



RENAN RAMOS DOS SANTOS

**ANÁLISE ACERCA DA LEGITIMIDADE DO ATIVISMO JUDICIAL SOB A ÓTICA
DO PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES**

Santa Maria

2021

ANÁLISE ACERCA DA LEGITIMIDADE DO ATIVISMO JUDICIAL SOB A ÓTICA DO PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES

Renan Ramos dos Santos¹

Jaci Rene Costa Garcia²

RESUMO: Este artigo objetiva estudar a questão do ativismo judicial, considerando o intenso debate acadêmico e a relevância prática da discussão, por envolver temas polêmicos e juridicamente relevantes no ambiente judicial. Parte-se da premissa que o protagonismo judicial está atrelado a um fenômeno jurídico contemporâneo: o Neoconstitucionalismo. Nesse contexto, é fundamental analisar profundamente, desde o epílogo, a questão da proatividade do Poder Judiciário, ou seja, o ativismo judicial. A par disso, a pesquisa busca realizar uma investigação do instituto do ativismo judicial, sob a ótica do princípio da separação dos poderes. O método de pesquisa utilizado é o dedutivo, pois serão delimitados os conceitos centrais da pesquisa para, ato contínuo, discutir o alcance e a conformação desses conceitos no direito brasileiro. Por fim, a pesquisa identificou que o princípio da separação dos poderes pode ser relativizado, legitimando o protagonismo do Poder Judiciário, atendendo condições específicas do ordenamento jurídico pátrio.

PALAVRAS-CHAVE: Ativismo Judicial. Democracia. Neoconstitucionalismo. Poder Judiciário. Princípio da Separação dos Poderes.

ABSTRACT: This article aims to study the issue of judicial activism, considering the intense academic debate and the practical relevance of the discussion, because it involves controversial and legally relevant issues in the judicial environment. It is based on the premise that judicial protagonism is tied to a contemporary legal phenomenon: neoconstitutionalism. In this context, it is essential to analyze deeply, from the epilogue, the question of the proactivity of the judiciary, that is, judicial activism. In addition, the research seeks to carry out an investigation of the institute of judicial activism, from the perspective of the principle of separation of powers. The research method used is deductive, because the central concepts of the research will be delimited to discuss the scope and conformation of these concepts in Brazilian law. Finally, the research identified that the principle of separation of powers can be relativized, legitimizing the activist action of the Judiciary, meeting specific conditions of the national legal system.

KEY-WORDS: Judicial activism. Democracy. Neoconstitutionalism. Judicial power. Principle of Separation of Powers.

¹ Acadêmico do 9º semestre do Curso de Direito da Universidade Franciscana (UFN). E-mail para contato: renan.ramos@ufn.edu.br

² Orientador. Pós-doutor em Filosofia pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS). Doutor em Direito pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS). Mestre em Filosofia pela Universidade Federal de Santa Maria (UFSM). Professor Adjunto do Curso de Direito da Universidade Franciscana (UFN), em Santa Maria (RS). Tem experiência na área de Direito, com ênfases em Filosofia do Direito e Direito Constitucional, atuando principalmente nos seguintes temas: epistemologia, filosofia do direito, teoria do direito, teoria da constituição, teoria da decisão e hermenêutica. Há mais de vinte e cinco anos atua como advogado na área do Direito Público. E-mail para contato: garcia@garcias.com.br

INTRODUÇÃO

Como cediço, a sociedade brasileira vive um constante período de ebulição político-democrática e, ao mesmo tempo, de incertezas quanto aos rumos da nação e as consequências políticas e jurídicas. Por conseguinte, o cenário social e político ganha ênfase na presente abordagem por ser uma das justificativas mais contundentes para a atuação proativa do Poder Judiciário, na seara de efetivar direitos e garantias fundamentais.

Sucedo que, contudo, em razão da atuação proativa do Poder Judiciário, mais precisamente no âmbito do Supremo Tribunal Federal, destaca-se que o presente trabalho elaborará um estudo sobre o ativismo judicial, confrontado com o princípio da separação dos poderes.

Nesse contexto, cabe à baila analisar a questão de que, se inserido na seara do Estado Democrático de Direito, o Poder Judiciário possui legitimidade para proferir decisões com conteúdo ativistas. Não obstante, o trabalho visa colaborar com a conceituação do ativismo judicial, que é analisado pela doutrina de diversas maneiras.

Estruturalmente, a monografia será dividida em quatro capítulos. Na primeira parte, será mostrada uma perspectiva breve e global do Neoconstitucionalismo, bem como suas principais características relevantes para o ativismo judicial. No segundo tópico, o ativismo judicial será desenvolvido por meio de sua conceituação e de sua manifestação no contexto do Poder Judiciário. No terceiro tópico, será demonstrado o embate envolvendo o instituto do ativismo judicial e o princípio da separação de poderes. No quarto capítulo, serão mostradas a legitimidade e as limitações constitucionais do ativismo judicial.

Ressalta-se, também, que o método de pesquisa utilizado é o dedutivo, pois serão delimitados os conceitos centrais da pesquisa para, ato contínuo, discutir o alcance e a conformação desses conceitos no direito brasileiro. O presente estudo tem por escopo central promover a discussão sobre o ativismo judicial e a atuação do Poder Judiciário no Direito brasileiro, avaliando a atuação ativista do Poder Judiciário, mais precisamente do Supremo Tribunal Federal, à luz do princípio da separação dos poderes, sem, contudo, finalizar o assunto ou abarcar todos os inúmeros aspectos concernentes ao tema.

1 O NEOCONSTITUCIONALISMO

De antemão, antes de analisar com maior cuidado o conteúdo material do ativismo judicial, é preciso contextualizar historicamente o objeto de estudo, uma vez que o panorama

jurídico-hermenêutica mundial tem muita influência no exercício da jurisdição constitucional pela Corte Suprema do Poder Judiciário.

Conforme alhures mencionado, o objetivo central desta pesquisa é analisar a atuação ativista do Poder Judiciário no período após a ascensão da Carta Magna de 1988.

Nessa toada, deve-se destacar que, desde a promulgação da Constituição Federal, o Brasil se inseriu em um novo modelo mundial de interpretação e aplicação do direito em âmbito internacional, a partir da segunda metade do século XX. Modelo, este, chamado de Neoconstitucionalismo ou pós-positivismo.

Tais expressões, contudo, recebem duras críticas de juristas, sobretudo, por não vislumbrarem inovações consideráveis na hermenêutica jurídica durante a segunda metade do século XX. A esse propósito, é mister elencar que o presente trabalho abordará, apenas de forma perfunctória, estas críticas, isso porque o objetivo dessa abordagem é apenas entender, sumariamente, o contexto jurídico sob o qual a pesquisa se insere. Contudo, é louvável tecer algumas considerações sobre o tema.

Sobre esse assunto, é importante trazer o pensamento do autor Humberto Ávila, o qual entende que, no ordenamento jurídico brasileiro, não houve uma grande transformação no direito com a edição da Constituição Federal de 1988, capaz de indicar que vivemos a fase do Neoconstitucionalismo. Para o citado autor, não é correto dizer que a nossa Constituição é principiológica, na medida em que nela estão presentes regras e princípios, inclusive com um número maior de regras do que de princípios, razão pela qual também não é possível dizer que a técnica da ponderação se sobrepôs sobre a subsunção. Ainda, o citado autor elenca que não se pode sustentar que a justiça individual deve prevalecer sobre a justiça geral, uma vez que as regras gerais desempenham funções importantes em uma sociedade complexa e plural, quais sejam, estabilizar conflitos morais e reduzir a incerteza e a arbitrariedade decorrentes da inexistência ou descon siderações destas. Por fim, Humberto Ávila destaca que não é possível defender que o Poder Judiciário deve preponderar sobre o Poder Legislativo, pois é através desse último que, em um mundo complexo e plural, se consegue respeitar e levar em consideração a pluralidade de concepções e valores.³

No mesmo sentido de ideia, o autor Dimitri Dimoulis também acredita que o neoconstitucionalismo não possui um significado próprio e original. Este movimento, segundo Dimitri, confunde-se com o próprio constitucionalismo, dado que representa a necessidade de observar acuradamente a normatividade da Constituição, que já é uma realidade em todo o

³ ÁVILA, Humberto. “Neoconstitucionalismo”: entre a “Ciência do Direito” e o “Direito da Ciência”. Disponível em: <https://revistas.unifacs.br/index.php/redu/article/viewFile/836/595>. Acesso em: 14 set. 2021.

mundo desde o século XIX, ou confundido com o moralismo jurídico, movimento que busca a conformidade do direito com a moral. Nesse cenário, estaria o Neoconstitucionalismo sem inovações sobre o constitucionalismo clássico.⁴

Ainda, esse movimento também é caracterizado pela utilização de Constituições rígidas, que outorgam direitos e garantias fundamentais, com o objetivo de reduzir a desigualdade social em cada estado.

