

ATIVISMO JUDICIAL E A TEORIA DA SEPARAÇÃO DOS PODERES

AGNY HELLEN RAMOS GOMES¹
FABIANA CURTI²

RESUMO

O presente trabalho tem como finalidade precípua a análise do fenômeno do ativismo judicial e o seu contexto de atuação no ordenamento jurídico brasileiro frente ao princípio constitucional da tripartição dos poderes, observando-se, detalhadamente, as concepções teóricas já consolidadas sobre o tema. Para tanto, buscar-se-á delinear a evolução histórica da Teoria da Separação dos Poderes, o processo de expansão do ativismo judicial e sua diferenciação com o instituto da judicialização. Refletir-se-á, ainda, sobre os posicionamentos contrários e a favor da temática, bem como sobre o protagonismo de atuação ativista do Supremo Tribunal de Federal, utilizando-se, para isso, a metodologia dedutiva mediante análises bibliográficas consistente em livros, artigos e trabalhos científicos referentes ao assunto.

Palavras-chave: Ativismo judicial; Teoria da Separação dos Poderes; Judicialização; Concepções teóricas antagônicas ; Supremo Tribunal de Federal.

1. INTRODUÇÃO

O ativismo judicial, pouco mencionado por muito tempo, vem ganhando grande expressão na atualidade e sendo objeto de discussão por grandes estudiosos, dentre os quais se destacam: Lênio Luiz Streck e Luis Roberto Barroso, respectivamente. De um lado se tem aqueles que interpretam as decisões ativistas como uma afronta o Estado Democrático de Direito, sobretudo, à Teoria da Separação dos Poderes e de outro estão os neoconstitucionalistas, defendendo a interferência do Judiciário em atos do Legislativo e Executivo quando eivados de inconstitucionalidades e provenientes de omissões destes dois poderes.

¹ UNIVAG – Centro Universitário, Área do conhecimento de Ciências Sociais Aplicadas, Curso de Direito, Aluna da disciplina TCC II, turma DIR 13/2b-M. E-mail: agny_hellen@hotmail.com

²UNIVAG – Centro Universitário. Área do Conhecimento de Ciências Sociais Aplicadas, Curso de Direito, Mestre, Professora/Orientadora, E-mail - yf.fabiana@gmail.com

Apesar de controverso o tema, o presente trabalho, com o uso de método dedutivo por meio de análises bibliográficas, não buscará se posicionar frente a essas duas correntes e sim expor, com neutralidade, os principais argumentos contrários e a favor acerca da temática.

Assim, para um melhor desenvolvimento do tema, foi realizado um estudo sobre a origem e consolidação da Teoria da Separação dos Poderes, ao longo dos anos, sendo tecidas considerações desde os primeiros apontamentos trazidos por Platão em sua obra "A República", bem como percorrendo as definições de divisão de poderes disseminadas por Aristóteles e John Locke, até a repercussão, décadas depois, da célebre obra "Do espírito das leis" de Montesquieu, que previu a reformulação das instituições políticas por meio da Teoria de Separação dos Poderes, estabelecendo como ponto central a harmonia e autonomia entre eles.

Em sequência, buscou-se abordar a incorporação da teoria tripartite à sistemática constitucional brasileira, pormenorizando a sua incidência desde a constituição imperial de 1824 até a atual constituição de 1988, que reforçou a aplicação da Teoria da Separação dos Poderes em seu art. 2º ao prever que são Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário.

Por conseguinte, estabeleceu-se, ainda, o conceito da terminologia ativismo judicial, fenômeno nascido nos Estados Unidos e decorrente de precedentes históricos da Suprema corte daquele país, quais sejam: *Marbury vs. Madison*, *Lochner vs. New York* e *Brown vs. Board of Education*.

Observado o protagonismo de decisões ativistas pronunciadas pelo Poder Judiciário na atualidade, esta fonte de pesquisa, além de discursar sobre o instituto em questão, registrará os contrapontos entre a disseminação do ativismo judicial e o princípio da separação dos três poderes, pontuando seus reflexos no ordenamento jurídico brasileiro, bem como assinalando a diferenciação do termo ativismo e judicialização.

Por fim, serão abordadas as controvérsias em relação a este fenômeno, com destaque principal para os posicionamentos contra e a favor de uma atuação mais enérgica do Judiciário frente aos Poderes Legislativo e Executivo.

2. ORIGEM DA TEORIA DA SEPARAÇÃO DOS PODERES

Como dizia Aristóteles “O homem é um ser sociável”, isto é, disciplinado a viver em grupos. Assim, é partindo do extinto de sobrevivência e da necessidade de obtenção dos recursos naturais que as primeiras sociedades surgiram, de modo a fortalecer a interação entre os indivíduos e a despertar entre os homens a disputa de poder.

Nesse passo, é diante da necessidade uma organização social e do estabelecimento dos parâmetros do exercício de poder que a Teoria da Separação dos Poderes se desponta como forma de limitação e controle das relações de poder no sentido de promover a distribuição e divisão de funções.

