

FACULDADES INTEGRADAS DE ARACRUZ

JOÃO PAULO DE MENEZES CARMO

ATIVISMO JUDICIAL E A SEPARAÇÃO DOS PODERES

ARACRUZ-ES

2019

JOÃO PAULO DE MENEZES CARMO

ATIVISMO JUDICIAL E A SEPARAÇÃO DOS PODERES

Monografia apresentada ao Curso de Direito das Faculdades Integradas de Aracruz - FAACZ, como requisito para obtenção do grau de Bacharel em Direito.

Orientador: Prof. ^o Diego Crevelin de Sousa

ARACRUZ-ES

2019

JOÃO PAULO DE MENEZES CARMO

ATIVISMO JUDICIAL E A SEPARAÇÃO DOS PODERES

Dissertação apresentada ao Curso de Direito das Faculdades Integradas de Aracruz, como requisito para obtenção do grau de Bacharel em Direito.

Aprovado em ____, de dezembro de 2019.

COMISSÃO EXAMINADORA

Prof. ° Diego Crevelin de Sousa
Faculdades Integradas de Aracruz
Orientador

Prof. ° Dr.
Faculdades Integradas de Aracruz

Prof. ° Dr.
Faculdades Integradas de Aracruz

RESUMO

Este trabalho tem como objetivo verificar a compatibilidade do ativismo judicial e a separação dos poderes. Para tanto faz-se necessário identificar os avanços históricos no que diz respeito ao princípio da separação dos poderes, perfazendo um breve caminho até que se chegue nos pensamentos de Montesquieu. A partir daí identificar como este conceito é encarado pela literatura moderna, como se pode encontrar um discurso mais restritivo quanto a separação dos poderes, e outro mais maleável quanto a organização do estado a fim de efetivar tal princípio. Partindo então para a identificação da origem do conceito de ativismo judicial e decisões que deram início a este movimento. Posteriormente identificar o que é o ativismo judicial em sua essência.

Palavras-chave: Ativismo Judicial. Separação dos Poderes. Constitucionalismo.

ABSTRACT

This paper aims to verify the compatibility of judicial activism and the separation of powers. For this, it is necessary to identify the historical advances with regard to the principle of separation of powers, making a brief path until reaching Montesquieu's thoughts. From then on identify how this concept is viewed by modern literature, how one can find a more restrictive discourse regarding the separation of powers, and another more malleable about the organization of the state in order to effect such a principle. Starting then to identify the origin of the concept of judicial activism and decisions that started this movement. Subsequently identify what is judicial activism in its essence.

Keywords: judicial activism. Separation of powers. Constitucionalism.

SUMARIO

1. INTRODUÇÃO.....	7
2. SEPARAÇÃO DOS PODERES.....	9
2.1 ORIGEM.....	9
2.2 FUNDAMENTOS	14
3. ATIVISMO JUDICIAL	21
3.1 ORIGEM.....	21
3.2 FUNDAMENTOS.....	26
4. CONFRONTO.....	35
5. CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	39
REFERÊNCIAS.....	40

1. INTRODUÇÃO

Ao longo da história a sociedade sempre buscou mecanismos para a manutenção e controle do poder, desde a idade clássica, já havia aqueles que prescreviam a separação do poder político do estado como melhor de forma de conservá-lo ao mesmo tempo que preservasse a liberdade do indivíduo em face do estado, sendo respeitados seus momentos históricos e suas peculiaridades temporais.

Neste sentido estimou-se que um sistema de tripartição dos poderes seria o modelo necessário para a composição de um estado limitado, o que inspirou movimentos revolucionários que cortaram os laços com o status quo. Ocorre que mesmo nos tempos atuais a separação dos poderes é tema de grande discussão, principalmente quanto a possibilidade de interferência dos poderes nas esferas uns dos outros e sua compatibilidade com a democracia e o efetivo controle do poder estatal.

Consustancial à estas discussões, nos últimos anos, em virtude de uma onda de corrupção e de um afastamento entre governantes e a vontade do povo, o judiciário tomou para si a égide de uma proatividade paladina, agindo, segundo seu entendimento, quando há a falta de atividade do legislativo, praticamente legislando normas que “ expressem a vontade do povo”, e do executivo, e por muitas vezes também sob o pretexto de trazer à luz do estado o clamor popular.

Diante deste quadro o judiciário, especialmente a Suprema Corte pátria, julgou e julga uma série de casos, alguns emblemáticos, não seguindo a legislação, a vontade do povo expressa pela democracia e pelo processo democrático de criação de leis, mas seguindo sua discricionariedade de entendimentos subjetivos.

O resultado desta somatória de fatores é um poder judiciário de ego inflado, desrespeitoso quanto a separação dos poderes, tomando lugar especialmente do legislativo, projetando para si a imagem de paladinos da justiça.

O problema desta soma é que em primeiro plano, o judiciário brasileiro não é eleito pela vontade do povo, sendo assim não pode reservar para si a possibilidade de decidir segundo seus parâmetros idealizados de mundo ideal. Em segundo plano é inconstitucional esta prática vez que a Constituição da República trata como cláusula pétrea a separação dos poderes. Ademais o que acontece na realidade quando um juiz decide ser proativo em desconformidade com a lei para atender a seu subjetivismo, ele não estará sendo nada menos que parcial.

Neste sentido, será tratado neste trabalho, como formou-se o conceito de separação dos poderes e sua discussão na atualidade. Como formou-se o ativismo judicial e como pode ser conceituado. Por fim será verificado a compatibilidade do ativismo judicial dentro de um estado que tem como um dos princípios basilares a separação dos poderes.

2. SEPARAÇÃO DOS PODERES

2.1 ORIGEM

A Grécia antiga, palco de uma civilização que contribuiu e contribui até os presentes dias com os avanços das sociedades. Berço da democracia, filosofia e política, especialmente a cidade-estado de Atenas.

Entretanto aqueles que poderiam participar da democracia ateniense, através das assembleias, do Conselho e da Corte, apenas poucos seletos homens, cabendo aos escravos, mulheres e estrangeiros o papel ingrato de acatar os resultados da vontade dos homens atenienses livres, que representavam a minoria da população.

Contudo, foi na Grécia antiga onde se formou o primeiro pensamento no sentido de uma separação, ou melhor, de uma distribuição das funções estatais. Sob à égide do pensamento de Aristóteles, em sua obra “A política”, foi concebido o entendimento de que deveria afastar do âmbito do poder estatal a política, bem como a criação de um sistema judicial, também aquém da religião, bem como que o exercício do poder político do estado deveria ser dividido nas funções: deliberativas, executiva e jurisdicional. Neste diapasão

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 a maneira de satisfazê-las. O terceiro abrange os cargos de jurisdição. ¹

Dentro do estado romano este pensamento foi incorporado à suas instituições, sendo moldadas para aquela sociedade, porquanto se pode considerar Roma como a sede do positivismo, o estado tinha seus pilares no direito na propriedade privada, devendo inclusive à própria entidade estatal o dever de assegurar a defesa deste direito. O cidadão romano detinha um certo nível de proteção inclusive contra a mão forte do estado, havendo um certo nível do que hoje chamamos de princípio da legalidade

¹ARISTÓTELES. Disponível em: http://www.dhnet.org.br/direitos/anthist/marcos/hdh_aristoteles_a_politica.pdf. Acesso em 05 ago. 2019.

Com a queda do império romano, devido a conflitos internos, corrupção entre gerais e invasões barbaras, o território imperial dividiu-se em várias outras pequenas porções de terra, de propriedade dos nobres.

Neste período, nobres aventureiros invadiam, saqueavam e matavam os territórios dos agora reis. Motivados pela necessidade de frear esses ataques incessantes, foi estabelecido que nobres se tornariam senhores feudais, e em seu território eles teriam a totalidade do poder estatal.

Aliando este fato à influência direta da Igreja Católica nas decisões políticas, renovou-se mais uma vez a tese de que os reis e nobres, foram escolhidos pelo próprio Deus. Este período conhecido como idade média foi o palco de um dos períodos mais negros da história da humanidade, e também do direito, não à toa foi conferido a este período a sigma de idade das trevas.

Em razão do estabelecimento destes regimes monárquicos absolutistas, consolidados à partir da Idade Média, surge um pensamento de o poder estatal deveria ser condensado nas mãos do monarca, ideologia esta pregada por Thomas Hobbes, em o *Leviatã*, sob o argumento de que os homens, na necessidade de superar o estado de natureza deveriam se submeter à um poder centralizado e absoluto.

É cediço salientar que na renascença o filósofo e teórico político, Maquiavel, escreve em “O Príncipe” que o monarca deveria dividir seu poder com o parlamento, a fim de evitar desavenças com nobres parlamentares, e que o poder judiciário deveria ser independente.

O marco histórico para o fim do absolutismo ocorre com a promulgação da Carta Magna na Inglaterra, em 1215, a qual impôs limites ao poder monárquico ao submetê-lo ao parlamento que seria a representação da vontade do povo, mesmo que na realidade se tratassem, majoritariamente da vontade da burguesia.

Faz-se mister trazer às ideias do pai do liberalismo clássico, John Locke, em suas obras “Primeiro Tratado sobre o Governo Civil”, faz crítica ferrenha ao absolutismo sustentado pelo direito divino dos reis, argumentando, em síntese, que se tratava de uma ideia criada pelo homem. Entretanto foi em sua obra “Segundo Tratado sobre o Governo Civil” onde ele fixou seus maiores pensamentos, a primazia da propriedade privada, e a obrigação do estado em defendê-la, e defendeu o modelo de divisão de função do estado em legislativo, executivo, federativo e discricionário.

Neste modelo Locke previa que o poder legislativo exprimisse a força da população, de modo que eles se sujeitassem a leis que por eles haviam sido elaboradas, que o executivo fiscalizasse o cumprimento de tais leis, e aliando-se ao poder federativo lhe incumbia a função de resguardar a segurança da população. No tocante ao poder discricionário, mesmo prevendo a limitação do poder do monarca, dissertava Locke no sentido que no momento em que houvesse contradição entre o governo e a vontade do povo, o monarca poderia agir na intenção de corrigir tal distanciamento, inclusive podendo agir contra legem.

