

O ATIVISMO JUDICIAL E O PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES: AS CONSEQUÊNCIAS DA INTERFERÊNCIA JUDICIAL COM RELAÇÃO AOS DEMAIS PODERES NO BRASIL¹

JUDICIAL ACTIVISM AND THE PRINCIPLE OF SEPARATION OF POWERS: THE CONSEQUENCES OF JUDICIAL INTERFERENCE IN RELATION TO THE OTHER POWERS IN BRAZIL

Tiago Farah KOUSSA²

Marcos Antonia Madeira de Mattos MARTINS³

RESUMO

Os objetivos deste trabalho são apresentar como se dá a relação entre o fenômeno do ativismo judicial e o princípio constitucional da separação dos Poderes, além de analisar quais são as consequências geradas por essa atuação mais extensiva do Poder Judiciário e seus reflexos no âmbito brasileiro. Nesse cenário, o que se busca é realizar considerações acerca da legitimidade do fenômeno, tendo em vista o princípio previsto no artigo 2º da Constituição Federal do Brasil de 1988 e compreender se o ativismo é fundamental para assegurar as garantias fundamentais, as quais são muitas vezes negligenciadas. Ademais, a metodologia utilizada foi a pesquisa bibliográfica e a documental, contemplando o conteúdo de diversas doutrinas, artigos científicos, leis e atos normativos, em harmonia a pesquisa tirou proveito também do método dedutivo, pautado pelo raciocínio lógico e por meio do qual foi possível alcançar a conclusão visada.

Palavras-chave: Direito. Ativismo Judicial. Separação de Poderes. Poder Judiciário.

¹ O presente artigo sintetiza a monografia de conclusão da pesquisa, realizada para o Programa Interno de Bolsas de Iniciação Científica (PIBIC 2021-2022) da Faculdade de Direito de Franca (FDF), Franca/SP.

² Graduando em Direito pela Faculdade de Direito de Franca (FDF), aluno pesquisador PIBIC 2021-2022, e-mail: tiagofkoussa@gmail.com. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/7621175163631456>.

ABSTRACT

The objectives of this work of scientific initiation are to present how the relationship between the phenomenon of judicial activism and the constitutional principle of separation of powers occurs, in addition to analyzing what are the consequences generated by this more extensive action of the Judiciary and its reflexes in the Brazilian sphere. In this scenario, what is sought is to make considerations about the legitimacy of the phenomenon, in view of the principle provided for in Article 2 of the Federal Constitution of Brazil of 1988 and understand whether activism is fundamental to ensure fundamental guarantees, which are often neglected. Moreover, the methodology used was bibliographic and documentary research, contemplating the content of various indoctrinate, scientific articles, laws and normative acts, in harmony the research also took advantage of the deductive method, guided by logical reasoning and through which it was possible to reach the objective conclusion.

Keywords: Law. Judicial Activism. Separation of Powers. Judiciary.

1 INTRODUÇÃO

O fenômeno do ativismo judicial é objeto de diversas discussões, não só no âmbito brasileiro, pois é um tema que causa polêmicas em diversos Estados, dividindo a opinião doutrinária a respeito de sua legitimidade. Por ser um fenômeno muito recente na história jurídica e por possuir uma débil conceituação, os doutrinadores ainda não alcançaram um consenso no que diz respeito a uma conceituação objetiva que o defina.

Nesse sentido, muito se discute a respeito de sua necessidade em um Estado Democrático de Direito, pois há quem entenda que o ativismo é um mecanismo essencial, por meio do qual torna-se possível assegurar as garantias fundamentais aos indivíduos de uma sociedade. Dessa forma, o Judiciário, através de suas decisões classificadas como ativistas, busca tutelar os direitos e garantias que estão previstos na Constituição Federal de 1988, ampliando seu campo de atuação e agindo mais intensivamente.

Entretanto, por caracterizar uma atuação extensa do Poder Judiciário, diversos doutrinadores se opõem ao fenômeno do ativismo judicial, alegando o fenômeno fere o princípio da Separação dos Poderes ao interferir na esfera de competência dos demais Poderes.

Desse modo, é necessário, inicialmente, realizar uma análise acerca das raízes históricas deste fenômeno para facilitar a compreensão de seu significado dentro do campo jurídico, englobando as diversas conceituações atribuídas a esse termo, tanto as proferidas pela corrente favorável ao ativismo judicial, como aquelas atribuídas pela corrente doutrinária que o compreende como ilegítimo.

Ademais, é de suma relevância estudar os ideais que precederam o princípio da separação dos Poderes, estudando principalmente a doutrina proposta por Montesquieu, para que seja possível analisar a origem do

princípio em questão e apresentar como se dá a relação entre os três Poderes atualmente, dando enfoque à essa relação no âmbito brasileiro.

Após apresentar os precedentes do ativismo judicial, expor os seus diversos conceitos, apresentar o contexto histórico acerca da separação dos Poderes e estudar a relação destes na sociedade contemporânea, se faz essencial analisar o fenômeno frente ao modelo de divisão tripartida do Estado, objetivando enunciar as consequências causadas pelo fenômeno e seus reflexos no Brasil.

