

## Desmistificando o Ativismo Judicial

**CAROLINA SCHERER BICCA**

Procuradora Federal, carreira vinculada à Advocacia-Geral da União, exercendo o cargo de Procuradora-Chefe do Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada – IPEA, Mestre em Direito Constitucional pelo Instituto Brasileiro de Direito Público – IDP.

Submissão: 22.11.2011

Parecer 1: 29.11.2011

Parecer 2: 01.12.2011

Decisão Editorial: 01.12.2011

**RESUMO:** O presente artigo busca analisar se existe uma definição própria de “ativismo judicial” ou se referida expressão é mais um daqueles termos jurídicos superabrangentes, sendo utilizado, na verdade, por qualquer um para criticar determinada decisão judicial com a qual não se concorda. Para tanto, analisaremos como o “ativismo judicial” vem sendo tratado nos Estados Unidos, local onde a expressão surgiu e onde há grandes debates sobre o tema, adentrando um pouco na história do “ativismo”. Por fim, demonstraremos algumas conceituações modernas de “ativismo” adotadas tanto nos Estados Unidos quanto no Brasil, destacando as diferenças existentes entre ambas e explicando a razão de ser de referida diversidade.

**PALAVRAS-CHAVE:** Ativismo judicial; Definição; Estados Unidos; Brasil; diferenças.

**ABSTRACT:** The present essay searches for a unique definition of the term judicial activism or if the above mentioned expression is just another juridical term which is widely applied, by anyone, in order to criticize certain judicial decisions which are not of his/her agreement. For that, we will analyse its history to show how this issue is dealt with in the USA, the place of origin of the expression, and where there is intense debate on the subject. At last, we will demonstrate some modern concepts of activism adopted in the USA as well as in Brazil, highlighting the existing differences, in both countries, and explain the reason for these differences.

**KEYWORDS:** Judicial activism; definition; United States of America; Brazil; differences.

**SUMÁRIO:** Introdução; 1 A discussão sobre “ativismo judicial”; 2 O foco das discussões sobre “ativismo judicial”; 3 Considerações históricas sobre o “ativismo judicial”; 4 Dimensões do “ativismo judicial”; 5 Constatações sobre a definição de “ativismo judicial”; 6 Definições modernas de “ativismo judicial”; Conclusão; Referências.

### **INTRODUÇÃO**

A expressão “ativismo judicial” tem sido empregada constantemente pelos mais diversos meios, sem que haja a preocupação em conceituá-la e em resgatar a sua origem.

O presente artigo visa a buscar a definição de “ativismo judicial” propriamente dita, a fim de delimitar o uso da expressão e aclarar o seu sentido, evitando, com isso, a sua má utilização e o conseqüente enfraquecimento da discussão em torno do tema, o que seria prejudicial à sociedade, ante a necessidade constante de debatermos a presente questão, principalmente pelo fato de vivermos em um Estado Democrático de Direito.

O problema a ser enfrentado consiste em saber se existe, efetivamente, uma definição de “ativismo judicial” ou se a expressão é mais uma daquelas expressões abrangentes, em que tudo se enquadra dependendo do ponto de vista do locutor, sendo mais um instrumento de crítica do Poder Judiciário quando não se concorda com determinada postura ou decisão judicial.

Para tratarmos da questão, em um primeiro momento, a fim de contextualizarmos o assunto, demonstraremos em que meios são travados os debates sobre o “ativismo” e qual o foco das discussões.

Posteriormente, perpassaremos, brevemente, pela história do “ativismo judicial”, cuja expressão é oriunda dos Estados Unidos, bem como pelas bases do surgimento do termo, o que pode ser encarado como a pré-história do “ativismo”, cuja abordagem será efetuada por meio de uma análise rápida de alguns casos controvertidos envolvendo o Judiciário daquele país, os quais causaram controvérsias sobre o comportamento judicial adotado à época.

Em seguida, analisaremos quais as condutas do Poder Judiciário que são comumente relacionadas ao “ativismo judicial”, enumerando aquilo que a doutrina convencionou em denominar de dimensões de “ativismo judicial”.

Por último, demonstraremos algumas conceituações modernas de “ativismo judicial”, a fim de verificarmos se, atualmente, há um conceito definitivo e unívoco acerca deste fenômeno.

## 1 A DISCUSSÃO SOBRE “ATIVISMO JUDICIAL”

A imprecisão do termo “ativismo judicial”, longe de ser um problema somente encontrado em nosso País, também é constatada nos Estados Unidos, local, aliás, onde a expressão foi criada.

Apesar da falta de clareza existente em seu próprio país de origem, entretanto, muito se tem discutido sobre o assunto em tal localidade, seja na mídia, nas campanhas eleitorais, nas pesquisas junto ao público em geral, bem como no meio acadêmico.

Com efeito, nos Estados Unidos, o assunto tem sido sempre discutido de forma proeminente, inclusive nos editoriais dos jornais mais importantes do país em circulação<sup>1</sup>.

---

1 LINDQUIST, Stefanie A.; CROSS, Frank B. *Measuring Judicial Activism*. New York: Oxford University Press, 2009. p. 11.

A população preocupa-se, da mesma forma, muito com tal questão, sendo que, de acordo com uma pesquisa realizada em 2005 pela Ordem dos Advogados americana, 56% dos entrevistados afirmaram que o “ativismo judicial” era uma crise contemporânea e 46% consideravam a opinião dos juízes arrogante, fora de controle e não confiável. Ademais, outra pesquisa realizada naquele mesmo ano concluiu que somente 2% dos americanos acreditavam que os juízes não adotavam suas visões políticas na hora de decidir<sup>2</sup>.

