reforma, a lei, se aprovada, permitiria o aumento imediato do número de juízes da Suprema Corte de 9 para 15, pondo fim à resistência às reformas preconizadas pelo referido chefe do Executivo. A Suprema Corte, evidentemente, posicionou-se desfavoravelmente à mudança. Carta dirigida pelo *Chief Hughes* ao Congresso dizia que o aumento do número de juízes, longe de fornecer mais dinâmica à Corte, iria comprometer a celeridade dos julgamentos. A grande imprensa, que até então havia ficado do lado de Roosevelt em seu embate com o Supremo Tribunal Federal, e boa parte dos partidários do Presidente no Congresso firmaram posição contrária à proposta, afirmando que tal lei tinha por propósito destruir a independência do Poder Judiciário (RODRIGUES, 1992, p. 120- 121; SCHWARTZ, 1966, p. 183- 184; BAUM, 1987, p. 41-42; ACKERMAN, 2008, p. 387-392).

Ao cabo de contas, a proposta de reforma esvaziou-se. Isso porque, dias após a leitura da carta, o *Justice Owen J. Roberts*, que até então pertencia ao grupo conservador, mudou de posição e, por apertada maioria, a Suprema Corte declarou a constitucionalidade de lei do salário mínimo no distrito de Colúmbia, no case *National Labor Relations Board versus Jones and Laughlin Steel Corp.* (1937). Entendimento esse que se repetiu em julgados posteriores. A mudança de posição que evitou o “enchimento” da Corte foi denominada “*the switch in time that saved nine*” (a mudança

em tempo de salvar os nove) (RODRIGUES, 1992, p. 120-121; ACKERMAN, 2008, p. 387-392, 422-437; BAUM, 1987, p. 41-42).

6. O ativismo de reafirmação das liberdades civis: a Corte Warren

Na fase seguinte, a Corte passou a julgar temas relacionados à liberdade civil, os quais, segundo Baum, podem ser divididos em três grandes tipos gerais de direitos: direitos processuais de réus criminais e outros nos procedimentos governamentais; direitos de grupos menos favorecidos a igualdade de tratamento (negros, mulheres e outras minorias); e certos direitos “essenciais”, entre os quais estão a liberdade de expressão e religião (BAUM, 1987, p. 247).

Na condução desses temas, destacou-se a Corte presidida pelo *Justice* Earl Warren, no período de 1952 a 1969. Para Baum, Warren não tinha capacidade jurídica notável e teve de defrontar-se com uma Corte acentuadamente dividida entre liberais e conservadores, além de *Justices* altamente capacitados e com posição já firmada em relação a vários temas, como Black, Douglas e Frankfort. Todavia, Warren tinha indiscutível capacidade de liderança, que utilizava para produzir consensos, mesmo em casos polêmicos. Baum cita, por exemplo, o célebre caso *Brown versus Board of Education* (1954), no qual, apesar da sensibilidade do tema (integração racial) e da longevidade do precedente anterior (*Plessy versus Ferguson*, de 1896) e da nítida divisão da Corte, entre liberais e conservadores, o Supremo Tribunal, sob sua Presidência, emitiu uma decisão unânime (BAUM, 1987, p. 234).

Na decisão do caso *Brown versus Board of Education* (Junta de Educação), de 1954, a Corte finalmente pôs fim à doutrina “iguais, mas separados” (*equal, but separate*). De acordo com a referida doutrina, admitia-se a segregação racial

nas escolas do Sul, existindo, assim, escolas destinadas exclusivamente para brancos e escolas destinadas exclusivamente para negros. Brown foi o primeiro passo para o fim da segregação. A implementação da decisão da Corte, contudo, sofreu grande resistência, inclusive de Juízes e de administradores de escolas, e resultou em um longo processo de integração social, que demorou duas décadas para sua efetiva implementação. Relevante para a implementação da decisão foi a própria atuação do Congresso Nacional que, em 1964, permitiu que fossem negadas verbas federais às instituições que praticassem a segregação racial. Outro fator que acelerou o processo de integração social foi a Lei de Votos de 1965, ao possibilitar o aumento de eleitores negros no Sul (BAUM, 1987, p. 306 e 306). Tais circunstâncias enfatizam que, em certos casos, mais do que uma simples decisão judicial, o diálogo entre as instituições é imprescindível para a implementação de certas políticas públicas sensíveis ao corpo social.

