


## Ativismo judicial no Brasil: O dilema entre a separação dos poderes e a concretização de direitos fundamentais

 <https://doi.org/10.56238/sevened2024.022-003>

### Vinicius Martins Ferreira

Graduando em Direito na Unigran Capital (MS), Autor e Orientador por expertise de escrita científica;

### Igor José Casotti

Pós-graduado e especialista, Autor e Orientador por expertise de escrita científica;

### Denilson Antonio Caetano Filho

Graduando em Direito na Unigran Capital (MS);

### Telma Salgueiro Braga de Lima

Graduando em Direito na Unigran Capital (MS);

### Gibson Toledo Dias

Graduando em Direito na Unigran Capital (MS);

### Dalila Fernandes Vieira Sbardelotto

Graduando em Direito na Unigran Capital (MS);

### Jonatan Aparecido Rossi

Graduando em Direito na Unigran Capital (MS);

### Ellohara Rios Flores

Graduando em Direito na Unigran Capital (MS);

### Iany Heloísa Silva Cabral

Graduando em Direito na Unigran Capital (MS);

### Pedro Paulo Cleodibe Ferreira de Souza

Graduando em Direito na Unigran Capital (MS);

### Fabiane Dias Barbosa

Graduando em Direito na Unigran Capital (MS);

### Lucas Diniz Miguel

Graduando em Direito na Unigran Capital (MS);

### Yasmim Michelly dos Santos da Silva

Graduando em Direito na Unigran Capital (MS);

### Renata Cacho Gonçalves

Graduando em Direito na Unigran Capital (MS);

### Mhel Eduarda de Araújo Morales

Graduando em Direito na Unigran Capital (MS);

### Paulo Alberto de Castelo Branco Neto

Graduando em Direito na Unigran Capital (MS);

### Kener Ferreira Caldas

Graduando em Direito na Unigran Capital (MS);

### Laurylene de Andréa Fialho de Oliveira

Graduando em Direito na Unigran Capital (MS);

### Adel Hassan Haidar Filho

Graduando em Direito na Unigran Capital (MS);

### Amanda Keizy de Oliveira

Graduando em Direito na Unigran Capital (MS);

### Samanta Pereira Sobrinho

Graduando em Direito na Unigran Capital (MS);

### João Martins Taveira

Graduando em Direito na Unigran Capital (MS);

### Raissa Brito Barbosa

Graduando em Direito na Unigran Capital (MS);

### Jéssika Machado

Graduando em Direito na Unigran Capital (MS);

### Liane Medeiros Kanashiro

Graduando em Direito na Unigran Capital (MS);

### Maria Eduarda Ramos Gonzalez

Graduando em Direito na Unigran Capital (MS);

### Israel Aparecido Corrêa Ferreira

Graduando em Direito na Unigran Capital (MS);

## RESUMO

O presente artigo teve com objetivo geral tratar da problemática do ativismo judicial no Brasil à luz do princípio da separação dos poderes, no que tange, principalmente, a concretização de direitos fundamentais, pretendo responder se tal prática do Poder Judiciário é uma violação ao referido princípio. Delimitaram-se como objetivos específicos: analisar o fenômeno do ativismo judicial no Brasil; compreender as críticas da doutrina e posições favoráveis relacionados à atuação ativista do Supremo Tribunal Federal. O método de abordagem teve como



base o paradigma histórico-monográfico, fundado na interpretação sistemática, na qual todas as normas devem ser analisadas levando-se em conta as suas inter-relações com outras normas do ordenamento. No caso em apreço, há uma interação natural entre a Constituição Federal e o Direito Constitucional. A par dos estudos realizados, é possível concluir que o ativismo judicial não é certamente o ideal para a harmonia e o equilíbrio entre os Poderes, mas tem sido por meio de decisões judiciais que questões de grande importância para toda a sociedade têm sido resolvidas. À vista disso, o cidadão não pode ser punido por uma visão arcaica da separação dos poderes, devendo o Poder Judiciário agir, sem abusos e criteriosamente, com certa dose de ativismo, diante da incompetência e inércia dos outros poderes do Estado.

**Palavras-chave:** Ativismo Judicial, Poder Judiciário, Supremo Tribunal Federal.



## 1 INTRODUÇÃO

Nos últimos tempos, sobretudo no Brasil, o Poder Judiciário tem se destacado pela sua atuação um tanto quanto controversa ao interpretar e aplicar a lei. Esta postura dos juízes, que possui, de um modo geral, uma hermenêutica jurídica mais expansiva, é chamada pelos críticos de ativismo judicial. Tal conduta é vista por muitos como positiva e necessária para assegurar direitos, mas por outros é considerada como algo nocivo à organização do Estado e ofensivo ao princípio da separação dos poderes (Barroso, 2019).

Se por um lado, os Poderes Legislativo e Executivo não têm conseguido atender as demandas sociais elencadas na Carta Maior, por outro, o Judiciário, muitas vezes de forma questionável, tem entendido que não se pode omitir às questões levadas ao seu crivo, especialmente quando se trata da aplicação casuística de deveres normativos decorrentes de princípios constitucionais (Bulos, 2018).

Como guardião da Constituição, o Supremo Tribunal Federal é o órgão do Poder Judiciário mais acusado de incorrer na prática do ativismo, justamente por buscar, em suas decisões, que as normas constitucionais tenham sua devida eficácia, não deixando os cidadãos sem resposta diante da não implementação de normas e políticas públicas (Canotilho, 2018).

No caso do Brasil, não tem como negar que o próprio Poder Legislativo, envolvido em graves escândalos de corrupção e acusado de baixa produtividade legislativa, contribuiu em boa parte para o desencadeamento do ativismo, transferindo para o Supremo o poder decisório pacificador em face das grandes questões sociais conflituosas da atualidade brasileira (Novelino, 2018).

Compreender o ativismo judicial é de suma importância nos dias de hoje, tendo em vista o enorme protagonismo que juízes, principalmente os ministros do Supremo Tribunal Federal, têm apresentado ao serem levados a decidir sobre assuntos de interesse de toda a sociedade. Ressalte-se a conjuntura política do Brasil, onde há uma grande inércia e ineficiência do poder público em se implementar direitos (Costa, 2020).

Entre outras, as questões a serem debatidas aqui são: como a teoria da separação dos poderes é aplicada atualmente? Quais os limites da interpretação, da aplicação e da criação do direito pelo julgador? O ativismo judicial representa uma violação ao princípio da separação dos poderes, mesmo sendo para concretizar direitos fundamentais?

Assim sendo, o presente artigo tem como objetivo geral tratar da problemática do ativismo judicial à luz do princípio da separação dos poderes, no que tange, principalmente, a efetivação de direitos fundamentais, analisando-se pontos contrários e a favor. Delimitaram-se como objetivos específicos: analisar o fenômeno do ativismo judicial no Brasil; compreender as críticas da doutrina e posições favoráveis relacionados à atuação ativista do Supremo Tribunal Federal.

Esse estudo se justifica por se tratar de uma prática polêmica e que vem se tornando cada vez mais frequente, haja vista que os cientistas políticos e demais operadores do direito debruçam-se sobre



o tema na intenção de discutir aspectos essenciais de sua aplicação, como legitimidade e o impacto que as decisões ativistas de Juízes e operadores do direito podem repercutir na sociedade.

O método de abordagem teve como base o paradigma histórico-monográfico, fundado na interpretação sistemática, na qual todas as normas devem ser analisadas levando-se em conta as suas inter-relações com outras normas do ordenamento. No caso em apreço, há uma interação natural entre a Constituição Federal e o Direito Constitucional.