Portanto, para alcançar os objetivos propostos pelo presente estudo – entender a relação entre o ativismo judicial e a separação de Poderes, bem como estudar os reflexos do fenômeno na sociedade –, será utilizado a metodologia bibliográfica e documental, averiguando o conteúdo de diversas doutrinas, artigos, leis e outras fontes de pesquisa, além de desfrutar subsidiariamente do método dedutivo.

2 RAÍZES HISTÓRICAS E O DESENVOLVIMENTO CONCEITUAL DO ATIVISMO JUDICIAL

A priori, há de ser feita uma contextualização histórica no tocante ao sistema jurídico adotado pelos Estados Unidos para facilitar o entendimento do tema. A adoção do *Common Law* pelos norte-americanos foi uma herança histórica de seus colonizadores ingleses e por conta disso nota-se a intrínseca atividade judicial que engloba o constitucionalismo do país. Fato este, justificado pelo modo como é realizada a construção do direito nos EUA, a qual é mormente fundada na primazia das decisões judiciais proferidas caso a caso.³ Esse sistema do direito adotado é regido a partir da doutrina do *stare decisis*, a qual merece ser compreendida didaticamente.

Para compreender a doutrina que rege o sistema norte-americano, é necessário, primeiramente, entender sobre o que se trata a “regra do precedente” existente no sistema jurisdicional inglês, pois o *stare decisis* apresenta forte semelhança com este regramento originário do país europeu. Assim sendo, aponta-se a regra do precedente como aquela que:

3 TASSINARI, Clarissa. Jurisdição e ativismo judicial: limites da atuação do judiciário. Porto Alegre: Livr. do Advogado, 2013.

“[...] impõe aos juízes, em dadas condições, seguirem as regras de direito decorrentes de julgamentos precedentes de outros juízes”.⁴

Contudo, a doutrina norte-americana do *stare decisis* não possui o mesmo rigor apresentado pela regra inglesa supracitada, se diferenciando nesse sentido, podendo ser classificada como mais flexível de forma a torná-la mais adequada ao sistema vigente no país. Tal flexibilidade ou enfraquecimento da norma nos Estados Unidos se dá em função da política adotada no país, a qual prevê o respeito – dentro de suas conformidades – à soberania dos Estados, assim, busca-se evitar que sejam estabelecidas diferenças irredutíveis entre o direito aplicado nos diversos Estados.⁵

Com base no exposto, torna-se possível entender o porquê dos Estados Unidos ser o território caracterizado como o berço do ativismo judicial, visto que seu sistema permite a “construção de princípios caso a caso” – principal característica da *Common Law*.⁶ Todavia, ainda que a dúvida a respeito do país em que surgiu o fenômeno estudado seja respondida sem grandes controvérsias, havendo um consentimento entre os doutrinadores, muito se discute a respeito da época ou lapso temporal que marcou seu surgimento na história.

É importante ressaltar que a data de surgimento do ativismo judicial é diferente do marco de nascimento de sua cunhagem terminológica, assim, observa-se que o fenômeno veio a aparecer muito antes de existir uma preocupação acerca de sua conceituação. Seu marco inicial não representa uma unanimidade entre os doutrinadores que estudam essa temática, entretanto é convencionado que seu surgimento se deu em meados dos séculos XIX e XX, nos Estados Unidos, com a ampliação da atuação da Suprema Corte no julgamento de diversos casos importantes⁷.

Uma grande maioria dos doutrinadores atribui o surgimento desse fenômeno ao julgamento do renomado caso norte-americano *Marbury v. Madison* (1803), contudo existe um leque de outros estudiosos que atribuem esse cargo ao julgamento de outros casos como o do precedente *Dred Scott v. Sandford* por exemplo⁸.

4 DAVID, René. Os grandes sistemas do direito contemporâneo. Trad. Hermínio A. Carvalho. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

5 Ibidem.

6 TASSINARI, Clarissa. Jurisdição e ativismo judicial: limites da atuação do judiciário. Porto Alegre: Livr. do Advogado, 2013.

7 CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. Dimensões do ativismo judicial do STF. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

8 RAUPP, Maurício dos Santos. Ativismo judicial: características e singularidades. 1. Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016, p. 23.

Posteriormente, a expressão ativismo judicial surge em 1947, dada pelo historiador Arthur Schlesinger Jr. na publicação de seu artigo na revista *Fortune* dos Estados Unidos. Porém, contempla-se que o estadunidense não possuía uma preocupação jurídica ou científica ao se referir à ampla e intensa atuação do Judiciário como sendo uma postura ativista, o autor estava unicamente preocupado em encontrar uma denominação popular que fosse capaz de definir a postura dos componentes da Suprema Corte àquela época. Por esse motivo, tendo em vista que o termo ativismo judicial nasce sem uma fundamentação jurídica, foram encontrados diversos obstáculos ao se buscar uma definição didática para este fenômeno, nesse sentido Mauricio Santos Raupp evidencia que: “atualmente, não há um conceito que possa ser universalmente compartilhado pela doutrina sobre o que se entende pelo significado do termo ativismo judicial. A literatura jurídica não é uníssona quanto à sua definição”.⁹

Desse modo, o que Arthur buscava em seu artigo direcionado ao público leigo era apenas retratar a postura dos magistrados da Suprema Corte – os quais eram denominados, *Justices* –, assim, criou uma definição para um fenômeno já existente, sem se atentar à necessidade de fundamentá-la juridicamente, carecendo de uma objetividade jurídica, dando margem para diversas interpretações.