A par disso, a jurisdição constitucional se torna um importante meio no combate às desigualdades sociais e o Poder Judiciário se destaca em relação aos outros poderes, isso porque será o responsável por, assim que provocado, fazer se cumprir a Constituição, no entanto, interferindo muitas vezes nas competências dos outros dois poderes estatais, inaugurando o que se passou chamar de Ativismo Judicial.

Assim, o fenômeno do Neoconstitucionalismo deu luz ao Estado Democrático de Direito. Sobre isso, discorre André Puccinelli Júnior:

O neoconstitucionalismo, também chamado de constitucionalismo moderno ou pós-positivismo, nasceu assim com a missão de edificar um Estado Constitucional de Direito ou, para alguns, um Estado Social e Democrático de Direito, que seja tributário da justiça distributiva e favoreça a positivação e concretização de direitos civis, políticos, econômicos, sociais e culturais, contemple o modelo normativo axiológico, absorva uma nova postura hermenêutica voltada à legitimação das aspirações sociais e reconheça a força normativa da Constituição, dando vazão à supremacia, imperatividade e efetividade de suas normas.⁵

Nessa seara, colhe-se que o Texto Constitucional de 1988 é um demonstrativo claro de que inúmeros direitos e garantias fundamentais estão positivados em uma Constituição bastante analítica, extensa e garantista.

A esse propósito, a Carta Magna de 1988 vem eivada de princípios e, em uma nova realidade de força normativa destes e da própria Constituição, surgem inúmeros debates sobre a aplicabilidade direta e imediata deles.

1.1 CARACTERÍSTICAS RELEVANTES DO NEOCONSTITUCIONALISMO

É importante analisar as características relevantes do Neoconstitucionalismo para o ativismo judicial, a partir da reaproximação entre o direito e a moral, da supremacia da Constituição, do fortalecimento da jurisdição constitucional e da judicialização da política, que,

⁴ DIMOULIS, Dimitri. **Anotações sobre o “neoconstitucionalismo” (e sua crítica)**. Disponível: <http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/2856/WP17.pdf?sequence=1>. Acesso em: 14 set. 2021.

⁵ PUCCINELLI JÚNIOR, André. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2012, p.27.

a partir da promulgação da última Constituição Federal brasileira, acarretaram um ambiente propício para o desenvolvimento do ativismo judicial, como veremos a seguir.

1.1.1 DIREITO E MORAL

A partir da ascensão do movimento neoconstitucional, se passou a verificar o caráter normativo dos princípios jurídicos, bem como a inclusão desses princípios no texto constitucional. Assim, a estrutura normativa passa a ser formada de regras e princípios, sem, contudo, possuir hierarquia estabelecida entre tais normas. Os princípios, ao contrário das regras, possuem natureza aberta, razão pela qual abarcam maiores situações específicas de cada caso concreto.

A respeito desse tema, o escritor Ricardo Maurício Freire ressalta que a natureza principiológica da Constituição traduz a superação da ideia positivista de separação entre Direito e Moral, já que os princípios representam pautas axiológicas de conteúdo indubitavelmente moral.⁶

Nesse mesmo sentido, Thiago Magalhães Pires escreve sobre o pós-positivismo jurídico e o reencontro entre os conceitos de Direito e Moral. Para o autor mencionado alhures, atualmente o positivismo jurídico clássico não basta para o Direito. Isso porque, as teorias positivistas defendiam que a validade do Direito seria apenas formal, por meio do reconhecimento de competência normativa ou através da eficácia social da norma, cabendo ao intérprete somente revelar o sentido contido na norma (subsunção). Ocorre que, as teorias positivistas clássicas não são compatíveis com o atual modelo de Estado Democrático de Direito. Para o autor, desde a superação do pensamento jusnaturalista, o retorno dos valores no Direito ocorreu por meio dos princípios, que foram inseridos nas Constituições e adquiriram eficácia normativa.⁷

Partindo desse pressuposto, os princípios, por abarcarem melhores situações jurídicas concretas, possuem aplicação imediata, ao contrário do que ocorria antigamente, onde os princípios representavam apenas parâmetros interpretativos das normas-regras. Sucede que, contudo, essa mudança pragmática principiológica empoderou o magistrado no sentido de, diante da análise fática, determinar o princípio que mais dê amolde ao caso.

⁶ FREIRE, Ricardo Maurício. **Direito, Justiça e Princípios Constitucionais**. Salvador: JUSPODIVM, 2008, p. 79.

⁷ PIRES, Thiago Magalhães. Pós-positivismo sem trauma: O Possível e o Indesejável no Reencontro do Direito com a Moral. In: FELLET, André Luiz Fernandes; DE PAULA, Daniel Giotti; NOVELINO, Marcelo (orgs.). **As Novas Faces do Ativismo Judicial**. Salvador: JUSPODIVM, 2011, p. 31-32.

Desse modo, portanto, é evidente que, no Estado Democrático de Direito, em razão da reaproximação entre Direito e Moral, é possível interpretar e aplicar o Direito, na medida em que ele deixou de ser um mero aplicador apenas da lei positivada, passando a analisar o caso concreto, com maior liberdade para buscar a melhor solução dos conflitos, a partir da aplicação principiológica.

No entanto, é preciso diferenciar a liberdade de atuação dentro dos ditames constitucionais com a discricionariedade. Dito isso, pode-se dizer que a interpretação e aplicação do Direito se tornou mais aberta com a mediação dos princípios jurídicos e da própria Constituição, porém essa abertura não é ilimitada. Ora, essa abertura está estritamente dentro dos ditames constitucionais. Assim, estamos diante da Supremacia da Constituição.

1.1.2 SUPREMACIA DA CONSTITUIÇÃO

Conforme brevemente mencionado alhures, a partir do fenômeno do Neoconstitucionalismo, as Constituições tornaram-se normas jurídicas, que positivaram os princípios norteadores do Estado Democrático de Direito, aplicáveis diretamente pelo Poder Judiciário, quando provocado.

Acerca desse tema, o autor José Afonso da Silva escreve no sentido de que, pela rigidez constitucional é que existe supremacia da Constituição, ou seja, alterar o texto constitucional é mais difícil do que qualquer normal infralegal do ordenamento jurídico - “significa que a Constituição se coloca no vértice do ordenamento jurídico do país”, sendo, portanto, a lei suprema do Estado, pois é nela que se encontra a estrutura deste, a organização dos seus órgãos e as normas fundamentais do Estado.⁸

Sobre as Constituições, a partir do neoconstitucionalismo, Rosangela Rodrigues Dias de Lacerda entende que, especialmente após o final da Segunda Guerra Mundial, as Constituições, que antes representavam, tão somente, textos nos quais eram estabelecidos os procedimentos que asseguravam a formação democrática da opinião e da vontade, tornaram-se textos dispostos a garantir valores, impondo uma pauta axiológica a ser seguida por todos os poderes constituídos e pela sociedade civil.⁹

Para além disso, a Constituição é a norma mais importante do ordenamento jurídico pátrio, tendo caráter supralegal, devendo todas as outras estarem de acordo com esta.