Além dos casos concernentes à integração racial, a Corte Warren destacou-se pelo julgamento dos *cases*: 1) *Mapp versus Ohio* (1961), em que a Corte aplicou a norma de exclusão (*exclusionary rule*) para uma busca realizada em desacordo com a quarta emenda (que proíbe buscas e apreensões desarrazoadas ou sem mandado);⁵ 2) *Engel versus Vitale* (1962)

⁵No caso concreto, policiais desconfiavam que um suspeito de uma recente explosão, bem como materiais concernentes a apostas ilegais, estava na residência da Sra. Dollree Mapp; solicitado o ingresso na residência pelos policiais, após ligar para seu advogado, a acusada solicitou a apresentação de mandado judicial; chegado reforço policial, os policiais teriam apresentado a Mapp um papel que se supunha ser um mandado (mas não era), ingressaram na residência e não encontraram o suspeito ou qualquer material concernente à aposta ilegal, mas tão somente material pornográfico, de posse proibida, de acordo com as leis de Ohio. A Corte, então, declarou que a prova obtida com a busca e apreensão indevida não poderia ser utilizada no referido processo, porquanto a busca e apreensão teria se dado em desacordo com a Quarta Emenda. Ver U.S., 1961; BAUM, 1987, p. 308.

e *Abington School District versus Schempp* (1963), nos quais a Suprema Corte decidiu que as escolas públicas não podiam realizar orações tampouco exercícios de leitura da Bíblia com seus alunos; 3) *Miranda versus Arizona* (1966), em que a Corte anulou uma condenação porque o suspeito não teria sido informado, antes de seu interrogatório, de seu direito ao silêncio e à presença de advogado; 4) *Griswold versus Connecticut* (1965), caso em que se declarou a inconstitucionalidade de lei do Estado de Connecticut que proibia o uso de contraceptivos (BAUM, 1987, p. 310-311).

7. Um paralelo entre o ativismo judicial nos Estados Unidos e o recente ativismo judicial no Brasil

Realizado esse brevíssimo esboço do ativismo judicial da Suprema Corte Norte, verifica-se que o ativismo ali praticado, durante os períodos estudados, pode ser classificado em três fases: 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*).

Comparado o referido ativismo com aquele exercitado pela Suprema Corte brasileira na última década, percebe-se, de logo, uma nítida diferença.

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 implemen-

tação de determinados direitos previstos na Constituição ou em resposta a certos reclamos do corpo social.

Com efeito, se forem verificados os casos mais polêmicos de ativismo judicial do Poder Judiciário do Brasil e da Suprema Corte, em particular, nesta última década, contata-se que tal ativismo tem por objeto compensar a inércia do Poder Legislativo ou do Executivo quanto ao enfrentamento de determinados temas, conforme se vê nos casos abaixo enumerados:

a) ADPF nº 45, Rel. Min. Celso de Mello, cautelar deferida em 29/4/2004: legitimidade de intervenção do Poder Judiciário em Políticas Públicas (veto do Presidente da República a dispositivo que previa custeio mínimo de ações destinadas à saúde em lei orçamentária anual); tal precedente geralmente é invocada em ações que tratam do fornecimento de tratamento médico ou garantia de educação básica à população carente;

b) ADPF nº 144, Rel. Min. Celso de Mello, julgada em 6/8/2008: tentativa (frustrada) de criação de hipótese de inelegibilidade para réus com condenação criminal não transitada em julgado (o não acolhimento da referida proposta de ativismo judicial resultou na elaboração da Lei da Ficha Limpa – Lei Complementar nº 135, de 4/6/2010, decorrente do processo constitucional de iniciativa popular);

c) Súmula Vinculante nº 13, publicada em 29/8/2008: proibição de contratação de parentes, em linha reta, colateral ou por afinidade, até o terceiro grau, da autoridade nomeante; e ADC nº 12, Rel. Min. Carlos Ayres Britto, julgada em 20/8/2009: declaração de constitucionalidade de resolução do CNJ – órgão do Poder Judiciário – que dispunha sobre a proibição de contratação de parentes até o terceiro grau, para cargos de comissão ou função gratificada;

d) ADI nº 3.999, Rel. Min. Joaquim Barbosa, julgada em 12/11/2008: declaração de

constitucionalidade de resoluções do TSE que regiam o processo e o julgamento de perda do mandato parlamentar na hipótese de desfiliação partidária;