## **2 A SEPARAÇÃO DOS PODERES: PRESSUPOSTOS HISTÓRICOS E ORGANIZAÇÃO DO ESTADO**

A primeira Constituição do Brasil, de 1824, denominada *Constituição Política do Império do Brasil*, consubstanciou a Separação de Poderes em seu artigo 10, através de quatro deles: “Art. 10. Os Poderes Políticos reconhecidos pela Constituição do Imperio do Brazil são quatro: o Poder Legislativo, o Poder Moderador, o Poder Executivo, e o Poder Judicial” (Araújo Mota, 2016, p.111)

Evidentemente, a existência do Poder Moderador era fator de desequilíbrio entre os Poderes, uma vez que havia uma prevalência deste sobre os demais. O imperador, através do Poder Moderador, poderia simplesmente tolher os outros poderes que a ele estavam subjugados. Este Poder conferia amplas liberdades ao Imperador, como dissolver a Assembleia Geral. Basicamente, o Imperador exercia os Poderes Executivo e Moderador, além de nomear toda a composição do Legislativo e Judiciário (Bonavides, 2017).

A Constituição do Brasil de 1824 teve influência do francês Benjamin Constant, que sustentava a existência de cinco poderes: o Executivo, o Real, o Representativo Duradouro (assembleia hereditária), o Representativo de opinião (assembleia eletiva) e o Judiciário. Para Benjamin, o rei possuía um poder neutro, preservativo e reparador, sem ser hostil, visando com esse poder buscar o equilíbrio e a harmonia (SANTOS, 1992). Foi somente na Primeira República, com a Constituição de 1891, que se convencionou fossem três os poderes na linha de Montesquieu, onde a separação dos mesmos era essencial à liberdade (SANTOS, 1992: 214). Foi adotado o presidencialismo a Estados Unidos e cumpre ressaltar que neste momento nasce o Supremo Tribunal Federal (Ciríaco, 2018).

O art. 15 da Constituição de 1891 prescrevia: “São órgãos da soberania nacional: o Poder Legislativo, o Executivo e o Judiciário, harmônicos e independentes entre si” (BRASIL, 1891). A Constituição brasileira de 1934 procurou diminuir a rigidez presidencialista com a adoção de um sistema de coordenação dos poderes pelo Legislativo. O art. 3º dizia: “São órgãos da soberania nacional, dentro dos limites constitucionais, os Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, independentes e coordenados entre si”. O art. 88 conferia ao Senado Federal o poder de coordenar todos os poderes da Federação



A Carta de 1937, outorgada por Getúlio Vargas, tendo em vista as suas características peculiares, não permitiu o princípio harmônico. Assim, houve uma concentração de poderes nas mãos do Poder Executivo. O art. 73 é emblemático: “O Presidente da República, autoridade suprema do Estado, dirige a política interna e externa, promove ou orienta a política legislativa de interesse nacional e superintende a Administração do País” (Azambuja, 2008, p.83). A Constituição de 1946 retomou a previsão de Separação de Poderes enraizada na Constituição de 1891, com a previsão dos três poderes e a independência entre eles

Com o início da ditadura militar em 1964, a Constituição de 1946 passou a não ser mais respeitada, sendo praticamente superada pelos Atos Institucionais. Desse modo, a Carta de 1967 surgiu com o objetivo de fundamentar as ações da ditadura. Preocupou-se principalmente com a segurança nacional, promoveu a centralização dos Poderes no Executivo, reduziu a autonomia individual, permitindo a suspensão dos direitos e garantias constitucionais, e, por fim, criou as eleições indiretas para Presidente da República (Padilha, 2012).

A Constituição de 1969 foi promulgada como uma emenda, mas isso só serviu como mecanismo de outorga, uma vez que, na verdade, tratou-se um texto integralmente reformulado. Assim como a Constituição anterior, promoveu grande concentração do poder político nas mãos do Executivo federal (Azambuja, 2008).

Por fim, com a redemocratização, tem-se a Carta de 1988. O Princípio da Separação de Poderes está consagrado no art. 2º: “São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário.” Trata-se de uma cláusula pétreia, e como tal, não pode sofrer alteração por emenda constitucional tendente a aboli-la, conforme preceitua o art. 60, §4º, III, da Lei Maior. Isto evidencia a extrema proteção à Separação de Poderes dada pelo legislador constituinte (Novelino, 2018, p.104).

A teoria da “tripartição de Poderes”, colocada por Montesquieu, foi adotada por grande parte dos Estados modernos, só que de maneira abrandada. Isso porque, “diante das realidades sociais e históricas, passou-se a permitir uma maior interpenetração entre os Poderes, atenuando a teoria que pregava a separação pura e absoluta deles” (Lenza, 2019, p.846).

Desse modo, além do exercício de funções típicas, que são as funções predominantes, inerentes à sua natureza, cada órgão exerce, também, outras duas funções atípicas (de natureza típica dos outros dois órgãos). É preciso salientar que, mesmo no exercício da função atípica, o órgão exercerá uma função sua, não havendo aí ferimento ao princípio da separação de Poderes, porque tal competência foi constitucionalmente assegurada pelo poder constituinte originário (Lenza, 2019).

E se a Constituição outorgou a cada um dos poderes da República o desempenho de certa função como típica, própria do poder, como consequência o exercício desta função não pode ser objeto de delegação a outros poderes, salvo quando a própria Constituição da República prevê tal



possibilidade. A isto se denomina *Princípio da Indelegabilidade das Atribuições*. Logo, as competências outorgadas a cada um dos poderes pela Constituição devem ser por eles diretamente exercidas, salvo quando a própria Constituição admitir a possibilidade de delegação, como ocorre, por exemplo, com as leis delegadas do art. 68, da CF, cuja atribuição é delegada pelo Legislativo ao Executivo. (Motta Filho, 2018).

As Constituições de 1891, 1934, 1946, 1967 e a EC n. 1/69 não só foram explícitas ao proclamar a cláusula da indelegabilidade, como também deixaram clara a possibilidade de interpenetração entre os poderes, a ser materializada naquilo que se denominou de freios e contrapesos (LENZA, 2015).

O Poder Legislativo tem como conceito clássico o poder de fazer, emendar, alterar e revogar as leis (arts. 44-75, CF/88). No Brasil, ele se divide em três esferas: federal, estadual e municipal. Nos moldes atuais, o Poder Legislativo foi concebido na Inglaterra, durante a Idade Média, com o objetivo de limitar a autoridade dos Reis (Novelino, 2018).

Conforme explana Agra (2018, p. 498):

Não se pode precisar com exatidão o surgimento da função de representação dos interesses da população. Há relatos da existência de assembleias na Índia, em que o povo nomeava o Conselho de Anciãos. Na Grécia, há farta comprovação da existência do Conselho dos Quinhentos, formado por representantes escolhidos pela população. Na Idade Média, havia cidadãos que representavam o povo nas corporações e nos estamentos. Entretanto, o conceito moderno de deputado e senador nasce com a Revolução Gloriosa de 1688, na Inglaterra, e com a Revolução Francesa de 1789. Devido à influência do primeiro acontecimento histórico, o poder foi deslocado definitivamente da Coroa para o Parlamento, passando os deputados a encarnar as prerrogativas estatais. Enquanto o segundo movimento social citado contribuiu para acabar com a representação corporativa, através dos Estados Gerais, delineando as estruturas do regime democrático que se aprimoram a cada dia.

No sistema unicameral, comumente adotado em Estados Unitários, o Legislativo é formado por um único órgão. O sistema bicameral costuma ser adotado por Estados Federais, nos quais a vontade do Poder Legislativo se manifesta pela conjugação da vontade das duas Casas que o compõem (Ciríaco, 2018).

Na esfera federal, a Constituição brasileira de 1988 adota o bicameralismo do tipo federativo. O Congresso Nacional, em atenção à forma federativa de Estado, é composto por duas Casas: a de representantes do povo (Câmara dos Deputados) e a de representantes dos Estados e do Distrito Federal (Senado). O sistema unicameral é adotado nas esferas estadual (Assembleia Legislativa), distrital (Câmara Legislativa) e municipal (Câmara Municipal) (Agra, 2018)

Nas palavras de Nunes (2019, p.370), no que toca ao Poder Legislativo, suas funções típicas são a legislativa e a fiscalizatória:

A primeira consiste na expedição de atos gerais e abstratos que inovam na ordem jurídica, ou, em outros termos, de atos normativos que criam Direito novo, a exemplo das emendas à Constituição, das leis ordinárias e das leis complementares, estando disciplinada nos art. 59



a 69 da Constituição. A função fiscalizatória destina-se essencialmente ao controle dos demais Poderes da República, em especial do Poder Executivo, sendo prevista de forma esparsa ao longo da Constituição. Tem como principais expoentes as Comissões Parlamentares de Inquérito e o controle externo de natureza financeiro-orçamentária, exercido pelo Poder Legislativo com o auxílio dos Tribunais de Contas.