⁸ DA SILVA, José Afonso. **Curso de Direito Constitucional**. 23. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 45.

⁹ DE LACERDA, Rosangela Rodrigues Dias. Parâmetros para Controle Judicial de Políticas Públicas. **Revista Baiana de Direito**, n. 6, Salvador: 2012, p. 197.

Atualmente, a Constituição representa o parâmetro do controle de validade das normas, ao passo que todas as leis do país estejam de acordo com os parâmetros constitucionais, sob pena de serem declarados inconstitucionais, perdendo validade e eficácia jurídica.

Sucedo que, no entanto, essa concepção não é nova. Isso porque, desde o início do século XIX, nos Estados Unidos, a Supremacia da Constituição vem sendo defendida pela Suprema Corte norte americana.

O caso judicial emblemático, sobre a Supremacia da Constituição ou o próprio Controle de Constitucionalidade das leis e atos normativos, é o caso *Marbury vs. Madison*, julgado pela Suprema Corte americana no ano de 1803.

Nesse caso, em brevíssima síntese, *Willian Marbury* perpetrado ação judicial na Suprema Corte para que esta reconhecesse seu direito a um cargo, para o qual foi nomeado durante o exercício do mandato do Presidente da República antecessor. Sem entrar no mérito do caso, *Marbury vs. Madison* representou importante jurisprudência para o controle de constitucionalidade, sendo o voto do juiz *John Marshall* lembrado até os dias atuais.

Em relação a esse importante voto, cabe trazer à baila o comentário do Ministro Luís Roberto Barroso:

Ao expor suas razões, Marshall enunciou os três grandes fundamentos que justificam o controle judicial de constitucionalidade. Em primeiro lugar, a supremacia da Constituição: “Todos aqueles que elaboraram Constituições escritas encaram-na como a lei fundamental e suprema da nação”. Em segundo lugar, e como consequência natural da primeira estabelecida, afirmou a nulidade da lei que contrarie a Constituição: “Um ato do Poder Legislativo contrário à Constituição é nulo”. E, por fim, o ponto mais controvertido da sua decisão, ao afirmar que é o Poder Judiciário o intérprete final da Constituição: “É enfaticamente da competência do Poder Judiciário dizer o Direito, o sentido das leis. Se a lei estiver em oposição à constituição a corte terá de determinar qual dessas normas conflitantes regerá a hipótese. E se a Constituição é superior a qualquer ato ordinário emanado do legislativo, a constituição, e não o ato ordinário, deve reger o caso ao qual ambos se aplicam”.¹⁰

Nesse contexto, a decisão da Suprema Corte norte-americana foi um marco fundamental para a constatação de que em um Estado Democrático de Direito, a Constituição deve ser considerada a principal fonte normativa, sendo a locomotiva do ordenamento jurídico.

Ainda, acerca da a supremacia da Constituição, contribui Dirley da Cunha Júnior:

Enfim, todas as normas jurídicas caracterizam-se por serem imperativas. Todavia, na hipótese particular das normas constitucionais, a imperatividade assume uma feição peculiar, qual seja, a da sua supremacia em face às demais normas do sistema jurídico. Assim, a Constituição, além de imperativa como toda norma jurídica, é

¹⁰ BARROSO, Luís Roberto. **O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro**: Exposição Sistemática da Doutrina e Análise Crítica da Jurisprudência. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 8

particularmente suprema, ostentando posição de proeminência em relação às demais normas, que a ela deverão se conformar.¹¹

Nessa perspectiva, o tema do ativismo judicial se desenvolveu nos Estados Unidos como um instituto quase presente em quase todas as doutrinas constitucionais e na ciência política para análise e avaliação das instituições judiciais, notadamente, a partir da jurisprudência liberal da Corte Warren (1953-1969), com conotação geral negativa e com o traço característico de atribuição de disfuncionalidade à atuação judicial ao interferir nas atribuições de outros poderes, particularmente, no âmbito legislativo.

1.1.3 JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA

Ainda, entre as características do Neoconstitucionalismo que são importantes de destacar para o objeto aqui abordado, a fim de compreender o ativismo judicial, está a judicialização da política, que está atrelado ao protagonismo que o Poder Judiciário adquiriu nos últimos anos, em detrimento dos outros dois Poderes estatais.

Particularmente sobre este ponto, o ministro e escritor constitucionalista brasileiro, Luís Roberto Barroso citou três razões para a judicialização da vida e das relações sociais, que também podem ser aplicadas ao fenômeno da judicialização política:

A primeira é o reconhecimento da importância de um judiciário forte e independente, como elemento essencial para as democracias modernas. A segunda está relacionada com a desilusão na política majoritária, em razão da crise de representatividade e de funcionalidade dos parlamentos. A terceira está relacionada com a omissão dos atores políticos, que muitas vezes preferem que o Judiciário seja a instância decisória de questões polêmicas, nas quais existe desacordo moral dentro da sociedade.¹²

Outrossim, sobre essa questão, deve-se considerar o pensamento de Oscar Vilhena Vieira:

Este processo de expansão da autoridade judicial, contudo, torna-se mais agudo com a adoção de constituições cada vez mais ambiciosas. Diferentemente das constituições liberais, que estabeleciam poucos direitos e privilegiavam o desenho de instituições políticas voltadas a permitir que cada geração pudesse fazer as suas próprias escolhas substantivas, por intermédio da lei e de políticas públicas, muitas constituições contemporâneas são desconfiadas do legislador, optando por sobre tudo decidir e deixando ao legislativo e ao executivo apenas a função de implementação da vontade constituinte, enquanto ao judiciário fica entregue a função última de guardião da

¹¹ DA CUNHA JÚNIOR, Dirley. **Controle de Constitucionalidade: Teoria e Prática**. 7. ed. rev. atual. e ampl. Salvador: JUSPODIVM, 2014, p. 32.

¹² BARROSO, Luís Roberto. *Constituição, Democracia e Supremacia Judicial: Direito e Política no Brasil Contemporâneo*. In: FELLET, André Luiz Fernandes; DE PAULA, Daniel Giotti; NOVELINO, Marcelo. (orgs.). **As Novas Faces do Ativismo Judicial**. Salvador: JUSPODIVM, 2011, p. 230.

constituição. A hiper-constitucionalização da vida contemporânea, no entanto, é consequência da desconfiança na democracia e não a sua causa. Porém, uma vez realizada a opção institucional de ampliação do escopo das constituições e de reforço do papel do judiciário, como guardião dos compromissos constitucionais, isto evidentemente contribuirá para o amesquinamento do sistema representativo.¹³

Nessa toada, características como a judicialização da política, consubstanciada da reaproximação entre o direito e a moral, da supremacia da Constituição Federal, do fortalecimento da jurisdição constitucional e de todas as outras características do movimento Neoconstitucional acarretaram um cenário minimamente ideal para o desenvolvimento do ativismo judicial.

2 ATIVISMO JUDICIAL

Existem inúmeras incertezas sobre o conceito de ativismo judicial, por vezes é mais fácil encontrar uma aplicação prática do que formular um conceito teórico universal. Corolário direto disso, a problemática de uma utilização inconsciente da expressão “Ativismo Judicial” está na ideia negativa associada ao termo. Com isso, pretende-se esclarecer trazendo os contornos do conceito e evitando a analogia com a discricionariedade judicial, a partir de uma breve distinção entre os conceitos.

Sobre o conceito do instituto do ativismo judicial, muitos juristas analisam o ativismo como um comportamento judicial negativo, no entanto, sem realizar acurada análise crítica acerca do Neoconstitucionalismo, onde o ativismo está inserido. Essa conclusão, na maioria das vezes, é formada pela análise e julgamento do conteúdo material da decisão, e não sobre a decisão em si, sob o aspecto constitucional. No entanto, é inegável a relevância de pensamentos contrários ao ativismo judicial, ora, as divergências são fundamentais na democracia e no processo discursivo doutrinário, desde que sejam devidamente contextualizadas e fundamentadas.