Nas audiências de confirmação dos Ministros indicados para a Suprema Corte, por sua vez, senadores preocupados com o “ativismo judicial” aproveitaram para vetar nomes prováveis de serem “ativistas” ou, no mínimo, para se oporem publicamente sobre tal prática<sup>3</sup>.

Nas campanhas eleitorais, da mesma forma, políticos, como George Bush, por exemplo, têm utilizado o tópico “ativismo judicial” para promover suas candidaturas, sendo contrários às nomeações de pessoas que claramente confundem a função de interpretar a lei com a prática de legislar de suas tribunas<sup>4</sup>.

No meio acadêmico de referido país, apesar de o foco da discussão sobre o “ativismo judicial” ser as objeções ao papel contra majoritário do Judiciário, de acordo com Lindquist e Cross, tais objeções não atingem o coração da crítica ao “ativismo”, pois o sistema de governo dos Estados Unidos foi instituído, justamente, para moderar a influência de maiorias nacionais imediatas, buscando evitar a tirania da maioria<sup>5</sup>.

## 2 O FOCO DAS DISCUSSÕES SOBRE “ATIVISMO JUDICIAL”

Apesar da ampla discussão sobre o tema, o foco do assunto raramente se concentra na questão básica sobre o que constitui o “ativismo judicial” propriamente dito<sup>6</sup>.

O enfoque da discussão é diversificado, podendo consistir na nulidade da legislação liberal por juízes conservadores, na mudança brusca dos princípios de *commow law* (sistema de direito baseado em precedentes judiciais), bem como na modificação de políticas públicas<sup>7</sup>, por exemplo.

Para Green, o discurso moderno sobre a questão gira em torno de críticas à conduta dos juízes, sendo que os acadêmicos encaram o “ativismo” mais como um mito ou um clichê<sup>8</sup>.

---

2 Idem, p. 10.

3 Idem, p. 14.

4 Idem, p. 17-18.

5 Idem, p. 23.

6 CANON, Bradley C. Defining the Dimensions of Judicial Activism. *Judicature*, s. I, Vol. 66, n. 6, 1983, p. 237-247.

7 Idem, p. 237-238.

8 GREEN, Craig. An Intellectual History of Judicial Activism. *Emory Law Journal*, s. I., Vol. 58, p. 1196-1263, 2009, p. 1198.

Comumente, utiliza-se a expressão “ativismo judicial” em tom pejorativo, identificando-o com algo negativo e danoso para a sociedade, motivo pelo qual poucos juízes assumem ser “ativistas”<sup>9</sup>.

Lindquist e Cross encaram o “ativismo judicial”, na verdade, como um termo carregado, repleto de múltiplos significados e conotações politizadas, sendo que, para os autores, uma decisão é considerada “ativista” de acordo com os olhos de quem a enxerga<sup>10</sup>.

Não há, todavia, necessariamente, um sentido negativo na expressão, tendo o “ativismo judicial” contribuído com a sociedade, quando da promoção pelo Judiciário da adaptação do direito em face das novas exigências sociais e das novas pautas axiológicas<sup>11</sup>, bem como promovido a efetivação de importantes direitos sociais, como se demonstrará adiante.

Apesar de todo o debate sobre o assunto, não há, repita-se, uma preocupação em se delimitar o significado de “ativismo judicial”, sendo que as discussões quase nunca enfocam nessa questão<sup>12</sup>.

Consequentemente, a expressão é entendida de forma pobre, o que pode melhorar se adentrarmos um pouco na história do “ativismo judicial”.

### 3 CONSIDERAÇÕES HISTÓRICAS SOBRE O “ATIVISMO JUDICIAL”

Foi o Professor de Harvard Arthur Schlesinger quem primeiro utilizou a expressão “ativismo judicial” em um artigo publicado em 1947 na *Revista Fortune*, o que a torna alvo de depreciação, pois referido ensaio se misturava entre propagandas de whisky e loção de barbear<sup>13</sup>.

O fato é que Schlesinger, em tal artigo, dividiu os Ministros da Suprema Corte, à época, em “ativistas” (Black, Douglas, Murphy e Rutledge) e “campeões da autocontenção” (Frankfurter, Jackson e Burton). Para ele, os juízes “ativistas” eram aqueles inclinados a empregar a sua noção de bem social e os campeões da autocontenção eram aqueles focados em garantir um processo legítimo, preservando as legislações.

Conforme Lindquist e Cross, esta perspectiva de Schlesinger acerca do “ativismo judicial” faz com que o termo seja associado à tomada de decisão judicial que invade as prerrogativas dos ramos eleitorais de forma inapropriada<sup>14</sup>.

9 CANON, Bradley C. Op. cit., p. 240.

10 LINDQUIST, Stefanie A.; CROSS, Frank B. Op. cit., p. 1.

11 RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo judicial – Parâmetros dogmáticos*. São Paulo: Saraiva: 2010. p. 110.

12 CANON, Bradley C. Op. cit., p. 237.

13 GREEN, Craig. Op. cit., p. 1201.

14 LINDQUIST, Stefanie A.; CROSS, Frank B. Op. cit., p. 1-2.

Para Green, entretanto, Schlesinger falhou em explicar o que se entendia como “ativismo” e se tal fenômeno era bom ou mau<sup>15</sup>.