Atipicamente, o Poder Legislativo administra e julga. A função administrativa é exercida, por exemplo, quando o Legislativo organiza seus serviços internos, realiza um concurso para o preenchimento de seus cargos ou uma licitação para a aquisição dos bens necessários ao exercício de suas atividades. A função julgadora ocorre, também exemplificativamente, quando o Poder Legislativo julga o chefe de Poder Executivo por crimes de responsabilidade (Motta Filho, 2018).

O Poder Executivo está previsto na Constituição Federal vigente no Capítulo 11 do Título IV (arts. 76-91). No Brasil, ele existe nas três esferas político-administrativas. A **função típica** do Poder Executivo é a administração do Estado, apenas não administrando a matéria interna dos demais Poderes. O Executivo tem níveis de decisão política, a cargo do Presidente e seus Ministros (Motta Filho, 2018). O Poder Executivo Federal é formado pelo Presidente da República e pelo Vice-Presidente. No registro da candidatura do Presidente é conjuntamente inscrito o Vice-Presidente (art. 77, § 1º, da CF) (Ciríaco, 2018).

O Poder Judiciário é um dos três Poderes componentes da República Federativa do Brasil. Como Poder independente e harmônico que é, possui prerrogativas que lhe garantem autonomia, como, por exemplo, capacidade financeira e administrativa próprias. A limitação de sua atuação se faz pela fiscalização interna, de sua exclusiva responsabilidade, e por meio dos freios e contrapesos, em que cada um dos Poderes fiscaliza o outro para que se evite a afronta das prerrogativas constitucionais (Bulos, 2018).

No Brasil, o Judiciário se faz presente nas esferas federal e estadual. Os Municípios não dispõem de Judiciário próprio (quem realiza a prestação jurisdicional é a Justiça Federal e a Justiça Estadual). Essa divisão se deve à forma federativa de governo implantada, em que coexistem a jurisdição dos Estados-membros e a jurisdição da União (Agra, 2018).

O Conselho Nacional de Justiça, mesmo incluído pela EC 45/2004 na estrutura constitucional do Poder Judiciário, é um órgão de caráter administrativo. Ele foi criado para exercer o controle da atuação administrativa e financeira do Judiciário, bem como fiscalizar os juízes no cumprimento de seus deveres funcionais (Ciríaco, 2018).

A teoria da separação de poderes, que através da obra de Montesquieu se incorporou ao constitucionalismo, foi concebida para assegurar a liberdade dos indivíduos. Proposta essa ideia de maneira sistemática no século XVIII, mais tarde seria desenvolvida e adaptada a novas concepções, pretendendo-se então que a separação dos poderes tivesse também o objetivo de aumentar a eficiência do Estado, pela distribuição de suas atribuições entre órgãos especializados. Esta última ideia, na



verdade, só apareceu no final do século XIX, quando já se havia convertido em dogma a doutrina da separação dos poderes, como um artifício eficaz e necessário para evitar a formação de governos absolutos (Azambuja, 2008).

Foi a intenção de enfraquecer o poder do Estado, complementando a função limitadora exercida pela Constituição, que impôs a separação de poderes como um

dos dogmas do Estado Moderno, chegando-se mesmo a sustentar a impossibilidade de democracia sem aquela separação. Logo, quando se pretende desconcentrar o poder, atribuindo o seu exercício a vários órgãos, a preocupação maior é a defesa da liberdade dos indivíduos, pois, quanto maior for a concentração do poder, maior será o risco de um governo ditatorial (Padilha, 2012).

Os três poderes só são independentes no sentido de que se organizam e funcionam separadamente, mas se entrosam e se subordinam mutuamente na finalidade essencial de compor os atos de manifestação da soberania nacional, mediante um sistema de freios e contrapesos ou *check and balances*, na expressão dos constitucionalistas norte-americanos, realizando o ideal de contenção do poder pelo poder (Mascaro, 2012).

Para Lenza (2019), o Estado que estabelece a separação dos poderes evita o despotismo e assume feições liberais. Do ponto de vista teórico, isso significa que na base da separação dos poderes encontra-se a tese da existência de nexos causal entre a divisão do poder e a liberdade individual. A separação dos poderes persegue esse objetivo de duas maneiras. Primeiro, impondo a colaboração e o consenso de várias autoridades estatais na tomada de decisões. Segundo, estabelecendo mecanismos de fiscalização e responsabilização recíproca dos poderes estatais, conforme o desenho institucional dos *freios e contrapesos*.

Segundo Motta Filho (2018), a tripartição e o exercício das três funções do Estado, através dos diversos órgãos políticos, variando a especialização e preponderância, serve como forma de limitar a atuação de cada um deles. Historicamente nenhuma dúvida recai sobre a ideia de que o poder corrompe e que, conseqüentemente, o detentor do poder tende a exacerbá-lo. Isto posto, por meio do sistema de freios e contrapesos, cada um dos Poderes fiscaliza o outro para que se evite a afronta das prerrogativas constitucionais.

Para Agra (2018), a terminologia separação de poderes foi expressa de forma errônea, pois na verdade o poder que advém da soberania é uno. O que se reparte são as funções realizadas por esses poderes, de acordo com o que fora estipulado pela Constituição em cada país.

Assim sendo, o poder de soberania do Estado, que é uno e indivisível, se manifesta através de três órgãos estatais formalmente separados. Dos três órgãos defluem três categorias diversas de manifestação típica do poder soberano. Não pode haver duas ou mais soberanias dentro de um mesmo Estado, mas pode perfeitamente haver órgãos diversos de manifestação do poder de soberania (Tassinari, 2018)





Cada órgão, dentro da sua esfera de ação, exerce a totalidade do poder soberano. Em outras palavras: cada ato de governo, manifestado por um dos três órgãos, representa uma manifestação completa do poder. Os poderes Legislativo, Executivo e Judiciário são independentes no sentido literal da palavra, já que devem ser harmônicos e coordenados entre si (Costa, 2020).

Desse modo, a separação de poderes não é rígida e não pode ser entendida de maneira absoluta, como na doutrina de Montesquieu, em que cada um dos três clássicos poderes deve funcionar com plena independência e plena autonomia. É melhor falar-se em separação de funções. A divisão é formal, não substancial. O poder é um só; o que se triparte em órgãos distintos é o seu exercício (Tassinari, 2018)

De acordo com Mascaro (2012, p. 147), “A separação de poderes, por ser base da estrutura normal do Estado contemporâneo, “fornece um razoável critério para a classificação dos sistemas políticos”.

Novelino (2018, p.77) assevera que o sistema de governo identifica a forma de distribuição e articulação dos poderes políticos do Estado, em especial, o Executivo e o Legislativo:

Conforme o modelo adotado, as funções de Chefe de Estado e de Chefe de Governo são exercidas pela mesma pessoa ou por pessoas distintas. O Chefe de Estado representa a unidade estatal, colocando-se acima das lutas políticas e zelando pela continuidade do Estado e harmonia entre os poderes. O Chefe de Governo, por sua vez, é o responsável por traçar as diretrizes políticas do Estado. Existem no mundo, basicamente, três sistemas de governo: o parlamentarismo, o presidencialismo e o semipresidencialismo.

O *sistema parlamentarista*, que tem origem na Inglaterra do século XVIII, tem como características distintivas a divisão do Poder Executivo entre um Chefe de Estado e um Chefe de Governo, bem como a responsabilização deste último perante o Poder Legislativo. O deslocamento de uma parcela da atividade executiva para o Legislativo acaba por fortalecer a figura do Parlamento neste sistema (Motta Filho, 2018).