Não obstante, o autor Oscar Valente Cardoso acredita que as discussões sobre o ativismo normalmente são influenciadas pela análise do direito material resolvido na decisão judicial em questão. Nesse cenário, é primordial reforçar o pensamento de doutrinadores sobre o ativismo judicial no ordenamento jurídico pátrio, para Oscar, as discussões devem ser travadas levando em consideração eventuais pontos positivos e negativos de uma postura mais ativista do Poder Judiciário, em um contexto histórico de início do século XXI.¹⁴

¹³ VIEIRA, Oscar Vilhena. **Supremocracia**. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/rdgv/v4n2/a05v4n2.pdf>. Acesso em: 08 out. 2021.

¹⁴ CARDOSO, Oscar Valente. Ativismo Judicial: Conceitos e Preconceitos. **Revista Dialética de Direito Processual**. São Paulo: Dialética, nº 129, p. 76.

Ressalta-se, contudo, que não há unanimidade entre os juristas sobre o conceito de ativismo judicial. O nobre doutrinador e ministro da Suprema Corte, Luís Roberto Barroso, defende que:

A ideia de ativismo judicial está associada a uma participação mais ampla e intensa do Judiciário na concretização dos valores e fins constitucionais, com maior interferência no espaço de atuação dos outros dois Poderes. A postura ativista se manifesta por meio de diferentes condutas, que incluem: (i) a aplicação direta da Constituição a situações não expressamente contempladas em seu texto e independentemente de manifestação do legislador ordinário; (ii) a declaração de inconstitucionalidade de atos normativos emanados do legislador, com base em critérios menos rígidos que os de patente e ostensiva violação da Constituição; (iii) a imposição de condutas ou de abstenções ao Poder Público, notadamente em matéria de políticas públicas.¹⁵

Já o autor Elival da Silva Ramos tem um pensamento mais contundente sobre esse tema:

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 interesses) e controvérsias jurídicas de natureza objetiva (conflitos normativos).¹⁶

Um dos argumentos mais plausíveis contrários ao ativismo judicial do Poder Judiciário, é a teoria da Reserva do Possível, nos casos em que a decisão ativista determina algum gasto financeiro não estipulado pelo Estado, sobretudo, na imposição de ações ao Poder Executivo no cumprimento de políticas públicas.

Em síntese, a teoria da Reserva do Possível defende que a imposição condutas ao Poderes Executivo e Legislativo deve observar, na concretização de direitos e garantias fundamentais, a finitude de recursos financeiros do Estado, que não possui condições de implementar tudo o que está previsto do texto constitucional. Sobre essa teoria, discorre Ana Paula de Barcelos:

A expressão reserva do possível procura identificar o fenômeno econômico da limitação dos recursos disponíveis diante das necessidades quase sempre infinitas a serem por eles supridas. No que importa ao estudo aqui empreendido, a reserva do possível significa que, para além das discussões jurídicas sobre o que se pode exigir judicialmente do Estado - e em última análise da sociedade -, é importante lembrar que há um limite de possibilidades materiais para esses direitos. Em suma: pouco adiantará, do ponto de vista prático, a previsão normativa ou a refinada técnica hermenêutica se absolutamente não houver dinheiro para custear a despesa gerada por determinado direito subjetivo.¹⁷

¹⁵ BARROSO, Luís Roberto. “**Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática**”. Disponível em: <https://bibliotecadigital.tse.jus.br/xmlui/handle/bdtse/5498>. Acesso em: 05 out. 2021.

¹⁶ RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo Judicial: Parâmetros dogmáticos**. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 129.

¹⁷ DE BARCELLOS, Ana Paula. **A Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais: O princípio da dignidade da pessoa humana**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 236-237.

Logo, de acordo com a teoria alhures mencionada, o Poder Executivo, por exemplo, poderia argumentar que, muito embora o Poder Judiciário o tenha determinado a concretização de algum direito fundamental, não existem verbas orçamentárias para cumprir a determinação judicial.

Ocorre que, contudo, o pesquisador Juca Almeida Formigli Serra entende que:

Essa teoria, no contexto brasileiro, deve ser analisada com ressalvas, isso porque, como estão em jogo dois princípios, o da aplicação imediata dos direitos e garantias fundamentais e o da reserva do possível, qualquer conflito entre eles deve ser resolvido tão somente diante do caso concreto, através da conhecida técnica da ponderação de interesses, de maneira que não é possível determinar um limite do que seria aceitável em termos de prestações custosas ao Estado. Contudo, essa ponderação deve sempre levar em consideração a realidade brasileira, na qual um rol mínimo de direitos fundamentais não é garantido à população, que sofre sem condições mínimas de existência digna, em contraposição ao texto da Carta Constitucional, que é considerado uma referência quando o assunto é a quantidade de direitos fundamentais positivados.¹⁸

Pois bem, traçados os pontos de vistas positivos e negativos sobre o ativismo judicial, diante dos objetivos desta pesquisa, utilizaremos a conceituação: O ativismo judicial no Direito brasileiro, trata da atuação proativa do Poder Judiciário, concretizando funções que lhe são inerentes, decorrente das tendências do Estado Democrático de Direito Brasileiro, sobretudo, de características como a supremacia e a normatividade da Constituição, e da judicialização da política, tendo como escopo a concretização dos direitos e garantias fundamentais, onde o Judiciário interfere no âmbito de atuação dos outros dois poderes do Estado, no entanto, sem conflitar com o princípio da separação dos poderes, que deve ser analisado constitucionalmente na esfera de cada situação em particular.

Ainda, faz-se necessário diferenciar o conceito de ativismo e discricionariedade judicial. Essa diferenciação é essencial, pois a confusão entre eles é comum, inclusive feita por juristas, o que contribui para uma associação negativa da expressão “ativismo judicial”.

O termo discricionariedade no âmbito jurídico brasileiro, é a liberdade que os membros dos três Poderes do Estado têm sobre os seus atos administrativos, diante das possibilidades que são legalmente possíveis, ou seja, discricionariedade seria a margem de escolha dada a administradores públicos, legisladores e aplicadores do direito para executarem seus atos nos limites legais.

De acordo com Juca Almeida Formigli Serra, discricionariedade é:

¹⁸ SERRA, Juca Almeida Formigli. **A legitimidade do ativismo judicial do Supremo Tribunal Federal**. Salvador, 2015. Disponível em: <https://monografias.faculdadebaianadedireito.com.br/tcc/a-legitimidade-do-ativismo-judicial-do-supremo-tribunal-federal>. Acesso em: 22 out. de 2021.

Aquilo que é livre de condições, ilimitado. Como podemos utilizar essa expressão para caracterizar a atuação dos agentes públicos se esta encontra-se limitada pelos ditames legais, sobretudo constitucionais? Contradição ocorre também na expressão “livre convencimento motivado do magistrado”, e nas suas derivadas. Se o convencimento deve ser motivado, ele não pode ser livre. A partir dessa análise, é preciso concluir que não existe discricionariedade na atuação dos três Poderes, pelo menos no sentido literal da palavra. O Judiciário, o Legislativo e o Executivo devem agir sempre no limite da lei. A interpretação judicial e a aplicação do direito pelo Supremo Tribunal Federal devem ser pautadas, hodiernamente, em um referencial hermenêutico, qual seja a Constituição Federal.¹⁹

Ora, de acordo com essa linha de pensamento, não se deve falar em discricionariedade dos ministros do Supremo Tribunal Federal, ou seja, eles não são livres para criar o direito propriamente dito, contudo, os ministros da Suprema Corte são livres buscar a melhor solução para cada caso em particular em que são provocados, desde que esta solução esteja devidamente fundamentada com base nas regras e princípios do Estado Democrático de Direito previstos na Carta Magna.