Mesmo admitindo tal grau de interferência, o cientista político pregava a supremacia do poder legislativo em detrimento dos outros, nesta obra Locke faz a seguinte dissertação:

Em todo caso, enquanto o governo subsistir, o legislativo é o poder supremo, pois aquele que pode legislar para um outro lhe é forçosamente superior; e como esta qualidade de legislatura da sociedade só existe em virtude de seu direito de impor a todas as partes da sociedade e a cada um de seus membros leis que lhes prescrevem regras de conduta e que autorizam sua execução em caso de transgressão, o legislativo é forçosamente supremo, e todos os outros poderes, pertençam eles a uma subdivisão da sociedade ou a qualquer um de seus membros, derivam dele e lhe são subordinados.²

O pensamento de John Locke influenciou as revoluções liberais que aconteceram nos anos seguintes, principalmente a Revolução Gloriosa (1633-1701), juntamente com a elaboração da *Bill of Rights*, que reafirmava os preceitos estabelecidos na Carta Magna.

Em sua obra “O espírito das leis” Montesquieu apresenta sua teoria quanto a separação do poder estatal em três esferas, o sistema de freios e contrapesos, sendo influenciado pelas obras de Aristóteles e John Locke, auferindo em primazia a ideia que para que não houvesse abuso na exteriorização do poder político do estado, seria necessário que através da organização das coisas, o poder limitasse o poder.

É cediço ambientar o momento histórico onde Montesquieu estava inserido, verifica-se que sua obra fora introduzida num mundo onde os sistemas absolutistas estavam enfraquecidos e já não tinham a aceitação popular como outrora, aliado a tal fato é imperioso observar que ele viveu por dois anos na Inglaterra pós revolução Gloriosa (influenciada pelos pensamentos de John Locke).

² LOCKE, JOHN. SEGUNDO TRATADO SOBRE O GOVERNO CIVIL. TRAD. ALEX MARINS, SÃO PAULO: MARTIN CLARET, 2003. P. 76

Assim sendo a obra de Montesquieu tinha como objetivo lastrear filosoficamente as barreiras que impediriam a continuação do *status quo*, qual seja o absolutismo monárquico, bem como seu possível retorno pós revolução.

O pensamento de Montesquieu foi tratado dogma Constitucional, sendo positivado na Constituição Americana, de 1787, e juntamente à Revolução Francesa, na Declaração do Homem e do Cidadão em 1789.

A ideia de Montesquieu, de que apenas o poder pode deter o poder, somente seria alcançado através de uma disposição das funções do estado na figura da separação dos poderes.

Neste sentido, disserta Paulo Bonavides em sua obra, Teoria do Estado, quando a separação dos poderes por Montesquieu:

Os três poderes são o legislativo, o executivo e o judiciário, ou, na linguagem de Montesquieu, o poder legislativo, o poder executivo das coisas que dependem do direito das gentes (executivo) e o poder executivo das coisas que dependem do direito civil(judiciário).³

Seria a função do poder legislativo a de criar leis, corrigi-las ou revogá-las. Ao poder executivo tinha sua esfera de poder conferida na política externa e na manutenção da segurança. Ao poder judiciário cabia punir os crimes e julgar as lides entres os civis.

Nesta seara objetivava Montesquieu a garantia da liberdade política. Montesquieu diferenciava a liberdade em dois aspectos, o filosófico e político. Quanto a liberdade filosófica trata-se da possibilidade do exercício da vontade. Quanto a liberdade política, trata-se do respeito ao cidadão e o respeito a Constituição.

Assim sendo somente alcaçaria a liberdade política o cidadão que exercesse a sua vontade dentro dos parâmetros estabelecidos pela lei. Ocorre que a chave para que o estado garanta a liberdade dos cidadãos, torna-se imperioso a tese da separação dos poderes, na medida em que assevera como o governo deve organiza-se, na medida em que a impossibilidade da cumulação de função que emane o poder estatal no mesmo órgão ou pessoa, impediria que um cidadão tema outrem.

Assim para garantir a liberdade Montesquieu prevê que a separação dos poderes é o remédio supremo:

³ BONAVIDES, Paulo, **Teoria do Estado**, 3ªedição, São Paulo, Malheiros Editora, 1999.p. 158.

Se o poder legislativo estiver enlaçado com poder executivo nas mãos de um único titular – o monarca ou órgão coletivo- não há liberdade, visto que aquele monarca ou órgão coletivo poderá fazer leis tirânicas para executá-las tiranicamente.

Tampouco haverá liberdade se o poder judiciário vier associado ao poder legislativo e ao poder executivo.

Na primeira hipótese – acrescenta Montesquieu- o poder judiciário somado ao poder legislativo num mesmo titular faz do juiz legislador, com poder arbitrativo sobre a vida e a liberdade dos cidadãos.

Na segunda hipótese – o poder judiciário mais poder executivo- temos um juiz com a força de um opressor⁴

Para assegurar a separação dos poderes, Montesquieu também estabeleceu que o melhor regime seria o representativo, na medida em que o Estado Livre é caracterizado pela possibilidade do homem se autogovernar, fazendo uso do poder legislativo.

Para o funcionamento dessa separação o autor institui que cada função seria detentora da faculdade de estatuir e a faculdade de impedir. Sendo a faculdade de estatuir a possibilidade de um poder sanar o ato de outro e a faculdade de impedir seria a possibilidade de tornar o ato nulo. Sendo efetivados pela fiscalização do poder executivo quanto ao cumprimento das leis pelo legislativo, e a capacidade de impedir que o poder legislativo criasse leis que retirassem totalmente o poder do executivo, o tornando despótico.

Quanto ao poder judiciário, ao contrário do protagonismo concedido à este poder atualmente, como será elucidado posteriormente, Montesquieu entendia que à este poder não seria conferido as faculdades supramencionadas, trazendo uma visão de que os juízes seriam seres inanimados, verdadeiros “ bocas da lei”, apenas aplicando a lei, sem fazer qualquer tipo de juízo de moderação na aplicação da norma⁵

Neste sentido ao instituir tais funções supramencionadas, Montesquieu objetivava o exercício do poder de forma estanque, e posteriormente tal ideia foi utilizada para instituir o sistema de check and balances – freios e contrapesos- nos Estados Unidos.

Conforme afirma Paulo Bonavides, as faculdades de estatuir e impedir foram a base para a técnica criada por Bolingbroke, na Inglaterra do século XVIII. Visto que

4BONAVIDES, Paulo, **Teoria do Estado**, 3ªedição, São Paulo, Malheiros Editora, 1999, p. 159
5MONTESQUIEU. O ESPÍRITO DA LEI, DISPONÍVEL EM
<[HTTPS://EDISCIPLINAS.USP.BR/PLUGINFILE.PHP/2963710/MOD_RESOURCE/CONTENT/0/MONTESQUIEU-O-ESPÍRITO-DAS-LEIS_COMPLETO.PDF](https://edisdisciplinas.usp.br/pluginfile.php/2963710/mod_resource/content/0/MONTESQUIEU-O-ESPÍRITO-DAS-LEIS_COMPLETO.PDF)> ACESSO EM 16 OUT. 2019.

quando o executivo veta um ato do legislativo não faria uso da faculdade de estatuir, mas sim da de impedir, sendo clara a semelhança ao sistema de freios e contrapesos.

Contudo há de salientar apesar de suas preocupações com a liberdade e limitação dos poderes Montesquieu não pode ser considerado um arauto do constitucionalismo, pois conforme disserta Pietro de Jesus Lora Alarcón, fora senão um aristocrata que ao observar a experiência inglesa, criou uma técnica que permitisse uma forma equilibrada do exercício do poder político do estado, sem retirar dos nobres este controle.⁶

Ademais a assevera o autor:

Ainda que não fosse a teoria ideal para a burguesia, que no momento não tinha condições de exercer hegemonicamente o poder, as teses de Montesquieu começaram a ser de utilidade. Por isso, logo depois da Revolução, dentro do processo de reorganização do poder político e da criação de um código jurídico único que amparasse a hegemonia burguesa e seus valores, atribuindo a desse de segurança imprescindível para a reprodução das condições da livre iniciativa, a separação de funções foi positivada. Destarte os Documentos Constitucionais passam a ser altamente valorizados pela sua possibilidade de consagrar os direitos individuais, mas também a separação dos poderes.⁷

Neste sentido a tese separatista de Montesquieu é tida como um marco histórico, porquanto foi alicerce da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, que previa em seu artigo 16, que a sociedade que não esteja ampara na garantia dos direitos e na separação dos poderes não tinha Constituição. Bem como sagrou-se elementar do estado na Constituição Federal dos Estados Unidos de 1787.

2.2 FUNDAMENTOS

Conforme demonstrado no capítulo supra, verifica-se que desde a antiguidade encontram-se pensamentos e teorias que vêm a compor o que hoje entende-se como princípio da separação dos poderes, contudo somente com John Locke e Montesquieu, especialmente este último, foi demonstrado de forma mais exata a formulação deste princípio.

⁶ ALARCÓN, Pietro de Jesus Lora, **Ciência Política, Estado e Direito Público**, 3ª edição, São Paulo, Editora Verbatim, 2017, pag.299.

⁷ ALARCÓN, Pietro de Jesus Lora, **Ciência Política, Estado e Direito Público**, 3ª edição, São Paulo, Editora Verbatim, 2017, pag.300.

Contudo faz-se mister trazer os fundamentos contemporâneos a respeito de tal instituto, conforme disserta Geroges Abboud, em sua obra “Processo Constitucional Brasileiro – 2018” a separação dos poderes é princípio essencial para a estrutura da democracia constitucional, e via de consequência do estado democrático de direito, na medida em que impõe parâmetros para o exercício de quaisquer poderes, incluindo-se o poder de jurisdição previsto na constituição.

Nesta seara é imprescindível dizer que a separação dos poderes é precedente essencial para o combate ao ativismo, na medida em que vincula a atuação do poder judiciário ao que a constituição lhe incube dentro do que foi determinado como sua esfera de poder.

Assim sendo a separação dos poderes trata-se de uma racionalização do poder, na medida em que pode ser conceituada como limitação efetiva do poder público.