O *sistema presidencialista*, inaugurado com a Constituição norte-americana de 1787, foi um modo encontrado para solucionar a questão da estrutura da separação dos poderes em face da ausência de um Monarca. Neste sistema, as chefias de Estado, de Governo e da Administração Pública são reunidas em uma só pessoa. E quanto ao sistema *semipresidencialista* (ou *semiparlamentarista*), Novelino (2018) afirma ser aquele que combina elementos dos dois sistemas clássicos.

Dentre as características deste modelo destacam-se a limitação dos poderes do Parlamento e a titularização, pelo Chefe de Estado, de poderes próprios e efetivos, e não apenas o exercício de funções cerimoniais ou simbólicas.



### 3 O ATIVISMO JUDICIAL NO BRASIL

O substantivo masculino ativismo pode ser usado para designar “qualquer doutrina ou argumentação que privilegie a prática efetiva de transformação da realidade em detrimento da atividade exclusivamente especulativa” (Canotilho, 2018, p.91). Contudo, não há consenso quanto ao conceito de ativismo judicial, havendo, assim, diferentes posições. Ele é entendido como uma doutrina que defende uma postura do magistrado menos contemplativa e mais ativa em prol da efetividade da prestação jurisdicional, mas também é visto como um termo utilizado para criticar a atuação do Estado Juiz (Ciríaco, 2018).

Bulos (2018) destaca que a expressão “ativismo judicial” tem sua origem ligada a uma disputa política quanto ao papel da Suprema Corte dos Estados Unidos. Em 1947, o jornalista Arthur Schlesinger, ao publicar um artigo na revista *Fortune*, analisou a atuação dos juízes, distinguindo-os em “ativistas” e “campeões de restritividade judicial” ou “passivistas”.

Aqueles se caracterizariam por inserirem, em suas decisões, as suas próprias concepções do bem comum. Os passivistas, por sua vez, seriam os juízes que procuravam preservar a margem de conformação do legislador, prezando pela maior deferência judicial. Ressalte-se que a formação do conceito de ativismo judicial surge com uma conotação marcadamente negativa, no contexto histórico-político americano, mas não remete necessariamente a uma atuação indevida da Suprema Corte (Bulos, 2018)

Lenza (2019) discorre que como nos Estados Unidos o sistema jurídico adotado é o *common law*, diferentemente do sistema romano-germânico (*civil law*), o Poder Judiciário possui atuação extremamente ativa no processo de formação do direito, que é criado a partir de casos julgados, o que interfere na maneira como juízes e tribunais consideram o direito legislado.

Para um melhor esclarecimento, o sistema *civil law* ou romano-germânico, adotado no Brasil, tem como fonte primária de direito a lei positivada e criada pelo poder legislativo, por óbvio. Ainda assim, a Jurisprudência também é fonte de direito, porém secundária, como também é a doutrina (Novelino, 2018).

O modelo *common law*, também chamado de direito consuetudinário ou direito dos usos e costumes, é utilizado por países de origem anglo-saxônica, como Estados Unidos e Inglaterra. Esse sistema tem a jurisprudência como fonte primária de direito, sendo as decisões do judiciário baseadas em precedentes, ou “case law”, que são decisões de casos julgados anteriormente (Braúna, 2018)

Nos países que adotam o *common law*, mesmo havendo um conjunto de leis, como a lei ordinária (“statute”), este será menos considerado do que a jurisprudência quando se trata de decisão judicial. Ou seja, a decisão do juiz de casos passados interfere mais em um julgamento presente do que uma lei feita pelo poder legislativo. Esta ideia é baseada no princípio da igualdade de tratamento, pois



o sistema deve tratar os mesmos casos da mesma forma, e com o mesmo julgamento (Motta Filho, 2018).

Assim sendo, nessa vertente do direito, o ativismo judicial seria uma desobediência às decisões com força vinculante, seja vertical ou horizontal, sobre o respectivo órgão judicante. Todavia, a constatação do ativismo nesse sistema de precedentes é complexa. Qualificar a corte inferior que desrespeita os precedentes emanados da corte superior como ativista é um tanto quanto questionável. A superação de uma linha equivocada de interpretação, ou o ajuste em face de novas circunstâncias históricas, não são necessariamente vistas pela doutrina como sinais de ativismo (Ciríaco, 2018).

Ainda sobre a origem do termo “ativismo judicial”, Barroso (2019, p. 728) afirma:

Ativismo judicial é uma expressão cunhada nos Estados Unidos e que foi empregada, sobretudo, como rótulo para qualificar a atuação da Suprema Corte durante os anos em que foi presidida por Earl Warren, entre 1954 e 1969. Ao longo desse período, ocorreu uma revolução profunda e silenciosa em relação a inúmeras práticas políticas nos Estados Unidos, conduzida por uma jurisprudência progressista em matéria de direitos fundamentais. Todas essas transformações foram efetivadas sem qualquer ato do Congresso ou decreto presidencial. A partir daí, por força de uma intensa reação conservadora, a expressão ativismo judicial assumiu, nos Estados Unidos, uma conotação negativa, depreciativa, equiparada ao exercício impróprio do poder judicial.

Houve decisões históricas da Suprema Corte americana, tidas como exemplos de ativismo judicial nas ideias de Barroso (2019, p.779):

[...] considerou-se ilegítima a segregação racial nas escolas (*Brown v. Board of Education*, 1954); foram assegurados aos acusados em processo criminal o direito de defesa por advogado (*Gideon v. Wainwright*, 1963) e o direito à não autoincriminação (*Miranda v. Arizona*, 1966); e de privacidade, sendo vedado ao Poder Público a invasão do quarto de um casal para reprimir o uso de contraceptivos (*Griswold v. Connecticut*, 1965). Houve decisões marcantes, igualmente, no tocante à liberdade de imprensa (*New York Times v. Sullivan*, 1964) e a direitos políticos (*Baker v. Carr*, 1962). Em 1973, já sob a presidência de Warren Burger, a Suprema Corte reconheceu direitos de igualdade às mulheres (*Richardson v. Frontiero*, 1973), assim como em favor dos seus direitos reprodutivos, vedando a criminalização do aborto até o terceiro mês de gestação.

Contudo, o ativismo do judiciário não necessariamente está ligado a decisões não conservadoras. Mesmo assim, o termo foi amplamente utilizado para estigmatizar a jurisprudência progressista da Suprema Corte americana. Na verdade, o ativismo judicial precedeu a criação da expressão e, nas suas origens, era essencialmente conservador.

Não há uniformidade quanto ao conceito de ativismo judicial. Desse modo, os autores passaram a utilizar a expressão ora com viés negativo, ora positivo. Barroso (2019) compreende que a ideia de ativismo judicial está associada a uma presença mais ampla e intensa do judiciário na concretização dos valores e fins constitucionais, havendo maior interferência no espaço de atuação dos outros dois Poderes. Barroso (2019, p.77) ainda explica que o oposto do ativismo é a *auto-contenção judicial*. Nesta conduta, o Judiciário procura reduzir sua interferência nas ações dos outros Poderes:



Por essa linha, juízes e tribunais (i) evitam aplicar diretamente a Constituição a situações que não estejam no seu âmbito de incidência expressa, aguardando o pronunciamento do legislador ordinário; (ii) utilizam critérios rígidos e conservadores para a declaração de inconstitucionalidade de leis e atos normativos; e (iii) abstêm-se de interferir na definição das políticas públicas.

Gabina (2016) identifica os pontos que qualificam a prática do ativismo judicial: a) anular atos possivelmente constitucionais de outros poderes; b) ignorar os precedentes; c) legislação judicial; d) afastamento do método de interpretação aceito ordinariamente; e) julgamento orientado pelo resultado.

Para Almeida (2016), ativismo judicial se refere à disposição do tribunal em realizar mudanças significativas em políticas públicas, particularmente em políticas estabelecidas por outras instituições. Assim, o ativismo judicial ocorre quando a Corte toma decisões conflitantes com as políticas do Congresso, do Poder Executivo e Governos estaduais e municipais.