Sobre discricionariedade judicial, deve-se considerar o pensamento de Streck:

Isso, aliás, tornou-se lugar comum no âmbito do imaginário dos juristas. Com efeito, essa problemática aparece explícita ou implicitamente. Por vezes, em artigos, livros, entrevistas, ou julgamentos, os juízes (singularmente ou por intermédio de acórdão nos Tribunais) deixam “claro” que estão julgando “de acordo com a sua consciência” ou “seu entendimento pessoal sobre o sentido da lei”. Em outras circunstâncias, essa questão aparece devidamente teorizada sob o manto do poder discricionário dos juízes.²⁰

Nesse contexto, o ativismo judicial não autoriza que o Poder Judiciário atue da forma que quiser, no entanto, está voltado para a interpretação e aplicação eficaz da Constituição, porém, é necessário que haja ponderação entre o direito ou garantia fundamental abarcados no caso concreto e a relativização do princípio da separação de poderes, com o escopo de que efetivar alguma garantia constitucional por meio da decisão ativista, diante de um determinado caso concreto.

3 PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES E O ATIVISMO JUDICIAL

¹⁹ SERRA, Juca Almeida Formigli. **A legitimidade do ativismo judicial do Supremo Tribunal Federal**. Salvador, 2015. Disponível em: <https://monografias.faculdadebaianadedireito.com.br/tcc/a-legitimidade-do-ativismo-judicial-do-supremo-tribunal-federal>. Acesso em: 12 set. de 2021.

²⁰ STRECK, Lenio Luiz. **O que é isto – decidido conforme minha consciência?** 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p. 20.

Desde o princípio, a convivência das pessoas em sociedade leva à necessidade de criação de normas, com o escopo de facilitar a convivência harmônica dos seus membros, assim, o funcionamento da sociedade está diretamente atrelado ao cumprimento das leis, as quais têm o fundamento de organizar e evitar os conflitos em sociedade. No entanto, é preciso que haja mecanismos que assegurem o respeito e a obediência popular ao ordenamento jurídico.

A partir daí, surgem instrumentos a fim de garantir a ordem estabelecida democraticamente, diante disso, conseqüentemente, é que aparecem as características de poderes de Estado, bem como a base empírica da separação de poderes.

Nesse cenário, as noções iniciais em relação aos poderes do Estado surgem com o pensamento do grande filósofo Aristóteles, quando elaborou ideias a respeito dos órgãos e suas funções perante o Estado. Naquele momento, ele cuidou sobre a existência de três poderes em todo e qualquer governo.

Sobre isso, cita-se uma passagem da obra “A Política de Aristóteles, livro III (Dos Governos)”:

Em todo governo, existem três poderes essenciais, cada um dos quais o legislador prudente deve acomodar da maneira mais conveniente. Quando estas três partes estão bem acomodadas, necessariamente o governo vai bem, e é das diferenças entre estas partes que provêm as suas.

(...)

O primeiro destes três poderes é o que delibera sobre os negócios do Estado. O segundo compreende todas as magistraturas ou poderes constituídos, isto é, aqueles de que o Estado precisa para agir, suas atribuições e maneira de satisfazê-las. O terceiro abrange os cargos de jurisdição.²¹

Nessa perspectiva, a professora Cintia Garabini Lages, sobre o pensamento de Aristóteles, discorre que:

Considerado como o primeiro teórico do princípio da separação dos poderes, afirmou Aristóteles que em todo governo existem três poderes essenciais, o que delibera sobre os negócios do Estado, o que compreende todos os poderes necessários à ação do Estado e aquele que abrange os cargos de jurisdição (...). A partir daqui, já no século XVIII, sua essência foi resgatada e possibilitou o nascimento de um novo modelo de Estado que encontrou na lei o seu limite, atribuiu ao governante a responsabilidade pelos seus atos e que promoveu a divisão do poder de modo eficiente. A limitação do poder político, tão necessária quanto desejada, possibilitou o surgimento de um novo paradigma de Estado, até então desconhecido, o Estado de Direito.²²

²¹ ARISTÓTELES. **A Política**. Tradução: Roberto Leal Ferreira. São Paulo: Editora: Martins Fontes, 2001.

²² LAGES, Cintia Garabini. **Separação dos poderes: tensão e harmonia**. Disponível em: <https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-constitucional/separacao-dos-poderes-tensao-e-harmonia/>. Acesso em: 06 out. 2021.

Na sequência, levando-se em consideração a evolução histórica do princípio da separação dos poderes, faz-se necessário aludir à contribuição de John Locke em sua obra. De acordo com a obra Segundo Tratado sobre o Governo Civil, onde Locke menciona a existência dos poderes legislativo, executivo e federativo da comunidade, explicando-os da seguinte maneira: ao poder legislativo, cabe a tarefa de definir o modo que deverá utilizar a força da sociedade para a sua própria preservação bem como dos seus integrantes.²³

No entanto, a consolidação do princípio da separação dos poderes do Estado ocorreu com o Montesquieu, em sua obra *“Do espírito das leis”*, no qual ele explica as razões que o levaram a concluir sobre a necessidade de separação dos poderes do Estado:

Quando em uma só pessoa, ou em um mesmo corpo de magistratura, o poder legislativo está reunido ao poder executivo não pode existir liberdade, pois se poderá temer que o mesmo monarca ou o mesmo senado criem leis tirânicas para executá-las tiranicamente. Também não haverá liberdade se o poder de julgar não estiver separado do poder legislativo e do poder executivo. Se o poder executivo estiver unido ao poder legislativo, o poder sobre a vida e a liberdade dos cidadãos seria arbitrário, pois o juiz seria o legislador. E se estiver ligado ao poder executivo, o juiz poderia ter a força de um opressor. Tudo então estaria perdido se o mesmo homem, ou o mesmo corpo de principais, ou o dos nobres, ou o do povo, exercesse estes três poderes: o de criar as leis, o de executar as resoluções públicas e o de julgar os crimes e as querelas dos particulares.²⁴

Em relação à teoria do princípio da separação de poderes, Cintia Garabini Lages acredita que a versão de Montesquieu é a versão mais eficaz que pode ser encontrada na teoria jurídica:

A teoria da separação de poderes de Montesquieu possibilitou a redefinição do poder do Estado como poder limitado. Ao chamar a atenção para o perigo de se concentrar em um só órgão todos os poderes do Estado, afirmou que o mesmo deveria ser dividido em funções distintas atribuídas a órgãos estatais diversos, propondo uma separação de funções equilibrada (...).²⁵

O pensamento de Montesquieu foi de fundamental importância, porque influenciou a formação dos Estados modernos, consagrando a existência de três poderes distintos. Desse modo, a teoria da separação dos poderes foi acolhida pela Constituição Federal de 1988 em seu artigo 2º.²⁶

Senão, vejamos:

²³ LOCKE, John. **O Segundo Tratado sobre o Governo Civil**. Tradução: Magda Lopes e Marisa Lobo da Costa. Editora Vozes: Petrópolis, 1994.

²⁴ MONTESQUIEU, Charles de Secondat. **O Espírito das Leis**. Introdução, trad. e notas: Pedro Vieira Mota. 7. ed. São Paulo. Saraiva: 2000.

²⁵ LAGES, Cintia Garabini. Separação dos poderes: tensão e harmonia. **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XI, n. 58, out 2008.

²⁶ CONTI, José Maurício. **Autonomia Financeira do Poder Judiciário**. São Paulo: MP Editora, 2006.

