

O ATIVISMO JUDICIAL EM FACE DA AUTONOMIA E SEPARAÇÃO DE PODERES CONTEMPLADO NO ARTIGO 2º DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

Marcos Mendonça Vanzeloti¹
Raíssa Luana Silva²
Érika Tayer Lasmar³

RESUMO: O foco principal deste artigo é abordar o tema Ativismo Judicial em face da autonomia e separação de poderes contemplado no artigo 2º da Constituição Federal de 1988. Este artigo estabeleceu como problema de pesquisa o seguinte tema: o ativismo judicial representa um excesso por parte do judiciário ou está presente no ordenamento jurídico para preencher as lacunas deixadas pelo poder legislativo? Este artigo consiste em uma análise sobre o tema mencionado, analisando o surgimento do Estado, e os mecanismos utilizados para que o mesmo adotasse o formato que contempla atualmente. A separação dos poderes e o sistema de freios e contrapesos foram abordados com a finalidade única de observar todos os desdobramentos para formação dos poderes. Foi utilizada uma abordagem de pesquisa qualitativa, de forma aplicada, em que se procurou explorar e explicar o tema proposto e como é tratado atualmente dentro das diretrizes da separação dos poderes estatais. Foram analisadas obras de diversos pesquisadores da área do Direito, com a finalidade única de observar os desdobramentos do ativismo judicial. Tais doutrinadores pontuam claramente os efeitos da atuação do judiciário frente à separação dos poderes.

PALAVRAS-CHAVE: Ativismo judicial; neoconstitucionalismo; divisão dos poderes.

1 INTRODUÇÃO

O presente artigo tem como foco principal abordar o tema o Ativismo Judicial frente a autonomia e a separação dos poderes abordados no artigo 2º da Constituição Federal de 1988 (BRASIL, 1988). Luís Roberto Barroso (2009), um dos atuais Ministros do Supremo Tribunal Federal, definiu o Ativismo Judicial como uma atuação ativa e incisiva do Poder Judiciário no meio político, de forma a interferir nos poderes Legislativo e Executivo. Segundo o referido autor, esta atuação busca a concretização de uma justiça social.

Tal temática torna-se pertinente a partir do momento em que se percebe a usurpação, ainda que parcial, de um poder pelo outro. Desse modo, uma vez que o Poder Judiciário passa

a exercer atribuições que seriam originariamente do Poder Legislativo ou Executivo, o que está em risco é a segurança jurídica de toda uma sociedade. Isso porque, se fere a Tripartição dos

¹ Graduando em DIREITO pelo UNIPTAN E-mail: advmarcosmendonca@gmail.com

² Graduanda em DIREITO pelo UNIPTAN E-mail: raissaluanaasilva@hotmail.com

³ Professora do Curso de Direito do UNIPTAN E-mail: erika.lasmar@uniptan.edu.br

Poderes elencados no artigo 2º da Constituição Federal de 1988 (BRASIL, 1988), nada impede que outros artigos da mesma Carta Magna também sejam feridos.

Dessa forma, o presente artigo estabeleceu como problema de pesquisa a seguinte temática: O ativismo judicial representa um excesso por parte do judiciário, ou se faz presente no ordenamento jurídico para preencher as lacunas deixadas pelo poder legislativo?

E como objetivo geral: Analisar as nuances do ativismo judicial frente a separação e autonomia dos poderes, conforme previsão do artigo 2º da Constituição Federal de 1988 (BRASIL, 1988). Assim sendo, para alcançar o objetivo geral, foram delimitados três objetivos bem específicos, que auxiliará na resposta da temática, bem como na análise do objetivo geral, quais sejam: Analisar as características da execução do ativismo judicial no Estado Brasileiro; Descrever a função legislativa e a divisão dos poderes do Estado; Analisar os resultados da falta de discricionariedade do judiciário em razão do ativismo judicial, bem como os vestígios deixados pela atuação desenfreada do referido poder no arcabouço jurídico brasileiro.

O presente artigo consiste, logo, em uma análise sobre o tema acima referido. E, para que fosse possível chegar a alguma resposta, foi utilizada uma abordagem de pesquisa em caráter qualitativo, de forma aplicada, na qual se buscou explorar e explicar o tema proposto e como o mesmo é tratado atualmente. Para melhor compreender o que é método de pesquisa, tem-se que é o “conjunto de atividades sistemáticas e racionais que, com maior segurança e economia, permite alcançar o objetivo – conhecimentos válidos e verdadeiros – traçando o caminho a ser seguido, detectando erros e auxiliando as decisões do cientista” (MARCONI; LAKATOS, 2003, p.83).

Assim sendo, o primeiro capítulo conteve-se em abordar a temática da Divisão dos Poderes, elencados no artigo 2º da Constituição Federal de 1988 (BRASIL, 1988), bem como explicar o surgimento do Estado, até chegar nos moldes em que o mesmo se encontra. Para tal fim, autores como Montesquieu (1689-1755) e Thomas Hobbes (1588-1679) foram utilizados como base teórica, além de demais autores contemporâneos. No entanto, o segundo capítulo foi escrito no intuito de descrever o Ativismo Judicial e suas consequências práticas no Estado Democrático de Direito Brasileiro. Para tal fim, foi utilizado de artigos da Constituição Federal de 1988, bem como pensamentos de autores como o Ilustríssimo Senhor Luís Roberto Barroso, atualmente Ministro do Supremo Tribunal Federal.