“O ativismo é geralmente exercido pelo poder de revisão (declaração de inconstitucionalidade de leis), mas não somente [...] pode ocorrer na simples interpretação de determinada lei”. (Araújo Mota, 2016, p.59). Há os que afirmam que o ativismo se manifesta quando há a configuração dos denominados juízes legisladores. Esse entendimento é baseado na ideia de que o papel dos tribunais não é o de criar o direito, mas revelar o sentido implícito no texto normativo. Logo, uma corte ativista seria aquela que ultrapassa os limites impostos pelo texto normativo, dando sua própria eleição de meios e fins ao tratamento de temas relevantes (Ciríaco, 2018).

Ramos (2019, p.331) se refere ao ativismo judicial como “a descaracterização da função típica do Poder Judiciário, com incursão insidiosa sobre o núcleo essencial de funções constitucionais atribuídas a outros poderes”. E diz ainda:

Ao se fazer menção ao ativismo judicial, o que se está a referir é à ultrapassagem das linhas demarcatórias da função jurisdicional, em detrimento principalmente da função legislativa, mas, também, da função administrativa e, até mesmo, da função de governo. [...] por ativismo judicial deve-se entender 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 interesse) e controvérsias jurídicas de natureza objetiva (conflito normativo).

Já Streck (2019, p.77) afirma que “o ativismo judicial ocorre quando o Poder Judiciário ultrapassa os limites previstos na Constituição e passa a fazer ‘política judiciária’, para o bem ou para o mal”. De um modo geral, sem entrar na análise de casos específicos, os autores levantam as possibilidades para a ocorrência do ativismo judicial.

Gomes (2019), destaca a demora do Legislativo em produzir a legislação esperada pela sociedade, decorrendo daí a procura pelo Judiciário a fim de solucionar os problemas que exigem soluções imediatas. Assim, umas das possíveis razões para o ativismo judicial advém da crescente demanda por pronunciamento judicial quanto a questões políticas, em face do descrédito do Poder Legislativo.



Ramos (2019) refere-se à crescente pressão da sociedade civil, assinalando que toda demanda social que não envolva interesse suficiente ou agregue alto custo certamente encontrará dificuldade para ser efetivada. Por tal razão, as instituições majoritárias mostram-se incapazes em dar provimento às demandas sociais, o que leva os magistrados a decidirem conflitos que deveriam ser debatidos e resolvidos na seara política, registrando-se que, independentemente do motivo, aos juízes é vedado negar jurisdição.

Barroso (2009) aponta que a crise representativa e a falta de legitimidade e de funcionalidade do Legislativo alimentam a expansão do Judiciário em nome da Carta Magna, que passa a suprir omissões legislativas e inova, por vezes, na ordem jurídica. Além disso, o ativismo é responsável por exibir as dificuldades do Legislativo no cenário mundial, vez que a democracia sólida se dá com a política intensa e saudável, conjuntamente a um Congresso atuante e com credibilidade.

Canotilho (2018) analisa que a exacerbação da atividade jurisprudencial e, dessa forma, da criatividade e do ativismo judicial, reflete o gigantismo dos poderes Legislativo e Executivo, que demandaram um sistema de *freios e contrapesos* atuante. Isso fez com que o Judiciário fosse chamado a solucionar litígios antes inexistentes. Dessa forma, passariam os tribunais a atuarem como um terceiro gigante, elevando-se ao patamar dos poderes políticos.

Os autores adeptos do conceito de ativismo judicial como sendo um fenômeno de concretização de direitos e demandas por meio de interpretação principiológica, indicam que uma das causas para tal atividade reside no fato de que a legislação garantidora dos direitos sociais muitas vezes define somente a finalidade e princípios que os regulam, deixando margem para maior atividade interpretativa e criativa do Poder Judiciário (Brauna, 2018)

Ademais, Becattini (2019) indica algumas teorias que procuram justificar a atitude ativista dos juízes. Dentre elas estão a teoria do vácuo; a teoria do desejo social; e a teoria do reexame das posições do legislador.

A teoria do vácuo diz que um vácuo de poder é criado pela inatividade de um órgão do Estado. Diante deste vácuo, que pode ameaçar a própria democracia, outros órgãos do Estado poderiam alargar suas competências para atender as demandas da população, carente de atuação do Estado (Almeida, 2016)

A teoria do desejo social afirma que o ativismo judicial surgiu da inabilidade dos legisladores e administradores em lidar com os desejos e problemas da sociedade. Uma vez que os legisladores falharam, cabe ao Poder Judiciário apontar soluções para estes problemas (Agra, 2018).

Por fim, a teoria do reexame das posições do legislador defende uma postura amplamente ativista da Corte Constitucional como forma de controle da atividade legislativa. O tribunal analisaria a legislação originada no Parlamento para saber se houve o devido respeito ao interesse público e se o legislador teria atuado de forma adequada, necessária e proporcional (Motta Filho, 2018).



## 4 ATIVISMO JUDICIAL E DEMOCRACIA: A ATUAÇÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

O texto eminentemente político da Carta Constitucional de 1988 não permite que o Poder Judiciário se abstenha sobre os assuntos políticos do País. Isto é, o caráter político do Supremo Tribunal Federal (STF) é inquestionável (Ciríaco, 2018). Foi, inclusive, essa mesma Carta Constitucional quem promoveu a modificação do papel do STF no país. A Constituição manteve o modelo de controle misto de constitucionalidade (difuso e concentrado), atribuindo ao juiz a prerrogativa de analisar a legalidade dos atos executivos e legislativos, assim como trouxe uma Carta prolixa com direitos político-sociais, incumbindo o Judiciário na promoção da garantia e ampliando os mecanismos de acesso ao pleito (Ciríaco, 2018).

Entretanto, em mais de 20 anos da promulgação da Constituição, um grande número de artigos ainda não foram devidamente regulamentados. A legislação infraconstitucional, repleta de falhas e omissões, exige do Supremo Tribunal Federal uma maior atuação. E os Ministros do Supremo se mostram entusiasmados a cumprir essa empreitada. Neste sentido já disse o Ministro Gilmar Mendes: “Não é por razões ideológicas ou pressão popular. É porque a Constituição exige. Nós estamos traduzindo, até tardiamente, o espírito da Carta de 88, que deu à corte poderes mais amplos” (Bulos, 2018, p.53).

Desse modo, centralizou-se no Supremo a decisão sobre temas importantes e delicados, fenômeno ocorrido internacionalmente, tendo em vista o avanço da justiça constitucional em detrimento dos Poderes Legislativo e Executivo. Essa concentração de poderes na esfera de atuação do STF tem afetado o equilíbrio da separação dos poderes, bem como vem acumulando, em um único tribunal, as funções de tribunal constitucional, órgão de cúpula do Poder Judiciário e foro privilegiado. Ademais, outras possíveis causas para o ativismo do Supremo Tribunal Federal nos últimos tempos são: a ampla renovação na composição dos Ministros e a atividade normativa atípica (mandado de injunção e súmula vinculante) (Canotilho, 2018)

Com o fim da ditadura militar, em 1985, e partir da segunda metade da década de noventa, a Corte passa a ser contemplada com juízes vanguardistas, dispostos a atribuir uma nova imagem às posturas até então conservadoras. Ministros como Carlos Velloso, Marco Aurélio, Celso de Mello, além de Gilmar Mendes e Luís Roberto Barroso, dentre outros, ditam justificativas emblemáticas para sustentar a proatividade do STF (Barroso, 2019).

O processo de ampla renovação do quadro de Ministros se intensificou em 2003, com o primeiro mandato do Presidente Luiz Inácio Lula da Silva, no qual teve a oportunidade de nomear sete dos onze Ministros do Supremo Tribunal Federal (Bonavides, 2017).