e) ADI nº 4.277 e ADPF nº 132, Rel. Min. Carlos Ayres Britto, julgada em 5/5/2011: interpretação conforme do artigo 1.723 do Código Civil (e mutação constitucional da interpretação do artigo 226, §3º, da CR), para reconhecer a pessoas do mesmo sexo (união homoafetiva) o regramento infraconstitucional da união estável;

f) ADPF nº 54, Rel. Min. Marco Aurélio, julgada em 12/4/2012: interrupção da gravidez de fetos anencéfalos;

e, por fim, para citar um tema que se encontra na ordem do dia:

g) ADI nº 4.650, Rel. Ministro Luiz Fux, julgamento ainda não concluído, iniciado em 11/12/2013: limites de doações para financiamentos de campanha eleitorais, sobretudo quanto às doações feitas por pessoas jurídicas.

Os precedentes acima citados bem ilustram que os casos mais significativos de ativismo judicial da Suprema Corte referem-se não à contenção do ativismo do Poder Legislativo, mas sim à inércia dos Poderes Legislativo e Executivo na implementação de políticas públicas sensíveis à população.

O interesse em não legislar decorre de diversos fatores, entre eles o caráter analítico da Constituição brasileira, a repartição de competências legislativas, com preponderância da competência do Legislativo Federal, déficit de representatividade, e deita raízes no próprio sistema eleitoral brasileiro.

Note-se que, enquanto nos Estados Unidos o sistema majoritário leva à sobrevivência de poucos candidatos e, conseqüentemente, a poucos partidos, que são facilmente diferenciados quanto a temas relacionados a direitos civis, sociais e matéria tributária; no Brasil, em prestígio

ao pluripartidarismo, que seria mais adequado às representações das minorias, adotou-se um sistema proporcional de lista aberta com voto uninominal, em que cada voto é atribuído, ao mesmo tempo, para um candidato e para a legenda que o ajudará a eleger-se. Nesse sistema são eleitos os mais votados dentre os partidos que ultrapassaram o quociente eleitoral, de acordo com o número de vagas conquistadas por cada legenda. Acrescente-se ao original sistema brasileiro a possibilidade de coalizões entre partidos meramente instrumentais (ou seja: que valem somente enquanto durarem as eleições). Aliás, diz-se, com acerto, que no Brasil, via de regra, os partidos não possuem qualquer ideologia, mas são apenas pontes para o exercício da capacidade eleitoral passiva.

O sistema eleitoral brasileiro, ao cabo de contas, faz com que os parlamentares, com raras exceções, evitem firmar posição quanto a temas polêmicos. Não firmam posição contrária às pretensões da minoria que pretende ter o direito afirmado, pois receiam que a perda de voto dessa minoria lhes seja significativa; não firmam posição favorável porque temem que outra minoria, que se opõe à primeira, retire o seu apoio nas urnas. Por causa dessas idiosincrasias do nosso sistema eleitoral, talvez não haja paradoxo a melhor representar o posicionamento de boa parte dos congressistas em temas polêmicos: “Não sou contra nem a favor, muito pelo contrário...”

Destarte, para boa parte dos membros das duas Casas do Poder Legislativo, mais do que o desinteresse de legislar em relação a certos temas, existe, na verdade, o interesse em não legislar; interesse em evitar temas polêmicos em que a assunção de determinada posição pode afastar parcela de votos do eleitorado que o elegeu. E, no sistema proporcional, onde poucos candidatos ultrapassam o quociente eleitoral, cada voto é importante.

Essa omissão consciente do Poder Legislativo é denominada, por alguns autores, de “delegação estratégica” (de questões polêmicas) ao Poder Judiciário. A respeito do tema, Medeiros chega a afirmar que é quase uma impossibilidade o Poder Legislativo brasileiro deliberar sobre certas questões, como o aborto e a união homoafetiva, que deverão ser deixadas para o Poder Judiciário disciplinar (MEDEIROS, 2011, p. 535).