Os entendimentos doutrinários, contudo, divergem quanto à origem da Teoria da Separação dos Poderes, tendo em vista que parte dos estudiosos remetem o início da teoria a John Locke e outros a Aristóteles e Montesquieu.

Apesar da controvérsia doutrinária, Platão³ em sua obra “A República” já previa as primeiras noções da Teoria da Separação dos Poderes ao mencionar, em seu feito, a respeito da cidade ideal e discorrer sobre a necessidade de distribuições de funções entre os membros da comunidade, estes divididos entre as classes dos artesões, guerreiros e a dos filósofos. Para, assim, se chegar à sonhada justiça.

O pensador disseminou, à vista disso, a concepção de imprescindibilidade da descentralização de poder e resguardo do indivíduo de eventuais excessos de poder. Com isso, Platão firmou a premissa de que a divisão de competências em um Estado é fundamental para o alcance do bem comum.

Posteriormente, Aristóteles⁴, seguindo os passos do mestre Platão, identificou, em sua obra “A Política”, a divisão do governo em três poderes: deliberativo, executivo e judiciário. O primeiro estaria incumbido de deliberar sobre os negócios públicos, enquanto ao segundo cabia tratar das funções públicas e o terceiro se preocupava em dar soluções aos conflitos criados no seio da sociedade.

Todavia, apesar do filósofo grego ter contribuído, consideravelmente, para a atual sistemática da Teoria da Separação dos Poderes, os seus apontamentos não esgotaram profundamente o tema, sendo sugerido, apenas, a atuação independente dos poderes deliberativo, executivo e judiciário.

³ PLATÃO. **A República de Platão: uma biografia/ Simon Blackburn**. Livros II, III e IV. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 2008, p.53-150.

⁴ ARISTÓTELES. **A Política**. Livros III e VI.

Em tempos mais recentes, meados de 1632 a 1704, o pensador inglês John Locke trouxe, também, apontamentos referentes à Teoria da Separação dos Poderes. Em sua obra “O segundo Tratado sobre o Governo Civil”, Locke, partindo da existência de um estado de natureza em que o homem vivia em plena liberdade e da transição para o estado civil, em que os indivíduos interagiam em comunidade, discorreu sobre a divisão de poder em quatro esferas, quais sejam: legislativa, executiva, federativa e prerrogativa.

O Poder Legislativo, desse modo, é colocado para ele como uma esfera suprema, responsável pela elaboração das leis. Já o Poder Executivo, subordinado, essencialmente, ao legislativo, estaria condicionado a executar as leis vigentes. O Poder Federativo, da mesma maneira, seria destinado a declarar guerra e paz. Por outro lado, o Poder de Prerrogativa consistia na possibilidade de atuação discricionária frente ao bem público.

Vale salientar, que John Locke, sem fazer menção ao Poder Judiciário, deixa claro que para ele as questões atinentes à resolução dos conflitos sociais estariam vinculadas ao Poder Legislativo.

Consoante o exposto, o doutrinador Dirley da Cunha Júnior⁵ traz, de maneira, sintética, a abordagem explanada por Locke, vejamos:

Locke parte da existência de um *estado de natureza*, em que os homens eram, por natureza, livres e iguais e se subordinavam apenas à lei natural. Mas impelidos pela necessidade de segurança e convivência disciplinada, os indivíduos agruparam-se em comunidades ordenadas em sociedades políticas, com o governo instituído, em que o *Poder Legislativo* é considerado o Poder supremo, com a função de elaborar as leis e de determinar o modo como há de ser empregada a força da comunidade para a proteção de si mesma e deus membros. Mas, além do Poder Legislativo, "posto nas mãos de várias pessoas que, reunidas, têm o poder de elaborar leis", foi concebido um Poder separado, o *Executivo*, subordinado àquele, exatamente para o exercício permanente de executar essas leis vigentes. Locke ainda identifica um outro poder, que ele chama ora de *Federativo ora da Natural*, cuja função consiste em declarar a guerra e a paz, de constituir ou desconstituir ligas e alianças, e de comandar todas as transações com as pessoas e comunidades estranhas à sociedade. Este Poder Federativo ou Natural, embora distinto do Poder Executivo, uma vez que lhe cabe "a execução das leis da sociedade dentro dos seus limites com relação a todos que a ela pertencem e ao outro a gestão de segurança e do interesse da comunidade fora dela, assim como gerir os benefícios ou danos por ela causados, estão quase sempre reunidos", pois "seria de pouco proveito separá-los e colocá-los em mãos de pessoas distintas". Também se refere a um Poder que denomina de *Prerrogativa*, que consiste na faculdade de agir discricionariamente, sempre em favor do bem público, quando surgirem

⁵ CUNHA JÚNIOR, Dirley. **Curso de direito constitucional**. 6. ed. Salvador: Juspodvim, 2016, p.530-531.

questões para as quais as leis não tenha previstos soluções, ou até mesmo agir contra a própria lei. A prerrogativa deve ser atribuída ao poder Executivo.

Em razão disso, é possível perceber que John Locke previu a separação de poderes de forma dual, isto é, por meio do Legislativo e Executivo, estando o Executivo responsável por abarcar as funções federativa e prerrogativa.