Green critica Schlesinger por não ter definido de forma coerente o termo “ativismo judicial” e entende que a popularidade do termo só ocorreu em razão de eventos posteriores que, na verdade, confundiram o significado da expressão.

Ademais, para o autor supracitado, Schlesinger apenas descreveu um momento na história, pois o ano de 1947 marcou 10 (dez) anos após a mudança no tempo que acabou com a Era Lochner e, durante aquela década, Franklin Roosevelt preencheu 7 (sete) assentos da Suprema Corte, sendo que a intenção de Schlesinger era mais a de desmistificar a Corte, como, aliás, muitos ensaios o fazem nos dias de hoje.

Crítica, ainda, Green o fato de o foco de Schlesinger, um zeloso harvardiano, ser sempre pessoal e demonstrar, na verdade, uma rivalidade acadêmica com alguns daqueles Ministros, procedentes da Escola de Direito de Yale, e por ele nunca ter explicado exatamente o que aqueles Ministros fizeram para receber o título de “ativistas” ou “heróis da autocontenção”.

A par disso, conforme Green, o fato de Schlesinger ter obtido um prêmio Pulitzer em sua carreira contribuiu para que o uso do termo se espalhasse rapidamente nos mais altos níveis de debate.

Outro fator para Green que reforçou a atenção sobre a terminologia de Schlesinger se deu 7 (sete) anos mais tarde, em 1954, quando a Corte acabou com a segregação racial em *Brown v. Board of Education*<sup>16</sup>, sendo que, desde então, o ativismo da Corte Federal em promover questões sociais tem sido, constantemente, uma preocupação dominante<sup>17</sup>.

De acordo com Lindquist e Cross, apesar de o termo ser atribuído a Schlesinger, as bases da ideia de “ativismo judicial”, todavia, são historicamente mais antigas<sup>18</sup>, podendo elas ser apontadas como a pré-história do “ativismo”.

Com efeito, um exemplo de comportamento judicial bastante controverso à época, de acordo com Green, é aquele adotado pela Corte de Marshall, cujo trabalho, de 1801 a 1835, apesar de ser muito admirado na atualidade, no passado sofreu muitas críticas em relação a certas decisões, que foram alvo de intenso debate naquele tempo<sup>19</sup>.

---

15 GREEN, Craig. Op. cit., p. 1200.

16 Crianças negras eram proibidas de serem admitidas em escolas públicas frequentadas por crianças brancas de acordo com leis, permitindo a segregação de acordo com as raças. As escolas brancas e negras ofertavam igualdade em termos de prédios, currículo, qualificação e salário dos professores. Foi decidido que, apesar da igualdade das escolas em fatores objetivos, questões intangíveis promovem e mantêm a desigualdade. Segregação racial na educação pública tem um efeito danoso sobre as crianças em minoria porque isto é interpretado como um sinal de inferioridade. Separados, mas iguais é inerentemente desigual no contexto da educação pública. A opinião unânime emitida foi pela destruição de todas as formas de separação racial mantidas pelo Estado. Disponível em: <[http://www.oyez.org/cases/1950-1959/1952/1952\\_1](http://www.oyez.org/cases/1950-1959/1952/1952_1)>. Acesso em: 31 maio 2011.

17 GREEN, Craig. Op. cit., p. 1201-1208.

18 LINDQUIST, Stefanie A.; CROSS, Frank B. Op. cit., p. 2.

19 GREEN, Craig. Op. cit., p. 1215.

Marshall teve seus julgamentos ridicularizados em face de suas consequências e era criticado por utilizar métodos judiciais impróprios, sendo criticado por fazer uso de uma fraca análise textual e de uma abordagem partidária à Constituição<sup>20</sup>.

A propósito, baseados no período de Marshall, Lindquist e Cross confirmam que (i) a crítica judicial pode ser traçada do começo da tradição judicial americana e (ii) a Corte tem recebido pesadas críticas tanto pelas decisões que diminuem o poder governamental, como em *Marbury*<sup>21</sup>, quanto por decisões que expandem tal poder, como em *McCulloch*<sup>22</sup> e *Gibbons*<sup>23-24</sup>.

Outro caso bastante polêmico também é o caso *Dred Scott*<sup>25</sup>, que, segundo Green, representa atualmente o pior caso de “ativismo judicial”, com o qual todos devem concordar, pois representou um desastre na história judicial sem igual nos Estados Unidos<sup>26</sup>.

---

20 Idem, p. 1216.

21 O caso começou em 02.03.1801, quando um obscuro Federalista, William Marbury, foi indicado como o Ministro da Paz no Distrito de Columbia. Marbury e muitos outros foram indicados para postos do governo criados pelo Congresso nos últimos dias da Presidência de John Adams, mas estas nomeações de último minuto nunca foram concretizadas. Os indicados descontentes invocaram um ato do Congresso e entraram com um processo pelos seus empregos na Suprema Corte (Ministros William Cushing e Alfred Moore não participaram). Os Ministros decidiram baseados no forte argumento de Marshall de que a Constituição era o direito fundamental da nação e que um ato legislativo que repudia a Constituição é inválido. Em outras palavras, quando a Constituição – o direito máximo da nação – conflita com um ato legislativo, tal ato é inválido. Este caso estabelece o poder de revisão judicial da Suprema Corte. Disponível em: <[http://www.oyez.org/cases/1792-1850/1803/1803\\_0](http://www.oyez.org/cases/1792-1850/1803/1803_0)>. Acesso em: 31 maio 2011.