Neste diapasão escreve Geroge Abboud:

[...]o elemento subjacente que permanece com carga reguladora do conceito – e que, por isso desdobra-se em uma dimensão de expectativa ou de longa duração – é a ideia de limitação do poder, classicamente presente na fórmula de Montesquieu a respeito do “poder que controla o poder”. Portanto o conceito que nos orienta na análise da separação dos poderes é o de limitação efetiva do poder político e não a velha tentativa de análise que se apoia na configuração tripartite.⁸

Conforme o exímio doutrinador disserta, é necessário sobressair da concepção clássica quanto a separação dos poderes, para a trazer ao nosso momento histórico contemporâneo.

Em complemento a tal pensamento Elival da Silva Ramos aduz que este princípio parte da identificação das principais funções a serem exercidas pelo estado, observando a obra de Montesquieu sob a ótica atual de um Estado democrático-liberal baseado no welfare state da nossa atualidade.

Ademais o referido autor diz que é necessário que cada poder tenha suas funções e prerrogativas institucionais conferidas de forma orgânica, nesta seara disserta;

Em segundo lugar, propõe-se que essas funções sejam atribuídas a estruturas orgânicas independentes entre si, o que exige dotar-se cada uma

⁸ ABOUD, GEORGES, **Processo constitucional brasileiro**, 2ª ed. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2018, PAG 1177.

delas de determinadas prerrogativas institucionais e os seus titulares de garantias funcionais, estando a eles vedada, por outro lado, a participação em funções estranhas ao aparato orgânico a que se vinculam⁹

Neste sentido observa-se mais uma vez a premissa de vinculação do exercício do poder estatal à constituição, vez que este instrumento indicaria as atribuições, prerrogativas e garantias funcionais de cada poder, impelindo ainda a proibição da expansão da sua esfera de poder para além do foi vinculado.

Ademais cada poder deve ter as suas funções ligadas predominante ao que lhe foi atribuído, contudo admitindo-se um certo compartilhamento de funções de forma orgânica.

Partindo desde ponto de vista é cediço dizer que, muito embora as contribuições históricas de Montesquieu para a distribuição das funções estatais com o intuito de limitar o poder do Estado, em face da primazia da liberdade, faz-se necessário dizer que a separação dos poderes é princípio que se adequa ao momento histórico e político, sendo que a ideia de Montesquieu foi concebida sob a ótica dos movimentos liberais do século XVII, devendo portanto ser estabelecida conforme um sistema constitucional que lhe confira características peculiares.

Por quanto na medida em que as funções estatais se modificam para efetivar os objetivos que lhe foram propostos, modicam-se também os órgãos e instituições constitucionalmente previstos para assegurar o cumprimento destes objetivos.

Ou seja, se um Estado se propõe a assegurar rigidamente a limitação do poder através da distribuição de suas funções, concedendo hipóteses restritas de interpretação de competências, pode-se dizer que afigura satisfatória aplicação do princípio, na medida em que o estado combine a defesa da liberdade com a busca da igualdade, para que nesta busca possa lançar mão de mecanismos que possibilitem o compartilhamento de atividades, no intuito de primar pela eficiência da atuação estatal.

Em complemento a tal ideia diz Elival:

O princípio da separação dos Poderes envolve, destarte, uma articulação entre os órgãos e as funções do Estado, razão pela qual Canotilho o apresenta como “um princípio organicamente referenciado e funcionalmente orientado”. No tocante ao primeiro aspecto, importa ter presente que se está a cuidar da separação entre as estruturas orgânicas que exercem o poder estatal (em cujo topo estão os denominados órgãos de soberania²⁷⁶), em

⁹RAMOS, Elival Silva, **Ativismo Judicial: Parâmetros Dogmáticos**, 2ª ed., São Paulo, Saraiva, 2015, pag.115.

razão de um critério funcional, não havendo, pois, que se falar em quebra da unidade do poder do Estado. Em relação ao segundo aspecto, cabe lembrar que “os atos por meio dos quais se manifesta a vontade do Estado” podem ser vistos sob o prisma formal ou material.¹⁰

No que tange ao aspecto formal, identifica-se o ato a partir da qualidade do órgão que o executou, ou seja, através da verificação da competência que determinado órgão tem para exercer tal função. Sob o aspecto material observa-se o conteúdo do ato independentemente do órgão que o emanou.

Por outro lado, para o doutrinador José Afonso da Silva a separação dos poderes garante a investidura e permanência dos membros de um poder sem necessitar da confiança dos outros, que estes membros não têm a necessidade de consultar os outros poderes, podendo tomar as decisões de forma livre e independente, respeitando os ditames que prevê a constituição.¹¹

Quanto a harmonia o exímio doutrinador afirma que esta é produto das atribuições e respeito entre si dos poderes. Visto que dentro do sistema freios e contrapesos cada poder tem suas funções típicas e atípicas, como mecanismo para refreamento de possíveis arbitrariedades e excessos entre eles, e principalmente contra o povo.

Com objetivo de trazer um conceito contemporâneo quanto a separação dos poderes, é necessário não somente se ater a expressões nominais a respeito das funções de cada poder, mas verificar se existe algum grau de invasão ou violação de um poder em face de outro.

Assim sendo traz-se o pensamento de Jeremy Waldron, expresso por Georges Abboud, a separação dos poderes é um princípio político que tem sua utilização voltada para avaliar os parâmetros políticos e constitucionais dentro do estado democrático moderno, assevera o exímio doutrinador que faz necessário uma distinção do princípio das separação dos poderes de outro dois princípios que são comumente confundidos com este último, o princípio da descentralização dos poderes e dos freios e contrapesos, na medida em que a separação das funções tem sua emanção sobre e para além destes dois princípios. Ademais a separação dos poderes, para Waldron, trata-se de uma garantia constitucional, que zela, de início

RAMOS, Elival Silva, **Ativismo Judicial: Parâmetros Dogmáticos**, 2ª ed., São Paulo, Saraiva, 2015, pag.117

¹¹ SILVA, JOSÉ AFONSO DA. **CURSO DE DIREITO CONSTITUCIONAL POSITIVO**. 36 ED. SÃO PAULO: MALHEIROS EDITORES, 2013

pela integridade de cada um dos poderes e funções, medida em que assegura a integridade do legislativo, a autoridade do executivo e a independência do judiciário.¹²

Assevera ainda que cada uma dessas funções deve ser responsável pela exteriorização do poder estatal, devendo ser interpretadas de forma articulada de forma que ao invés de que decisões políticas atinjam um indivíduo em específico, toda decisão política deve ser precedida de regra produzida pela atuação do legislativo que incida sua aplicabilidade à todos, um processo no âmbito judicial que verifique que a conduta deste indivíduo subsumi ao previsto na regra. Neste sentido Waldron diz que o poder estatal é exercido da melhor forma, ou da forma mais respeitosa, quando segue tais premissas.

O autor ainda prossegue aduzindo que a democracia é essencial ao melhor modelo de governo já concebido e que a renúncia de qualquer um de seus interesses seria um equívoco. Neste sentido complementa dizendo que a falta de previsibilidade constitucional a respeito das separações das funções estatais em nada prejudica a sua necessidade para a democracia.

Nesta seara, como forma de assegurar a liberdade política do governo, faz-se necessário a separação de suas funções em legislativo, executivo e judiciário, devendo a cada um dos poderes emanar, através do desempenho de suas funções, o poder estatal. Ademais todo os poderes devem manter-se fixado ao exercício de sua própria função, não podendo interferir na esfera de atuação dos outros, para tanto nenhuma pessoa pode ser membro de mais um poder ao mesmo tempo.

Para Waldron, em um estado democrático de direito, toda ação governamental deve ser pautada em lei previamente estabelecida que autorize que o estado execute determinada ação, sendo necessariamente inevitável para a existência deste processo que os poderes do estado não sejam concentrados em apenas uma pessoa.

Neste sentido Waldron traça um paralelo entre o princípio da separação dos poderes e o princípio do devido processo constitucional, na medida em que ao optar por um governo pautado na lei, ao mesmo tempo escolhe ser governado por um processo pautado na separação dos poderes e suas articulações institucionais.

Por fim conclui Abboud quanto ao pensamento de Waldron

¹² ABOUD, GEORGES, **Processo constitucional brasileiro**, 2ª ed. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2018, pag. 1178

Em sua conclusão, Waldron dispõe que o princípio da separação de poderes impõe o respeito ao caráter e distinção de cada uma das três funções do governo. Isto não significa dizer que a separação deva ser considerada como um conglomerado de três princípios distintos relativo a cada um dos poderes. Há aspectos da separação de poderes que devem ser vistos sob essa perspectiva, mas, para o autor, seria lamentável se cada um desses aspectos fosse concebido de forma completamente distinta dos demais. Desta feita, comandar o respeito pela integridade de cada uma dessas três operações de governo é importante, precisamente porque elas precisam se encaixar no esquema geral de governança articulado. Faz-se necessário que cada uma, em sua integridade distinta, seja incorporada a um esquema comum de governo que permita às pessoas enfrentar o poder político de forma diferenciada

Assim assevera o doutrinador que os poderes não devem si confundir entre si, para que haja o respeito a sua integridade, na medida em que eles se moldam dentro de cada modelo de governo.¹³

Por outro lado, para Bruce Akerman, em sua obra “A nova separação dos poderes”, tem como norte de seu pensamento a ideia de que a separação dos poderes é inerente a ideia da democracia moderna, vez que conforme ele os maiores temas do constitucionalismo moderno é a democracia e a sua limitação.¹⁴

Neste sentido Akerman diz que a separação dos poderes não pode ser pensada de forma engessada, por quanto tornar-se-á obsoleta através do curso do tempo e das mudanças históricas, devendo então a separação das funções estatais ser encarada em uma nova roupagem, sob a perspectiva de um modelo de governo onde exista internamente controles do exercício político do poder, que não seja vinculado necessariamente a ideia da separação em três poderes, mas sim na efetividade da limitação do poder estatal. Entende o autor que esse princípio, trata-se de um arranjo político está sujeito a revisões que ocorrem de períodos em períodos alterando intimamente como as relações destes poderes são estabelecidas, bem como seus mecanismos de controle. Assim sendo o autor afirma que, em razão das possibilidades históricas de alteração deste arranjo político, torna-se necessário estabelecer o cerne da razão para o estabelecimento deste princípio como essencial ao regime democrático, a concepção de democracia e sua limitação.