Ressalta-se, contudo, que foi o filósofo francês Montesquieu, impulsionado pelas ideias de John Locke, o responsável por, efetivamente, detalhar no capítulo XI do livro do “Do Espírito das Leis” o ideal de que um bom governo se regia pela separação dos Poderes em Legislativo, Executivo e Judiciário, estes encarregados da função de legislar, administrar e julgar.

Montesquieu, diferentemente de Locke, propôs uma divisão tríplice dos poderes. O Legislativo seria responsável por criar as leis para um determinado tempo ou para sempre, o Executivo para celebrar a guerra e declarar a paz e o Judiciário para julgar os crimes e conflitos entre particulares.

Extraí-se isso da própria obra do pensador francês “Do Espírito das Leis” traduzida por Jean Melville, vejamos:

Há em cada Estado três espécies de poder: o poder legislativo, o poder executivo das coisas que dependem do direito das gentes, e o poder executivo daquelas que dependem do direito civil. Pelo primeiro pode o príncipe ou magistrado criar as leis para um tempo determinado ou para sempre, e corrige ou ab-roga aquelas que já estão feitas. Pelo segundo, determina a paz e ou guerra, envia ou recebe embaixadas, estabelece a segurança, previne as invasões. Pelo terceiro, pune os crimes ou julga as questões dos indivíduos. Chamaremos este último “o poder de julgar”, e o outro chamaremos simplesmente “o poder executivo do Estado.”⁶

Posto isso, para Montesquieu não haverá liberdade se o poder de julgar não estiver separado do Poder Legislativo e do Executivo, de modo que se o poder Legislativo estiver unido ao Executivo o poder sobre a vida e a liberdade dos cidadãos seria arbitrária, visto que o juiz seria o legislador.

Logo, Montesquieu não só consolidou entre os Estados a Teoria da Tripartição dos Poderes como se preocupou em delimitar as competências para que

⁶ MONTESQUIEU. **Do Espírito das Leis**. Tradução de Jean Melville. São Paulo: Martin Claret. 2010. p.165.

um poder não se sobressaísse sobre o outro, sedimentando a teoria dos freios e contrapesos, conforme o seguinte trecho, vejamos:

[...] tudo estaria perdido se o mesmo ou o mesmo corpo de principais, ou o dos nobres, ou o do povo, exercesse esses três poderes: o de criar leis, o de executar as resoluções públicas e o de julgar os crimes e as querelas dos particulares. (MONTESQUIEU, 2010, P.165)

Diante disso, fazendo jus às palavras do doutrinador José Joaquim Canotilho, “é de consenso geral que a Teoria da Separação dos poderes engendrou um mito”⁷, e que o pensador Montesquieu contribuiu sobremaneira para a sistematização desse dogma em todo o mundo, sobretudo, para a estruturação dos Estados democráticos e para o constitucionalismo brasileiro.

2.1. APLICAÇÃO DA TEORIA DA SEPARAÇÃO DOS PODERES NA ATUAL SISTEMÁTICA CONSTITUCIONAL BRASILEIRA

O princípio da separação de poderes é dogma inserido em todas as constituições brasileiras, isto é, desde a constituição imperial de 1824, tal preceito vem sendo proclamado.

Conforme se extrai de estudo das constituições brasileiras realizado por Dirley da Cunha Júnior⁸, o texto de 1824 estabeleceu, em seu art.9º, que a divisão e harmonia dos poderes políticos eram preceitos chaves a efetivação dos direitos do cidadão. No mesmo sentido a constituição de 1891 dispunha, em seu art.15, que os órgãos da soberania nacional estariam condicionados ao Poder Legislativo, Executivo e Judiciário. Do mesmo, modo a constituição republicana de 1934 reforçou a ideia de independência entre os poderes constitucionais.

Por outro lado, no governo ditatorial de Vargas em meados de 1937, não se definiu em texto constitucional a teoria tripartite e a divisão de função entre os estados. Em contrapartida, a constituição de 1946, primeira constituição democrática, previu, em seu art.15, ser poder da União o Legislativo, Executivo e Judiciário, independentes e harmônicos entre si, redação essa reproduzida nas constituições de 1967 e 1988.

A carta magna de 1988, intitulada de constituição cidadã consagrou, em seu

⁷ CANOTILHO, 2010, P.114

⁸ CUNHA JÚNIOR, p.536-537.

art.2º, o Princípio da Separação de Poderes, o elevando ao status de cláusula pétreia, com base no art. 60, §2º do mesmo texto constitucional.

Em vista disso, atual sistema constitucional brasileira tem aplicado a Teoria da Separação dos Poderes como previu Montesquieu, principalmente, no que tange à autonomia e harmonia no desempenho das funções de legislar, executar e julgar, a fim de que um poder não predomine sobre o outro.