Quanto ao déficit de representatividade, Cappelletti leciona que os valores políticos são – muitas vezes – locais, corporativos ou de grupo, do que decorre o declínio de confiança nos parlamentos eleitos, criando-se, então, um déficit na representação, que liga o eleitor ao seu representante eleito. Não bastasse a indiferença do legislativo a certos reclames sociais, o aparato administrativo, por vezes, é entendido como paternalístico, autoritário e inacessível. Disso decorre um sentimento de impotência e abandono, de “solidão na multidão”, comum à massa dos cidadãos que não participam dos grupos de pressão, sendo o Poder Judiciário o local onde há de ser buscada a implementação dos direitos sociais que, garantidos na Constituição, não foram efetivados (CAPPELLETTI, 1999, p. 45-46).

O fato é que, ao não legislar sobre a matéria, o interessado procurará quem puder assegurar a sua pretensão e, nesse aspecto, o Poder Judiciário mostra-se a mais democrática das instituições, porquanto, diferentemente do Poder Legislativo, o Poder Judiciário não pode aludir à conveniência ou oportunidade de julgar as questões morais que lhe são apresentadas: ou afirma o direito ou nega-o. Como relembra Cappelletti, os tribunais são mais acessíveis aos cidadãos do que outros órgãos dos demais poderes. Enquanto a chave para abrir as portas de um tribunal é simplesmente o pedido da parte, uma audiência perante uma alta autoridade do Legislativo ou Executivo ocorre apenas quando a parte interessada ou é muito rica ou é poderosa (CAPPELLETTI, 1999, p. 106).

Partindo dessa constatação, José Cláudio Pavão Santana (2010), em diversas conferências a respeito do tema sugere a substituição da expressão “ativismo judicial” por “ativismo jurídico”, isto porque a última expressão ressalta o princípio da inércia do Poder Judiciário, dividindo o crédito (e as críticas) do ativismo judicial com os demais operadores do Direito – Defensores Públicos, Advogados, membros do Ministério Público etc. – corresponsáveis pela concretização dos direitos e garantias fundamentais e, às vezes, pelos equívocos do Poder Judiciário no exercício da jurisdição constitucional.

Por fim, ressalte-se que, bem ou mal, e mesmo no caso do brasileiro, em que o ativismo judicial corresponde, em certa medida, a certa inatividade dos Poderes Legislativo e Executivo, o ativismo judicial pressupõe, ao menos, a existência de uma sociedade democrática. Nesse sentido é de se notar que o tema, no Brasil, ganhou relevo apenas após a superação

do regime ditatorial, com o advento da Constituição Cidadã e a substituição de certa parcela dos Ministros nomeados durante o antigo regime. Não se fala em ativismo judicial em regimes ditatoriais. Aliás, segundo Cappelletti, o próprio *overload* ou sobrecarregamento dos parlamentos, empenhados em questões e discussões de política geral e partidária, do que decorre sua grande dificuldade de responder com a rapidez necessária à demanda desmedidamente aumentada da legislação destinada à garantia do bem-estar social (direitos de segunda geração), um dos fatores do ativismo, é uma característica dos estados de regime não autoritário e liberal (CAPPELLETTI, 1999, p. 43).

8. Considerações finais

Ao final deste artigo, chegam-se às seguintes conclusões:

a) a expressão ativismo judicial, desde sua origem, tem se mostrado bastante imprecisa; fraca quanto ao significado e forte quanto à carga emocional, geralmente refere-se ao exercício arrojado da jurisdição, fora do usual, em especial no que tange a questões morais e políticas; para fins deste trabalho, prefere-se o conceito sugerido por Lawrence Baum, qual seja: a substituição de políticas públicas do Poder Legislativo ou Executivo pelo Poder Judiciário;

b) o ativismo praticado nos Estados Unidos, durante os períodos estudados (1803-1969), pode ser classificado em três fases: 1) a da contenção do poder legiferante dos Estados-membros (ativismo de fortalecimento do Governo Federal); 2) a da contenção da intervenção do Estado na 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 aos direitos e garantias individuais previstos na Constituição Norte-Americana (*Bill of Rights*);

c) enquanto nos Estados Unidos o caráter sintético da Constituição e o sistema de eleição majoritário ensejaram uma postura ativista tanto do Poder Legislativo quanto do Poder Judiciário, no Brasil, o sistema de eleição proporcional e o caráter analítico da Constituição têm levado a um passivismo legislativo e a um ativismo judicial;

d) ao não legislar sobre a matéria, o interessado procurará quem puder assegurar a sua pretensão e, nesse aspecto, o Poder Judiciário mostra-se a mais democrática das instituições, porquanto, diferentemente do Poder Legislativo, o Poder Judiciário não pode aludir à conveniência ou oportunidade de julgar as questões morais que lhe são apresentadas;

e) se o ativismo judicial, como vem sendo praticado no Brasil, é bom ou mau, é fato que pressupõe, ao menos, uma circunstância política extremamente positiva, qual seja: a existência de uma sociedade democrática.