Nesta seara:

O centro do debate é determinado, então, não pelos aspectos estruturais que caracterizam cada uma das funções do governo, mas, sim, pelo o que é necessário fazer para concretizar uma fórmula política democrática e pelo ideal de um governo limitado. Vamos à linha daquilo que defendemos anteriormente. Nada novo, portanto. Algo que se enraíza no conceito de

¹³ ABOUD, GEORGES, **Processo constitucional brasileiro**, 2ª ed. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2018

¹⁴ ABOUD, GEORGES, **Processo constitucional brasileiro**, 2ª ed. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2018. P. 1181

governo misto e que está retido em Montesquieu e nas suas observações relativas à necessidade de um poder que controla o próprio poder. O que há de novo são as possibilidades de se levar esse ideário à realização. Nesse aspecto, a engenharia constitucional produz novos materiais, engrenagens que são interessantes do ponto de vista jurídico-político.¹⁵

Denota-se, portanto que a separação dos poderes é fruto de evolução histórica do constitucionalismo, na medida em que se pode afirmar que seu objetivo é a limitação do poder, instituindo freios e racionalizando-o, com o intuito de impedir excessos do Poder Público.

Por fim pode observar que ambos autores, apesar de suas divergências, têm pontos em comuns, a existência da separação dos poderes e que sua natureza é constitucional, que sem o estabelecimento das funções legislativa, judiciária e executiva, na qual todos os poderes matem o respeito pela funcionalidade dos outros, não existe ambiente para a boa governança na medida em que a democracia inexistiria sem a limitação e racionalização do poder do estado, externalizada e instituída através da separação dos poderes.

Em complemento as nuances históricas das quais se depreendem as mudanças nas concepções no que tange à separação dos poderes, Elival Silva Ramos, disserta no sentido de que as constituições dentro do estado de direito jamais deixam de externalizar os órgãos responsáveis pelo exercício do poder político do estado, entretanto por vezes deixam de dizer expressamente qual a função ou funções que lhes competem preferencialmente em relação aos outros poderes, e com mais frequência deixam de indicar a função material de cada atividade. Neste sentido:

Ambas as tarefas, de toda sorte, acabam sendo cumpridas pela doutrina e pelos operadores do sistema, tendo como referencial o elenco de atos incluídos no rol de competências dos órgãos de poder. E se o fazem é porque não há como deixar de assim proceder, diante da acolhida do princípio da separação no Texto Magno, que exige, como já se salientou, a identificação da função estatal associada a cada um dos Poderes, sob o prisma substancial. Tal função típica admite, em alguma medida e nos termos expressamente prescritos pela Constituição, o compartilhamento interorgânico, mas sempre haverá um núcleo essencial da função que não é passível de ser exercido senão pelo Poder competente¹⁶

¹⁵ ABOUD, GEORGES, **Processo constitucional brasileiro**, 2ª ed. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2018, P. 1178

¹⁶ RAMOS, Elival Silva, **Ativismo Judicial: Parâmetros Dogmáticos**, 2ª ed., São Paulo, Saraiva, 2015, pag.118

Por outro lado, em razão da natureza articulada das atividades estatais, quando a exteriorização das funções dos poderes ultrapassarem para além de suas características materiais, será inevitável a sua inserção (indevida) no campo de atuação de outro poder, o que pode gerar o seu esvaziamento.

Por fim verifica-se que a separação dos poderes é mecanismo essencial para a existência da democracia e do estado de direito, sendo assim, a afirmação de que o judiciário deve agir sobre a atuação omissiva ou deficiente dos outros poderes, é o que abre precedente para a prática do ativismo judicial.

3. ATIVISMO JUDICIAL

3.1 ORIGEM

Inicialmente faz-se mister dizer que para a análise da origem do ativismo judicial é necessário observar O advento do Constitucionalismo, posterior à segunda Guerra mundial, sendo visto como resposta jurídica e política para o rompimento com a estrutura legislativa, que legitimava tais regimes, superando assim o argumento de mera obediência e observância das normas em seu aspecto formal, ou seja quanto a sua produção. Assim sendo inseriu nas constituições direitos e garantias fundamentais que seriam assegurados pela própria constituição, neste diapasão esse movimento se tornou um marco para a transição do Estado Legislativo de direito para o Estado Democrático de direito.¹⁷

Faz-se mister dizer que o constitucionalismo, conforme caracteriza Ferrajoli, é uma superação do paleopositivismo jurídico, vez que ao incorporar os direitos fundamentais às constituições, subjuga todos os poderes sob a égide da norma constitucional, visto que as normas infraconstitucionais devem obedecer aos ditames da Carta Magna.

Sendo assim a legalidade não mais é o condicionante da validade das normas infraconstitucionais, pois ela mesmo é condicionada pela constitucionalidade, ou seja, não vincula o estado a produção do direito no sentido de “Ser”, também no “deve ser” do próprio estado.

¹⁷ TASSINARI, CLARISSA, **JURISDIÇÃO E ATIVISMO JUDICIAL: LIMITES DA ATUAÇÃO DO JUDICIÁRIO**, PORTO ALEGRE, EDITORA LIVRARIA DO ADVOGADO, 2013

Impedindo assim, através das normas fundamentais, que a vontade de uma maioria eventual, em determinado espaço de tempo, revogue ou crie leis que restrinjam ou extingam direitos previstos nas Constituições.¹⁸

Com esta inserção de direitos e garantias fundamentais nas Constituições, e do firmamento do compromisso de cumprir e assegurar tais direitos, foram criados uma serie de mecanismos jurídicos-políticos para a efetivação destes direitos, neste diapasão disserta Clarissa Tassinari:

O surgimento dos textos constitucionais decorrentes tanto do primeiro pós-guerra quanto, mais tarde, do segundo modificou completamente o sentido de constitucionalismo no mundo todo. Ao agregar em direitos sociais e determinar em objetivos ao Estado, aumentaram a densidade normativa das constituições, que, como já mencionado, passaram não a penas a ser concebidas como um elemento organizacional, mas também a influir diretamente na política governamental a partir de uma noção de irradiação constitucional pelo sistema jurídico. Com isso, estas estratégias jurídicas possibilitaram mudanças significativas através de duas frentes :por um lado, ampliou-se o catálogo de direitos aos cidadãos (com o fito de se criar uma política de bem-estar) ;por outro, as sentou -se o dever de cumprir de modo imediato este programa constitucional (objetivando torna - lá efetiva)”¹⁹
Como via de consequência, aumentou-se a participação do poder judiciário na concretização dos preceitos constitucionais que garantem uma serie de direitos fundamentais e seus respectivos remédios constitucionais, o aumento das demandas judiciais buscando a tutela desses direitos é efeito natural decorrente da própria constituição.

Assim sendo, o Constitucionalismo surge como um mecanismo de “refreamento” da política, que porventura venha a tentar – e efetivamente conseguir- legislar contra preceitos constitucionais, abre um espaço para o deslocamento da atenção quanto a efetivação das garantias constitucionais para o judiciário, no intuito de assegurar-las, seja por omissão ou eventual abuso por partes do outro dois poderes.

Nesta seara diz, Lenio Streck:

[...]a situação hermenêutica instaurada a partir do segundo pós-guerra que proporciona o fortalecimento da jurisdição (constitucional) [...] pela força normativa dos textos constitucionais e pela equação que se forma a partir da inércia na execução de políticas públicas e na deficiente regulamentação legislativa de direitos previstos nas Constituições. É nisto que reside o que se pode denominar deslocamento do polo de tensão dos demais poderes em direção ao Judiciário. Ora, tal circunstância implica um novo olhar sobre o papel do direito – leia-se Constituição – no interior do Estado Democrático de Direito, que gera, para além dos tradicionais vínculos negativos (garantia

18 ANAIS DO IX SIMPÓSIO NACIONAL DE DIREITO CONSTITUCIONAL, ACESSADO EM <[HTTP://WWW.ABDCONST.COM.BR/REVISTA3/ANAISCOMPLETOS.PDF](http://www.abdconst.com.br/revista3/anaiscompletos.pdf)

¹⁹ TASSINARI, CLARISSA, **JURISDIÇÃO E ATIVISMO JUDICIAL: LIMITES DA ATUAÇÃO DO JUDICIÁRIO**, PORTO ALEGRE, EDITORA LIVRARIA DO ADVOGADO, 2013

contra a violação de direitos), obrigações positivas (direitos prestacionais). E isso não pode ser ignorado, porque é exatamente o cerne do Constitucionalismo Contemporâneo.²⁰

Assim nasce o que se conhece por judicialização da política, que é, em efeito prático, a consequência lógica do aumento de ações judiciais buscando a efetividade dos direitos fundamentais.

Apresentada a origem da maior participação do judiciário dentro do Estado Constitucional de Direito, faz-se necessário apresentar a problemática quanto ao surgimento do ativismo.

Pode-se afirmar que o ativismo judicial parte da premissa do Judicial Review Norte Americano, contudo antes de analisar suas peculiaridades é necessário introduzir duas decisões históricas que contribuíram para a criação deste mecanismo.

Para Clarissa Tassinara, em sua obra “Jurisdição e Ativismo Judicial: Limites da Atuação do Judiciário”, disserta sobre o caso que deu início ao *judicial review*, em 1803:

Na discussão sobre o empossamento de William Marbury como juiz de paz, de acordo com a designação feita pelo então presidente John Adams às vésperas de deixar seu cargo, a Suprema Corte, por decisão do Chief Justice Marshall, afirma que, embora a nomeação de Marbury fosse irrevogável, o caso não poderia ser julgado pela Corte. É declarada inconstitucional, portanto, a seção 13 do Judiciary Act- que atribuía competência originária para à Suprema Corte para tanto –, sob o fundamento de que tal disposição legislativa ampliava sua atuação para além do que havia sido previsto constitucionalmente, no Article III. Com isso, por uma decisão judicial no julgamento de um caso, surgiu o controle de constitucionalidade (judicial review) norte-americano.²¹

Através deste precedente iniciou-se a discussão a respeito quanto a intensificação da atividade judiciária no Estados Unidos, seja pela via da judicialização da política, seja pela via do ativismo judicial. Desta forma criou-se um acervo literário jurídico grande a respeito do tema, e conforme demonstrado nos parágrafos anteriores, muito mais antigos do que o início desta discussão no Brasil, que somente ganhou força a partir da Constituição de 1988.