Observado o controle mútuo entre os poderes, no cenário atual o Poder Legislativo, competente para legislar e fiscalizar, é exercido no âmbito da União pelo Congresso Nacional, composto pela Câmara dos Deputados e Senado Federal, nos Estados pela Assembléia Legislativa, Distrito Federal pelas Câmaras Legislativas, e nos Municípios pela Câmara dos Vereadores. Basicamente, são atividades legislativas a elaboração de: emendas constitucionais, leis complementares, leis ordinárias, leis delegadas, medidas provisórias, decretos legislativos e resoluções.

Em consequência da divisão de funções na estrutura do Estado, ao Poder Executivo foram direcionadas as atividades de chefia do Estado, de governo e da administração pública, exercidas em sua plenitude pelo Presidente da República, que concentra todas essas funções e as desempenha com o auxílio dos ministros de Estado. Nessa mesma linha, o Poder Executivo no âmbito dos Estados, Distrito Federal e Municípios é exercido, respectivamente, pelos Governadores e Municípios.

Por conseguinte, o Judiciário, incumbido do exercício jurisdicional, isto é, de dizer o direito ao caso concreto, quando provocado, tem a função de declarar e criar direitos, substituindo à vontade das partes de maneira imparcial, respeitadas as competências dos órgãos integrantes da estrutura judiciária prevista no art. 92 da Constituição Federal de 1988⁹.

3- ORIGEM E DEFINIÇÃO DO ATIVISMO JUDICIAL NO CONTEXTO BRASILEIRO

O ativismo judicial surgiu nos Estados Unidos da América, especificamente, a partir do julgamento de casos concretos ao longo do século XIX e XX. O caso *Marbury vs. Madison*, indubitavelmente, iniciou o controle de constitucionalidade

⁹ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em 16 de junho de 2018.

estadunidense e deu voz ao chamado ativismo judicial, valendo-se destacar que os precedentes *Lochner vs. New York* e *Dred Scott vs. Sand Ford* também impulsionaram a sua disseminação. Em relação a isso, o Autor Carlos Alexandre de Azevedo Campos, preceitua que:

Decisões da Corte podem ser identificadas como ativistas desde os primórdios da prática *judicial review* algumas são tão relevantes que transformaram não só o perfil da Suprema Corte, mas também a sociedade norte-americana. Aqui me refiro às decisões *Marbury vs. Madison*, *Lochner vs. New York* e *Brown vs. Board of Education*, exemplos clássicos e complexos do ativismo judicial pré-histórico da Suprema Corte.¹⁰

Para ele o caso *Marbury vs. Madison* representou uma verdadeira autoafirmação do poder da Suprema Corte estadunidense, liderada por John Marshall, que passou a ter a prerrogativa de declarar inconstitucionais leis que fossem contrárias ao texto da constituição, bem como para rever atos emanados pelos demais poderes sem que se tivesse previsão expressa na Constituição.

Em essência, no precedente *Marbury vs. Madison*, William Marbury havia formulado pedido diretamente à Suprema Corte estadunidense com o propósito de obrigar o Secretário de Estado James Madison a outorgar, em seu favor, os poderes de juiz de paz do Distrito da Colúmbia, cargo esse para o qual havia sido designado nos últimos dias do mandato do presidente John Adams, o qual fora negado pela corte sob o fundamento de que a constituição daquele país previa a jurisdição originária, para julgar esse tipo de demanda somente em sede de recurso.

No mesmo sentido, Campos esclarece que:

Marbury foi ativista em duas dimensões: primeira, porque a Corte faltou com deferência ao Congresso, recusando-lhe competência normativa sem que encontrasse na Constituição qualquer dispositivo que a afastasse, segunda, Marshall afirmou um poder espetacular para a Corte sem que a Constituição nada dissesse especificamente sobre ele.¹¹

O estudioso destaca, também, como precedente ativista, o caso *Lochner vs. New York*, em que o Estado de Nova Iorque editou uma lei de regulação da jornada de trabalho nas padarias, fixando um limite de dez horas diárias ou sessenta

¹⁰ CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. **Dimensões do ativismo Judicial do STF**. Rio de Janeiro: Forense, 2014.p.49.

¹¹ CAMPOS, 2014, ibidem p.49.

semanais para a proteção da saúde dessa classe de trabalhadores e que a Suprema Corte declarou inconstitucional. Frisa-se, nesse ponto, que Joseph Lochner, proprietário de uma padaria na cidade de Utica, foi acusado de violar a referida legislação estadual por permitir que um funcionário trabalhasse mais de sessenta horas semanais, sendo a questão levada a corte estadunidense que configurou a situação como intromissão desnecessária nas relações particulares e declarando:

[...] a lei inconstitucional porque ela teria restringido, sem fundamento razoável, “o direito de contrato entre o empregador e o empregado concernente ao número de horas em que o último pode trabalhar”, o que violava, segundo a maioria da corte, a liberdade do indivíduo protegida pela XIV Emenda da Constituição Federal.¹²

Há que se mencionar, ainda, o caso *Brown vs. Board of Education* que tinha como objeto a segregação racial no ensino público, envolvendo de um lado estudantes negros e de outro o Conselho de Educação de Topeka no Estado do Kansas Em detalhes:

O caso teve início em 1951, na Cidade de Topeka, Kansas, onde Linda Brown, uma aluna de terceira série, via-se forçada a caminhar uma longa distância para estudar em uma escola para negros. Caso fosse permitido estudar em uma escola para brancos ela não precisaria se deslocar por tão grande distância. Na verdade, não apenas Linda Brown buscou socorro contra a segregação racial na seara educacional, pois o processo envolvia casos oriundos, além do Kansas, Carolina do Sul, Virgínia e Delaware.¹³

Pelo exposto, o ativismo judicial praticado nos Estados Unidos pode ser definido como um processo de contenção da atividade legislativa e de supervalorização da suprema corte frente aos excessos cometidos pelos outros poderes.