22 Em 1816, o Congresso criou o Segundo Banco dos Estados Unidos. Em 1818, o Estado de Maryland aprovou uma legislação para impor taxas sobre o banco. *McCulloch*, funcionário do banco de Baltimore, se recusou a pagar as taxas. Em uma decisão unânime, a Corte firmou o posicionamento de que o Congresso tinha o poder de criar bancos e que o Estado de Maryland não poderia estabelecer tributos a serem pagos por órgãos do governo criados pelo Congresso em decorrência de seus poderes constitucionais. Disponível em: <[http://www.oyez.org/cases/1792-1850/1819/1819\\_0](http://www.oyez.org/cases/1792-1850/1819/1819_0)>. Acesso em: 31 maio 2011.

23 Uma lei do Estado de Nova York concedeu a dois indivíduos o exclusivo direito de operarem barcas sobre as águas daquela jurisdição estadual. Leis como esta foram repetidas em todos os lugares, sendo que alguns deles passaram a demandar de barcas estrangeiras pagamentos substanciais de taxas para terem o privilégio de navegação. Neste caso, um barco próprio que fazia negócio entre Nova York e Nova Jérsei desafiou o monopólio que Nova York havia garantido, o qual forçou-o a obter uma licença especial do Estado para navegar sobre essas águas. A Corte achou que a licença que New York requeria daqueles operadores de fora do Estado era inconsistente com o ato do Congresso regulador do comércio na costa. A Lei do Estado de Nova York foi invalidada em virtude da Cláusula Suprema. Em sua opinião, o Ministro Chefe Marshall desenvolveu uma clara definição da palavra comércio, a qual incluía navegação sobre as águas entre os Estados. Ele concluiu que aquela regulação de navegação sobre operadores de barcas e outras com o propósito de comércio interestadual era um poder reservado e exercido pelo Congresso. Disponível em: <[http://www.oyez.org/cases/1792-1850/1824/1824\\_0](http://www.oyez.org/cases/1792-1850/1824/1824_0)>. Acesso em: 31 maio 2011.

24 GREEN, Craig. Op. cit., p. 1216.

25 *Dred Scott* era um escravo em Missouri. De 1833 a 1843, ele residiu em Illinois (um Estado livre), em uma área do Território de Louisiana, onde a escravidão foi proibida pelo Compromisso de Missouri de 1820. Após retornar para Missouri, Scott entrou com um processo sem sucesso na Corte de Missouri pela sua liberdade, alegando que sua residência em um território livre fez dele um homem livre. Scott, então, ingressou com um novo processo em uma Corte Federal. O patrão de Scott asseverou que um negro não puro sangue de descendente africano ou de descendente de escravo poderia ser um cidadão de acordo com o Artigo III da Constituição. Sobre os Artigos III e IV, argumentou Taney, nenhum cidadão dos Estados Unidos poderia ser um cidadão de apenas um Estado e que somente o Congresso poderia conferir cidadania nacional. Taney chegou à conclusão de que nenhuma pessoa descendente de um escravo americano seria um cidadão para os propósitos do Artigo III. A Corte então considerou o Compromisso de Missouri inconstitucional, esperando, desta forma, terminar de uma vez por todas com a questão da escravidão. Disponível em: <[http://www.oyez.org/cases/1851-1900/1856/1856\\_0](http://www.oyez.org/cases/1851-1900/1856/1856_0)>. Acesso em: 31 maio 2011.

26 GREEN, Craig. Op. cit., p. 1214.

De acordo com o autor supracitado, Dred Scott foi um escravo afro-americano que fracassou em obter sua liberdade no caso decidido pela Corte em 1857. A Corte decidiu que nenhum descendente de escravo africano poderia ser considerado cidadão americano e, portanto, Dred Scott não poderia ter ajuizado uma ação em um Tribunal Federal já que as regras de cidadania não o permitiam, tendo sido a reação pública e política imediata e avassaladora<sup>27</sup>.

Ainda sobre as origens do “ativismo judicial”, Lindquist e Cross sustentam que, em 1861, Abraham Lincon argumentou em seu discurso de posse que, caso os tópicos políticos fossem resolvidos pelo Judiciário, o povo deixaria de ser o seu próprio governante<sup>28</sup>.

Outro período de críticas à atuação judicial, conforme Green, refere-se às décadas posteriores à guerra civil americana, também conhecida como Guerra de Secessão. A controvérsia reside em que, em uma série de decisões, a Corte submeteu direitos individuais ao poder militar federal, extirpando a liberdade e igualdade constitucional, e, como membros de uma comissão eleitoral, ajudaram a decidir a eleição presidencial.

De acordo com o autor, ainda, algumas das ações da Corte de 1865 a 1885 foram muito criticadas, outras nem tanto. Apesar disso, os especialistas enxergam este período como um capítulo excessivamente negro da história judicial<sup>29</sup>.

Em um tempo mais próximo ao artigo de Schlesinger acima referido, tem-se a chamada Era Lochner, período este em que o alegado “ativismo” da Corte assumiu várias formas<sup>30</sup>.

Conforme explicam Lindquist e Cross, na virada do século vinte, cobranças de tomadas de decisões políticas inapropriadas foram niveladas pelas decisões conservadoras da Suprema Corte, que invalidou regulamentações econômicas, especialmente em 1905, no famoso caso *Lochner v. New York*<sup>31</sup>, quando foi derrogada uma lei de New York que limitava o número de horas que os padeiros poderiam trabalhar<sup>32</sup>.