2 COMO SURTIU O ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO E SUA EVOLUÇÃO ATÉ A SEPARAÇÃO DOS PODERES COM MONTESQUIEU

O Estado como é conhecido hoje, em sua visão democrática, nem sempre foi assim. Ele passou por diversas fases, com alternadas conceituações para chegar no que é hoje conhecido como Estado Democrático de Direito, que, ao menos na República Federativa do Brasil tem a separação dos três poderes (Executivo, Legislativo e Judiciário), baseado na teoria de Montesquieu - 1689-1755 (VIEIRA, 2017)

Para chegar na sua definição, é de suma importância passar por autores como Thomas Hobbes (1588-1679), John Locke (1632-1704) e, o outrora referido, Montesquieu (1689-1755). No entanto, cabe salientar a posição de Dalmo Dallari (2015), o qual sintetizou três posições para a formação do Estado. Primeiramente, o autor define (DALLARI, 2015) que o Estado sempre existiu, desde que os primeiros seres humanos habitaram o planeta, existindo, a partir daí um contexto social. Uma segunda posição do autor ((DALLARI, 2015) é de que o Estado foi criado posteriormente à sociedade, ou seja, o mesmo foi criado para que fosse possível atender às necessidades de um contexto social preexistente. Por fim, e em seu último posicionamento, o autor ((DALLARI, 2015) considera que o Estado seria um ente dotado de características bem definidas, sendo o mesmo concreto e histórico, surgindo a partir da ideia de soberania, não sendo de caráter universal.

Esclarecido as primeiras posições de Dalmo Dallari (2015), é possível realizar algumas considerações.

De forma primária, a ideia de que o Estado sempre existiu não é uma ideia totalmente aceita, pelo fato de sociedades antigas não terem desenvolvido uma organização na forma como o Estado é conhecido. No entanto, a segunda e a terceira conceituação oferecida pelo autor (DALLARI, 2015) são extremamente válidas, pois uma completa a outra.

O Estado nasceu devido a uma demanda de sociedades antigas, para organizar a vida do que hoje é conceituado como população (VIEIRA, 2017). Ou seja, ele surge a partir de demandas que eram diversas e que as pessoas, em conjunto, não conseguiriam decidir e organizar.

Esta primeira ideia é a base da terceira posição sintetizada pelo autor, pois, foi a partir dessa demanda de organização social que passou a ser estabelecido limites territoriais, em que cada civilização exerceria sua soberania. Logo, é possível afirmar que o Estado foi fundamental para que a soberania pudesse ser desenvolvida e conceituada como é atualmente.

Vale salientar, como supracitado, que o Estado passou por diversas conceituações, sendo definido de forma diferente em cada momento da história.

Entendidas as posições de Dalmo Dallari (2015), é possível conceituar o Estado como uma sociedade constituída por um grupo de pessoas ou indivíduos, que tem como base uma nacionalidade, um território, uma soberania, que é exercida dentro desse limite de terras, e um povo. No que tange aos elementos que constituem um Estado, não é possível delimitar qual deles é o mais importante, visto que sem um, não há a possibilidade de haver o outro.

Mas uma questão interessante que pode surgir é: “Se o Estado já existia, por que ele passou por diversas mudanças conceituais?”. Esta questão é simples de responder, quando feito um exercício de pensamento das realidades. O que significa isso? Ora, basta levar em consideração que a alteração conceitual do Estado muda conforme a situação em que se encontra a sociedade em cada época, ou seja, cada momento histórico o Estado teve que agir e intervir de forma diferente, a fim de atender as necessidades sociais, para evitar que males maiores pudessem ocorrer. No entanto, o presente artigo irá atentar-se especificamente em como surge a denominação de Estado conhecida hoje, realizando estudos a partir do século XIII. Segundo CAIXETA (2003), ideia de Estado de direito tem início na Idade Média, e, teria como principal intenção, conter o poder absolutista dos monarcas à época. No entanto, entre os séculos XIV e XV, essa ideia de contenção se perdeu, de forma que deu espaço a pensadores como Thomas Hobbes (1588-1679), que defendia o Estado de forma Absoluta. Para ele, era um mal necessário a fim de conter a maldade do homem. Em sua visão, o homem já nascia mau, não sabendo viver em sociedade, e por isso, era necessário que houvesse um Estado autoritário para conter essa maldade e ditar as regras de convivência. Hobbes (1588-1679) definia que “o homem é o lobo do homem”, querendo dizer que pessoas não podiam viver em sociedade de forma totalmente livre sem que algo os contivesse, ou haveria diversas lutas por qualquer que fosse o objeto de disputa.

No entanto, do século XV em diante, com o que seria posteriormente chamado de Iluminismo, essa ideia de “Homem mau” perdeu a força, devido a pensadores como John Locke (1632-1704), Montesquieu (1689-1755) e, até mesmo Kant (1724-1804), que trouxeram novas definições para o homem. É a partir de então que o Estado começa a tomar forma nos moldes como ele é conhecido hoje (PELLEGRINI, 2007).

Trazendo a ideia de Jean-Jacques Rousseau (1712-1778), outro pensador da época, o homem não nasce mau, no entanto, a sociedade o corrompe. Essa ideia foi um dos pilares

para que o Estado se desenvolvesse, pois, a partir do momento que se sabe da bondade do homem, bastaria criar um meio em que ele pudesse se desenvolver e então manter a sua bondade.