Contudo é imperioso ressaltar o motivo deste “atraso” em relação a este tema, não somente no Brasil, mas em toda América Latina.

²⁰ STRECK, Lenio Luiz. Verdade e Consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.p 190.

²¹ TASSINARI, CLARISSA, **JURISDIÇÃO E ATIVISMO JUDICIAL: LIMITES DA ATUAÇÃO DO JUDICIÁRIO**, PORTO ALEGRE, EDITORA LIVRARIA DO ADVOGADO, 2013

Conforme disserta Clarissa Tassinari, os países continentais, em especial os da América Latina, sempre foram fechados para a produção jurídica anglo-saxã, vivendo sob a égide ainda do formalismo na aplicação do direito, lastreado no paleopositivismo jurídico.

Contudo tais premissas já estavam sendo superadas a partir do pós-guerra e do advento do Constitucionalismo, na Europa, sendo este modelo absorvido ao redor do mundo, não chegaram a América Latina no mesmo momento histórico, porquanto neste período o continente foi assolado por ditaduras e regimes de exceção (Brasil em 1964, Argentina em 1966, Uruguai em 1973, Colômbia em 1953 e Chile em 1973). Assim sendo somente com a ruptura para com esses regimes, instaurou-se de fato as premissas do Constitucionalismo e via de consequência iniciou-se também discussões sobre suas problemáticas.

Dito isso, e partindo da premissa que o ativismo judicial tem sua origem na atuação judicial dentro do sistema *common law*, em especial no continente norte americano, faz-mister elucidar como se difere o surgimento dessa prática dentro de cada modelo quanto a essa prática no *common law*, e no *civil law*. Por quanto pode-se observar o ativismo judicial através do exercício da função jurisdicional do estado.

Sendo assim, quanto se toma a fontes formais do direito como ponto de partida inicial, verifica-se que dentre os atos aos quais atribuem-se força normativa, que implicarão na vinculação tanto dos cidadãos quanto do estado, inclusive quanto a resolução de conflitos, dentro da jurisdição judicial e administrativa, não encontram-se as decisões judiciais, salvo algumas exceções, dentro do modelo *civil law*²².

Sendo cediço dizer que, no modelo *common law*, onde a primazia pelas decisões judiciais como criadoras de direito, existe uma interferência que vai ao encontro do entendimento que o direito legislado é somente uma fonte secundária do direito, nesta seara disserta Elival da Silva Ramos:

Não obstante, por vezes, nos sistemas de *common law* as decisões judiciais, para além da concretização do direito em situações fáticas determinadas, assumam a condição de ato veiculador de normas jurídicas (*in fieri*) balizadoras de conduta e de novos atos de aplicação, não há que se equiparar a função exercida pelos juízes e tribunais com aquela desempenhada pelo legislador, já que o móvel principal da atividade do Poder

²² RAMOS, Elival Silva, **Ativismo Judicial: Parâmetros Dogmáticos**, 2ª ed., São Paulo, Saraiva, 2015, pag111.

Judiciário é sempre a solução de um litígio, predominando, pois, a dimensão aplicativa ou executória sobre a criativa ou prescritiva.²³

Complementa ainda o autor, que mesmo em casos onde existe a possibilidade de decisão mais abrangente por parte do juiz, nos casos de falta de precedentes, lacunas legais derivadas de termos e conceitos de difícil determinação e amplo entendimento, ainda assim o juiz não pode se comportar como legislador, na medida em que sua decisão deve ser pautada e justificada fazendo o uso de argumentação técnica-jurídica.

Assim verifica-se que dentro do sistema *common law* o ativismo judicial tem judicial tem uma maior conceituação, na medida em que sua identificação torna-se, por conta do próprio modelo, mais difícil por quanto o papel do judiciário mais ativo na formação do direito gera, por via de consequência, uma necessidade de buscar no plano da dogmática jurídica, parâmetros mais assertivos para a identificação de atos do judiciário em detrimento dos outros poderes. Assim sendo a discussão sobre o ativismo nos Estados Unidos parte muito mais para um pressuposto filosófico jurídico, do que a identificação da consistência jurídica da prática.

Ademais George Abboud identifica que as discussões sobre o ativismo judicial no Canadá partiram do pressuposto de que o ativismo se daria a partir do abandono de uma postura originalista por parte do judiciário, trazendo o pensamento de Rory Leishaman:

Em título provocativo – Contra o ativismo judicial: o declínio da liberdade e da democracia no Canadá, Leishman inicia sua crítica afirmando que, com a aprovação da Carta de Direitos e Liberdades do Canadá em 1982, o Parlamento e os legislativos das províncias progressivamente ampliaram o escopo de seus códigos de direitos humanos. De acordo com o autor, essas inovações deveriam salvaguardar os direitos e liberdades dos canadenses, mas traz a seguinte questão: “But have these new laws succeeded? Or have they served as an excuse for human rights tribunals and the courts to undermine freedom democracy, and the rule of law in Canada?” De acordo com Leishman, antes da Carta, o Parlamento e os legislativos provinciais eram supremos dentro das suas esferas de competência sob a divisão de poderes definida pela Constituição.²⁴

Bem como o pensamento de Walpim, que assevera que a Suprema Corte Americana pratica ativismo judicial na medida em que profere decisões que vão de encontro a Constituição Americana, e seus princípios morais e valores, fazendo

²³ TASSINARI, CLARISSA, **JURISDIÇÃO E ATIVISMO JUDICIAL: LIMITES DA ATUAÇÃO DO JUDICIÁRIO**, PORTO ALEGRE, EDITORA LIVRARIA DO ADVOGADO, 2013.

²⁴ ABOUD, GEORGES, **Processo constitucional brasileiro**, 2ª ed. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2018. pag. 1181

apenas prevalecer a vontade de 5 ou 9 juízes. Nesta seara apresenta como Walpin enxerga como deveria atuar a suprema Corte Americana:

Nas palavras de Walpin, os juízes da Suprema Corte deveriam se limitar aos ditames da Constituição e auxiliar na interpretação daquilo que os seus criadores quiseram dizer com o texto elaborado; deveriam, portanto, (i) extirpar leis que sejam incompatíveis com o texto ou a vontade da Constituição, e (ii) declarar a constitucionalidade das leis que não violem o texto ou a vontade da Constituição, sem levar em consideração a vontade pessoal do julgador. Por outro lado, o juiz atuará de forma ativista quando sobrepuser sua vontade ou entendimento particular de como deveria ser a lei, de forma (i) a derrubar legislação que não seja contrária ao texto ou à vontade constitucional ou (ii) a criar nova determinação que não esteja prevista constitucionalmente ou que viole o texto ou a vontade da Constituição.

É cediço dizer que como este capítulo trata-se da origem da discussão do ativismo, é imperioso ressaltar que, apesar de concordar com as críticas apresentadas pelos autores, não se compactua com a visão originalista, esta é apresentada aqui como um marco histórico das discussões quanto ao ativismo.

Conforme demonstrado pode-se considerar alguns pontos principais para o prosseguimento do raciocínio, o primeiro trata-se o advento do constitucionalismo, de sua inserção na Europa e absorção por outros países, o segundo é a identificação de que a produção literária jurídica a respeito das problemáticas deste advento, em especial do ativismo judicial, já estavam sendo feitas por autores que vivenciavam uma experiência dentro do *common law*, onde o próprio ativismo nasceu.

Disserta à respeito disso o autor:

Ativismo judicial é uma expressão cunhada nos Estados Unidos e que foi empregada, sobretudo, como rótulo para qualificar a atuação da Suprema Corte durante os anos em que foi presidida por Earl Warren, entre 1954 e 1969. Ao longo desse período, ocorreu uma revolução profunda e silenciosa em relação a inúmeras práticas políticas nos Estados Unidos, conduzida por uma jurisprudência progressista em matéria de direitos fundamentais (...). Todavia, depurada dessa crítica ideológica – até porque pode ser progressista ou conservadora – 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 Poderes²⁵

Neste sentido, Luís Roberto Barroso, identifica o primeiro caso de ativismo judicial que ocorreu quando a Suprema Corte Norte-americana decidiu quanto a

²⁵ BARROSO, **JUDICIALIZAÇÃO, ATIVISMO JUDICIAL E LEGITIMIDADE DEMOCRÁTICA**, REVISTA DO TRIBUNAL REGIONAL DO ESTADO DO CEARÁ, FORTALEZA, 2009, P. 07

segregação racial, atuando de forma ativista em torno de um viés progressista (deixando claro que este trabalho não tem a intenção de atacar alinhamento político “A” ou “B”).

3.2 FUNDAMENTOS

No sentido de apresentar o que é efetivamente o ativismo judicial, faz-se necessário estabelecer antes algumas premissas.

Inicialmente cabe trazer o pensamento de Clarissa Tassinari, quanto a dificuldade de identificação do que é o ativismo judicial:

[...] em uma possível tentativa de sistematizar as concepções existentes, é possível elencar, por exemplo, algumas perspectivas de abordagem: a) como decorrência do exercício do poder de revisar (leia-se, controlar a constitucionalidade) atos dos demais poderes; b) como sinônimo de maior interferência do Judiciário (ou maior volume de demandas judiciais, o que, neste caso, configuraria muito mais a judicialização); c) como abertura à discricionariedade no ato decisório; d) como aumento da capacidade de gerenciamento processual do julgador, dentre outras.²⁶

Conforme disserta Georges Abboud, o ativismo judicial é marcado por uma tensão entre o *judicial review* e o *self-restraint*, pela postura discricionária do judiciário e pelo o abandono do direito na formação da decisão judicial.²⁷

A origem do *judicial review* fora abordada no capítulo anterior, contudo faz-se mister trazer o significado do *self-restraint*, por quanto alguns autores afirmam que este modelo de atuação do judiciário inibiria o ativismo judicial.

O *self-restraint* ou a autocontenção judicial, pode ser entendido como um comportamento comedido do poder judiciário, para dentro de suas atribuições, sob o argumento de não interferir na autonomia dos outros poderes.