Para Green, em tal era, a Corte permitiu ampla escala de negócios, a operarem com poucos limites regulatórios<sup>33</sup>, sendo que o caso *Lochner* estabeleceu

---

27 Idem, p. 1213.

28 LINDQUIST, Stefanie A.; CROSS, Frank B. Op. cit., p. 2.

29 GREEN, Craig. Op. cit., p. 1211-1212.

30 Idem, p. 1209.

31 O Estado de Nova York editou uma lei proibindo padeiros de trabalhar mais do que 60 horas por semana ou 10 horas por dia. A Corte invalidou a lei de Nova York. A maioria sustentou que o estatuto interferia na liberdade de contrato e que o direito à liberdade da Décima Quarta Emenda deve ser respeitado em relação aos empregadores e empregados. A Corte vislumbrou o estatuto como um direito do trabalho, sendo que o Estado não tem razoável grau de interferência na liberdade para determinar sobre as horas de trabalho. Disponível em: <[http://www.oyez.org/cases/1901-1939/1904/1904\\_292](http://www.oyez.org/cases/1901-1939/1904/1904_292)>. Acesso em: 31 maio 2011.

32 LINDQUIST, Stefanie A.; CROSS, Frank B. Op. cit., p. 2.

33 GREEN, Craig. Op. cit., p. 1210.

o palco para as invalidações da legislação do *New Deal* pela Corte, de modo que é frequentemente apresentado como um exemplo de “ativismo judicial”, no sentido de recusa da Corte em permitir a legislação sobre assuntos de regulação econômica<sup>34</sup>.

Em reação a decisões tais como a de *Lochner*, Franklin Delano Roosevelt propôs indicar Ministros da Suprema Corte simpáticos a suas políticas<sup>35</sup>.

Como se pode perceber, apesar de estes críticos do poder judicial não usarem a expressão “ativismo judicial”, eles invocaram-na, em princípio, para criticar a Corte<sup>36</sup>.

Lindquist e Cross afirmam que o conceito de “ativismo judicial”, no começo, teve uma conotação positiva, relacionado mais ao “ativismo” dos direitos civis do que à autoridade mal empregada pelos juízes, isso porque, de fato, a decisão do caso *Brown v. Board of Education* pôs fim à segregação racial na educação e outras decisões da Corte de Warren promoveram uma visão expansiva dos direitos sociais e políticos<sup>37</sup>.

Conforme os autores acima mencionados, a Corte de Warren tornou-se o retrato do “ativismo judicial”, tanto que, em um dicionário de política de 1992, a definição de “ativismo judicial” corresponde à prática de alguns juízes da Suprema Corte de não considerar precedentes judiciais estabelecidos ou até mesmo princípios do direito, visando a proteger e aumentar direitos individuais de acordo com as condições sociais, econômicas e políticas.

Com efeito, de acordo com os autores supracitados, não há dúvidas de que a Corte de Warren estava repleta de juízes dispostos a fortalecer o poder da Corte para promover mudanças sociais. Após a posse de Earl Warren como Ministro Chefe, a Corte começou a realizar dramáticos julgamentos protegendo direitos individuais e eliminando a segregação racial, o que acabou provocando a reação dos sulistas americanos contrários a essa visão<sup>38-39</sup>.

---

34 LINDQUIST, Stefanie A.; CROSS, Frank B. Op. cit., p. 2.

35 Idem, ibidem.

36 Idem, p. 2-3.

37 Idem, ibidem.

38 “Após a consolidação de sua Independência, os Estados Unidos viveram um próspero período marcado pelo crescimento de seus níveis econômicos e o alargamento de suas fronteiras. No entanto, os projetos de desenvolvimento que nortearam a nação norte-americana estabeleceram, paulatinamente, uma grave rixa entre os estados do Norte e do Sul. Os nortistas apoiavam a expansão da pequena propriedade, a utilização do trabalho livre e a diversificação econômica. Já os sulistas, defendiam o uso do latifúndio monocultor sustentado pelo uso da mão de obra escrava. Durante o século XIX, essas oposições acabaram impedindo a consolidação dos interesses dos estados nortistas. De forma geral, desejavam o fim da escravidão, para que os mercados consumidores se expandissem, e a elevação das taxas alfandegárias, beneficiando diretamente o fortalecimento da indústria norte-americana. Essas medidas eram mal vistas pelos estados do sul, que tinham interesse na manutenção do escravismo e na prática de taxas menores que favorecessem as importações”. Tais rixas acabaram provocando a guerra da secessão, o conflito civil que marcou a história dos EUA. Disponível em: <<http://guerras.brasilecola.com/seculo-xvi-xix/a-guerra-secessao.htm>>. Acesso em: 2 jun. 2011.

39 LINDQUIST, Stefanie A.; CROSS, Frank B. Op. cit., p. 3.

Para os autores, muito da animosidade direcionava-se contra a figura do Ministro Chefe, que era descrito como o paradigma do juiz que usava sua autoridade judicial para promover sua visão pessoal de justiça social<sup>40</sup>.