Segundo PELLEGRINI (2007), foi a partir de ideias como a de Rousseau (1712-1778) que foi desenvolvido por ele, e por outros pensadores, como John Locke (1632-1704), a ideia de contrato social. Tal contrato não era um instrumento particular, como conhecido no Direito Civil ou em outras áreas do Direito, assinado por poucas partes, mas, sim, uma convenção estabelecida entre os governantes e toda a sociedade dentro do território preestabelecido. Tal contrato regularia o que era conhecido como direito natural, que são seus direitos por natureza, intrínsecos a cada ser humano, como, por exemplo, o direito à vida, que, sim, em determinadas épocas, foi regulamentado, trazendo a título de elucidação, quando havia previsões expressas de pena de morte. Mas voltando à teoria do contrato social, o mesmo uniria os cidadãos aos governantes para que houvesse uma mediação dos conflitos de interesses.

Foi a partir de tal pensamento de Locke (1632-1704) que o conhecido Charles de Montesquieu (1689-1755) desenvolveu seu livro denominado ‘‘O Espírito das Leis’’. Neste livro contém a ideia que, ao menos na Constituição da República Federativa do Brasil, é elencada expressamente no artigo 2º, definindo a separação de cada um dos entes que seriam necessários para que houvesse uma forma justa nas resoluções das demandas sociais (CAIXETA, 2003).

O pensamento de Montesquieu (1689-1755) foi em separar o Estado em três poderes distintos e independentes, de certa forma, entre si, os quais seriam: Legislativo, Executivo e Judiciário, cujos conceitos serão definidos de forma posterior.

Essa ideia ficou conhecida como Sistema de Freios e Contrapesos, significando que cada um dos poderes balancearia as decisões tomadas pelos outros, a fim de evitar abusos. Conforme PISKE e SARACHO (2018), a ideia era conter os abusos outrora cometidos pelo Sistema Absolutista, e manter um certo equilíbrio, para que a população pudesse ter o que viria a ser chamado de Segurança Jurídica. Além de conter tais abusos, seria uma forma de impedir que o absolutismo voltasse a poder.

Tal sistema de freios e contrapesos consiste no controle da aplicação de poder pelo próprio poder, mas de uma forma separada, pois haveria uma necessidade de autonomia entre cada um dos três poderes elencados (PAULO; ALEXANDRINO, 2017).

Levando tais ideias em consideração, o intuito da criação dessas limitações seria

conter não somente o poder do Estado, mas também regulamentar a liberdade das pessoas, ao ponto que elas fizessem o que estaria na lei, evitando a libertinagem, ou seja, a realização de um ato que o homem acha que é certo, mas que, na verdade, vai contra os ideais de todauma sociedade. Logo, tal sistema foi a criação de um meio para que o homem bom de Rousseau (1712-1778) pudesse se desenvolver.

Atualmente ainda se utiliza a ideia de Contrato Social e de Separação dos poderes, visto que todos podem fazer aquilo que não lhes é restrito por lei. Fato interessante é que o sujeito de direito já tem seus limites estabelecidos desde cedo, mostrando como a aplicação prática e o funcionamento do sistema.

Outrossim, é de suma importância salientar que o Estado continua a se desenvolver a cada nova era, mas tendo sempre como base as ideias dos pensadores acima referidos, com exceção de Thomas Hobbes (1588-1679), visto que sua ideia absolutista já não é mais aceita pela maioria das civilizações (MALUF, 2017).

3ADIVISÃODOSPODERESELENCADOSNOARTIGO2ºDACONSTITUIÇÃO FEDERAL DE1988

Antesde tratar de forma detalhada da formação e áreas de atuação de cada um dos três poderes estatais, faz-se necessário discutir a existência de funções típicas e atípicas a serem exercidas por eles. A estruturação e divisão dos poderes é feita mediante análise da especialização de cada um destes órgãos, bem como a independência conferida a cada um deles. Entretanto, apesar de haver completa independência entre o executivo, legislativo e o judiciário, tem-se que inexiste completa separação das funções, haja vista a atipicidade conferida ao exercício de suas atuações.

Desse modo, abstrai-se que além das condutas típicas, ou seja, aquelas aplicadas com preponderância, secundariamente exercem atividades ora conferidas aos demais poderes. A constituição Federal de 1988 atribuiu ao executivo, ao legislativo e ao judiciário, o rol de atividades inerentes a sua condição (MORAES, 2006). Todavia, as condutas atípicas, complementam a atuação dos entes estatais, sem que haja nestes momentos a usurpação de poder.

O poder legislativo está estruturado nos artigos 44 a 75 da Constituição Federal de 1988 (BRASIL, 1988), tendo a Magna Carta delineado a sua estruturação, bem como listado as atividades que lhe são inerentes. A grosso modo, a função do poder legislativo,

sendo está a função típica, é de legislar e fiscalizar, sendo ambas carecedoras de ampla análise. Atipicamente, o legislativo cumula as funções de administrar e julgar. A primeira ocorre como poder de organizar lotação em cargos, bem como a promoção de servidores, ao passo que ainda é responsável por julgar o presidente da república em crimes de responsabilidade.

Ainda segundo Moraes (2006), como fruto do desenvolvimento do princípio da separação dos poderes, e, mesmo da concepção dos regimes representativos, o parlamento passou a se caracterizar pelo exercício da dupla missão, legislar e fiscalizar, de modo que hodiernamente, não nos afiguramos a tratar de dever de fiscalizar do Poder Legislativo como exercício de função atípica. O poder-dever de controle de fiscalização conferido ao Legislativo foi amplamente consagrado na Constituição de 1988 (BRASIL, 1988).