Em complemento o doutrinador exprime que o *judicial review*, é possibilidade do judiciário reversionar atos do outros poderes através do controle de constitucionalidade, e fazendo uso das palavras de Mark Tushnet, este controle gera um problema dentro do constitucionalismo na medida em que para impor limites ao poder político do governo sacrifica-se por outro lado o poder do povo de autodeterminação legislativa.

²⁶ TASSINARI, Clarissa, **Jurisdição e ativismo judicial: limites da atuação do judiciário**. Porto Alegre: Livraria do Advoga do Editora, 2013

²⁷ ABOUD, GEORGES, **Processo constitucional brasileiro**, 2ª ed. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2018.

Entretanto, não é objeto deste trabalho discutir ou não a possibilidade do controle de constitucionalidade por parte do judiciário, visto que este mecanismo é determinado pela própria constituição, sendo assim cabe aqui discutir em que termos este controle ocorre, como será demonstrado adiante, pois fazendo uso das palavras de Geroge Abboud “consideramos a atuação contramajoritária por meio da judicial review, fundamental em uma democracia frágil igual à brasileira. Tal qual já adiantamos, exercer ou não a judicial review, por si só, não é ato caracterizador de ativismo”

Ademais o juiz pode incorrer em ativismo não somente quando faz uso do *judicial review* fazer controle de constitucionalidade quando não lhe cabia, por quanto seus atos foram para além dos limites que a constituição permite, como pode praticar ativismo fazendo uso do *self-restraint* ao não efetuar o controle de constitucionalidade quando lhe incumbia tal função.

Dito isto é importante trazer a luz que, não existe o bom ativismo e o mau ativismo, na medida em que mesmo que parte da doutrina insista em tratar o bom ativismo como, a ampliação das garantias processuais para proteger direitos, controla o excesso ou abuso de poder em geral, ou cria direitos não expressos em textos normativos, notifica o congresso de necessário trabalho legislativo em determinada área seja por reforma ou seja para suplantar uma omissão legislativa, sob o argumento que este ativismo é benéfico ao jurisdicionado, como defende Pablo L. Marim, e até mesmo Barroso, para qual o ativismo judicial é uma espécie de remédio necessário para assegurar as garantias Constitucionais.

Ocorre que não existe o bom ou mau ativismo, conforme assevera firmemente Abboud:

De nossa parte, entendemos que o ativismo é pernicioso para o Estado Democrático de Direito, não podendo, portanto, diferenciar-se entre o bom e o mau ativismo. Ativismo é toda decisão judicial que se fundamenta em convicções pessoais, senso de justiça do intérprete em detrimento da legalidade vigente – legalidade aqui entendida como legitimidade do sistema jurídico, e não como mero positivismo estrito ou subsunção do fato ao texto normativo. Aquilo que Pablo Manili define como bom ativismo é, na realidade, concretizar o texto constitucional, ou seja, atribuir a força normativa à Constituição. Essa atribuição é um dever constitucional dos magistrados, não uma opção.²⁸

²⁸ ABOUD, GEORGES, **Processo constitucional brasileiro**, 2ª ed. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2018

O ativismo judicial é senão, uma atividade discricionária praticada pelo juiz, seja por uma atuação mais “incisiva” do julgador, até mesmo a postura originalista, que pode muito bem fazer uso de subjetivos e vontades pessoais do intérprete ou do julgador:

Noah Berlatsky ensina que entre os mais influentes opositores do ativismo judicial está Antonin Scalia, o qual foi indicado para a Suprema Corte Norte-Americana em 1986, durante o governo do presidente Ronald Reagan. Para Scalia, os juízes deveriam respeitar a intenção original da Constituição e, naqueles casos em que a Constituição não é clara, deveriam respeitar a decisão dos legisladores. Como descrito por Alvin Powell em artigo publicado na Harvard Gazette, durante seu discurso proferido na Universidade de Harvard no ano de 2004, Scalia refutou a ideia de que os juízes devem ser árbitros da moral de certo e errado.⁸² Há referência à entrevista para revista California Lawyer em que Scalia afirmou que na maioria das questões a Constituição determina aquilo que a sociedade pode ou não pode fazer e essa foi uma decisão da sociedade para a tomada de determinadas decisões e por tal motivo é necessário um grande esforço para alterar a Constituição. Nessa mesma oportunidade, afirmou que a Constituição, por meio da 14ª Emenda, não prevê o banimento da discriminação baseada em gênero, que tal garantia não está na própria Constituição, mas que esta é uma discriminação que deve ser prevenida pela legislação e não pelos tribunais. Contudo, menciona o autor que, apesar de Scalia posicionar-se contra o ativismo judicial, ele por vezes também foi acusado de ser ativista, pois, segundo Cathy Young, os argumentos de Scalia acerca do ativismo judicial não decorrem somente da Constituição, mas também de suas concepções. No mesmo sentido da afirmação de Young, é citado Adam Cohen, o qual assevera que Antonin Scalia afirma que segue seu posicionamento mesmo que o leve a resultados com os quais discorda, mas aponta que é impressionante como normalmente as decisões baseadas em suas teorias chegam aos resultados que almejados por ele.²⁹

Conforme apresentado fica nítido que o ativismo não é intricadamente ligado a uma escola de pensamento jurídico, sendo mais claro, conforme defende Bruno Aguiar Santos, o ativismo judicial é uma questão de vontade e neste sentido assevera que:

O ativismo judicial não é um fenômeno involuntário, um cenário resultante de um novo paradigma sócio-político ou de um novo paradigma constitucional. O ativismo é menos e mais que isso. É menos, porque é uma conduta individual- ainda que baseada em uma cultura vascularizada; é mais porque é resultado do individualismo exacerbado das nossas épocas, aliado ao moralismo que preda o Direito- enfim, fruto do subjetivismo de uma vulgata da filosofia da consciência (Streck). Não é o aumento da horizontalidade das competências do Poder Judiciário e sua conseqüente maximização de

²⁹ ²⁹ ABOUD, GEORGES, **Processo constitucional brasileiro**, 2ª ed. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2018

demandas com conteúdo político, mas a introjeção da moral e da política na fundamentação das decisões políticas.³⁰

Em complemento a tal afirmação pode dizer que o ativismo judicial tem como um dos seus pilares como a presença constante de discricionariedade, e esta pode acontecer de diferentes formas, seja um juiz brasileiro não declarar a inconstitucionalidade de uma lei que vai de encontro a Constituição, por tentar assumir uma postura auto restritiva (*self-restraint*), ou com o objetivo de seguir a vontade do legislador o juiz ignorar o texto constitucional também incorrerá em ativismo. O ativismo por ser ato discricionário é ilegal ou inconstitucional.

Dentro desta reflexão faz-se necessário demonstrar dois casos onde é possível verificar uma atuação ativista do judiciário.

Luís Roberto Barroso, disserta sobre, na sua concepção, o primeiro caso de ativismo judicial ocorreu quando a Suprema Corte Norte-americana decidiu quanto a segregação racial, atuando de forma ativista em torno de um viés progressista (deixando claro que este trabalho não tem a intenção de atacar alinhamento político “A” ou “B”).

Disserta a respeito disso o autor:

Ativismo judicial é uma expressão cunhada nos Estados Unidos e que foi empregada, sobretudo, como rótulo para qualificar a atuação da Suprema Corte durante os anos em que foi presidida por Earl Warren, entre 1954 e 1969. Ao longo desse período, ocorreu uma revolução profunda e silenciosa em relação a inúmeras práticas políticas nos Estados Unidos, conduzida por uma jurisprudência progressista em matéria de direitos fundamentais (...) Todavia, depurada dessa crítica ideológica – até porque pode ser progressista ou conservadora – 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.³¹

Já em solos nacionais, com a Promulgação da Constituição de 1988, esta que apresenta um rol numeroso de direitos, principalmente de cunho sociais, garantidos ao povo. É expresso textualmente na constituição a possibilidade de o poder judiciário revisar os atos praticados pelos outros poderes, dando ao Supremo Tribunal Federal a função de garantir o cumprimento da Constituição.

³⁰ SANTOS, Bruno Aguiar, **Neoconstitucionalismo e Ativismo: A ideologia fadada ao fracasso do arbítrio**, 2017, 88f, Monografia (Mestrado em Direito Político e Econômico), Universidade Presbiteriana Mackenzie, São Paulo, 2017.

³¹ BARROSO, **JUDICIALIZAÇÃO, ATIVISMO JUDICIAL E LEGITIMIDADE DEMOCRÁTICA**, REVISTA DO TRIBUNAL REGIONAL DO ESTADO DO CEARÁ, FORTALEZA, 2009., p. 07

E o caso emblemático, que pode ser chamado de marco para as discussões sobre ativismo judicial no Brasil ocorreu em 2007, onde o STF fora provocado pela via da Reclamação Constitucional (4.335/AC) quanto à possibilidade de estender os efeitos da declaração de inconstitucionalidade de artigo vedava a progressão de pena para crimes hediondos, que fora proferida em sede de controle difuso. Frise-se que a Constituição prevê que o controle difuso tem efeito somente *inter partes*, e que para a declaração de inconstitucionalidade ter efeito *erga omnes*, deveria ser remetido ao Senado Federal, conforme prevê o art. 52, X CF/88. Contudo o resultado do Julgamento, o voto de dois ministros do STF vai no sentido de atribuir a decisão de inconstitucionalidade em sede de controle de difuso, o efeito *erga omnes*, em flagrante mutação constitucional, aduzindo ainda que, o Senado Federal apenas da Publicidade a decisão proferida.

Demonstrado estes dois casos específicos, vem no sentido de dizer que, a atuação ativista do juiz independe de seu alinhamento ideológico, visto que pode ser conservadora ou progressista, nesta seara e em complemento:

O juiz ativista pode ser o progressista ou o conservador. Para tanto basta que ele deixe de procurar a resposta judicial no direito e a fabrique a partir da sua ideologia. Logo, há juízes ativistas conservadores e progressistas. Por essa razão, inadmitimos qualquer divisão entre bom e mau ativismo. Na realidade, os autores consideram bom ativismo quando a ideologia do juiz é coincidente com seus interesses e mau ativismo o oposto. Ou seja, a questão judicial se transforma em mera disputa política ou ideológica³²

Neste sentido deve-se entender que a crítica ao ativismo não se deve a um “tipo” de ativismo, mas de todo e qualquer tipo, não somente aquele que discorde do alinhamento político, porquanto ao fazer a análise a partir deste pressuposto, não se trata mais de uma discussão jurídica sobre os limites da atuação do poder político do estado, mas sim de uma discussão política, não obstante as discussões políticas são de extrema importância dentro do estado democrático de direito, contudo deve permanecer no seu palco.