Em face destes acontecimentos, Richard Nixon prometeu em sua campanha que iria indicar Ministros que não adotariam suas próprias preferências ao interpretar cláusulas ambíguas da Constituição. Três anos após, Nixon indicou quatro novos Ministros para a Suprema Corte, entre eles Warren Burger, visando a que Ministros mais conservadores reorientassem a política da Corte, afastando os resultados liberais defendidos por Earl Warren e seus membros.

Alguns chegaram a antecipar que a Corte de Burger anularia precedentes da Corte de Warren, mais isso não ocorreu no que concerne às mais impressionantes decisões, de acordo com os autores supracitados.

Conforme Lindquist e Cross, apesar de a Corte de Burger ter falhado em desfazer os precedentes da Corte de Warren, todavia, Burger, continuou a representar o pior de um ativista judiciário, particularmente à luz de decisões tal qual *Roe v. Wade*<sup>41</sup>, de maneira que os conservadores continuaram atacando o governo ao longo dos anos Burger<sup>42</sup>.

Ronald Reagan, da mesma forma que Nixon, iniciou seu governo sobre uma plataforma de oposição ao “ativismo judicial”, anunciando que somente indicaria Ministros que entendessem o perigo de processos eleitorais que privassem o povo de seus direitos civis ou eleitorais. Reagan atacou a indulgência judicial em relação a criminosos e reclamou de juízes que pensam que é seu direito fazer a lei e não apenas interpretá-la<sup>43</sup>.

Conforme Lindquist e Cross, com a aposentadoria de Warren Burger, em 1986, Reagan indicou Rehnquist para Ministro Chefe da Suprema Corte, o qual representava a ala direita da Corte. Com isso e com a indicação de Scalia no mesmo ano, Reagan conseguiu modificar a orientação da Suprema Corte para a direita, apesar de outros indicados por ele (O’Connor e Kennedy) serem menos conservadores que Rehnquist e Scalia.

A partir disso, alguns comentaristas anteciparam que esta alteração resultaria em uma nova era de contenção judicial da Corte, sendo que outros, todavia, estavam duvidosos se a Corte de Rehnquist realmente cumpriria esta promessa.

---

40 Idem, p. 4.

41 Roe, uma residente do Texas, procurou terminar sua gravidez através de um aborto. A lei do Texas proibia abortos exceto pra salvar a vida da mulher grávida. A Corte decidiu que o direito da mulher em fazer um aborto se insere dentro do direito à privacidade (reconhecido no caso *Griswold v. Connecticut*) protegido pela Décima Quarta Emenda. A decisão deu à mulher total autonomia sobre a gravidez durante o primeiro trimestre e definiu diferentes níveis de interesses do Estado para o segundo e o terceiro trimestre. Como resultado, as leis de 46 Estados foram afetadas pelas regras da Corte. Disponível em: <[http://www.oyez.org/cases/1970-1979/1971/1971\\_70\\_18](http://www.oyez.org/cases/1970-1979/1971/1971_70_18)>. Acesso em: 31 maio 2011.

42 LINDQUIST, Stefanie A.; CROSS, Frank B. Op. cit., p. 5-6.

43 Idem, p. 6-7.

Apesar de a Corte de Rehnquist ter sido conservadora em muitos tópicos, foram tomadas algumas decisões liberais (amplamente apoiadas pelo bloco liberal da Corte de Rehnquist) que produziram críticas dos conservadores alegando a existência de “ativismo”, como, por exemplo, no caso *Lawrence v. Texas*<sup>44</sup>, em que a Corte derrubou a lei de sodomia do Estado do Texas<sup>45</sup>.

#### 4 DIMENSÕES DO “ATIVISMO JUDICIAL”

Conforme visto, não há um tratamento uniforme acerca do que se entende por “ativismo judicial”.

Na doutrina, o que geralmente ocorre é a identificação de dimensões específicas associadas ao “ativismo”, ou seja, pesquisas voltadas a apontar situações que são frequentemente relacionadas ao “ativismo”.

Lindquist e Cross, após a análise de outros autores, reuniram as dimensões identificadas em outros estudos, agrupando-as em quatro categorias: (1) majoritarianismo e deferência a outros atores governamentais; (2) estabilidade e fidelidade interpretativa; (3) engrandecimento institucional (do Poder Judiciário); e (4) julgamento com resultado orientado<sup>46</sup>.

Esclarecem os autores que a primeira dimensão apontada corresponde à situação na qual a Corte opta por não acatar decisões adotadas por outros atores governamentais. Já a segunda dimensão está relacionada com a desestabilização de um precedente judicial<sup>47</sup>. A terceira, por sua vez, significa a simples expansão da autoridade institucional judicial por meio de suas decisões sobre certos casos e controvérsias. Por fim, a quarta e última dimensão apontada é aquela em que o Judiciário declara uma lei inconstitucional segundo as preferências políticas pessoais do julgador<sup>48</sup>.

Bradley C. Canon, cujo estudo foi levado em conta pelos autores supracitados, também não procurou definir um significado definitivo sobre “ativismo

---

44 Atendendo a um chamado de relato de distúrbio em uma residência privada, o policial Houston entrou no apartamento de John Lawrence e viu ele e outro homem adulto, Tyron Garner, praticando ato sexual. Lawrence e Garner foram acusados e condenados por desvio de relação sexual em violação a um estatuto do Texas proibindo duas pessoas do mesmo sexo em adotar certas condutas sexuais íntimas. A Corte de Apelação do Estado decidiu que o estatuto não era inconstitucional sobre a Cláusula do Devido Processo da Décima Quarta Emenda, com *Bowers v. Hardwick*, 478 U.S (1986). Por 6 a 3, liderado pelo Ministro Anthony M. Kennedy, a Corte decidiu que o estatuto do Texas tornando crime o fato de duas pessoas do mesmo sexo terem intimidade sexual viola a Cláusula do Devido Processo. “O direito deles de liberdade garantido pela Cláusula do Devido Processo dá a eles o direito total a praticar a conduta deles sem intervenção do governo”, escreveu o Ministro Kennedy. Disponível em: <[http://www.oyez.org/cases/2000-2009/2002/2002\\_02\\_102](http://www.oyez.org/cases/2000-2009/2002/2002_02_102)>. Acesso em: 31 maio 2011.