Isto posto, torna-se possível justificar o enorme embate doutrinário existente envolvendo a busca por uma definição para o ativismo judicial, fenômeno, o qual ainda possui uma débil e incerta conceituação. No âmbito brasileiro, existe uma grande polêmica envolvendo a legitimidade desse fenômeno, logo, existem correntes doutrinárias, as quais apresentam pensamentos contrários, enquanto uma é favorável e busca evidenciar a legitimidade e importância do ativismo, a outra se opõe e o compreende como ilegítimo e antidemocrático por ferir o princípio constitucional da separação dos Poderes.

Para a corrente legitimadora do fenômeno, o ativismo judicial é necessário, pois assegura as garantias fundamentais quando essas são negligenciadas, como acontece quando o Poder Legislativo é omissivo frente a questões sociais fundamentais. Nesse cenário:

Os defensores da prática ativista por parte do Judiciário apregoam que as constantes mudanças sociais exigem posturas imediatas por parte do

⁹ *Ibidem*, p. 56.

Estado, não sendo razoável esperar por decisões dos parlamentares que, muitas vezes, temem votar determinadas matérias com medo de prejuízos eleitorais, como foi o caso do casamento entre pessoas do mesmo sexo.¹⁰

Portanto, reiterando o exposto, os adeptos a essa corrente favorável ao ativismo defendem que o Poder Judiciário deve agir extensivamente quando for necessário para preservar os direitos constitucionais, visto que possui legitimidade para tanto, pois a Constituição Federal de 1988, em seu artigo 102,¹¹ atribui expressamente ao Supremo Tribunal Federal a guarda da Constituição.

Ainda em consonância com esse seguimento doutrinário e no entendimento do ministro Luís Roberto Barroso:

[...] a ideia de ativismo judicial está associada a uma participação mais ampla e intensa do Judiciário na concretização dos valores e fins constitucionais, com mais interferência no espaço de atuação dos outros dois Poderes. Em muitas situações, nem sequer há confronto, mas mera ocupação de espaços vazios.¹²

Nesse cenário, o autor supracitado defende a ideia de que quando os Poderes são omissos, a participação ampla e protagonista do Judiciário não deve ser enxergada como uma invasão de competências, mas sim como a ocupação de uma lacuna.

Assim sendo, o ativismo judicial – dessa forma progressista – é tido como algo benéfico democraticamente por grande parte da doutrina brasileira, por superar a ideia do juiz que só faz valer a lei friamente e também por se opor à postura passiva do magistrado.¹³

Em contrapartida, a corrente contrária ao fenômeno ativista, consoante ao ensinamento de Lenio Streck, entende que: “[...] há, sim,

10 PINHEIRO NETO, Othoniel. Ativismo judicial e conflito entre os poderes. Revista Consultor Jurídico. São Paulo, 2022. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2022-jun-29/othonielpinheiro-ativismo-judicial-conflito-entre-poderes>. Acesso em: 24 jul. 2022.

11 BRASIL, 1988. Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 20 jul. 2022.

12 BARROSO, Luís Roberto. Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. 9 ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020, p. 451.

13 ABBOUD, Georges. Processo constitucional brasileiro. 5 ed. ver., atual. e ampl. São Paulo: Thomas Reuters Brasil, 2021, p. 1505.

excesso de ativismo. E quando digo excesso, não estou admitindo um “ativismo adequado ou necessário” Permito-me dizer: ativismo é vulgata da judicialização. Não há bom ou mau ativismo”.¹⁴ Logo, de acordo com esse raciocínio, é possível afirmar que não existe algo que possa ser caracterizado como um bom ativismo, pois os juízes se distanciam da linguagem do Direito ao proferirem uma decisão ativista, assim agindo de acordo com os próprios ideais e convicções.¹⁵

Além disso, esse protagonismo excessivo dos julgadores é arduamente criticado por expandir demasiadamente o alcance de sua atuação, interferindo na competência dos outros Poderes, muitas vezes assumindo o que seria função do Legislativo de criar leis, fato pelo qual é considerado um grande problema, principalmente porque os ministros não são eleitos do povo, dessa forma, ao assumirem o papel de legisladores podem agir de acordo com sua vontade, ainda que não representem a soberania do povo.

3 A SEPARAÇÃO DOS PODERES

A separação dos Poderes representa uma ideia antiga historicamente, seu surgimento se deu na antiguidade e foi se desenvolvendo no decorrer do tempo, sendo aperfeiçoada e adaptada por diversos estudiosos. Na antiguidade, o filósofo grego, Aristóteles propôs um modelo de funções de um Estado, as classificando em três funções – deliberativa, executiva e judicial –, porém em momento algum mencionou ou sugeriu a separação delas.¹⁶ Posteriormente, John Locke, um filósofo inglês do século XVII, motivado a desenvolver um modelo de Estado que não permita os abusos de poder do absolutismo, sugere a separação de funções do Estado, assim contribuindo para a criação da doutrina da

14 STRECK, Lenio Luiz. O ativismo judicial existe ou é imaginação de alguns? Revista Consultor Jurídico. São Paulo, 2013. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2013-jun-13/senso-incomum-ativismo-existe-ou-imaginacao-alguns>. Acesso em: 12 jun. 2022.