Dispõe o artigo 2º da Constituição da República Federativa do Brasil que os Poderes da União, são independentes e harmônicos entre si, sendo eles o Legislativo, o Executivo e o Judiciário. Além disso, o artigo 34, inciso IV, dispõe expressamente que a União poderá intervir nos Estados e no Distrito Federal para garantir o livre exercício de qualquer dos Poderes nas unidades da Federação. Ainda, importante mencionar o artigo 60, § 4º, inciso III onde consta que não será objeto de deliberação qualquer proposta de emenda tendente a abolir a separação dos Poderes.²⁷

Em relação a evolução histórica do princípio da separação dos poderes, discorre o Ministro Alexandre de Moraes:

A divisão segundo o critério funcional é a célebre “separação de poderes”, que consiste em distinguir três funções estatais, quais sejam, legislação, administração e jurisdição, que devem ser atribuídas a três órgãos autônomos entre si, que as exercerão com exclusividade, foi esboçada pela primeira vez por Aristóteles, na obra “Política”, detalhada posteriormente, por John Locke, no Segundo Tratado de Governo Civil, que também reconheceu três funções distintas, entre elas a executiva, consistente em aplicar a força pública no interno, para assegurar a ordem e o direito, e a federativa, consistente em manter relações com outros Estados, especialmente por meio de alianças. E, finalmente, consagrada na obra de Montesquieu O Espírito das Leis, a quem devemos a divisão e distribuição clássicas, tornando-se princípio fundamental da organização política liberal e transformando-se em dogma pelo art. 16 da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, e é prevista no art. 2º de nossa Constituição Federal.²⁸

Sucedo que, contudo, a teoria da separação dos poderes é duramente criticada pela doutrina. Existem os juristas que acreditam que a tese de que a teoria de Montesquieu não foi interpretada corretamente, como é o caso do Eros Grau e do Gilberto Bercovici, os quais afirmam que o Montesquieu não alegava a impenetrabilidade entre os poderes, e sim que eles trabalhassem em equilíbrio e harmonia.

Na mesma linha de pensamento de Eros Grau e Gilberto Bercoviti, o autor James Madison sustenta que não há separação absoluta de poderes, sendo até necessária uma representação parcial de um poder em outro ou controle mútuo dos respectivos atos, entretanto, sem qualquer influência dominante, defendendo o controle dos freios e contrapesos.²⁹

Nesse mesmo sentido, Hely Lopes Meirelles explica que:

Aliás, já se observou que Montesquieu nunca empregou em sua obra política as expressões “separação de Poderes” ou “divisão de Poderes”, referindo-se unicamente à necessidade do “equilíbrio entre Poderes”, do que resultou entre os ingleses e norte-americanos o sistema de *check and balances*, que é o nosso método de freio e contrapesos, em que um Poder limita o outro, como sugerira o próprio autor no original: “*le pouvoir arrête le pouvoir*”. Seus apressados seguidores é que lhe deturpam o pensamento e passaram a falar em “divisão” e “separação de Poderes”,

²⁷ BRASIL. Constituição. **Constituição da República Federativa do Brasil**: promulgada em 5 de outubro de 1988. Brasília, DF: Senado, 1988.

²⁸ MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 21. ed. São Paulo: Atlas, 2007.

²⁹ HAMILTON, Alexander; MADISON, James; JAY, John. **O federalista**. Tradução: Hiltomar Martins Oliveira. Belo Horizonte: Líder, 2003.

como se estes fossem estanques e incomunicáveis em todas as suas manifestações, quando, na verdade, isto não ocorre, porque o Governo é resultante da interação dos três Poderes de Estado – Legislativo, Executivo e Judiciário – como a Administração o é de todos os órgãos dos Poderes.³⁰

Nessa toada, constata-se que o princípio da separação dos poderes é de suma importância no Estado Democrático de Direito, contudo, não é possível considerá-lo absoluto, ao passo em que existem ocasiões de interferências no exercício de funções que não são próprias a cada um dos poderes considerados. Além disso, há instrumentos de controle mútuo, que são os freios e contrapesos, a fim de ter harmonia entre os poderes e evitar extravagâncias.

Partindo do pressuposto que o princípio da separação dos poderes é relativo, é que se desenvolve a possibilidade de se ocorrer o ativismo judicial, decidindo de acordo com o texto constitucional e de acordo com a particularidade do caso concreto, buscando solucionar a lide, formando precedente jurisprudencial nos tribunais, além de, em alguns casos antecipar até mesmo à formulação de um dispositivo legal sobre a temática em apreço em determinado caso concreto, nas situações em que há omissão legislativa.

4 LEGITIMIDADE E LIMITAÇÕES CONSTITUCIONAIS DO ATIVISMO JUDICIAL

Diante da conceituação do instituto do ativismo judicial, bem como tecidos os comentários necessários sobre o princípio da separação dos poderes no âmbito do Estado Democrático de Direito, passa-se a verificar acerca da legitimidade da atuação ativista no cenário jurídico brasileiro atual.

O princípio da separação de poderes, como já mencionado alhures, tem como função primordial organizar as competências do Estado em três grandes grupos de servidores públicos, que juntos formam os Três Poderes: Executivo, Legislativo e Judiciário. Daí, colhe-se que a separação de poderes representou um avanço extremamente importante contra o autoritarismo, uma vez que deixa de centralizar as regras do jogo apenas sob o comando de um administrador, através do sistema de “freios e contrapesos”.

Por meio desse sistema, as funções inerentes ao Estado eram distribuídas entre os três poderes, fazendo com que, no exercício de sua função, um poder fiscalize o outro, impedindo que ocorram arbitrariedades. Sucede que, no entanto, a interpretação do princípio da separação dos poderes sofreu, ao longo da história, transformações notáveis, não devendo mais ser

³⁰ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo brasileiro**. 29. ed. atual. São Paulo: Malheiros, 2004.

observado da forma clássica com que foi estipulada anteriormente. Sobre essa questão, Daniel Giotti de Paula pensa que:

Por óbvio, o modelo clássico de separação de poderes, na esteira das propostas originárias de Montesquieu e Madison, alicerçou-se em um paradigma liberal do direito, pelo qual ao judiciário caberia apenas revelar o direito. Com a proliferação de direitos fundamentais nas modernas Constituições e a assunção de que eles são princípios que podem colidir em casos específicos, sendo uma exigência social a máxima aplicação de cada um dos direitos fundamentais, uma nova concepção de separação de poderes é necessária. Não mais se entende que direito e política são campos totalmente separados e cuja conexão deve ser reprimida para o bom funcionamento do Estado. Na verdade, como se verá, no fundo sempre houve latente a possibilidade de conexão maior do que se pensava entre a arena política e o canal judicial.³¹

Portanto, com a concretização do Neoconstitucionalismo, sobretudo, com a reaproximação entre direito e moral, o reconhecimento da supremacia da Constituição, o fortalecimento da jurisdição constitucional e a judicialização da política, colhe-se que o Poder Judiciário passou a exercer a sua competência jurisdicional analisando a situação fática que versa sobre o caso concreto. Os estudiosos do direito divergem, no entanto, em relação à atuação do judiciário, além dos limites da jurisdição, ou seja, atuando como administrador ou legislador.

À propósito, mister se faz citar alguns breves exemplos neste trabalho, a fim de demonstrar a interferência do Supremo Tribunal Federal na competência dos outros poderes estatais, senão, vejamos.

Apenas como título de exemplo, quando a Suprema Corte entendeu que houve omissão inconstitucional do Congresso Nacional por não criar uma norma que criminalize atos de homofobia. Sobre isso, o julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão (ADO) 26, de relatoria do ministro Celso de Mello, e do Mandado de Injunção (MI) 4733, assim, por maioria de oito votos a favor e três contrários, a Suprema Corte reconheceu a mora do Poder Legislativo para criminalizar condutas atentatórias a direitos fundamentais dos homossexuais, com fundamento no princípio da dignidade da pessoa humana, intervindo claramente na função legislativa.³²

Ainda, ao editar a Súmula Vinculante nº 11, por exemplo, o STF define como deve suceder o uso de algemas pela Polícia Militar, durante as prisões, sobrepondo claramente ao poder Executivo, ao qual a PM é vinculada e subordinada. Além disso, no caso da

³¹ DE PAULA, Daniel Giotti. Ainda existe separação de poderes? A invasão da política pelo direito no contexto do ativismo judicial e da judicialização da política. In: FELLET, André Luiz Fernandes; DE PAULA, Daniel Giotti; NOVELINO, Marcelo (orgs.). **As Novas Faces do Ativismo Judicial**. Salvador: JUSPODIVM, 2011, p. 273.