45 LINDQUIST, Stefanie A.; CROSS, Frank B. Op. cit., p. 7.

46 Idem, p. 32.

47 De acordo com Elival da Silva Ramos, diante de um precedente, os órgãos incumbidos da função jurisdicional podem: 1) verificar a pertinência do julgado com o caso que lhes é submetido; 2) interpretar o texto da decisão precedente, podendo restringir ou ampliar os efeitos da norma a ele acoplada ou reconhecer a revogação, total ou parcial, do precedente (*overruling*). RAMOS, op. cit., p. 106.

48 LINDQUIST, Stefanie A.; CROSS, Frank B. Op. cit., p. 32-39.

judicial”, tendo identificado e elaborado seis diferentes dimensões sobre ativismo judicial, quais sejam:

- (1) Majoritarianismo – o grau pelo qual políticas adotadas através de processos democráticos são judicialmente negadas.
- (2) Estabilidade interpretativa – o grau pelo qual recentes decisões das Cortes, doutrinas ou interpretações são alteradas.
- (3) Fidelidade interpretativa – o grau pelo qual provisões constitucionais são interpretadas contrariamente à clara intenção dos seus elaboradores ou à clara implicação da linguagem usada.
- (4) Distinção do processo substantivo/democrático – o grau pelo qual decisões judiciais fazem políticas substantivas mais do que afetam a preservação do processo político democrático.
- (5) Especificidade da política – o grau pelo qual uma decisão judicial estabelece a política ela mesma em oposição à discrição permitida de outras agências ou indivíduos.
- (6) Avaliação de um produtor de política alternativo – o grau pelo qual uma decisão judicial ultrapassa sérias considerações do mesmo problema por outras agências governamentais.<sup>49</sup>

Referidas dimensões, portanto, só corroboram a ampla utilização da expressão “ativismo judicial” nas mais diversas atuações do Poder Judiciário.

## 5 CONSTATAÇÕES SOBRE A DEFINIÇÃO DE “ATIVISMO JUDICIAL”

Diante das considerações históricas e atuais efetuadas até agora, em que se demonstrou a variedade de críticas voltadas a atuação do Poder Judiciário, pode-se dizer que é praticamente inviável chegar-se a um consenso sobre o que significa a famosa expressão “ativismo judicial”, mesmo no contexto norte-americano onde a expressão foi criada.

De acordo com Elival da Silva Ramos, essa conceituação ampla de “ativismo judicial” encontrada nos Estados Unidos deve-se, em parte, ao sistema de direito por eles adotado (*common law*), sendo que esta mesma explicação pode ser utilizada para se entender por que no Brasil (adepto de *civil law*) o foco da crítica ao ativismo se concentra mais na questão da “disfunção no exercício da função jurisdicional em detrimento da função legislativa”<sup>50</sup>.

É que, conforme esclarece o autor, no sistema de *common law*, adotado pelos Estados Unidos e pela Inglaterra, a jurisprudência ocupa o posto de principal fonte do Direito, sendo que, de acordo com a doutrina do *stare decisis*, possui valor de precedente, ao contrário das decisões judiciais adotadas nos

49 CANON, Bradley C. Op. cit., p. 239.

50 RAMOS, op. cit., p. 107.

sistemas da família romano-germânica, as quais não são consideradas como fontes do Direito.

Assim, conforme Ramos, em razão de nos sistemas de *common law* as decisões judiciais serem atos veiculadores de normas jurídicas, é muito mais complicado para os países que adotam tal sistema caracterizar uma atuação “ativista” da Magistratura no sentido geralmente empregado no Brasil, relacionado à usurpação da função legislativa pelo Poder Judiciário, com violação à separação dos poderes<sup>51</sup>.

Para ele, por conta das características do sistema de direito americano é que

a discussão sobre ativismo, como se constata nos Estados Unidos, desloca-se mais para o plano da filosofia política, sendo a indagação central a legitimidade do Poder Judiciário, tendo em vista a ideologia democrática que permeia o sistema político norte-americano.<sup>52</sup>

Logo, verifica-se que o significado da expressão “ativismo judicial” também depende do sistema de direito adotado.

## 6 DEFINIÇÕES MODERNAS DE “ATIVISMO JUDICIAL”

Para Graig Green, as interpretações mais modernas sobre o ativismo judicial podem ser agrupadas em: (1) qualquer sério erro legal; (2) qualquer resultado controverso e indesejável; (3) quaisquer decisões que anulem um estatuto; ou (4) uma mistura destes e outros fatores<sup>53</sup>.

Após refutar as interpretações mais atuais sobre o “ativismo” e partindo da premissa de que muitas decisões judiciais não são supervisionadas por outros órgãos governamentais, Green apresenta a sua própria definição, propondo que “o ativismo judicial deveria ser definido como o abuso do poder não supervisionado que é exercido fora dos limites do papel judicial”<sup>54</sup>.