15 ABBoud, Georges. Processo constitucional brasileiro. 5 ed. ver., atual. e ampl. São Paulo: Thomas Reuters Brasil, 2021, p. 1508.

16 FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. A separação dos poderes: a doutrina e sua concretização constitucional. Cadernos Jurídicos da Escola Paulista de Magistratura. São Paulo, 2015, p. 68. Disponível em: <https://www.tjsp.jus.br/download/EPM/Publicacoes/CadernosJuridicos/40c%2006.pdf>. Acesso em: 20 jul. 2022.

separação dos Poderes e também preconiza a indelegabilidade de funções.¹⁷

Contudo, é com o jurista francês, conhecido como Barão de Montesquieu que efetivamente surge a doutrina da separação dos Poderes, sugerindo uma divisão tripartida do Estado em Legislativo, Executivo e Judiciário, além de enaltecer a ideia do Sistema de freios e contrapesos, estabelecido para controlar os abusos de poder e impedir a volta do absolutismo.¹⁸ O Sistema em questão, consiste: “no controle do poder pelo próprio poder, sendo que cada Poder teria autonomia para exercer sua função, mas seria controlado pelos outros poderes”.¹⁹ Sintetizando em outras palavras, ainda que cada órgão atue independentemente exercendo sua função, não possui a característica de ser absoluto, pois cada um encontra o seu limite na margem da competência do outro, coexistindo, dessa maneira, harmonicamente.

Sua teoria se baseia na divisão do Estado em três poderes, a saber: o Legislativo, o Executivo e o Judiciário. Percebe-se a similaridade à doutrina estipulada por John Locke, mas ainda que os nomes se pareçam, a função exercida pelos poderes estabelecidos por Montesquieu são, ainda que sutilmente em alguns aspectos, diferentes e inovadoras.

Suscintamente, é possível classificar o encargo de cada poder de maneira didática, sendo o primeiro (Legislativo), composto pelo Parlamento e fora encarregado de desenvolver leis em prol da vontade do povo, além de atuar como um órgão regulamentador, o qual teria como objetivo impedir que os demais agissem contrariamente ao interesse da população. O segundo grande poder (Executivo), fazendo jus ao nome, executava as leis e, do mesmo modo impedia que fossem criadas leis em desacordo com a vontade geral da sociedade. Por fim, o terceiro poder (Judiciário), segundo a visão do autor, era tido como um órgão de atuação secundária, exercendo um trabalho meramente mecânico de julgar com base na letra da lei, não possuindo tamanha relevância como os outros dois.²⁰

17 *Ibidem*, p. 68.

18 BARBOSA, Oriana Piske de A.; SARACHO, Antonio Benites. Considerações sobre a Teoria dos freios e contrapesos (Checks and Balances System). 1. ed. Brasília: Editora Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios – TJDFT, 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-orian-piske>. Acesso em: 15 abr. 2022.

19 *Ibidem*.

20 BRITO, Deborah Cristiane Domingues de; DOMINGUES, Wilson Francisco; Separação de Poderes e Tensões constitucionais: garantia de Direitos Fundamentais pelo Poder Judiciário. X Encontro

Ao analisar a definição garantida a cada poder apresentado pelo pensador iluminista, verifica-se que além de sua função principal, todos possuíam aptidão para controlar os demais, os impedindo de agir ilegitimamente e essa qualidade era denominada de “faculdade de agir” ou “faculdade de estatuir”, comumente conhecida como o Sistema de Freios e Contrapesos.²¹ Nesse diapasão, é notório a percepção de que o filósofo francês, diferentemente dos demais, além de propor um modelo de divisão para o Estado, se preocupou em instituir um sistema para contribuir com o funcionamento desse molde na prática, utilizando-se da competência de cada poder para controlar os demais, assim, estimulando uma autorregulamentação para impedir a atuação abusiva de algum dos poderes e a invasão de competências.

Constata-se que todo o pensamento em torno dessa teoria – considerando o contexto histórico referente ao século XVIII – foi planejado objetivando estabelecer a criação de um governo limitado e moderado, visando o fim dos governos absolutistas, portanto o modelo de governo apresentado por Montesquieu advém de uma motivação nobre no sentido de garantir os interesses do povo e é por esse fato (entre outros) que tal molde se tornou um requisito do constitucionalismo com previsão legal no artigo 16º da Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão, realizada em 1789.²² Assim, a Separação dos Poderes, da maneira como foi explanada pelo autor em questão serviu de base para que diversos Estados organizassem sua estrutura e definissem suas funções, assegurando por meio de normas e princípios a enorme importância dessa divisão tripartida adotada, a qual se tornou um pressuposto constitucional.

À visto disto, pontua-se que a delimitação do exercício da função dos Poderes: “é uma garantia de que se pode esperar previsibilidade dos atos estatais, de que o uso do poder não será feito de maneira arbitrária e que as demandas estabelecidas serão, efetivamente, cumpridas”.²³

Ao analisar o contexto acerca da ideia de separação dos Poderes, faz-se possível compreender o porquê de sua grande relevância constitucional, visto que representa um modelo democrático, o qual evita o abuso de poder. No entanto, a ideia proposta por Montesquieu, ainda que

Internacional do CONPEDI. 2021. Disponível em: <http://publicadireito.com.br/artigos/?cod=cb032fff92d5d7fd>. Acesso em: 15 jul. 2022.