O também Ministro Luiz Fux, na posse de Joaquim Barbosa como Presidente do Supremo, em 2012, discursou em defesa da autonomia e independência do Poder Judiciário, bem como da postura



protagonista que o STF vem assumindo no cenário político social. “[...] a efetivação de direitos fundamentais pelo Judiciário, principalmente por meio do Supremo Tribunal Federal, não representa ingerência deste Poder estatal nos demais”, disse Ciriaco (2018, p.31). Já o ministro Gilmar Mendes, em entrevista recente, disse que o ativismo judicial acontece apenas de forma localizada, em casos específicos. Contudo, ele reconhece que diante do protagonismo do STF nos últimos anos, pode ser que se tenha verificado um certo exagero em alguns momentos. “Isso não é incomum” afirmou (Motta Filho, 2018).

Bulos (2018, p.155) diz que o mandado de injunção e a súmula vinculante são também impulsionadores do ativismo judicial por parte do STF. A normatividade atípica aqui não se refere à elaboração de normas internas do Poder Judiciário prevista pelo art. 96 da CF/88. Esses dois instrumentos, peculiares da realidade do Direito brasileiro:

[...] fazem parte das garantias institucionais de independência do órgão judiciário brasileiro e tratam-se do exercício “de competências normativas que, se não confrontam com o princípio de separação dos Poderes, dele não decorrem e, mais do que isso, não contribuem para o seu fortalecimento, ao contrário, provocam uma certa tensão em relação ao conteúdo prescritivo de seu núcleo essencial.

O mandado de injunção foi consagrado pela primeira vez na Constituição de 1988 (art. 5º, LXXI) e consiste em uma garantia constitucional *autoaplicável* a ser utilizada quando a falta de norma regulamentadora torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania (Novelino, 2018).

O STF já declarou, por unanimidade, que o mandado de injunção é autoaplicável, por força do art. 5º, § 1º, da Constituição Federal, que determina que as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata (Motta Filho, 2018).

A esse respeito, Agra (2018, p.122) corrobora que:

Trata-se de uma ação de controle incidental de constitucionalidade, na qual a pretensão é deduzida em juízo por meio de um processo constitucional subjetivo destinado a assegurar o exercício de direitos subjetivos. O cabimento do mandado de injunção tem como pressupostos: I) a existência de um direito constitucional de quem o invoca; e II) o impedimento de exercê-lo em virtude da ausência de norma regulamentadora (lacuna técnica).

Não é qualquer ausência normativa que justifica a interposição do mandado de injunção. É indispensável, para o uso deste remédio constitucional, que tal ausência implique o não exercício de certo direito ou liberdade prescrito na Constituição, ou das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania ou à cidadania (Motta Filho, 2018).

Uma das principais controvérsias envolvendo o mandado de injunção está relacionada ao tipo de provimento jurisdicional a ser adotado. Entre as correntes adotadas estão a *não concretista* e a



*concretista*, que se subdivide em *geral*, *individual* e *intermediária* segundo as ideias de Novelino (2018, p. 830-831):

Para a corrente não concretista, o Poder Judiciário deve apenas reconhecer formalmente a inércia e comunicar a omissão ao órgão competente para a elaboração da norma regulamentadora. [...] Ao contrário do posicionamento anterior, as correntes concretistas admitem a possibilidade de concretização judicial do direito assegurado constitucionalmente, com a finalidade de viabilizar o seu exercício. Segundo a corrente concretista individual, cabe ao órgão jurisdicional competente criar a norma para o caso específico, tendo a decisão efeito *inter partes*. [...] A corrente concretista geral admite seja suprida a omissão pelo Poder Judiciário não apenas para os impetrantes, mas para todos os que se encontrem em situação idêntica (efeito *erga omnes*). [...] Para a corrente concretista intermediária, cabe ao Judiciário comunicar a omissão ao órgão competente para a elaboração da norma regulamentadora com a fixação de um prazo para supri-la. Expirado o prazo, caso a inércia permaneça, o direito poderá ser exercido pelo impetrante (concretista intermediária individual) ou por todos os que se encontrem na mesma situação (concretista intermediária geral), conforme as condições fixadas na decisão

Ao longo dos anos, o STF tem modificado seu posicionamento acerca da não utilização do referido instrumento para produção normativa. Ou seja, o que se tem visto é uma modificação na postura do manuseio do mandado de injunção, tendo em vista que, em um primeiro momento, adotava uma conduta conservadora, a qual restringia o conteúdo do remédio constitucional apenas para declarar a omissão normativa existente (corrente não concretista), o que o equiparava à ação direta de inconstitucionalidade por omissão (Motta Filho, 2018).

Em momento posterior, passou a proferir julgamentos que produziam efeitos concretos ao mandado de injunção, entretanto, tratava-se de uma decisão *inter partes*, isto é, o efeito só atingiria o autor da ação impetrada. Mas, principalmente a partir de 2007, com a justificativa da inércia legislativa e morosidade, o STF passa a reconhecer os efeitos da decisão do mandado de injunção para todos os casos constituídos pelos mesmos elementos objetivos (Gomes, 2019).

Ultimamente o Supremo vem adotando ora a teoria concretista geral, ora a teoria concretista individual (Ciríaco, 2018, p. 88). Segundo o ex-ministro do Supremo Eros Grau (2009, apud Nunes, 2019), o novo comportamento da Corte resulta sim numa produção normativa, no entanto, justifica que não se trata de uma norma de cunho legislativo, mas a equipara à produção normativa elaborada através das súmulas vinculantes. E ainda diz:

O mandado de injunção destina-se, apenas, à remoção do obstáculo criado pela omissão do poder competente para a norma regulamentadora. A remoção desse obstáculo se realiza mediante a formação supletiva da norma regulamentadora faltante [...]” O argumento de que a Corte estaria então a legislar — o que se afiguraria inconcebível, por ferir a independência e harmonia entre os poderes [art. 2º da Constituição do Brasil] e a separação dos poderes [art. 60, § 4º, III] — é insubsistente. Ademais, não há que falar em agressão à “separação dos poderes”, mesmo porque é a Constituição que institui o mandado de injunção e não existe uma assim chamada “separação dos poderes” provinda do direito natural. Ela existe, na Constituição do Brasil, tal como nela definida. Nada mais. No Brasil vale, em matéria de independência e harmonia entre os poderes e de “separação dos poderes”, o que está escrito na Constituição, não esta ou aquela doutrina em geral mal digerida por quem não leu Montesquieu no original.





Uma súmula em sentido genérico é o resumo da própria ementa de uma sentença ou de um acórdão. Em sentido mais específico, súmula é o resultado do julgamento tomado pelo voto da maioria absoluta dos membros de um tribunal, condensando em um enunciado o que se traduzirá em um precedente, buscando a uniformização da jurisprudência do tribunal (Motta Filho, 2018).

Inicialmente, a súmula não se confunde com a lei, tendo em vista que a súmula é uma interpretação que o Poder Judiciário dá à lei quando da sua aplicação em casos concretos. Entretanto, com o advento do art. 103-A, introduzido pela Emenda Constitucional nº 45/2004, instala-se, em vários aspectos, uma confusão conceitual entre lei e súmula. Algo próprio do sistema constitucional flexível (tipo o saxão) e que aqui vai gerar uma verdadeira revolução conceitual (Motta Filho, 2018).

O texto eminentemente político da Carta Constitucional de 1988 não permite que o Poder Judiciário se abstenha sobre os assuntos políticos do País. Isto é, o caráter político do Supremo Tribunal Federal (STF) é inquestionável. Foi, inclusive, essa mesma Carta Constitucional quem promoveu a modificação do papel do STF no país (Nunes, 2019)..

A Constituição manteve o modelo de controle misto de constitucionalidade (difuso e concentrado), atribuindo ao juiz a prerrogativa de analisar a legalidade dos atos executivos e legislativos, assim como trouxe uma Carta prolixa com direitos político-sociais, incumbindo o Judiciário na promoção da garantia e ampliando os mecanismos de acesso ao pleito (Ciríaco, 2018).

Entretanto, em mais de 20 anos da promulgação da Constituição, um grande número de artigos ainda não foram devidamente regulamentados. A legislação infraconstitucional, repleta de falhas e omissões, exige do Supremo Tribunal Federal uma maior atuação. E os Ministros do Supremo se mostram entusiasmados a cumprir a empreitada (Agra, 2018).