O Congresso Nacional compõe a estrutura do legislativo, com característica de bicameralismo, ou seja, é formado pela Câmara dos Deputados e pelo Senado Federal. A escolha da adoção bicameral pelo legislador constituinte, está ligada ao modelo de federalismo, no qual há a representação paritária de todos os estados membros brasileiros, com consequente equilíbrio entre a tomada de decisões e a aplicação destas (SILVA, 2020).

A Câmara dos Deputados é composta por representantes do povo, sendo estes escolhidos por meio do sufrágio universal. As principais funções desta é a autorização de instauração de processo contra o presidente da república e o vice-presidente, além dos ministros, cumulando ainda a tomada de contas do Presidente. Somada as funções típicas, cabe ainda do legislativo, atipicamente, o dever de elaborar seu o regimento interno, além de dispor sobre a criação, ocupação e promoção de cargos, observando as diretrizes orçamentárias as quais se submete por lei.

O Senado Federal também se caracteriza pela participação do povo na escolha de seus representantes, carregando ainda a autonomia para decisões privativas, destacando aqui o dever de processar e julgar o chefe do executivo e o seu vice, bem como ministros. Assim como a Câmara dos Deputados, compete aos senadores a criação de seu regimento interno, bem como a destinação dos cargos que lhe são atribuídos, característica da atipicidade funcional (SILVA, 2020).

A divisão dos poderes em Legislativo, Executivo e Judiciário, criada pelos pensadores John Locke (1632-1704) e Montesquieu (1689-1755), conforme abordado anteriormente, foi a opção escolhida pelo Constituinte Originário de 1988, da República Federativa do Brasil, cuja separação é Cláusula Pétrea, conforme definido no artigo 60, §4º, inciso III,

da Constituição Brasileira de 1988 (BRASIL,1988).

Vale dizer, sem muita demora, que tal teoria já era uma ideia à época de Aristóteles (384-322 a.C), mas a verdadeira consolidação se deu com os Filósofos suprarreferidos.

Compreendido como se deu o surgimento de tal ideia, faz-se necessário a conceituação de cada um desses elementos, de forma especial, a do Poder Judiciário, pois, o mesmo é a baseado tema do presente artigo. É através desse que irá se desenvolver o chamado Ativismo Judicial, o qual será abordado de forma complexa mais à frente. No entanto, sem compreender aconceituação e a classificação do mesmo, torna-se impossível compreender o porquê de haver tantas decisões em que o referido poder legisla, ou ao menos, normatiza determinadas situações.

De início, é necessário compreender como é formado o Poder Executivo. Tal poder é o maior responsável pela administração Estatal, e é composto por três sujeitos elementares e fundamentais para seu funcionamento, quais sejam, o Presidente, em nível Federal; os Governadores, em nível estadual e distrital; e, a nível municipal, os prefeitos. Cada um desses níveis conta com outros sujeitos, em caráter secundário, que ajudam na administração do Estado, sejam eles ministros de Estado ou secretários, a nível estadual e municipal (PELICIOLI, 2006).

Atrelada as funções típicas concernentes a atuação do executivo, cabe a este, de maneira atípica, por meio do Presidente da República, o poder de editar medidas provisórias. Aprevisão legislativa está descrita no artigo 62 da Constituição Federal de 1988 (BRASIL, 1988). Noutra banda, além de cumular o direito de sancionar ou vetar questões ora discutidas. Ademais, responsabiliza-se pelo julgamento de recursos administrativos, matéria exercida a grande modo pelo judiciário.

No que se refere ao Poder Judiciário, elemento central fundamental para a explicação do tema proposto, sua explicação deve ser mais complexa, mas de fácil compreensão, para que haja maior compreensão do objeto de análise, qual seja, o Ativismo Judicial.

Desse modo, é importante iniciar a explicação do mesmo salientando outra vez que a separação dos poderes se trata de uma cláusula que não pode ser mudada, nem por Emenda Constitucional e, muito menos, por qualquer outra lei ou normatização de caráter infraconstitucional.

A sua função é a de garantir que haja uma aplicação correta das normas editadas pelo Poder Legislativo e controlar as ações do Poder Executivo, em primeira análise. No entanto, sua aplicação se estende a, também de forma principal, garantir os direitos individuais e também coletivos de toda uma sociedade, dentro dos seus limites territoriais

e, em casos específicos, extraterritoriais (SILVA, 2020).

Adotado pelo Estado brasileiro, o Poder Judiciário tem como sistema formal a unicidade jurisdicional, ou seja, apenas o Poder Judiciário tem a prerrogativa definitiva de interpretar e aplicar as leis no caso concreto, excetuadas as situações em que de forma atípica também pode ser feita pelo poder Legislativo e Executivo. No entanto, estas últimas aplicações não são temas no presente artigo.

De acordo com a Constituição Brasileira de 1988 (BRASIL, 1988), o Poder Jurisdicional é dividido entre os seguintes órgãos:

Art. 92. São órgãos do Poder Judiciário:

I - o Supremo Tribunal Federal;

I-A o Conselho Nacional de Justiça; II - o Superior Tribunal de Justiça; II-A - o Tribunal Superior do Trabalho;

II - os Tribunais Regionais Federais e Juízes Federais; IV - os Tribunais e Juízes do Trabalho;

V - os Tribunais e Juízes Eleitorais; VI - os Tribunais e Juízes Militares; VII - os Tribunais e Juízes dos Estados e do Distrito Federal e Territórios.