Por quanto todo ativismo é um risco a democracia, na medida em que ao juiz é proibido trocar o direito por seu alinhamento ideológico, na medida em que mesmo em uma democracia progressistas e conservadores convivam e participem de um

³² BARROSO, JUDICIALIZAÇÃO, ATIVISMO JUDICIAL E LEGITIMIDADE DEMOCRÁTICA, REVISTA DO TRIBUNAL REGIONAL DO ESTADO DO CEARÁ, FORTALEZA, 2009.

debate incessante sobre suas diferenças de aspectos políticos, ocorre quem âmbito jurídico independente das escolhas políticas não há outro ponto de partida para a análise e resolução senão a constituição.

Prosseguindo para de fato a conceituação de ativismo, pode-se identificar o ativismo como o abandono do direito da formação da decisão judicial (Abboud,2018), na medida em que o magistrado substitui o direito por qualquer outro código de linguagem, seja política, economia, religião, ética, moral e etc.

Na medida em que o juiz se afasta do direito para proferir uma decisão, ele pratica o ativismo. Como descreve Abboud, o ativismo é caracterizado pelo exercício do *judicial review* para longe dos parâmetros definidos pela constituição:

Outra forma de manifestação do ativismo é o abandono do direito, sendo a razão jurídica substituída pela opinião pública. No cap. 5 já demonstramos a importância da atuação contramajoritária do Judiciário em uma democracia constitucional. A legitimidade contramajoritária somente se justifica se for para fazer a lei e a Constituição prevalecerem com o intuito de assegurar direitos fundamentais ainda que a maioria discorde. Nessa perspectiva, é altamente danosa a atuação ativista pela opinião pública porque além de ela se assenhorar da lei e da Constituição, abandona a função mais relevante do direito numa democracia, que é a atuação contramajoritária para proteção de direitos fundamentais – trunfos contra maioria – do jurisdicionado nesta seara é impossível negar o caráter contra majoritário do controle de constitucionalidade, no sentido de prevenir, sanar e impedir que uma eventual maioria acabe com direitos fundamentais.³³

Contudo há de se discutir em que termos ele ocorre, visto que sua legitimidade é alcançada na medida em que se concretiza efetivamente os preceitos constitucionais. Por outro lado, quanto dotada de discricionariedade do julgador, não passa do seu desvirtuamento bem como da apropriação das leis pelos juízes.³⁴

Há antes de apresentar o conceito de ativismo, é necessário contrapor o entendimento de que o ativismo é encarado como atos do judiciário que contrariam a vontade do legislador, aduzindo que, em casos de confirmação da decisão do governo (executivo) ou do legislativo, não seria caracterizado como ativismo.

Neste sentido mais uma vez elucida Lenio Streck, em sua obra *Jurisdição Constitucional e Decisão jurídica*, fazendo um contraponto a brilhante obra de Thamy Pogrebinschi “Judicialização ou representação? Política, direito e democracia no

³³ ABOUD, GEORGES, **Processo constitucional brasileiro**, 2ª ed. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2018, pag. 1207.

³⁴ STRECK, Lenio Luiz, **Jurisdição Constitucional e Decisão Jurídica**, 4ªed, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2014.

Brasil”, na qual, em síntese, traz as teses de que o supremo não tem atuação contamajoritária, vez que o número de declarações de inconstitucionalidades de leis e atos normativos do legislativo é inexpressivo; que o supremo confirma majoritariamente a constitucionalidade de leis e atos normativos, que o supremo apenas atua em casos de lacunas legais, e que esta atuação não mina o poder legislativo, por quanto obriga-o a legislar nas matérias objetos de seus julgamentos.

Nesta seara disserta Streck:

[..] pelo fato de que a maioria das ações de inconstitucionalidades terem sido rejeitadas, isso seria forte demonstração de que o STF “não é ativista” e que “não está judicializando”. Pergunto: desde quando somente um ato positivo de inconstitucionalidade é que demonstra o ativismo de uma Suprema Corte? Quer dizer que, se o STF julga de acordo com o parlamento ou de acordo com o governo, ele deixa de ser epitetado de ativista? [...]³⁵

A provocação feita pelo exímio doutrinador não é nada menos que extremante pertinente, senão vejamos.

Para exemplificar a atuação ativista do STF é cediço trazer à luz casos emblemáticos e contrapõem à crítica feita por Thamy. Em primeiro plano evidencie-se o caso do HC 126.192/SP, onde fora decido que a execução provisória da pena não fere o princípio da presunção de inocência, neste sentido não necessitando do trânsito em julgado da sentença para que o réu seja recolhido e tenha sua liberdade cerceada. Antes da análise da decisão é cediço demonstrar que é notória a inclinação popular ao cumprimento provisório da pena a partir da condenação em segunda instancia, pode-se dizer que em primeiro plano por conta do sentimento de impunidade irrigado no consciente coletivo da população.

Em segundo plano, faz-se mister trazer à luz o texto constitucional, assim prevê o art5º, LVII da Constituição Federal de 1988, “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”. O texto é claro, não é clausula geral, ou aberta, é taxativo, e ainda assim:

EMENTA: CONSTITUCIONAL. HABEAS CORPUS. PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA (CF, ART. 5º, LVII). SENTENÇA PENAL CONDENATÓRIA CONFIRMADA POR TRIBUNAL DE SEGUNDO GRAU DE JURISDIÇÃO. EXECUÇÃO PROVISÓRIA. POSSIBILIDADE. 1. A execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em grau de apelação, ainda que sujeito a recurso especial ou

³⁵STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.p 292

extraordinário, não compromete o princípio constitucional da presunção de inocência afirmado pelo artigo 5º, inciso LVII da Constituição Federal. 2. Habeas corpus denegado

A decisão assim proferida não fora contramajoritária, ao contrário, confirma a vontade do legislativo expressada no art. 283 do Código de Processo Penal. Assim sendo, reitero o questionamento, o ativismo ocorre apenas em decisões que contrariam leis e/ou atos dos poderes legislativo e executivo?

Em outro caso emblemático, a ADPF 132, na qual o STF deu interpretação no sentido de excluir qualquer significado que impeça o reconhecimento de união de pessoas do mesmo sexo como entidade familiar, do art. 1.723 do Código Civil, que fique claro que este trabalho não apresenta qualquer argumento contra a união entre pessoas do mesmo sexo, o que se trata aqui é que não era alçada do judiciário “regulamentar negativamente” sobre este tema, mas sim competência dos representantes do povo, legitimados para proceder a alteração de tal dispositivo no âmbito da política.

Assim é necessário entender que o ativismo nada tem a ver com o percentual de demandas judiciais objetivando tutela de direitos fundamentais, em verdade isto nada mais é que a judicialização da política, fruto e resultado lógico das garantias constitucionais e dos mecanismos processuais constitucionais previstos para a efetivação de tais direitos. O ativismo deve ser identificado não somente em seu caráter contramajoritário, mas também quando confirma a constitucionalidade de leis e atos em evidente contradição com a Carta Magna, independente de alinhamento político de seus julgadores e principalmente deve ser criticado independentemente do alinhamento político das partes (em sede de controle difuso) ou da maioria (ou minoria) da sociedade.

Após a exposição teórica sobre o tema em questão, cabe então, por fim conceituar o ativismo. Neste sentido o ativismo judicial é atuação dos juízes pautadas no abandono da legalidade vigente, qual seja, a Constituição e Leis, para efetivamente proferir decisão baseada em subjetivismos e discricionariedade. Qualitativamente toda decisão judicial ativista é ilegal e inconstitucional.

Aliado a isso decisões ativistas são atalhos para objetivos políticos, na medida em que há quem considere o ativismo “bom” e o ativismo “ruim”, desta forma o juiz que pratica ativismo, é um juiz que pratica política no palco indevido, qual seja o da decisão judicial.

4. CONFRONTO

Este capítulo tem a pretensão de apresentar a relação entre o ativismo judicial e a separação dos poderes, e por fim verificar a sua compatibilidade, no sistema jurídico nacional.

Visando o impedimento a abolição da separação dos poderes, têm-se na Constituição da República o artigo 60, §4º, III, que diz “Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir: (...); III - a separação dos Poderes;”.³⁶. Partindo desde ponto verifica-se que a separação dos poderes é clausula pétrea da CF/88.

Nesta seara, conforme verificado no capítulo anterior, que decisões ativistas são eivadas de ilegalidade e/ou inconstitucionalidade, contudo faz-se necessário dizer que em termos funcionais, a prática do ativismo interfere nas esferas de poder legislativas e executivas, conforme Barroso disserta:

A ideia de ativismo judicial está associada a uma participação mais ampla e intensa do Judiciário na concretização dos valores e fins constitucionais, com

³⁶Constituição (1988)]. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

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 135 ; (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 136 ; (iii) a imposição de condutas ou de abstenções ao Poder Público, notadamente em matéria de políticas públicas”³⁷

Todavia vem discordar do ilustríssimo autor por quanto trata-se na verdade da ultrapassagem para além das linhas democráticas e constitucionais da função jurisdicional, principalmente em detrimento da função legislativa, mas também como da função executiva, inclusive quanto ao poder de governo, quando não há lastro constitucional para tal atuação.

Conforme disserta George Abboud:

Será considerada insidiosa essa ingerência sempre que não houver lastro constitucional para tanto. Obviamente que o STF, ao declarar inconstitucional uma lei em sede de ADIn, estará atuando na esfera do Legislativo. Todavia, há autorização constitucional e fundamento jurídico para tanto, o que nos permite concluir que existe intromissão do Judiciário no âmbito do Legislativo, mas que não é uma intromissão pérfida. Ocorre que se, no mesmo exemplo, o STF declarar inconstitucional a lei a partir de razões não jurídicas, estará atuando de forma ativista e invadindo de maneira ilegítima a esfera de ação do legislativo.³⁸

Ademais a separação dos poderes tem também como objetivo a manutenção da função dos órgãos do Judiciário nos limites impostos pela própria constituição, ou seja, os limites para o exercício da jurisdição.