21 Ibidem, p. 5.

22 Ibidem, p. 5.

23 DIAS, Giovanna; SOARES, Guilherme Augusto de Vargas. Freios, contrapesos e os limites da atividade jurisdicional. Revista Consultor Jurídico, 2019. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-nov-16/diario-classe-freios-contrapesos-limites-atividade-jurisdicional>. Acesso em: 28 ago. 2022.

tenha servido de base para a construção do modelo de divisão do Estado atual, acabou sofrendo algumas alterações e adaptações ao longo dos anos, devido às constantes mudanças da sociedade, graças a seu caráter evolutivo que a torna mais complexa a cada século.

3.1 O PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES NO ÂMBITO BRASILEIRO

Ao analisar o contexto acerca da ideia de separação dos Poderes, faz-se possível compreender o porquê de sua grande relevância constitucional, visto que representa um modelo democrático, o qual evita o abuso de poder. No entanto, a ideia proposta por Montesquieu, ainda que tenha servido de base para a construção do modelo de divisão do Estado atual, acabou sofrendo algumas alterações e adaptações ao longo dos anos, devido às constantes mudanças da sociedade, graças a seu caráter evolutivo que a torna mais complexa a cada século.

Por conta de grandes eventos históricos vivenciados – como a globalização, a Primeira e Segunda Guerra Mundial, entre outros – os Estados passaram por inúmeras mudanças,²⁴ modificando sua organização governamental constantemente, lapidando a função dos Poderes do Estado, de forma a deixá-los de acordo com as exigências e necessidades da sociedade atual, visando evitar mais atrocidades como o nazismo, por exemplo. Assim sendo, a doutrina de separação dos Poderes apresentada por Montesquieu, foi adaptada à realidade contemporânea, desenvolvendo a atual divisão tripartida dos Poderes, com suas devidas funções estabelecidas.

No âmbito brasileiro, o princípio da separação dos Poderes, foi estabelecido como sendo uma cláusula pétreia – conforme previsto no art. 60, § 4º da CF/88 –²⁵, ou seja, não podendo ser alterado ou abolido devido à sua relevância constitucional que foi convenionada com a criação da Constituição no ano de 1988. O princípio também é denominado de Sistema de Freios e Contrapesos, pois consiste na regulamentação e

24 SCHETTINI, Leonardo. O poder executivo na crise. um estudo sobre o uso das medidas provisórias. Revista CONPEDI. Florianópolis/SC. Disponível em: <http://site.conpedi.org.br/publicacoes/276gsltp/19i1hrk5/XE5E4YR1b0UFA1w5.pdf>. Acesso em: 25 ago. 2022. p. 11.

25 BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 25 ago. 2022.

controle do poder pelo próprio poder, devendo cada Poder, através do exercício de sua função, impedir que os demais cometam atuem de maneira imprópria e cometam abusos.

3.2 A INTERPRETAÇÃO DO PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES PREVISTO NA CF DE 1988

A priori, evidencia-se o texto normativo estabelecido pelo art. 2º da CF/1988, o qual prevê que: “São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário”.²⁶ À luz da ideia exposta por essa norma, torna-se compreensível o fato de que os três Poderes atuam independentemente, cada qual agindo de acordo com a função garantida por sua competência, contudo todos devem se amparar e se correlacionar de uma maneira que permita uma relação harmônica, na qual um atue como um complemento e, ao mesmo tempo, regulador do outro. Todavia, além dessa visão superficial a respeito desse art., é possível enxergá-lo com um olhar crítico e mais aprofundado para alcançar outras conclusões, por meio de inúmeras interpretações como já realizadas por diversos ministros e juristas.

Nesse cenário, ao desmembrar o texto constitucional no tocante ao art. 2º, se destacam dois principais pontos representados pelas palavras “independentes” e “harmônicos”. A independência garantida a cada Poder simboliza a ausência de hierarquia entre eles, ou seja, nenhum se sobrepõe ou se submete ao outro, não podendo um intervir indevidamente na competência dos demais. Já quando se fala em harmonia, o que se entende é a relação harmônica que deve existir entre todos, havendo um elo de cooperação e complementação entre os Poderes.²⁷

Entretanto, ainda que os Poderes atuem individualmente, não possuem uma liberdade e independência absoluta, pois são controlados pelo sistema de freios e contrapesos, segundo o qual cada Poder tem a competência e legitimidade para controlar os demais se extrapolarem sua esfera ou seu modo de atuação, o qual está previsto legalmente.

26 BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm Acesso em: 25 ago. 2022.

4 ATIVISMO JUDICIAL E OS REFELEXOS DA INTERFERÊNCIA JUDICIAL COM RELAÇÃO AOS DEMAIS PODERES NO BRASIL

É relevante ressaltar a maneira como esse crescimento do alcance de competências do Judiciário afeta os demais Poderes, investigando a relação dessa atuação com os princípios constitucionais, em específico o princípio da separação dos poderes, previsto no art. 2º da Constituição Federal de 1988. Outrossim, instiga-se o pensamento crítico envolvendo o fenômeno, após expor os efeitos positivos e negativos gerados no Brasil, apresentando os prós e contras dessa atividade protagonista dos magistrados.