³² STF ENQUADRA HOMOFOBIA E TRANSFOBIA COMO CRIMES DE RACISMO AO RECONHECER OMISSÃO LEGISLATIVA. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=414010>. Acesso em: 14 nov. 2021.

descriminalização do aborto de feto anencefálico, visualiza-se essa interferência, porém, em relação ao Poder Legislativo, tendo em vista que o STF atuou como legislador positivo, uma vez que consolidou uma hipótese em que o aborto não é configurado como crime no Código Penal pátrio.³³

Sucedo que, alguns doutrinadores, tecem críticas contundentes sobre o ativismo judicial, sob o argumento que este fere a separação de poderes e a própria Constituição Federal, porque os magistrados estariam exercendo funções de competência dos outros poderes do Estado. Sobre isso, o autor Elival da Silva Ramos, sobre o assunto, discorre que:

Com efeito, nos Estados democráticos a subversão dos limites impostos à criatividade da jurisprudência, com o esmaecimento de sua função executória, implica deterioração do exercício da função jurisdicional, cuja autonomia é inafastável sob a vigência de um Estado de Direito, afetando-se, inexoravelmente, as demais funções estatais, máxime a legiferante, o que, por seu turno, configura gravíssima agressão ao Princípio da Separação dos Poderes.³⁴

Por outro lado, segundo Dirley da Cunha Júnior:

A independência dos órgãos do poder político não está relacionada à exclusividade de funções, mas sim à predominância de funções. Ou seja, as funções legislativas, executivas e judiciárias são exercidas, predominantemente, pelos poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, respectivamente. Além dessas funções tradicionais, chamadas pelo autor de típicas, existiriam as funções atípicas. A título exemplificativo, o Poder Legislativo exerce a função atípica judiciária quando julga o Presidente da República, os Ministros do STF e o Advogado Geral da União; o Poder Executivo exerce a função atípica legislativa quando edita uma medida provisória; o Judiciário, além de julgar, exerce a função atípica de legislar ao editar seu regulamento interno.³⁵

Sobre a não violação do princípio da separação de poderes, no âmbito do ativismo judicial, importante ver o pensamento de João Agnaldo Donizeti Gandini, Samantha Ferreira Barione e André Evangelista de Souza:

Um dos argumentos relacionados com a implementação de políticas públicas por determinação do Poder Judiciário é a de que tal medida fere de morte o princípio da separação dos poderes, argumento este com o qual, diga-se de passagem, não concordamos. Explica-se.

A implementação de políticas públicas por determinação judicial não representa invasão de poderes nem ofensa à Constituição Federal, pois realizada dentro das peculiaridades do caso concreto e lastreada na dignidade da pessoa humana, ou seja, pela necessidade de preservação do núcleo essencial dos direitos fundamentais, em que se inserem os chamados direitos de subsistência, quais sejam, saúde, moradia, educação e alimentação. Além disso, é preciso reconhecer que a atividade

³³ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Súmula Vinculante n. 11.

³⁴ RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo Judicial: Parâmetros dogmáticos**. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 120.

³⁵ DA CUNHA JÚNIOR, Dirley. Ativismo Judicial e a Concretização dos Direitos Fundamentais. **Revista Baiana de Direito**, n. 5. Salvador, 2011.

implementadora do Poder Judiciário não lhe autoriza criar políticas públicas, mas apenas implementar as já existentes.

Essa atuação do Poder Judiciário, aliás, por mais paradoxal que isso possa parecer, permite uma correta leitura – e até mesmo uma confirmação – da regra da separação dos poderes, pois no sistema de “freios e contrapesos” que essa regra encerra, é cabível ao judiciário controlar os abusos (seja por ação ou por omissão) dos demais poderes no exercício de suas competências.³⁶

Muito embora Lenio Streck não tenha realizado diretamente a referência a expressão “ativismo judicial”, é nítido que ele fala sobre essa questão no que tange à atuação do judiciário no Estado Democrático de Direito:

Por isso, é possível sustentar que, no Estado Democrático de Direito, em face do caráter compromissário dos textos constitucionais e da noção de força normativa da Constituição, ocorre, por vezes, um sensível deslocamento do centro de decisões do Legislativo e do Executivo para o plano da jurisdição constitucional. Isto porque, se com o advento do Estado Social e o papel fortemente intervencionista do Estado o foco de poder/tensão passou para o Poder Executivo, no Estado Democrático de Direito há (ou deveria haver) uma modificação desse perfil. Inércias do Poder Executivo e falta de atuação do Poder Legislativo podem ser supridas pela atuação do Poder Judiciário, justamente mediante a utilização dos mecanismos previstos na Constituição que estabeleceu o Estado Democrático de Direito.³⁷

A par disso, colhe-se que a separação de poderes deve ser observada em uma perspectiva constitucional, ao lado de outros princípios do Estado Democrático de Direito, que legitimam a atuação ativista do Poder Judiciário.

Acontece que, no entanto, essa atuação ativista do Poder Judiciário possui limites a serem observados. É requisito para a legitimidade da atuação ativista, que as decisões tenham relação com a concretização do texto constitucional. Assim, o Supremo Tribunal Federal, por exemplo, só poderá proferir uma decisão ativista, interferindo no rol de competências dos Poderes Executivo e Legislativo, quando fundamentado na supremacia e normatividade da Constituição. Logo, apenas nessas condições, é plausível o ativismo judicial. Sobre essa questão, discorre Emerson Garcia:

Apesar de indiscutível relevância, a intensificação da atuação judicial há de sofrer balizamentos, evitando a paulatina absorção de competências afetas a outras esferas de poder, cuja margem de liberdade é inerente à própria representatividade que ostentam. É da própria essência do sistema que o Tribunal seja instado a valorar atos de cunho nitidamente político (em linha de princípio, qualquer ato emanado do Legislativo possui natureza política): o ponto nodal da temática, no entanto, é identificar a intensidade dessa intervenção, que deve necessariamente preservar as

³⁶GANDINI, João Agnaldo Donizeti; BARIONE, Samantha Ferreira; DE SOUZA, André Evangelista. A efetivação dos direitos sociais à saúde e à moradia por meio da atividade conciliadora do Poder Judiciário. In: SANTOS, Lenir (Org.). **Direito da Saúde no Brasil**. Campinas: Saberes Editora, 2010. p. 76-77.

³⁷STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição Constitucional e Hermenêutica: uma nova crítica do Direito**. 2. ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 19-20.

competências dos demais órgãos, limitando-se o Tribunal à desqualificação daqueles atos dissonantes da Constituição.³⁸

Daí, colhe-se, portanto, que a atuação ativista do Supremo Tribunal Federal pode ser legítima, desde que tenha relação com a concretização de algum direito ou garantia fundamental.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O grande embate sobre o ativismo judicial nas últimas décadas se dá, principalmente, em razão da mudança de postura do Poder Judiciário, que passou a ser mais proativo. Tal mudança de postura ocorre em razão da positivação no texto constitucional de princípios e regras que possibilitam uma maior interpretação do magistrado diante do caso concreto que envolva direitos e garantias fundamentais, porque o Direito brasileiro está inserido no contexto do Neoconstitucionalismo, desde a promulgação da Carta Magna de 1988, razão pela qual é possível tal liberdade ao aplicador do direito diante de uma situação fática, desde que inerente aos ditames constitucionais.

A partir do Neoconstitucionalismo, tendo como característica a judicialização da política, consubstanciada da reaproximação entre o direito e a moral, da supremacia da Constituição, do fortalecimento da jurisdição constitucional e de todas as outras características desse período, se estabeleceu um ambiente minimamente propício para o desenvolvimento do ativismo judicial. Assim, colhe-se que o Poder Judiciário tem importante influência na concretização dos direitos e garantias fundamentais, imprescindível no escopo pela diminuição das desigualdades sociais no Brasil.