A função e atribuição de cada órgão do judiciário é delimitado pela própria Constituição Brasileira (BRASIL, 1988), havendo uma delimitação objetiva em cada um dos temas que cada entidade tratará, e cada função que desempenhará.

Cumuladas as funções dadas ao poder judiciário, ainda lhe é conferido o dever de administrar e organizar as licenças médicas de magistrados e servidores, com observância das normas legais (BARROSO, 2009). Mais ainda, responsabiliza-se ainda pela elaboração de seus regimentos internos. Tais funções caracterizam a atipicidade de condutas, sem que haja nestes casos, a usurpação dos poderes conferidos ao executivo e ao legislativo.

Não obstante a esses órgãos essenciais para a resolução de conflitos, existem sujeitos que compõem esta estrutura, os quais são de suma importância para o funcionamento, uma vez que sem os mesmos, seria impossível a aplicação das normas, a resolução de conflitos e as demais aplicações práticas que tem cada entidade elencada no artigo 92 da Constituição Federal (BRASIL, 1988).

De forma sucinta, esses sujeitos são os Desembargadores, magistrados que atuam nas Segundas Instâncias, ou seja, integrantes dos Tribunais Superiores. Além disso, faz parte da estrutura judiciária os Juízes de Direito, sujeitos que recebem a causa e dão decisões em primeira instância. No âmbito do Ministério Público encontram-se os Procuradores de Justiça, os promotores de Justiça e membros da Defensoria Pública. Por

fim, mas não menos importantes, estão os advogados, profissionais liberais que representam os interesses dos indivíduos da sociedade em suas demandas judiciais.

No entanto, existe ainda os Ministros do Supremo Tribunal Federal. Estes são chamados de Guardiões da Constituição, uma vez que as demandas resolvidas pelos mesmos são exclusivamente aquelas que ferem diretamente normas constitucionais (PISKE; SARACHO 2018).

Para que uma demanda chegue até esta última instância, é necessário que tenha havido ofensa aos direitos ou às normas estabelecidas na Constituição Federal (BRASIL, 1988). Mas não somente de ofensas diretas à Constituição, mas de ofensas indiretas, as quais, são em sua maioria, a falta de legislação ou normatização de determinado tema.

E é justamente, mas não exclusivamente, nesta última instância que surge o objeto de estudo do presente artigo: o Ativismo Judicial, tema que passará a ser tratado agora. Toma-se de antemão que o Ativismo Judicial não é do todo ruim, como será explicado mais adiante. Consideração necessária, pois, há algum tempo que tal termo passou a ter, por parte da população, uma conotação negativa, o que não é verdade, se analisado de forma correta.

4 O ATIVISMO JUDICIAL: COMO SURTIU SUA FORMA ATUALMENTE

Antes de adentrar especificadamente no tópico objeto do presente estudo, a interpretação literal da palavra “ativismo” carece de explanação. Assim, aduz-se que o ativismo compreende “a transformação da realidade por meio da ação prática” (OLIVEIRA, 2020). Nesta banda, as ações que se estendem a previsão legal, enaltecem o exercício dos direitos, ou deturpam a autonomia conferida a cada um dos três poderes, de acordo com a análise e resultado prático. O Ativismo Judicial ocupa por vezes um destes dois pontos convergentes, o que revela a necessidade de amplo aprimoramento da aplicação das normas, bem como, da utilização de mecanismos para sanar a ausência regulamentar normativa.

Findada a primeira explanação, mister se faz a abordagem do surgimento do termo ativismo judicial.

Segundo Genivalde Oliveira (2020), o termo Ativismo Judicial possui sua origem pós Segunda Guerra Mundial, mais especificamente no ano de 1947, e usado pela primeira vez em matéria de jornal, por Arthur M. Schlesinger (1947). Tal conceituação foi utilizada à época para descrever os membros da Suprema Corte Norte-Americana.

Atualmente, o termo Ativismo Judicial é utilizado para definir uma atuação além dos poderes originários do Poder Judiciário, ou seja, seria, ou é, uma atuação mais ativa e expandidora de poder, a qual interferiria em decisões de outros poderes. No entanto, tal conceituação pode ser expandida e entendida de diversas formas, explicando assim a sua complexa definição (BARROSO, 2009).

Salienta-se que não somente em decisões de outros poderes, mas também em Atribuições dos mesmos, ferindo, para bem ou para mau, a delimitação estabelecida no Artigo 2º da Constituição Federal de 1988 (BARROSO, 2009).

Contudo, o Ativismo Judicial não é um fenômeno único e exclusivo brasileiro, mas, sim, de grande maioria dos Estados Democráticos de Direito, exemplo disso, como supracitado, é que seu início se deu nos Estados Unidos da América.

O que se pretende no presente artigo é explicar, ou ao menos esclarecer e apontar possíveis causas de haver no Brasil deveras acontecimentos que envolvem tal tema. Nesse sentido, apenas conceituar o elemento ‘‘Ativismo Judicial’’ é insuficiente, e deve-se compreender o porquê de o haver.