Consignando os dizeres de Luís Roberto Barroso, a postura ativista da corte norte americana pode ser classificado em três fases, vejamos:

1) a da contenção do poder legiferante dos Estados membros (ativismo de fortalecimento do Governo Federal); 2) a da contenção do poder de regulamentação da economia, de acordo com determinada política econômica (a do liberalismo político); e 3) a da contenção da atividade

¹² CAMPOS, 2014,p.49 ibidem p.57.

¹³ RAUPP, Maurício Santos. **Ativismo Judicial: Características e singularidades Do voluntarismo à concretização de direitos**.1ª.ed.- Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016, pag. 40.

legislativa – estadual e federal – no que se refere a limitações de direitos e garantias individuais previstos na Constituição (*Bill of Rights*).¹⁴

Feitas essas considerações, importa salientar que, distintamente da situação vivenciada nos Estados Unidos, o debate teórico do ativismo judicial no Brasil é, ainda, muito recente, de modo que o aparecimento das primeiras ponderações acerca do tema se deu, sobretudo, com o movimento neoconstitucionalista, o qual resultou na Promulgação da Constituição Democrática de 1988 e instituiu um novo modelo de atuação estatal, o denominado Estado Democrático de Direito, responsável pela ascensão do judiciário na figura do Supremo Tribunal Federal.

Por conseguinte, em conformidade com o pensamento do estudioso Maurício Santos Raupp, não há dúvidas, à luz da doutrina nacional, que:

o surgimento do protagonismo do ativismo judicial no Brasil remonta à Constituição Federal de 1988, fruto do movimento neoconstitucionalista pós-Segunda Guerra Mundial, donde se ergueu um cenário propício ao desenvolvimento de um poder judiciário mais intenso e participativo nas diversas questões sociais.¹⁵

Posto isso, apesar do debate recente e da indefinição conceitual do ativismo judicial em cenário brasileiro, o jurista Carlos Alexandre de Azevedo Campos o define como “o exercício expansivo, não necessariamente ilegítimo, de poderes político-normativos por parte de juízes e cortes em face dos demais atores políticos”.¹⁶

No mesmo sentido é o em entendimento de Luís Roberto Barroso, que “associa a idéia do ativismo judicial 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”.¹⁷

¹⁴ BARROSO, Luís Roberto. **Características do ativismo judicial nos Estados Unidos e no Brasil: Um breve histórico do ativismo judicial na Suprema Corte Norte-Americana e um paralelo com o recente ativismo judicial da Suprema Corte brasileira.** 2014. http://www.direitofranca.br/direitonovo/FKCEimagens/file/ArtigoBarroso_para_Selecao.pdf.

¹⁵ RAUPP, 2016, ibidem p.84

¹⁶ CAMPOS, 2014, p.49 ibidem p.64.

¹⁷ BARROSO, Luís Roberto. **Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática.** http://www.direitofranca.br/direitonovo/FKCEimagens/file/ArtigoBarroso_para_Selecao.pdf. Acesso em: 12/06/2018.

Em suma, o ativismo judicial está atrelado à idéia de transferência do poder decisório de questões atinentes ao Legislativo e Executivo para o Poder Judiciário, tratando-se, desse modo, de uma escolha em se expandir o alcance de interpretação da constituição, sendo esta a diferença pontual entre o ativismo e a judicialização.

Registra-se, em vista disso, que com a promulgação da chamada Constituição Cidadã, o exercício da jurisdição passou a ser concebido a partir de dois pressupostos, quais sejam: o ativismo judicial e a judicialização política. Assim sendo, Clarissa Tassinari destaca que:

Ao longo dos tempos, o Poder Judiciário vem passando por transformações no perfil de sua atuação. Neste sentido, a promulgação do texto constitucional de 1988 simbolizou um momento de uma radical modificação na forma como era concebido o exercício da jurisdição constitucional no Brasil. Em resumo, é possível afirmar que, a partir disso, duas principais expressões passaram a estar diretamente vinculadas à atividade jurisdicional: ativismo judicial e judicialização da política.¹⁸

A par disso, a judicialização, tida como um dos reflexos da redemocratização do país, pode ser conceituada como questões de larga repercussão política ou social que estão sendo decididas por órgãos do Poder Judiciário, e não pelas instâncias políticas tradicionais: o Congresso Nacional e o Poder Executivo, vejamos trecho de pesquisa desenvolvida por Barroso:

A judicialização e o ativismo judicial são primos. Vêm, portanto, da mesma família, freqüentam os mesmos lugares, mas não têm as mesmas origens. Não são gerados, a rigor, pelas mesmas causas imediatas. A judicialização, no contexto brasileiro, é um fato, uma circunstância que decorre do modelo constitucional que se adotou, e não um exercício deliberado de vontade política. Em todos os casos referidos acima, o Judiciário decidiu porque era o que lhe cabia fazer, sem alternativa. Se uma norma constitucional permite que dela se deduza uma pretensão, subjetiva ou objetiva, ao juiz cabe dela conhecer, decidindo a matéria. Já o ativismo judicial é uma atitude, a escolha de um modo específico e proativo de interpretar a Constituição, expandindo o seu sentido e alcance. Normalmente ele se instala em situações de retração do Poder Legislativo, de um certo descolamento entre a classe política e a sociedade civil, impedindo que as demandas sociais sejam atendidas de maneira efetiva.¹⁹

Ademais, Anderson Teixeira e Isadora Neves preconizam que:

¹⁸ TASSINARI, Clarissa. **Jurisdição e ativismo judicial: limites da atuação do Judiciário**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013, p.16.

¹⁹ BARROSO. **Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática**, *op. cit.*

o ativismo judicial consiste em um ato de vontade do julgador que extrapola os limites de sua atuação, a partir de uma tomada de decisão, enquanto a judicialização pode ser definida como um fenômeno contingencial e fruto de um contexto histórico, social e jurídico.²⁰

Em suma, o ativismo resta configurado quando o exercício da jurisdição vai muito além dos limites de atuação impostos ao Judiciário e a judicialização pode ser visualizada pela intervenção do Judiciário de questões discutidas antes só no âmbito político.

4. O ATIVISMO JUDICIAL FRENTE ÀS CONCEPÇÕES TEÓRICAS ANTAGÔNICAS

Com a promulgação da Constituição 1988 e aparente ascensão da figura do judiciário pautada, sobretudo, na atuação pró-ativa do Supremo Tribunal Federal frente a concretização de direitos fundamentais, que o ativismo passou ter grande destaque em âmbito nacional.

Resta esclarecer, contudo, que as interpretações ampliativas e o comportamento operante do judiciário têm dividido opiniões. Há, em consonância com Maurício Raupp, “um antagonismo no plano das ideias, isto é, um cenário de dualismo teórico representado, atualmente, por Luís Roberto Barroso e Lênio Streck”.²¹

Assim, para os adeptos do posicionamento de Luís Roberto Barroso, o ativismo judicial é concebido como:

[...] fruto de uma atuação proativa do judiciário que busca a concretização de direitos e liberdades fundamentais, em especial às minorias desprotegidas e, ainda, não previstos textualmente, sobretudo, quando presentes omissões estatais – Executivo e Legislativo- elevando-o, com isso, a quase que uma qualidade inerente da jurisdição. (RAUPP, 2016, p.121)

No mesmo passo, para o estudioso Mauro Cappelletti, o ativismo judicial:

²⁰ TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski; NEVES, Isadora Ferreira. “**As influências do neoconstitucionalismo nos fenômenos do ativismo judicial e da judicialização da política no Brasil**”. 2014. <http://andersonteixeira.com/data/documents/Artigo-AVT-e-IFN-Ativismo-judicial-e-neoconstitucionalismo.pdf>. Acesso em: 17/06/2018.

²¹ RAUPP, 2016, p.40, ibidem, p.120.

[...] não seria somente um fenômeno inevitável, mas também necessário e recomendável em países democráticos, responsável por reforçar o Estado Democrático de Direito e por concretizar direitos individuais e coletivos garantidos constitucionalmente, ainda que, para isso, tenham que interferir no campo de atuação dos poderes Legislativo e Executivo.²²

Desse modo, para os que se vinculam a essa linha de pensamento, o Judiciário, representado, sobretudo, pelo Supremo Tribunal Federal, agiu de maneira correta e ativista ao editar súmula vinculante detalhando os contornos e o alcance da regra de vedação do nepotismo sem qualquer intermediação do legislador ordinário, bem como ao estabelecer interpretação extensiva ao art.226, § 3º da Constituição Federal e equiparar a união estável entre casais hétero e homoafetivos, bem como ao autorizar pesquisas e tratamentos médicos com células-tronco embrionárias.

Pelas palavras de Barroso, o Judiciário deve agir com deferência quando o Executivo e o Legislativo tenham se pronunciado, porém, em caso de omissão estatal em relação a assunto que deveria ter se pronunciado, a lacuna normativa deve ser preenchida pela via Judiciária, vejamos:

Como é intuitivo, o Supremo Tribunal Federal desempenha um papel de maior destaque quando o Poder Legislativo não tenha atuado. É nas lacunas normativas ou nas omissões inconstitucionais que o Tribunal assume um papel de eventual protagonismo.²³

Por outro lado, para os críticos, o ativismo judicial é correlacionado ao subjetivismo, isto é, a um ato de vontade do julgador no momento da interpretação e aplicação do direito, donde subjaz a discricionariedade judicial, extrapolando-se os limites institucionais estabelecidos pela Constituição. Na mesma medida, Maurício Raupp estabelece que:

não caberia ao judiciário, em especial ao Supremo Tribunal Federal, no caso brasileiro, em sede de jurisdição constitucional, avançar questões não suscitadas pelo Legislativo. Deve, sim, pautar sua atuação por intermédio da legislação democraticamente produzida, principalmente a norma constitucional, atribuindo sentido aos textos e respeitando os seus limites, inclusive semânticos. Do contrário, transformá-lo-ia em verdadeiro poder constituinte reformador, com competência para modificar não só a legislação infraconstitucional, como também o próprio sentido da

²² CAPPELLETTI, 1999, p. 13, 103, 116, 133.