No cotidiano brasileiro, é possível enxergar nitidamente os efeitos causados por esse fenômeno, sendo os principais: (a) a concretização das garantias e fundamentos constitucionais para todos os cidadãos; (b) a celeridade na tutela das questões sociais quando não são tratadas pelo Poder Legislativo devido a sua inércia; (c) o risco gerado à legitimidade democrática, visto que os membros do Judiciário não são agentes públicos eleitos, e; (d) a ausência de competência do Judiciário para impor forma e termo na Administração Pública ou nas atividades e funções do Poder Legislativo.

Ao mencionar os efeitos positivos e as benfeitorias conquistadas através ativismo judicial, é imprescindível mencionar a concretização das garantias fundamentais, que dentre as consequências positivas geradas por esse fenômeno, pode vir a ser considerada a mais importante delas, sendo um dos principais argumentos em prol do protagonismo judicial.

No mais, a rápida solução das questões sociais quando não apreciadas pelo Poder Legislativo é outro relevante ponto resultante da ampla atuação dos juízes e tribunais, visto que muitas vezes os legisladores deixam de apreciar certos problemas presentes na sociedade, ou não os dão a devida importância – seja por motivações pessoais ou por motivos procedimentais – ainda que seja caracterizado como uma obrigação da esfera desse Poder.

Uma notável exposição que abrange esses dois efeitos dentro de um caso prático é a decisão do STF referente ao julgamento conjunto da ADPF 132 com a ADI 4.277, por meio do qual foi reconhecida a união homoafetiva como entidade familiar.²⁸ Essa decisão, garantiu a esse grupo

28 CHAVES, Marianna. O julgamento da ADPF 132 e da ADI 4277 e seus reflexos na seara do casamento civil. Revista JusBrasil, 2011. Disponível em: <https://arpen->

mais vulnerável socialmente – devido ao preconceito enrustado na sociedade brasileira – um direito constitucional que estava sendo negligenciado por omissão do Legislativo, que não estava exercendo sua função para solucionar essa problemática.

A decisão foi considerada como um ato de ativismo judicial por diversos juristas, pois o Supremo, por meio da interpretação do art. 1.723²⁹ do CC/2002 decidiu em desacordo com o texto constitucional originário do art. 226, § 3º³⁰ da CF/88, interpretando que a união estável entre pessoas homoafetivas também deveria ser classificada como uma entidade familiar e não só a união entre homem e mulher como está previsto na norma do referido artigo.³¹

Contudo, foi através dessa atitude tomada por este Tribunal da Instância Superior, decidido por unanimidade, exercendo sua função de Guardião da Constituição Federal, que foi possível garantir os direitos fundamentais a esse grupo minoritário composto pelas pessoas homoafetivas. Se não houvesse ocorrido essa deliberação por parte dos ministros, não se sabe quando ou até mesmo se algum dia esse direito seria sido garantido a essas pessoas.

Nessa toada, a doutrina favorável ao fenômeno do protagonismo da atividade jurisdicional assimila o ativismo a algo positivo quando resulta na tutela das garantias fundamentais.³² Nas palavras do ministro Luís Roberto Barroso:

O fenômeno tem uma face positiva: o Judiciário está atendendo a demandas da sociedade que não puderam ser satisfeitas pelo parlamento, em temas como greve

sp.jusbrasil.com.br/noticias/2978105/artigo-o-julgamento-da-adpf-132-e-da-adi-4277-e-seus-reflexos-na-seara-do-casamento-civil. Acesso em: 15 jul. 2022.

29 Art. 1.723. É reconhecida como entidade familiar a união estável entre o homem e a mulher, configurada na convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família.

§ 1º A união estável não se constituirá se ocorrerem os impedimentos do art. 1.521; não se aplicando a incidência do inciso VI no caso de a pessoa casada se achar separada de fato ou judicialmente.

§ 2º As causas suspensivas do art. 1.523 não impedirão a caracterização da união estável.

30 Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.

§ 3º Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento.

31 ABBoud, Georges. Processo constitucional brasileiro. 5. ed. São Paulo: Editora Thomas Reuters Brasil, 2021.

32 PINHEIRO, Morena. Magistrados discutem pontos positivos e negativos do Ativismo Judicial. 2013. Disponível em: <https://www.amb.com.br/magistrados-discutem-pontos-positivos-e-negativos-do-ativismo-judicial/>. Acesso em: 25 ago. 2022.

no serviço público, eliminação do nepotismo ou regras eleitorais. O aspecto negativo é que ele exhibe as dificuldades enfrentadas pelo Poder Legislativo – e isso não se passa apenas no Brasil – na atual quadra histórica. [...], mas não há democracia sólida sem atividade política intensa e saudável [...].³³

Assim, reiterando o pensamento do ministro, o ativismo judicial é benéfico na medida em que combate as omissões parlamentares, em prol da vontade do povo, suprindo necessidades e tutelando direitos constitucionais. A parte negativa do fenômeno não se relaciona com suas características, mas sim em trazer à tona as dificuldades enfrentadas pelo sistema governamental, como o desafio encontrado pelo Legislativo em exercer sua função plenamente, ou seja, desenvolver leis eficazes que atendam a todos, assegurando de maneira geral a igualdade e as demais garantias fundamentais.