É a partir do cenário acima descrito que surgem outras conceituações essenciais para a compreensão do tema. Segundo Ionilton Pereira do Vale (2015), tais conceituações se dão devido a uma inércia do Poder Legislativo em realizar determinadas atitudes, positivando a operação do Poder Judiciário para agir em prol de direitos fundamentais e sociais elencados na Constituição Federal Brasileira de 1988 (VALE, 1988). Além da inércia legislativa, houve nos últimos anos, uma grande aproximação do Direito e da Política, o qual levou à criação do conceito de Judicialização da Política.

Segundo Luís Roberto Barroso (2009), o ativismo judicial e a judicialização são primos, ou seja, possuem origem em uma mesma fonte. Logo, não seria possível compreender o primeiro, sem antes se atentar ao segundo.

Como conceituado previamente, o ativismo judicial está associado a uma ampla e intensa participação do Judiciário, a fim de concretizar os valores e os fins constitucionais. Desse modo, ainda segundo BARROSO (2009, p. 14), a postura ativista se manifesta de três formas:

- (i) a aplicação direta da Constituição a situações não expressamente contempladas em seu texto e independentemente de manifestação do legislador ordinário;
- (ii) a declaração de inconstitucionalidade de atos normativos emanados do legislador, com base em critérios menos rígidos que os de patente e ostensiva violação da Constituição;
- (iii) a imposição de condutas ou de abstenções ao Poder Público, notadamente

em matéria de políticas públicas.

Logo, é possível observar que a atuação vai além de aplicações das normas constitucionais, mas torna inconstitucionais atos que ferem os limites estabelecidos na Constituição Federal de 1988 (BARROSO, 2009).

É neste sentido que o ativismo judicial é considerado o “bom” e o “ruim”. Logo, esta última denominação será definida em cada caso concreto. Afim de exemplificar o funcionamento do ativismo judicial, é possível utilizar casos de uniões homoafetivas. Ocorre que as uniões homoafetivas sempre foram uma realidade social, no entanto, por conservadorismo, a Constituição Federal de 1988 (BRASIL, 1988) não contemplou como casal a relação entre pessoas do mesmo sexo, conforme o artigo 226, §3º, CF/88 (BRASIL, 1988). Porém como dito, essa realidade sempre existiu, e para que as pessoas que vivessem em tal situação pudessem ter seus direitos, em grande maioria na esfera cível, no âmbito de sucessões, foi que houve um ativismo judicial pela Suprema Corte Brasileira. A atitude tomada pelos Ministros do STF foi de declarar a inconstitucionalidade do entendimento da norma, ou seja, a mesma passou a ter um entendimento diverso daquele que está descrito no texto normativo. Tal inconstitucionalidade ocorreu através de uma mutação constitucional, que é quando a norma não tem seu texto alterado, mas, sim, o seu entendimento.

Foi a partir de decisões recorrentes, devido à grande demanda social e alteração do contexto fático, que o Supremo Tribunal Federal passou a reconhecer como família a união de pessoas do mesmo sexo, resguardando, desta forma, os direitos e garantias elencados na Constituição de 1988 (BRASIL, 1988), garantindo a todos a igualdade e os mesmos direitos. Desse modo, é possível compreender que o ativismo judicial surge através de demandas sociais que ainda não foram normatizadas, ou foram, porém não coincidem com a situação fática e atual de uma sociedade que evolui a cada dia.

5 ATIVISMO JUDICIAL: ANÁLISE E PERSPECTIVAS

Existem atualmente diferentes formas de ativismo judicial, incluindo o ativismo conservador e o ativismo progressista/liberal. Segundo Luiz Flávio Gomes, (2009), o ativismo conservador pode se manifestar em interpretações estritas da Constituição e na defesa de valores tradicionais, enquanto o ativismo progressista/liberal pode envolver a ampliação dos direitos individuais e a proteção das minorias.

Ainda para Luiz Flávio Gomes (2009), aqueles que defendem o ativismo judicial argumentam que os juízes têm a responsabilidade de garantir a justiça e a igualdade, mesmo quando as leis ou políticas existentes são insuficientes nesses aspectos. Os defensores do ativismo acreditam que os tribunais podem ser um contrapeso necessário para a inação do Legislativo ou para proteger os direitos individuais contra a tirania da maioria.

Além disso, o ativismo judicial pode ser uma ferramenta eficaz para promover a mudança social em situações em que as instituições políticas são lentas ou resistentes a reformas. Ao tomar decisões corajosas, os juízes podem catalisar debates públicos e pressionar por mudanças necessárias na sociedade.

Por outro lado, o ativismo judicial também enfrenta críticas significativas. O autor supracitado (GOMES, 2009), elenca que uma das principais críticas é que os juízes não têm legitimidade democrática para tomar decisões políticas que afetam a sociedade como um todo. Em uma democracia, argumenta-se que as decisões políticas devem ser tomadas pelos representantes eleitos, não por juízes não responsáveis perante o eleitorado.

Além disso, alguns críticos afirmam que o ativismo judicial pode levar a uma usurpação do poder dos outros ramos do governo e minar o sistema de Freio e Contrapesos. Eles argumentam que os juízes devem se ater à interpretação estrita da lei e não substituir sua própria visão política ou social.

A análise do ativismo judicial deve levar em consideração a noção fundamental de separação de poderes. Em uma democracia saudável, os poderes Executivo, Legislativo e Judiciário devem funcionar como freios e contrapesos, evitando a concentração excessiva de poder em um único órgão.

No entanto, a separação de poderes nem sempre é clara e definida, e diferentes sistemas jurídicos têm abordagens diferentes em relação à função dos tribunais. Alguns países, como os Estados Unidos, têm uma longa tradição de ativismo judicial, enquanto outros adotam uma abordagem mais restrita à interpretação da lei (GOMES, 2009).