²³ BARROSO, Luís Roberto. **Constituição, direito e política: O Supremo Tribunal Federal e os poderes da república.** <http://www.migalhas.com.br/Quentes/17,MI225392,41046-Constituicao+Direito+e+politica+por+Luis+Roberto+Barroso> Acesso em: 17/06/2018.

Constituição, a partir da construção de normas infringentes de suas limitações.²⁴

Em outras palavras, para os grandes críticos, a função de guardião e intérprete final do texto constitucional, atribuída ao Supremo Tribunal Federal, não legitima o Judiciário a alterar o texto constitucional conforme interesses subjetivos.

Ronald Dworkin, por sua vez, também adota uma concepção negativa do que vem a ser ativismo judicial, considerando-o como:

[...] uma “forma virulenta de pragmatismo jurídico”, em que o juiz (ativista) ignoraria o texto da Constituição, a história de sua promulgação, as decisões anteriores da Suprema Corte, as duradouras tradições da cultura jurídica norte-americana e imporiam seus próprios pontos de vista sobre o que a justiça exige.²⁵

Seguindo essa mesma linha de raciocínio, Streck aduz que:

o ativismo judicial situa-se na discricionariedade e, a partir disso, se elabora uma divisão entre escolha e decisão judicial, que, para ele não são sinônimas. Segundo ele a decisão judicial não pode ser o resultado de escolhas políticas elaboradas, a priori, pelo juiz, num grau zero de sentido, de acordo com suas convicções pessoais de mundo em detrimento do Direito.²⁶

Realça-se que, por esse entendimento, a disseminação do ativismo representa uma afronta à Teoria da Separação dos Poderes, consolidada por Montesquieu e está inteiramente associado, para Elival da Silva Ramos, “como uma descaracterização típica da função do Poder Judiciário, com incursão insidiosa com o núcleo essencial de funções constitucionalmente atribuídas a outros poderes”.²⁷

Em face do exposto, por um viés mais conservador, o ativismo judicial transforma o magistrado em verdadeiro legislador, o que representa uma afronta ao Estado Democrático de Direito, estruturado, principalmente, pela concepção de independência e harmonia entre os poderes.

²⁴ RAUPP, 2016, ibidem, p.12-123.

²⁵ DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. Trad. Jefferson Luiz Camargo e versão técnica de Gildo Sá Leitão Rios. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2011.p. 451-452.

²⁶ STRECK, Lenio Luiz. Verdade e consenso: **constituição, hermenêutica e teorias discursivas**. 5. ed. rev. mod. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2014.p.107.

²⁷ RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos*. São Paulo: Saraiva, 2010, p.117.

Pode-se concluir, portanto, que o ativismo judicial no cenário brasileiro permeia duas concepções ideológicas extremamente antagônicas e é objeto de discussão de grandes constitucionalistas, exemplificadas de um lado pelos posicionamentos de Luís Roberto Barroso e Maurício Cappelletti e de outro por Lênio Streck, Elival Ramos e Ronald Dworkin.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente trabalho almejou discorrer, com riqueza de detalhes, a respeito do emblemático instituto do ativismo judicial, ressaltando o seu processo de formação e evolução ao longo da história, sobretudo, no cenário brasileiro, por meio de uma análise crítica sobre o tema, sem, contudo, estabelecer um efetivo posicionamento a respeito do assunto, pois, em que pese à ascensão do exercício da jurisdição pelo judiciário, não se pode esquecer os diversos problemas advindos desta postura frente ao Princípio da Separação dos Poderes.

Inicialmente, foi realizado um estudo da Teoria da Separação dos Poderes, enfatizando o seu modo de aplicação desde a concepção de necessidade descentralização do poder por Platão, a identificação de divisão do governo por Aristóteles, os apontamentos trazidos por John Locke até se chegar à renomada tripartição dos poderes emanada pelo Barão de Montesquieu, que fora abraçada pelo ordenamento jurídico e agregada a todas as constituições brasileiras.

Valendo-se da Teoria da Separação dos Poderes instituída, foi possível uma maior compreensão da sistemática de pesos e contrapesos atribuída pela Constituição cidadã de 1988 ao art.2º, que passou ao status de cláusula pétrea para resguardo da independência entre as esferas Legislativa, Executiva e Judiciária.