No Brasil, Elival da Silva Ramos apresenta um conceito amplo de “ativismo judicial”, tendo como base o princípio da separação dos poderes, qual seja, o exercício da função jurisdicional para além dos limites impostos pelo próprio ordenamento que incumbe, institucionalmente, ao Poder Judiciário fazer atuar, resolvendo litígios de feições subjetivas (conflitos de interesses) e controvérsias jurídicas de natureza objetiva (conflitos normativos).<sup>55</sup>

---

51 RAMOS, op. cit., p. 107.

52 RAMOS, op. cit., p. 110.

53 GREEN, Craig. Op. cit., p. 1217.

54 Idem, p. 1222.

55 RAMOS, op. cit., p. 129.

De acordo com o autor, o “ativismo” é claramente negativo, “por importar na desnaturação da atividade típica do Poder Judiciário, em detrimento dos demais Poderes”<sup>56</sup>.

Como se constata, as definições acima apresentadas focalizam na questão do papel do Poder Judiciário, considerando como “ativistas” aquelas decisões que extrapolam a atividade típica de tal Poder.

Referidas definições, todavia, demonstram-se muito amplas e suscitam uma discussão em torno do novo papel do Poder Judiciário, que deve ser entendido a partir do fenômeno da judicialização da política<sup>57</sup>, sob pena de a discussão restar descontextualizada, o que não vem ao caso no momento, sob pena de fugirmos do escopo principal deste artigo.

Embora, no Brasil, o “ativismo” seja associado mais à questão da invasão das competências do Legislativo pelo Judiciário, conforme acima mencionado, não se define quando tal invasão efetivamente ocorre.

## CONCLUSÃO

O “ativismo judicial” é mais uma daquelas expressões sem definição certa, como outras existentes no meio jurídico, mas que, apesar de sua imprecisão, é utilizada amplamente nas mais diversas searas, sem se saber ao certo do que se trata.

Muitas das discussões sobre ativismo judicial possuem, na verdade, um fundo ideológico, podendo-se dizer, até mesmo, que se tornou lugar comum para aqueles que buscam o caminho político e para pessoas de todas as ideologias transformar o “ativismo judicial” no alvo de todos os ataques demagógicos<sup>58</sup>.

O que se constata é que o ativismo é identificado com posturas mais arrojadas da Corte, sendo, entretanto, um fenômeno multidirecional, podendo ser apontado tanto por conservadores quanto por liberais, sendo utilizado, geralmente, por aqueles que não concordam com o sentido de determinada decisão, motivo pelo qual acabam por adjetivá-la como “ativista” mais como uma forma de ataque a determinado comportamento judicial.

56 Idem, *ibidem*.

57 A judicialização da política, entendida como o controle pelo Judiciário sobre a vontade do soberano, atualmente, é um fato comum em países democráticos, tendo ela se originado de acontecimentos externos, não relacionados com a pretensão direta do Poder Judiciário. VIANNA, Luiz Werneck et al. *A Judicialização da política e das relações sociais no Brasil*. Rio de Janeiro: Revan, 1999, p. 47. O surgimento do *Welfare State*, a inserção de inúmeros direitos sociais, com seu cunho genérico e indeterminado, no bojo das Constituições, bem como a instituição do controle de constitucionalidade das leis, especialmente do modelo de controle abstrato, cuja legitimidade restou ampliada pela Constituição Federal de 1988, dando azo à configuração do que Perter Häberle denominou de “sociedade aberta dos intérpretes”, são exemplos de acontecimentos que propiciaram a politização do Judiciário. VIANNA, Luiz Werneck; BURGOS, Marcelo Baumann; SALLES, Paula Martins. Dezesete anos de judicialização da política. *Tempo Social*, Revista de Sociologia da USP, v. 19, n. 2, p. 39-85, 2007, p. 39-41.

58 LINDQUIST, Stefanie A.; CROSS, Frank B. Op. cit., p. 12.

Em face da enorme gama de associações feitas entre o desempenho do Judiciário e o “ativismo judicial”, conforme amplamente demonstrado ao longo do presente artigo, poucos são os autores que se arriscam a formular uma definição própria de “ativismo judicial”, por outro lado, como o tema é superabrange, qualquer um pode se sentir à vontade para criar sua própria definição, o que não significa que será a única a ser seguida.

## REFERÊNCIAS

- CANON, Bradley C. Defining the Dimensions of Judicial Activism. *Judicature*, s. 1, Vol. 66, n. 6, 1983.
- GREEN, Craig. An Intellectual History of Judicial Activism. *Emory Law Journal*, s. 1., Vol. 58, p. 1196-1263, 2009.
- HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica constitucional: a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1998.
- LINDQUIST, Stefanie A.; CROSS, Frank B. *Measuring Judicial Activism*. New York: Oxford University Press, 2009.
- RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo judicial – Parâmetros dogmáticos*. São Paulo: Saraiva: 2010.
- VIANNA, Luiz Werneck et al. *A judicialização da política e das relações sociais no Brasil*. Rio de Janeiro: Revan, 1999.
- VIANNA, Luiz Werneck; BURGOS, Marcelo Baumann; SALLES, Paula Martins. Dezesete anos de judicialização da política. *Tempo Social*, Revista de Sociologia da USP, v. 19, n. 2, p. 39-85, 2007.