Uma abordagem equilibrada e moderada é fundamental a discutir o ativismo judicial. Embora seja importante que os juízes garantam a justiça e protejam os direitos fundamentais, também é essencial que eles respeitem os limites de suas funções e não extrapolem suas atribuições.

É por isso que, para Gomes (2009), a clareza das leis e a transparência no processo judicial também desempenham um papel crucial na mitigação dos riscos do ativismo judicial. O

Legislativo tem a responsabilidade de redigir leis claras e bem definidas, enquanto os tribunais devem se ater à interpretação objetiva e imparcial dessas leis.

Um dos autores mais conhecidos que abordam o ativismo judicial no Brasil é Gilmar Mendes, ministro do Supremo Tribunal Federal (STF). Em seu livro "Jurisdição Constitucional: o controle abstrato de normas no Brasil e na Alemanha" (2005), Mendes defende a importância do ativismo judicial moderado como forma de preencher lacunas legislativas e proteger os direitos fundamentais. Ele destaca a necessidade de um equilíbrio entre o papel do judiciário na efetivação desses direitos e a preservação da separação de poderes e da democracia.

Outro autor relevante é Luís Roberto Barroso, também ministro do STF e abordado anteriormente no presente artigo. Em suas obras, como "A Dignidade da Pessoa Humana no Direito Constitucional Contemporâneo" (2010), Barroso defende o ativismo judicial como forma de concretizar os princípios constitucionais e promover a justiça social. Ele argumenta que o judiciário deve assumir um papel mais ativo na proteção dos direitos individuais e coletivos, especialmente em situações em que outros poderes falham ao cumprir seu papel constitucional.

O professor Lenio Streck, conhecido por suas contribuições ao debate jurídico no Brasil, tem uma visão crítica em relação ao ativismo judicial. Em sua obra "Jurisdição Constitucional e Hermenêutica" (2014), Streck questiona os limites do poder do judiciário e argumenta que os juízes não devem ir além da sua função tradicional de aplicar a lei. Ele destaca a importância de uma hermenêutica jurídica rigorosa e estritamente vinculada aos textos normativos, evitando a sobreposição dos juízes sobre os outros poderes do Estado.

Outro autor que contribui para a discussão sobre o ativismo judicial no Brasil é José Afonso da Silva. Em seu livro "Curso de Direito Constitucional Positivo" (2020), Silva aborda o tema, ressaltando a necessidade de equilíbrio entre a atuação do judiciário e dos demais poderes. Ele destaca a importância de uma interpretação constitucional que preserve a separação de poderes e a democracia, evitando que o judiciário se torne uma espécie de "legislador positivo".

É importante mencionar ainda que existem opiniões divergentes entre esses e outros autores em relação ao ativismo judicial no Brasil. Alguns defendem uma postura mais restritiva, argumentando que o judiciário não deve ultrapassar os limites da estrita legalidade, enquanto outros apoiam um ativismo mais amplo, enxergando-o como uma forma de suprir as deficiências do processo legislativo e garantir a efetivação dos direitos fundamentais.

Além desses autores, há uma vasta gama de estudiosos, acadêmicos e profissionais do direito que contribuem para o debate sobre o ativismo judicial no Brasil. Cada um traz sua própria perspectiva e argumentos, enriquecendo a discussão sobre o tema.

Em suma, o ativismo judicial no Brasil é um tema complexo e controverso, que desperta diferentes opiniões e visões. Autores renomados, como Gilmar Mendes (2005), Luís Roberto Barroso (2010), Lenio Streck (2014) e José Afonso da Silva (2020), oferecem diferentes abordagens e contribuem para a análise desse fenômeno. Com base em suas obras e reflexões, é possível ter uma visão mais aprofundada e embasada sobre o ativismo judicial no contexto brasileiro.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente estudo voltou-se para a análise do surgimento e aplicação do ativismo judicial, destacando as suas nuances frente a separação dos poderes. De um lado, o referido mecanismo e objeto da pesquisa, representa grande valia para o exercício dos direitos conferidos aos cidadãos. Entretanto, urge destacar que a sobreposição do judiciário frente ao legislativo, representa grande afastamento entre a autonomia e a separação dos poderes, conforme fora estabelecido pela Constituição Federal de 1988 (BRASIL, 1988). Aliado ao objetivo de analisar as nuances do ativismo judicial, a descrição das funções conferidas aos poderes legislativo e judiciário possibilitaram a delimitação das tarefas exercidas por cada um deles, seja de modo típico ou atípico.

Revela-se, então, a supremacia do poder judiciário frente à atuação do poder legislativo. Denota-se que duas conclusões foram alcançadas. Inicialmente, compreende-se que a usurpação das funções nasce da inércia legislativa, haja vista as incontáveis brechas normativas alçadas pela ausência de leis reguladoras. Noutra banda, incontáveis são os exemplos em que de maneira desenfreada, há a atuação do judiciário em tarefas que a ele não foram conferidas, o que coloca em risco o sistema de freios e contrapesos e a separação dos poderes, princípios basilares abordados pela Magna Carta brasileira (BRASIL, 1988).