À vista dessa teoria, esta fonte de pesquisa mostrou que o fenômeno do ativismo judicial surgiu nos Estado Unidos, fruto do julgamento dos precedentes *Marbury vs. Madison*, *Lochner vs. New York* e *Dred Scottvc, Sand*, os quais foram responsáveis pelo despontamento do controle de constitucionalidade norte-americano.

Assim, utilizando-se da ideologia ativista estadunidense que os debates sobre a questão passaram a se manifestar no Brasil, especialmente, após a promulgação da Constituição de 1988, não possuindo a terminologia, ainda, uma única definição difundida.

Em meio à existência de múltiplos conceitos e aplicabilidade questionável, a análise do ativismo judicial no Brasil demanda o envolvimento de duas ideologias antagônicas, que perfazem o posicionamento, respectivamente, de Luís Roberto Barroso e Maurício Cappelletti e de outro por Lênio Streck, Elival Ramos e Ronald Dworkin.

De um lado há os doutrinadores que acreditam ser o ativismo fruto de uma expansão do Poder Judiciário em face das omissões do Legislativo e Executivo e de outro há aqueles que vislumbram o ativismo como parte de um decisionismo judicial exacerbado, em que juízes estabelecem determinações conforme sua consciência, ainda que, para tanto, necessitem ir além dos limites constitucionais.

Salienta-se, nesse ponto, que não há consenso doutrinário no Brasil a respeito desse instituto precoce. Logo, enquanto para os adeptos do ativismo a sua disseminação é responsável pela garantia e efetivação dos direitos fundamentais, para os críticos a atuação expansionista do judiciário representa uma afronta à Teoria da Separação dos Poderes.

Apesar da divergência conceitual e discussão relativa aos limites e possibilidades deste fenômeno, o ativismo judicial é uma realidade no Brasil, tendo sido evidenciado, por exemplo, na edição de súmula vinculante no caso do nepotismo, da união homoafetiva e aprovação de estudos de células-tronco.

Por essas perspectivas, o presente estudo cumpriu o seu papel ao expor, com neutralidade, os diferentes entendimentos sobre o tema, sem elencar qualquer conotação positiva ou negativa ao ativismo judicial, bem como sem explicitar nenhum posicionamento no que tange a ser legítima ou ilegítima a atuação expansionista do judiciário.

De fato, o que se pretendeu com este estudo não foi esgotar o tema em sua integralidade, mas, acima de tudo, contribuir para a discussão acerca da problemática existente entre o ativismo e a tripartição de poderes, e, assim, incentivar uma maior disseminação e debate sobre a temática no contexto brasileiro.

6. REFERÊNCIAS

ARISTÓTELES. **A Política**. Livros III e VI. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

BARROSO, Luís Roberto. **Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática**.

http://www.direitofranca.br/direitonovo/FKCEimagens/file/ArtigoBarroso_para_Selecao.pdf. Acesso em: 12/06/2018.

BARROSO, Luís Roberto. **Características do ativismo judicial nos Estados Unidos e no Brasil**: Um breve histórico do ativismo judicial na Suprema Corte Norte-Americana e um paralelo com o recente ativismo judicial da Suprema Corte brasileira. 2014.

Http://www.direitofranca.br/direitonovo/FKCEimagens/file/ArtigoBarroso_para_Selecao.pdf. Acesso em: 12/06/2018.

BARROSO, Luís Roberto. **Constituição, direito e política: O Supremo Tribunal Federal e os poderes da república**.

<http://www.migalhas.com.br/Quentes/17,MI225392,41046->

Constituicao+Direito+e+politica+por+Luis+Roberto+Barroso Acesso em: 17/06/2018.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em 16 de junho de 2018.

CANOTILHO, J.J.Gomes. **Direito constitucional e Teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2010.

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

CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes legisladores**. Trad. de Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1999.

CUNHA JÚNIOR, Dirley. **Curso de direito constitucional**. 6. ed. Salvador: Juspodvim, 2016.

DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. Trad. Jefferson Luiz Camargo e versão técnica de Gildo Sá Leitão Rios. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2011.

MONTESQUIEU. **Do Espírito das Leis**. Tradução de Jean Melville. São Paulo: Martin Claret. 2010

PLATÃO. **A República de Platão: uma biografia/ Simon Blackburn**. Livros II, III e IV. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 2008.

RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos**. São Paulo: Saraiva, 2010.

RAUPP, Maurício Santos. **Ativismo Judicial: Características e singularidades Do voluntarismo à concretização de direitos**. 1ª.ed.- Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.

STRECK, Lenio Luiz. Verdade e consenso: **constituição, hermenêutica e teorias discursivas**. 5. ed. rev. mod. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2014.

TASSINARI, Clarissa. **Jurisdição e ativismo judicial: limites da atuação do Judiciário**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski; NEVES, Isadora Ferreira. **“As influências do neoconstitucionalismo nos fenômenos do ativismo judicial e da judicialização da política no Brasil”**. 2014. <http://andersonteixeira.com/data/documents/Artigo-AVT-e-IFN-Ativismo-judicial-e-neoconstitucionalismo.pdf>. Acesso em: 17/06/2018.