Por outro lado, os principais efeitos negativos causados por este fenômeno, segundo os doutrinadores que conceituam essa atuação expansiva do Judiciário como ilegítima, são os riscos que apresenta para a legitimidade democrática e a ausência de competência desse Poder para pautar os termos de atuação, interferindo nas funções do Legislativo.

Nesse aspecto, o ativismo representa um atentado à legitimidade democrática, pois os magistrados não são eleitos pelo povo, diferentemente dos membros que compõem o Poder Legislativo, logo não necessariamente representam a vontade popular e acabam desempenhando uma função política ao invalidar indevidamente – quanto à competência – os atos e manifestações dos outros Poderes.³⁴

Além disso, existe a ideia de que a ampliação da competência do Judiciário é uma solução viável para sanar as eventuais omissões legislativas, tendo em vista algumas experiências bem sucedidas do STF em assegurar garantias fundamentais a determinados grupos, através de decisões ativistas, como ocorreu no julgamento da ADI 4.277. Porém, a união de pessoas do mesmo sexo poderia ter sido reconhecida pelo Supremo, sem que houvesse uma invasão de competências, a Corte poderia assegurar-lhes o direito de união civilmente e posteriormente proferir, via decisão judicial, um apelo ao Legislador requisitando a realização de uma

33 BARROSO, Luís Roberto. Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. 9. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

34 *Ibidem*.

emenda constitucional, com o intuito de modificar o art. 226 § 3º da CF/88, para adaptá-lo às necessidades atuais.³⁵

Outro ponto negativo elencado é o fato de os juízes tomarem a liberdade de decidirem de acordo com suas próprias convicções quando isso não é previsto. Conforme o jurista Lenio Streck menciona em diversas de suas obras, não existe o bom ou mau ativismo, uma conduta se for ativista, por si só já caracteriza algo negativo em um Estado Democrático de Direito, em sua concepção: “a relevância para um julgamento consiste em compreender se decisão está de acordo com a Constituição. Essas são as regras do jogo; caso contrário, teríamos uma República Juristocrática”.³⁶

Outrossim, ainda existe a preocupação de que a resolução de questões sociais importantes e de competência legislativa via Poder Judiciário possa causar uma politização indevida dos tribunais e consequentemente, elitizar o debate acerca de assuntos de interesse social. Isso ocorre, pois a linguagem do Direito é conhecida por ser repleta de termos técnicos, assim, aqueles que não possuem um domínio da língua seriam excluídos dos debates envolvendo assuntos políticos que originalmente seriam de competência do Legislativo e de seus representantes eleitos pelo povo.³⁷

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Evidenciada a importância do debate envolvendo o ativismo judicial, tornou-se uma necessidade da sociedade atual investigar as consequências resultantes do fenômeno do ativismo e seus reflexos na atual sociedade brasileira.

Posto isto, por meio de uma análise – fundamentada em diversas doutrinas de Direito Constitucional, artigos científicos, leis e jurisprudências – englobando o ativismo judicial e o princípio da separação dos Poderes, o estudo conseguiu alcançar os objetivos inicialmente

35 ABOUD, Georges. Processo constitucional brasileiro. 5. ed. São Paulo: Editora Thomas Reuters Brasil, 2021. P. 1502.

36 STRECK, Lenio Luiz; TASSINARI, Clarissa; LEPPER, Adriano Obach. O problema do ativismo judicial: uma análise do caso MS3326. Revista Brasileira de Políticas Públicas, Brasília, v. 5, 2015. Disponível em: <https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/RBPP/article/view/3139>. Acesso em: 07 ago. 2022. P. 54.

37 BARROSO, Luís Roberto. “O ativismo judicial é uma lenda”, diz Luís Roberto Barroso sobre trabalho do STF. Entrevista. Jornal Roda Viva. 5m28seg. 2020. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=ZXFdQmP4pAU>. Acesso em: 21 jul. 2022.

propostos, a saber: entender a relação entre o fenômeno em pauta frente à separação dos Poderes do Estado, bem como analisar os reflexos gerados – principalmente no âmbito brasileiro – pela ampla e intensificada atuação do Judiciário.

Portanto, valendo-se da metodologia bibliográfica e documental e utilizando o método dedutivo, tornou-se possível concluir que o ativismo judicial surgiu nos Estados Unidos e se desenvolveu por mais de 200 anos no âmbito norte-americano, causando intrigas e polêmicas entre os juristas e demais estudiosos. No Brasil, não foi diferente, sendo o motivo de diversas discussões, pois muitos entenderam que o fenômeno era uma prática ilegítima do Judiciário pelo fato de interferir na competência dos outros Poderes, assim, agindo inconstitucionalmente. Por outro lado, surgiu uma corrente doutrinária contrária que defendia as decisões ativistas do Judiciário, sob o fundamento de que não existe ilegitimidade nessa atitude, apenas uma expansão na atuação dos julgadores, visando preservar o que está previsto constitucionalmente, assegurando as garantias fundamentais a todos.

Existem várias decisões ativistas que representaram um atentado ao princípio da separação dos Poderes, invadindo a competência dos outros indevidamente, contudo, da mesma forma existem muitas outras decisões que foram favoráveis para a sociedade como um todo, resguardando os direitos a certos grupos sociais que estavam sendo negligenciados. Posto isso, muitas decisões do Judiciário foram rechaçadas por terem sido classificadas como ativistas, ainda que não fossem, pois em certos casos os tribunais só estavam cumprindo o seu papel constitucional de acordo com a CF de 1988.