Desse modo, centralizou-se no Supremo a decisão sobre temas importantes e delicados, fenômeno ocorrido internacionalmente, tendo em vista o avanço da justiça constitucional em detrimento dos Poderes Legislativo e Executivo. Essa concentração de poderes na esfera de atuação do STF tem afetado o equilíbrio da separação dos poderes, bem como vem acumulando, em um único tribunal, as funções de tribunal constitucional, órgão de cúpula do Poder Judiciário e foro privilegiado (Almeida, 2016). Ademais, outras possíveis causas para o ativismo do Supremo Tribunal Federal nos últimos tempos são: a ampla renovação na composição dos Ministros e a atividade normativa atípica (mandado de injunção e súmula vinculante) (Ciríaco, 2018).

Braúna (2018) diz que o mandado de injunção e a súmula vinculante são também impulsionadores do ativismo judicial por parte do STF. A normatividade atípica aqui não se refere à elaboração de normas internas do Poder Judiciário prevista pelo art. 96 da CF/88.

O STF já declarou, por unanimidade, que o mandado de injunção é autoaplicável, por força do art. 5º, § 1º, da Constituição Federal, que determina que as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata (Motta Filho, 2018).



Não é qualquer ausência normativa que justifica a interposição do mandado de injunção. É indispensável, para o uso deste remédio constitucional, que tal ausência implique o não exercício de certo direito ou liberdade prescrito na Constituição, ou das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania ou à cidadania (Agra, 2018).

O enunciado de súmula com efeito vinculante, introduzido no ordenamento jurídico brasileiro pela referida Emenda e regulamentado pela Lei 11.417/2006, tem como objeto a eficácia, a validade e a interpretação de normas determinadas, acerca das quais haja controvérsia atual entre órgãos judiciários ou entre estes e a administração pública que acarrete grave insegurança jurídica e relevante multiplicação de processos sobre questão idêntica (Becattini, 2019).

Para Agra (2018), a adoção da súmula vinculante viola a separação dos poderes garantida como cláusula pétrea. Tal violação decorre do momento em que a interpretação de um texto legal seja dotada de eficácia geral, abstrata e vinculante, caracterizando-se em verdadeira usurpação pelo Judiciário de atividade que é típica e essencial do Legislativo.

Por outro lado, os defensores da súmula vinculante destacam que dentre os seus aspectos favoráveis estão a segurança jurídica, a celeridade e a previsibilidade das decisões judiciais. A uniformização da atividade interpretativa evita a multiplicação de opiniões dissonantes entre os distintos órgãos jurisdicionais e, por consequência, assegura a manutenção do princípio da igualdade (Gomes, 2019)

## 5 CASOS EMBLEMÁTICOS

Serão abordados a seguir alguns casos envolvendo decisões controversas e bastante polêmicas por parte do STF. Casos estes que geraram grande repercussão no meio jurídico e na opinião pública e ainda produzem muito debate em relação ao papel do Judiciário e o seu tão comentado ativismo.

### 5.1 O DIREITO DE GREVE DOS SERVIDORES PÚBLICOS CIVIS

O art. 37, VII, da Constituição da República Brasileira garante aos servidores civis da administração pública de quaisquer dos poderes, seja federal, estadual ou municipal, o direito de fazer greve, que deverá ser exercido de acordo com lei específica a ser redigida pelo legislador infraconstitucional. Todavia, a referida lei ainda não foi elaborada (Brasil, 1988).

Neste contexto, o STF foi instado a se manifestar sobre a questão, por ocasião do julgamento dos Mandados de Injunção 670, 708 e 712 — ajuizados, respectivamente, pelo Sindicato dos Servidores Policiais Civis do Espírito Santo (Sindpol), pelo Sindicato dos Trabalhadores em Educação do Município de João Pessoa (Sintem) e pelo Sindicato dos Trabalhadores do Poder Judiciário do Pará (Sinjep), em 25 de outubro de 2007. Os referidos sindicatos buscavam assegurar o direito de greve para seus filiados e reclamavam da omissão legislativa do Congresso Nacional em regulamentar a



matéria (Almeida, 2016).

Como o tribunal já havia certificado a mora do legislador diversas vezes sobre o mesmo tema, considerou-se o risco da consolidação da omissão legislativa. O STF determinou neste caso que a Lei 7.783/1989, a qual regulamenta a greve dos trabalhadores em geral, fosse aplicada para a greve dos servidores públicos até que o Congresso Nacional suprisse a omissão legislativa tantas vezes reconhecida (Agra, 2018).

## 5.2 O CASAMENTO CIVIL ENTRE PESSOAS DO MESMO SEXO

Em 2011, o STF foi instigado a se manifestar sobre as uniões homoafetivas através da Ação Declaratória de Inconstitucionalidade (ADI) nº 4.277 e da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 132, tendo atribuído interpretação conforme a Constituição para o artigo 1.723 do Código Civil Brasileiro, reconhecendo-se, assim, a união estável entre casais do mesmo sexo (Ciríaco, 2018).

Argumentando a proibição da discriminação, o STF elucidou que o rol indicado pelo artigo 226 da CF/88, que estabelece as espécies familiares admitidas no ordenamento jurídico brasileiro, é apenas exemplificativo. Nesse sentido, com fundamento, sobretudo, nos princípios da igualdade e da proteção à Dignidade da Pessoa Humana, o Supremo admitiu mais uma espécie de entidade familiar, ou seja, aquela formada pela união entre pessoas do mesmo sexo (Becattini, 2019).

O Ministro Relator Ayres Britto (apud Ciríaco, 2018, p.64) colocou em seu voto:

Verbalizo que merecem guarida os pedidos formulados pelos requerentes de ambas as ações. Pedido de “interpretação conforme à Constituição” do dispositivo legal impugnado (art. 1.723 do Código Civil), porquanto nela mesma, Constituição, é que se encontram as decisivas respostas para o tratamento jurídico a ser conferido às uniões homoafetivas que se caracterizem por sua durabilidade, conhecimento do público (não- clandestinidade, portanto) e continuidade, além do propósito ou verdadeiro anseio de constituição de uma família. [...] o sexo das pessoas, salvo expressa disposição constitucional em contrário, não se presta como fator de desigualação jurídica.

Para o Ministro, os argumentos que justificam a decisão do tribunal por tal matéria encontram respaldo no artigo 3º, IV, da Constituição (“promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação”), assim como na teoria kelsiana do legislador positivo e negativo, admitindo que tudo o que não for defeso por lei, está juridicamente permitido, como são as relações entre pessoas de mesmo sexo, simplesmente porque a Constituição não faz menção a esse conteúdo (Canotilho, 2018)

A decisão do STF atraiu críticas da comunidade jurídica e resistências na própria esfera judicial, ambas baseadas na ideia de que o STF extrapolou os limites de suas funções e modificou o conteúdo da Constituição (Braúna, 2018).



Na opinião de Becattini (2019, p.122), ao se fazer um raciocínio teleológico, pode-se dizer que a decisão do STF foi boa. “Contudo, não é possível concordar com os fundamentos da decisão. Ela é um caleidoscópio de opiniões pessoais”. O STF assumiu, então, uma postura ativista para proteger uma minoria. Posicionou-se contra os velhos preconceitos para afirmar que o sexo das pessoas não serve de parâmetro para a desigualação jurídica. Tal pronunciamento se reveste de grande importância em um país que ainda sofre com a discriminação contra os homossexuais (Becattini, 2019).

## **6 ATIVISMO JUDICIAL: EFETIVAÇÃO DE DIREITOS E A POSSÍVEL VIOLAÇÃO DO PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DE PODERES**

Uma das principais críticas que se faz ao ativismo judicial diz respeito à possível infração ao princípio da tripartição dos poderes, tendo em vista que o Judiciário extrapolaria os seus limites e invadiria o campo de atuação de outro Poder. Segundo Ciríaco (2018), embora haja, em certa medida, um compartilhamento de funções entre os poderes, nos termos prescritos pela Constituição, sempre existirá um “núcleo essencial” da função impassível de ser exercido pelo Poder que não tem competência para tanto.