Sucedede que, contudo, é fundamental ressaltar que existem alguns limites à atuação ativista do Poder Judiciário a serem observados. Nesse contexto, o Poder Judiciário apenas poderá proferir uma sentença com conteúdo o ativista, que conflita com o princípio da separação de poderes, interferindo nas atribuições dos Poderes Executivo e Legislativo, quando fundamentado na normatividade e supremacia da Constituição. Apenas assim é justificável uma atuação ativista, uma vez que não se deve conferir poderes absolutos ao Poder Judiciário ou a qualquer outro Poder.

Por todas as razões expostas ao decorrer do presente trabalho, entende-se que o ativismo judicial não é um desrespeito à separação de poderes, porque o tal princípio deve ser ponderado

³⁸ GARCIA, Emerson. Jurisdição Constitucional e Legitimidade Democrática. *In*: CAMARGO, Marcelo Novelino (Coord.). **Leituras Complementares de Constitucional**: Controle de Constitucionalidade. Salvador: JUSPODYM, 2007, p. 42.

dentro de um contexto constitucional, em conjunto com outros princípios basilares do Estado Democrático de Direito, que, por sua vez, legitimam a atuação ativista do Poder Judiciário, ou seja, a Constituição dispõe sobre o princípio da separação de poderes, contudo, a Carta Magna também positivou outros princípios fundamentais no ordenamento jurídico pátrio, como a dignidade da pessoa humana.

Sendo assim, colhe-se, por tudo que fora mencionado acima, que deve haver ponderação, diante do caso concreto. Desse modo, o aplicador do direito tem que decidir se é melhor seguir de forma rígida o princípio da separação de poderes, evitando uma atuação ativista do Supremo Tribunal Federal, ou se é crível para o Estado Democrático de Direito que o princípio da separação de poderes seja relativizado/flexibilizado, em vista da efetivação de um direito ou uma garantia fundamental, ressalta-se, novamente, cada particularidade deve ser minuciosamente verificada no âmbito do caso concreto, a fim de efetivar os direitos tutelados constitucionalmente.

REFERÊNCIAS

- ARISTÓTELES. **A Política**. Tradução: Roberto Leal Ferreira. São Paulo: Martins Fontes, 2001.
- ÁVILA, Humberto. “**Neoconstitucionalismo**”: entre a “**Ciência do Direito**” e o “**Direito da Ciência**”. Disponível em: <https://revistas.unifacs.br/index.php/redu/article/viewFile/836/595>. Acesso em: 14 set. 2021.
- BARROSO, Luís Roberto. **O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro**: Exposição Sistemática da Doutrina e Análise Crítica da Jurisprudência. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 8.
- BARROSO, Luís Roberto. Constituição, Democracia e Supremacia Judicial: Direito e Política no Brasil Contemporâneo. *In*: FELLET, André Luiz Fernandes; DE PAULA, Daniel Giotti; NOVELINO, Marcelo. (orgs.). **As Novas Faces do Ativismo Judicial**. Salvador: JUSPODIVM, 2011, p. 230.
- BARROSO, Luís Roberto. “**Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática**”. Disponível em: <https://bibliotecadigital.tse.jus.br/xmlui/handle/bdtse/5498>. Acesso em: 05 out. 2021.
- BRASIL. Constituição. **Constituição da República Federativa do Brasil**: promulgada em 5 de outubro de 1988. Brasília, DF: Senado, 1988.
- BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Súmula Vinculante n. 11.
- CARDOSO, Oscar Valente. **Ativismo Judicial: Conceitos e Preconceitos**. Revista Dialética de Direito Processual. São Paulo: Dialética, nº 129, p. 76.
- CONTI, José Maurício. **Autonomia Financeira do Poder Judiciário**. São Paulo: MP Editora, 2006.
- DA CUNHA JÚNIOR, Dirley. **Controle de Constitucionalidade**: Teoria e Prática. 7. ed. rev. atual. e ampl. Salvador: JUSPODIVM, 2014, p. 32.
- DA SILVA, José Afonso. **Curso de Direito Constitucional**. 23. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 45.
- DE BARCELLOS, Ana Paula. **A Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais**: O princípio da dignidade da pessoa humana. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 236-237.
- DE LACERDA, Rosangela Rodrigues Dias. Parâmetros para Controle Judicial de Políticas Públicas. **Revista Baiana de Direito**, n. 6. Salvador: 2012, p. 197.
- DE PAULA, Daniel Giotti. Ainda existe separação de poderes? A invasão da política pelo direito no contexto do ativismo judicial e da judicialização da política. *In*: FELLET, André Luiz Fernandes; DE PAULA, Daniel Giotti; NOVELINO, Marcelo (orgs.). **As Novas Faces do Ativismo Judicial**. Salvador: JUSPODIVM, 2011, p. 273.

DIMOULIS, Dimitri. **Anotações sobre o “neconstitucionalismo” (e sua crítica)**. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/2856/WP17.pdf?sequence=1>. Acesso em: 14 set. 2021.

FREIRE, Ricardo Maurício. **Direito, Justiça e Princípios Constitucionais**. Salvador: JUSPODIVM, 2008, p. 79.

GANDINI, João Agnaldo Donizeti; BARIONE, Samantha Ferreira; DE SOUZA, André Evangelista. A efetivação dos direitos sociais à saúde e à moradia por meio da atividade conciliadora do Poder Judiciário. In: SANTOS, Lenir (Org.). **Direito da Saúde no Brasil**. Campinas: Saberes Editora, 2010. p. 76-77.

GARCIA, Emerson. Jurisdição Constitucional e Legitimidade Democrática. In: CAMARGO, Marcelo Novelino (Coord.). **Leituras Complementares de Constitucional: Controle de Constitucionalidade**. Salvador: JUSPODYM, 2007, p. 42.

HAMILTON, Alexander; MADISON, James; JAY, John. **O federalista**. Tradução: Hiltomar Martins Oliveira. Belo Horizonte: Líder, 2003.

LAGES, Cintia Garabini. **Separação dos poderes: tensão e harmonia**. Disponível em: <https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-constitucional/separacao-dos-poderes-tensao-e-harmonia/>. Acesso em: 06 out. 2021.

LOCKE, John. **O Segundo Tratado sobre o Governo Civil**. Tradução: Magda Lopes e Marisa Lobo da Costa. Editora Vozes: Petrópolis, 1994.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo brasileiro**. 29. ed. atual. São Paulo: Malheiros, 2004.

MONTESQUIEU, Charles de Secondat. **O Espírito das Leis**. Introdução, trad. e notas: Pedro Vieira Mota. 7. ed. São Paulo. Saraiva: 2000.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 21. ed. São Paulo: Atlas, 2007.

PIRES, Thiago Magalhães. Pós-positivismo sem trauma: O Possível e o Indesejável no reencontro do Direito com a Moral. In: FELLET, André Luiz Fernandes; DE PAULA, Daniel Giotti; NOVELINO, Marcelo (orgs.). **As Novas Faces do Ativismo Judicial**. Salvador: JUSPODIVM, 2011, p. 31-32.

PUCCINELLI JÚNIOR, André. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2012, p.27.

RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo Judicial: Parâmetros dogmáticos**. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 120.

SERRA, Juca Almeida Formigli. **A legitimidade do ativismo judicial do Supremo Tribunal Federal**. Salvador, 2015. Disponível em: <https://monografias.faculdadebaianadedireito.com.br/tcc/a-legitimidade-do-ativismo-judicial-do-supremo-tribunal-federal>. Acesso em: 12 set de 2021.

STF ENQUADRA HOMOFOBIA E TRANSFOBIA COMO CRIMES DE RACISMO AO RECONHECER OMISSÃO LEGISLATIVA. Disponível em:

<http://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=414010>. Acesso em: 14 nov. 2021.

STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição Constitucional e Hermenêutica: uma nova crítica do Direito**. 2. ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 19-20.

STRECK, Lenio Luiz. **O que é isto – decido conforme minha consciência?** 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p. 20.

VIEIRA, Oscar Vilhena. **Supremocracia**. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/rdgv/v4n2/a05v4n2.pdf>. Acesso em: 08 out. 2021.