Sob esse ponto de vista, as decisões do Poder Judiciário devem ser analisadas individualmente, não podendo haver uma generalização daquelas definidas como ativistas, tendo em vista que muitas vezes o Poder em si só está realizando sua devida função. A tutela das garantias constitucionais é de suma relevância para a população, o que não é aceitável é que o Judiciário se torne um Poder hegemônico. Sendo assim, deve atuar de maneira moderada e harmônica, evitando excessos durante o exercício de sua função.

6 REFERÊNCIAS

ABBOUD, Georges. **Processo constitucional brasileiro**. 5 ed. ver., atual. e ampl. São Paulo: Thomas Reuters Brasil, 2021, p. 1505.

BARBOSA, Oriana Piske de A.; SARACHO, Antonio Benites. **Considerações sobre a Teoria dos freios e contrapesos (Checks and Balances System)**. 1. ed. Brasília: Editora Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios – TJDF, 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-orian-piske>. Acesso em: 15 abr. 2022.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 9 ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

_____, Luís Roberto. “O ativismo judicial é uma lenda”, diz Luís Roberto Barroso sobre trabalho do STF. Entrevista. **Jornal Roda Viva**. 5m28seg. 2020. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=ZXFdQmP4pAU>. Acesso em: 21 jul. 2022

BRASIL, 1988. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 20 jul. 2022

_____. Supremo Tribunal Federal. ADPF n.º 132. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628633>. Acesso em: 25 ago. 2022.

_____. Supremo Tribunal Federal. ADI n.º 4.277. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628635>. Acesso em: 25 ago. 2022.

BRITO, Deborah Cristiane Domingues de; DOMINGUES, Wilson Francisco; Separação de Poderes e Tensões constitucionais: garantia de Direitos Fundamentais pelo Poder Judiciário. X Encontro Internacional do CONPEDI. 2021. Disponível em: <http://publicadireito.com.br/artigos/?cod=cb032fff92d5d7fd>. Acesso em: 15 jul. 2022.

CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. **Dimensões do ativismo judicial do STF**. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

CHAVES, Marianna. O julgamento da ADPF 132 e da ADI 4277 e seus reflexos na seara do casamento civil. Revista JusBrasil, 2011. Disponível em: <https://arpen-sp.jusbrasil.com.br/noticias/2978105/artigo-o-julgamento-da-adpf-132-e-da-adi-4277-e-seus-reflexos-na-seara-do-casamento-civil>. Acesso em: 15 jul. 2022.

DAVID, René. Os grandes sistemas do direito contemporâneo. Trad. Hermínio A. Carvalho. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

DIAS, Giovanna; SOARES, Guilherme Augusto de Vargas. **Freios, contrapesos e os limites da atividade jurisdicional**. Revista Consultor Jurídico, 2019. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-nov-16/diario-classe-freios-contrapesos-limites-atividade-jurisdicional>. Acesso em: 28 ago. 2022.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **A separação dos poderes: a doutrina e sua concretização constitucional**. Cadernos Jurídicos da Escola Paulista de Magistratura. São Paulo, 2015, p. 68. Disponível em: <https://www.tjsp.jus.br/download/EPM/Publicacoes/CadernosJuridicos/40c%206.pdf>. Acesso em: 20 jul. 2022

PINHEIRO, Morena. **Magistrados discutem pontos positivos e negativos do Ativismo Judicial**. 2013. Disponível em: <https://www.amb.com.br/magistrados-discutem-pontos-positivos-e-negativos-do-ativismo-judicial/>. Acesso em: 25 ago. 2022.

PINHEIRO NETO, Othoniel. **Ativismo judicial e conflito entre os poderes**. Revista Consultor Jurídico. São Paulo, 2022. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2022-jun-29/othoniel-pinheiro-ativismo-judicial-conflito-entre-poderes>. Acesso em: 24 jul. 2022.

RAUPP, Mauricio dos Santos. **Ativismo judicial: características e singularidades**. 1. Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.

SCHETTINI, Leonardo. O poder executivo na crise. um estudo sobre o uso das medidas provisórias. **Revista CONPEDI**. Florianópolis/SC. Disponível em: <http://site.conpedi.org.br/publicacoes/276gsltp/19i1hrk5/XE5E4YRlB0UFAIw5.pdf>. Acesso em: 25 ago. 2022

STRECK, Lenio Luiz. **O ativismo judicial existe ou é imaginação de alguns?** Revista Consultor Jurídico. São Paulo, 2013. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2013-jun-13/senso-incomum-ativismo-existe-ou-imaginacao-alguns>. Acesso em: 12 jun. 2022.

STRECK, Lenio Luiz; TASSINARI, Clarissa; LEPPER, Adriano Obach. O problema do ativismo judicial: uma análise do caso MS3326. **Revista Brasileira de Políticas Públicas**, Brasília, v. 5, 2015. Disponível em: <https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/RBPP/article/view/3139>. Acesso em: 07 ago. 2022. P. 54.

TASSINARI, Clarissa. Jurisdição e ativismo judicial: limites da atuação do judiciário. Porto Alegre: Livr. do Advogado, 2013.