É fato que uma rígida separação dos poderes não é mais aceita atualmente. Isso porque tal interpretação da teoria tornou-se inviável e inconcebível aos novos tempos. Portanto, além do exercício de sua função típica e predominante, cada Poder exerce também, ainda que de modo acessório, funções próprias dos outros Poderes (Almeida, 2016).

O que se defende é uma interação entre poderes (ou funções, a depender da teoria adotada) e o compartilhamento de atribuições. Contudo, essa afirmação é acompanhada da ressalva pela doutrina de que as delimitações de competência atípicas devem ser constitucionalmente previstas, estabelecendo o que pode ser feito de forma legítima (Agra, 2018).

Não há uniformidade doutrinária quanto aos limites da atuação do Poder Judiciário. Os defensores de um Judiciário mais proativo argumentam que o que se denomina ativismo pode tratar-se apenas de um exercício hermenêutico constitucional, em que são efetivados direitos fundamentais diante da ineficiência dos demais poderes (Araújo Mota, 2016).

Por outro lado, Gomes (2019) explica que apesar de o ativismo judicial ser louvável em certas situações, como na concretização de direitos fundamentais, não se pode negar que ele é muito criticável do ponto de vista jurídico. O ativismo como forma de manifestação excepcional do Poder Judiciário deveria o mesmo ser utilizado excepcionalmente e não como regra.

O cerne da questão do ativismo, em suma, se estabelece na definição dos limites do Poder Judiciário. Limites estes que devem estar definidos na Constituição. Afirmar que uma decisão é ativista, passivista, ou, ainda, que é possível haver o “bomativismo”, passa, necessariamente, por essa relação mínima com alguma ideia de separação de poderes (Becattini, 2019).



Tassinari (2018) diz que a liberdade de interpretação dos juízes, calcada no princípio do livre convencimento motivado do juiz, não pode desestruturar a segurança jurídica e a previsibilidade das decisões judiciais. Acrescente-se que a fixação do conceito de ativismo judicial deve ser feita de maneira criteriosa, pois, apesar da dinâmica do magistrado no processo, esta não pode significar a hipertrofia dos seus poderes, resultando em um autoritarismo, e nem a conversão do juiz em legislador (Gomes, 2019).

Para Ciríaco (2018), a absorção de novas competências pelo Poder Judiciário precisa vir vinculada ao estabelecimento de limites para sua atuação e aos fundamentos de equilíbrio e controle instituídos pelo princípio da separação dos poderes. Portanto, entende-se que a doutrina está dividida quanto à violação do princípio da separação dos poderes em relação ao ativismo judicial e sua interpretação criativa do direito. Alguns afirmam inexistir afronta no reconhecimento de deveres constitucionais a serem observados por todos, enquanto parte reconhece a incidência do Judiciário no núcleo essencial do Legislativo, atitude de manifesta violação à Carta Magna.

## 7 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente trabalho procurou analisar o conflito existente entre o princípio da separação de poderes, expresso na Constituição brasileira em seu artigo 2º, e a polêmica atuação do Poder Judiciário ao interpretar e aplicar a legislação pátria, implementando direitos e extrapolando muitas vezes os limites do aceitável e do constitucionalmente previsto. Tal prática dos juízes, principalmente os do Supremo Tribunal Federal, passou a ser denominada pela doutrina de “ativismo judicial”.

O ativismo judicial é um termo que surgiu como uma crítica à presença mais ampla e intensa do Judiciário na concretização de valores e fins constitucionais, havendo maior interferência no espaço de atuação dos outros dois Poderes. Independentemente de ser uma atitude reprovável ou não, o fato é que o ativismo judicial é uma realidade no Brasil. Os críticos da postura afirmam que o ativismo é prejudicial, já que é indispensável que a interpretação e a aplicação das normas constitucionais pelo Judiciário sejam realizadas à luz do acatamento aos princípios do Estado Democrático de Direito, o que pressupõe a preservação da separação dos poderes.

Entretanto, é preciso salientar que a ineficiência, as omissões e o conservadorismo dos Poderes Executivo e Legislativo impedem que direitos fundamentais sejam implementados para a população, como os casos emblemáticos relatados neste trabalho. O ativismo judicial não é certamente o ideal para a harmonia e o equilíbrio entre os Poderes, mas tem sido por meio de decisões judiciais que questões de grande importância para toda a sociedade têm sido resolvidas.

Apesar do princípio da separação dos poderes ser parte integrante do Estado, a limitação do poder não pode ser o único objetivo a ser levado em consideração, como foi na época do combate ao absolutismo. A eficiência do Estado como um todo na consecução de seus deveres, no cumprimento



dos preceitos constitucionais e na preservação dos direitos e garantias do indivíduo e do cidadão são de extrema relevância nos dias atuais.

À vista disso, o cidadão não pode ser punido por uma visão arcaica da separação dos poderes, devendo o Poder Judiciário agir, sem abusos e criteriosamente, com certa dose de ativismo, diante da incompetência e inércia dos outros poderes do Estado.



## REFERÊNCIAS

- AGRA, Walber de Moura. Curso de direito constitucional. 8.a ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018.
- ALMEIDA, Pamela Ferreira. O ativismo judicial e suas implicações no princípio da separação dos poderes. 2016. Disponível em: <https://repositorio.animaeducacao.com.br/bitstream/pdf>. Acesso em: 25 jul 2024
- ARAÚJO MOTA, Vilmária Cavalcante. O reconhecimento do casamento entre pessoas do mesmo sexo: uma análise sob a ótica do “Estado de Exceção” de Agamben e dos “hard cases” de Dworkin. Rio de Janeiro, Saraiva, 2016.
- AZAMBUJA, D. Teoria Geral Do Estado. São Paulo: Globo, 2008.
- BARROSO, Luís Roberto. Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2019.
- BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. São Paulo, Atlas, 2009.
- BECATTINI, Sérgio Rubens Birchal. Dilemas da atuação do Poder Judiciário: ativismo judicial sob a ótica do pensamento de Ronald Dworkin. Belo Horizonte, 2019.
- BONAVIDES. Paulo. Curso de direito constitucional. 22. ed. atual. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2017.
- BULOS. Uadi Lammêgo. Curso de direito constitucional. 5. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2018.
- BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/.htm) Acesso em: 25 jul 2024
- BRAÚNA, Mikaela Minaré. Ativismo judicial: em decisões judiciais. Brasília, Saraiva, 2018.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Estudos sobre direitos fundamentais. São Paulo: Revista dos Tribunais; Portugal: Coimbra, 2018.
- COSTA, Andréa Elias da. “Estado de direito e ativismo judicial”. São Paulo: Quartier Latin, 2020.
- CIRÍACO, P. K. D. O Debate Sobre a Separação dos Poderes: Uma Análise Crítica do Ativismo Judicial. Coimbra, 2018.
- GOMES, Luiz Flávio. O STF está assumindo um ativismo judicial sem precedentes? 2019. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/12921/o-stf-esta-assumindo-um-ativismo-judicial-sem-precedentes>. Acesso em: 25 jul 2024
- LENZA, Pedro. Direito Constitucional Esquematizado. 15ª ed. São Paulo, 2019.
- MASCARO, Alysson Leandro. “Os horizontes filosóficos do neoconstitucionalismo”. Belo Horizonte: Del Rey, 2012.
- MOTTA FILHO, Sylvio Clemente da. Direito constitucional: teoria, jurisprudência e questões. 25. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2018.



NOVELINO, Marcelo. Manual de direito constitucional. 9. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2018

NUNES, Rizzato. Manual de introdução ao estudo do direito. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2019

PADILHA, Rodrigo. Direito constitucional sistematizado. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

RAMOS, Elival da Silva. Ativismo judicial: Parâmetros dogmáticos. São Paulo: Saraiva, 2019.

STRECK, Lenio Luís. Verdade e consenso: Constituição , hermenêutica e teorias discursivas . Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2019.

TASSINARI, Clarissa. Jurisdição e Ativismo Judicial: limites da atuação do judiciário. Livraria do Advogado. Porto Alegre. 2018.