As doutrinas utilizadas, durante a elaboração do presente estudo cingiram o novo perfil do poder judiciário. Tem-se que este, atualmente, está atuando ativamente dentro do cenário brasileiro. Todavia, a análise desta atuação deve ser feita estritamente, observando se houve a usurpação por mera deliberação ou se coube ao judiciário a tarefa de resolver a

displícência do poder legislativo.

Certo é que o tema será alvo de incontáveis estudos e poderá, inclusive, ser normatizado no futuro. O que precisa ser observado, além das inúmeras críticas, é que o mecanismo suscitado neste trabalho, carece de uma abordagem sistemática, já que revela um modo bastante eficiente para a resolução de demandas sociais epolíticas

REFERÊNCIAS

BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. **Suffragium** - Revista do Tribunal Regional Eleitoral do Ceará, Fortaleza, v. 5, n. 8, p. 11-22, jan./dez. 2009.

_____. **A dignidade da Pessoa Humana no Direito Constitucional Contemporâneo: Natureza Jurídica, Conteúdos Mínimos e Critérios de Aplicação.** [s.l.]. 2010. Disponível em: <https://luisrobertobarroso.com.br/wp-content/uploads/2016/06/Dignidade_texto-base_11dez2010.pdf>. Acesso em: 01 jun2023.

BRASIL, **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**, de 05 de outubro de 1988. Planalto. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.html>. Acesso em 28 maio 2023.

CAIXETA, Carolina Novaes. **O Estado Segundo a Visão de Thomas Hobbes.** 2003. 53 f. Monografia (Direito). Universidade Federal de Ouro Preto, 2003.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de Teoria Geral do Estado.** 33 ed. São Paulo, Editora Saraiva, 2015.

GOMES, Luiz Flávio. O STF está assumindo um ativismo judicial sem precedentes?. Revista Jus Navigandi, Teresina, ano 14, n. 2164, 4 jun. 2009. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/12921>. Acesso em 01 maio de 2023.

MALUF, Sahid. **Teoria Geral do Estado.** 33 ed. São Paulo: Saraiva Jur, 2017.

MARCONI, Marina de Andrade , LAKATOS, Eva Maria.. **Fundamentos de metodologia científica.** 5 ed. São Paulo: Editora Atlas, 2003.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Controle de constitucionalidade. Caderno de Direito Constitucional.** Porto Alegre. Escola da Magistratura do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, 2006.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Jurisdição constitucional: o controle abstrato de normas no Brasil e na Alemanha.** 5 ed. São Paulo, Editora Saraiva, 2005.

MORAES, Alexandre de, **Direito Constitucional.** 19 ed. São Paulo: Editora Atlas S.A., 2006.

OLIVEIRA, Genival. **Histórico e conceito de ativismo judicial**. [s.l.] Jusbrasil, 2020. Disponível em: <<https://www.jusbrasil.com.br/artigos/historico-e-conceito-de-ativismo-judicial/873769614>>. Acesso em 01 jun. 2023.

PAULO, Vicente; ALEXANDRINO, Marcelo. **Direito Constitucional Descomplicado**. 16 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

PELICIOLI, Ângela Cristina. A atualidade da reflexão sobre a separação dos poderes. **Revista de Informação Legislativa**, n. 169, 2006 [s.p.]. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/43/169/ril_v43_n169_p21.pdf>. Acesso em 28 maio 2023.

PELLEGRINI, Thiago. **A formação do Estado Moderno em Montesquieu**. **Direitonet** [s.l.]. 2007. Disponível em: <<https://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/6593/A-formacao-do-Estado-Moderno-em-Montesquieu#:~:text=O%20Estado%20em%20Montesquieu%20%C3%A9,a%20necessidade%20de%20leis%20positivas>>. Acesso em 28 maio 2023.

PISKE, Oriana; SARACHO, Antônio Benites. **Considerações sobre a teoria dos freios e contrapesos (Checks and Balances System)**. TJDFT: Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios. Brasília. 2018. Disponível em: <<https://www.tjdft.jus.br/institucional/imprensa/campanhas-e-produtos/artigos-discursos-e-entrevistas/artigos/2018/consideracoes-sobre-a-teoria-dos-freios-e-contrapesos-checks-and-balances-system-juiza-oriana-piske>>. Acesso em 28 maio 2023.

SILVA, José Afonso da. **Comentário Contextual à Constituição**. 7. ed. São Paulo; Editora Malheiros, 2010.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 43. ed. São Paulo: Editora JusPODIVM, 2020.

STRECK, Lênio Luiz (et al.). **A nova perspectiva do Supremo Tribunal Federal sobre o controle difuso: Mutação constitucional e limites da legitimidade da jurisdição constitucional**. *Argumenta Journal Law*. Programa de Pós-Graduação em Ciência Jurídica. [s.l.]. 2007, Disponível em: <<https://seer.uenp.edu.br/index.php/argumenta/article/view/72>>. Acesso em 01 jun. 2023.

VALE, Ionilton Pereira. **O Ativismo Judicial: conceitos e formas de interpretação**. [s.l.] Jusbrasil. 2015. Disponível em: <<https://www.jusbrasil.com.br/artigos/o-ativismo-judicial-conceito-e-formas-de-interpretacao/169255171>>. Acesso em 01 jun. 2023.

VIEIRA, Oscar Vilhena. **Estado de Direito**. Enciclopédia Jurídica da PUCSP. Tomo Teoria Geral e Filosofia do Direito, Edição 1, São Paulo, Abril de 2017. Disponível em: <<https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/78/edicao-1/estado-de-direito>>. Acesso em 28 maio 2023.