Referências

- ACKERMAN, Bruce. *A transformação do direito constitucional: nós, o povo soberano*. Tradução de Julia Sichieri Moura e Mauro Raposo de Mello. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.
- HAMILTON, Alexandre; MADISON, James; JAY, John. *O federalista*. Tradução de Hiltomar Martins Oliveira. Belo Horizonte: Líder, 2003.
- BAUM, Lawrence. *A Suprema Corte Americana: uma análise da mais notória e respeitada instituição judiciária do mundo contemporâneo*. Rio de Janeiro: Forense, 1987.
- BEARD, Charles. *A suprema corte e a Constituição*. Tradução de Paulo Moreira da Silva. Rio de Janeiro: Forense, 1965.
- BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Em busca de um conceito fugidio: o ativismo judicial. In: FELLET, André Luis Fernandes; PAULA, Daniel Giotti de; NOVELINO, Marcelo. *As novas faces do ativismo judicial*. Bahia: Juspodivm, 2011. p. 393-401.
- CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. Moreira Alves v. Gilmar Mendes: a evolução das dimensões metodológica e processual do ativismo judicial do Supremo Tribunal Federal. In: FELLET, André Luis Fernandes; PAULA, Daniel Giotti de; NOVELINO, Marcelo. *As novas faces do ativismo judicial*. Bahia: Juspodivm, 2011. p. 541-595.
- CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes legisladores?* Trad. de Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1999.
- 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.
- ELY, John Hart. *Democracia e desconfiança: uma teoria do controle judicial de constitucionalidade*. São Paulo: Martins Fontes, 2010.
- KETCHAM, Ralph. *Escritos antifederalistas* (y debates de La convención constitucional de EE. UU.). Barcelona: Hacer, 1996.
- MEDEIROS, Bernardo Abreu de. Ativismo, delegação ou estratégia?: a relação inter poderes e a judicialização no Brasil. In: FELLET, André Luis Fernandes; PAULA, Daniel Giotti de; NOVELINO, Marcelo. *As novas faces do ativismo judicial*. Bahia: Juspodivm, 2011. p. 529-540.
- RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos*. São Paulo: Saraiva, 2010.
- RODRIGUES, Lêda Boechat. *A corte suprema e o direito constitucional americano*. 2. ed. Rio de Janeiro: Cultura Brasileira, 1992.
- SANTANA, José Cláudio Pavão. Constituição: entre o contratado e o desejado. *Os constitucionalistas*, 31 mar. 2010. Disponível em: <<http://www.osconstitucionalistas.com.br/constituicao-entre-o-contratado-e-o-desejado>>. Acesso em: 29 out. 2014.
- SCHWARTZ, Bernardo. *Direito constitucional americano*. Tradução de Carlos Nayfeld. Rio de Janeiro: Forense, 1966.
- STRECK, Lênio Luiz. *O que é isto: decido conforme minha consciência?* 3. ed. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2012.
- UNITED STATES. Supreme Court. Gibbons v. Ogden, 22 U.S. 9 Wheat. 1 1 (1824). *Justia*, v. 22, 1824. Disponível em: <<http://caselaw.lp.findlaw.com/scripts/getcase.pl?court=US&vol=22&invol=1>>. Acesso em: 29 out. 2014.
- _____. Supreme Court. Texas v. White, 74 U.S. 7 Wall. 700 700 (1868). *Justia*, v. 74, 1868. Disponível em: <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/74/700/case.html>>. Acesso em: 29 out. 2014.
- _____. Supreme Court. Bunting v. Oregon 243 U.S. 426 (1917). *Justia*, v. 243, 1917. Disponível em: <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/243/426/>>. Acesso em: 29 out. 2014.

_____. Supreme Court. *Mapp v. Ohio* 367 U.S. 643 (1961). Justia, v. 367, 1961. Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/243/426/>. Acesso em: 29 out. 2014.

WOLFE, Christopher. *La transformacion de la interpretacion constitucional*. Tradução de Maria Garcia de Casas y Sonsoles Valcárcel. Madri: Civitas, 1991.