Ocorre que o ativismo pode ser dividido em duas dimensões, a dimensão micro e a dimensão macro.

A dimensão micro é a esfera decisória do ativismo, marcada pela suspensão da legalidade como critério para a exortação de uma decisão, em favor da utilização de qualquer outro código (códigos moral, ético, religioso e etc.). Nessa esfera o juiz ativista substitui a lei por sua subjetividade e discricionariedade, atuando como uma figura paladina da justiça com a intenção voluntária de guiar a sociedade para o seu entendimento de mundo melhor.

³⁷ BARROSO, Luís Roberto, **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**, –7ª ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2018, p. 172

³⁸ ABOUD, GEORGES, **Processo constitucional brasileiro**, 2ª ed. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2018, pag. 1207

Ocorre que a dimensão macro, ou a dimensão estrutural do ativismo, é caracterizado pela supremacia do poder judiciário, quando este se agiganta e interfere nos demais poderes quando o texto constitucional assim não permite.

Nesta seara disserta Abboud:

Por obvio, sempre que o STF realiza controle de constitucionalidade e julga inconstitucional lei por meio de ADin, ele está interferindo diretamente na esfera do poder legislativo. Todavia, essa interferência pertence a nossa engenharia constitucional. Esse controle, além de ter sido previsto pelo Poder Constituinte Originário, é regulamentado pela lei nos termos da Constituição. Ocorre que as interferências do Judiciário, especialmente o STF, em face do Legislativo e do Executivo, sem autorização constitucional configuram invasão de competência e violação à separação dos poderes, concretizando assim, a faceta máxima do ativismo.³⁹

Ademais assevera o autor, em breve resumo, como são ativistas no sentido macro, ou seja, de interferência de poder, as decisões do STF que determinaram a retirada, sem sede de liminar, do Presidente da Câmara, na medida em que o em síntese decidiu a suprema corte pelo afastamento de parlamentares de suas funções (presidência da Câmara e Senado) sob o argumento de que réu em ação penal não poderia ocupar cargo de linha sucessória presidencial, não tem respaldo constitucional. Por quanto o fundamento e a determinação do afastamento são fruto de uma produção criativa do STF, na medida em que não encontram respaldo na constituição. Deixando claro a característica de agigantamento do judiciário em face dos outros poderes.

Ademais, mesmo que sejam verificadas que as atuações dos parlamentares eram eivadas de malefícios, a CF/88 não autoriza o STF a determinar o afastamento do parlamentar regularmente eleito. Por tanto trata-se de um mecanismo inserido dentro da engenharia constitucional pátria, se é uma boa ou má disposição, jamais caberia ao julgador fazer este juízo moral e utilizar-se deste juízo para suplantar a norma constitucional.

As decisões não conseguiram evidenciar qual dispositivo constitucional lhes foram basilares. O ponto é, é evidente que exista a possibilidade de criar mecanismos para o afastamento de parlamentares réus em ações penais, contudo não cabe ao judiciário criar tal mecanismo, e sim ao legislativo fazendo uso de suas atribuições constitucionais que foram imbuídos através da eleição democrática.

³⁹ ABOUD, GEORGES, **Processo constitucional brasileiro**, 2ª ed. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2018

Assim decisões neste sentido são ativistas no sentido marco, na medida em que ao fazer uso de distorções interpretativas de princípios, estes já possuem a qualidade de difícil compreensão objetiva, o poder judiciário, no caso o STF cria algo que a CF não estabeleceu, muito menos lhes deu autoridade para utilizar de ingerência e invadir a esfera de poder da função legislativa.

Por fim, fazendo uso do pensamento de Georges Abboud:

Destarte, concluímos o presente item utilizado a mesma conclusão que Holloway no sentido de que o ativismo judicial constitui grande problema nas democracias contemporâneas. Confiar nas opiniões dos juízes em vez dos princípios constitucionais significa uma negação do Estado Democrático de Direito, que é o próprio propósito da Constituição. Mais do que isso, porque os conceitos essenciais para o ativismo judicial moderno são tão flexíveis, e porque a composição do Tribunal muda tão regularmente, o ativismo judicial se torna incompatível com o Estado de Direito em qualquer sentido. A jurisprudência do Tribunal torna-se em vez disso, um reconhecimento de aprovações ad hoc e rejeições de leis a partir de critérios não jurídicos o que não permite nenhum tipo de previsões claras de decisões futuras. Como ensina Holloway um conjunto de julgamentos arbitrários é exatamente o oposto do que significa o Estado Democrático de Direito ⁴⁰

Assim pode-se verificar, por fim, a incompatibilidade do ativismo judicial quanto a separação dos poderes, vê-se que indubitavelmente a prática do ativismo judicial configura gravíssima agressão ao princípio da separação dos poderes. Por quanto na medida em que as constituições preveem a autonomia e independência entre os poderes, algumas, a exemplo da brasileira preveem também um certo grau de interferência do poder judiciário em face dos demais, através do controle de constitucionalidade. Contudo ao executar o controle de constitucionalidade dentro dos limites impostos pela própria constituição, o judiciário não comete ativismo, contudo quando este controle é exercido para fora dos limites caracteriza-se o ativismo.

Ademais ao instituir a separação dos poderes, e a competência do legislativo para a elaboração das leis a constituição estabelece que tal função não cabe ao legislativo. Sendo assim é ilegal e inconstitucional decisões ativistas, por quanto afastam a constituição e as leis em favor da aplicação de subjetivismos, discricionariedades baseadas em outros códigos de linguagem e não o direito.

⁴⁰ ABOUD, GEORGES, **Processo constitucional brasileiro**, 2ª ed. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2018

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Conclui-se por tanto que o princípio da separação das funções estatais, é decorrente de um longo processo histórico, começando na Grécia antiga, com Aristóteles, sendo edificado no Império Romano, contudo com a confusão entre o direito, e a moral religiosa, fora suprimido durante a idade média, e assim perdurou servindo de alicerce para os regimes absolutistas do séculos XIII, XIV, XVI, XVII, que forma sendo superados pelas teorias de Thomas Hobbes, John Locke, e tendo como maior expoente, Montesquieu, em sua obra mais renomada “ O espírito das Leis” tratou com propriedade da separação da funções estatais, buscando estabelecer mecanismos de refreamento dos poderes, a fim de evitar o retorno do absolutismo, contudo mantendo estes poderes autônomos e independentes entre si.

Em uma concepção moderna a abordagem a este tema permeia a esfera da democracia e sua limitação, tendo como reposta final que o princípio da separação dos poderes é preceito essencial para a democracia, nesta seara a invasão e interferência indevida de um poder na esfera do outro configura uma grave agressão ao Estado de Direito.

Neste sentido, conforme abordado quanto aos aspectos do ativismo judicial, e sua caracterização como uma atividade do judiciário, eivada de subjetivismo, discricionariedade, abandono do direito em favor da utilização de outros códigos de linguagem, fica claro em dizer que tal prática é ilegal e inconstitucional, e via de consequência invade propositalmente a zona de atuação das outras esferas de poder, quando a constituição não lhe permitiu ou autorizou. Neste aspecto é cediço dizer que o ativismo judicial é incompatível com a separação dos poderes.

6. REFERÊNCIAS

ABBOUD, GEORGES, **Processo constitucional brasileiro**, 2ª ed. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2018.

ALARCÓN, Pietro de Jesus Lora, **Ciência Política, Estado e Direito Público**, 3ª edição, São Paulo, Editora Verbatim, 2017.

ANAIS DO IX SIMPÓSIO NACIONAL DE DIREITO CONSTITUCIONAL,
DISPONÍVEL EM <[HTTP://WWW.ABDCONST.COM.BR/REVISTA3/ANAISCOMPLETOS.PDF](http://www.abdconst.com.br/revista3/anaismcompletos.pdf)>,
ACESSO EM 18 SET. 2019

ARISTÓTELES, A Política, disponível em <
http://www.dhnet.org.br/direitos/anthist/marcos/hdh_aristoteles_a_politica.pdf>
acesso em 18 de set.2018

BARROSO, Luís Roberto, **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**, 7ª ed. São Paulo Saraiva Educação,2018.

BARROSO, **JUDICIALIZAÇÃO, ATIVISMO JUDICIAL E LEGITIMIDADE DEMOCRÁTICA**,
REVISTA DO TRIBUNAL REGIONAL DO ESTADO DO CEARÁ, FORTALEZA, 2009.

BONAVIDES, Paulo, **Teoria do Estado**, 3ªedição, São Paulo, Malheiros Editora, 1999.

LOCKE, JOHN. **SEGUNDO TRATADO SOBRE O GOVERNO CIVIL**. TRAD. ALEX MARINS, SÃO PAULO: MARTIN CLARET, 2003

MONTESQUIEU, **O ESPÍRITO DA LEI**, DISPONÍVEL EM <
https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/2963710/mod_resource/content/0/Montesquieu-O-espírito-das-leis_completo.pdf > ACESSO EM 16 OUT. 2019.

RAMOS, Elival Silva, **Ativismo Judicial: Parâmetros Dogmáticos**, 2ª ed., São Paulo, Saraiva, 2015.

11.SILVA, JOSÉ AFONSO DA. **CURSO DE DIREITO CONSTITUCIONAL POSITIVO**. 36 ED. SÃO PAULO: MALHEIROS EDITORES, 2013.

12.SANTOS, Bruno Aguiar, **Neoconstitucionalismo e Ativismo: A ideologia fadada ao fracasso do arbítrio**,2017, 88f, Monografia (Mestrado em Direito Político e Econômico), Universidade Presbiteriana Mackenzie, São Paulo, 2017.

13.STREK, Lenio Luiz, **Jurisdição Constitucional e Decisão Jurídica**, 4^aed, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2014.

14.STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011

15.TASSINARI, CLARISSA, **JURISDIÇÃO E ATIVISMO JUDICIAL: LIMITES DA ATUAÇÃO DO JUDICIÁRIO**, PORTO ALEGRE, EDITORA LIVRARIA DO ADVOGADO, 2013.

.

.