



O ATIVISMO JUDICIAL E A TRIPARTIÇÃO DE PODERES

THE JUDICIAL ACTIVISM AND THE TRIPARTISM OF THE POWERS

Maria Lucia Miranda de Souza Camargo¹

Samantha Ribeiro Meyer-Pflug²

RESUMO

O presente artigo tem como objetivo principal a análise da atuação do Poder Judiciário ao declarar o direito aplicável a um caso concreto – ou seja, fazer valer o ordenamento jurídico de acordo com as leis criadas pelo Poder Legislativo e as regras constitucionais. No Brasil, a atuação do Poder Judiciário a cada dia se torna mais presente, principalmente em razão da valorização dos direitos e garantias fundamentais em sintonia com o desenvolvimento das sociedades. O desenvolvimento social tem feito surgir novos tipos de situações conflitantes exigindo uma postura mais atuante do Poder Judiciário na aplicação da Lei sobre matérias ainda não reguladas pelo Poder Legislativo, suprindo dessa forma a lacuna legislativa e garantindo a efetiva aplicação da justiça. Assim, neste trabalho será analisado detidamente o Ativismo Judicial, explanando os conceitos apresentados pela doutrina e sua origem, posições favoráveis e contrárias, como também, demonstrar a legitimidade do Poder Judiciário, principalmente na atuação do Supremo Tribunal Federal nas decisões em que atua suprindo omissão do Poder Legislativo. Com o desenvolvimento das sociedades, os intérpretes do Direito se depararam com novos tipos de situações de conflitos jurídicos e sociais. Tais situações exigem uma atitude diferenciada do juiz por tratar-se de conflitos entre direitos fundamentais ou de matéria não regulada pelo direito positivado, ou, ainda, por abordarem questões polêmicas e de alto cunho político. Para tanto, neste artigo, serão analisados tanto o Poder Legislativo no exercício de sua função legislativa na edição de leis, como o Poder Judiciário, na sua função de aplicador da lei.

¹ Mestranda em Direito pela Universidade Nove de Julho - UNINOVE. Tem especialização em Direito Administrativo pela Universidade Presbiteriana Mackenzie. Possui graduação em Direito pela Universidade Presbiteriana Mackenzie. Tem formação em didática do Ensino Superior também pela Universidade Presbiteriana Mackenzie. Advogada. E-mail: mlscamargo10@yahoo.com.br.

² Professora da graduação e do mestrado em Direito da Universidade Nove de Julho. Possui doutorado em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (2008), Mestrado em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (2002).



Palavras-Chave: Constituição. Ativismo Judicial. Tripartição de Poderes.

ABSTRACT

The main objective of this article is the analysis of the function of the judiciary that consists in the declaration of an applicable law in a specific case, therefore, to enforce the set of laws according to the laws created by the legislature and constitutional rules. In Brazil, the role of the judiciary becomes more prevalent every day, mainly due to the increase in value of the rights and the fundamental guarantees in agreement with the development of the societies. Social development has given rise to new kinds of conflict situations requiring a more active posture of the judiciary in implementing the Law in areas that are not already covered by the Legislature, covering that way the legislative gap and ensuring the effective administration of justice. Thus, this work will be closely analyzed the Judicial Activism, explaining the concepts presented by the doctrine and its source, favorable and opposite positions, but also demonstrate the legitimacy of the judiciary, especially in the performance of the Supreme Court in decisions in which it operates by supplying omission the legislature. With the development of societies, the law interpreters were confronted with new types of situations of legal and social conflicts. Such situations require a different attitude of the judge, because it is conflict between fundamental rights or matters not governed by law, or even by addressing controversial issues and high political nature. Therefore, in this article, the legislative will be analyzed in the exercise of its function in the enactment of laws, and the judiciary in its applicator functions.

Keywords: Constitution. Judicial activism. Tripartism of the powers

INTRODUÇÃO

Após a promulgação da Constituição Federal de 1988, vê-se uma atitude mais independente do Poder Judiciário na busca de uma prestação jurisdicional que atenda de forma mais efetiva aos anseios da sociedade na aplicação da justiça. Essa atitude é fundamentada pelo modelo constitucional brasileiro, no qual o intérprete da lei, quando

E-Civitas - Revista Científica do Curso de Direito do UNIBH - Belo Horizonte.

Volume IX, número 2, dezembro de 2016 - ISSN: 1984-2716 - ecivitas@unibh.br

Disponível em: <http://revistas.unibh.br/index.php/dcjpg/index>



devidamente provocado, precisa obrigatoriamente se posicionar a respeito da questão requerida.

Com o desenvolvimento da sociedade, os intérpretes do Direito se depararam com novos tipos de conflitos jurídicos e sociais, demandando maior atenção no momento da aplicação da lei. Tais situações exigem uma atitude diferenciada do juiz, especialmente por se tratarem de embates entre direitos fundamentais. Há, ainda, os casos de matéria não regulada pelo direito positivado e também as pautas consideradas polêmicas ou de relevante conteúdo político.

A essa atuação mais independente do Poder Judiciário, que tem se tornado cada vez mais presente em tribunais brasileiros, dá-se o nome de ‘ativismo judicial’. O presente artigo se dedica ao estudo desse fenômeno, explorando conceitos apresentados pelos estudiosos e sua origem. O objetivo deste estudo é, pois, demonstrar a legitimidade do Poder Judiciário nas decisões em que atua suprindo omissão do Poder Legislativo.

A abordagem se vale do método hipotético-dedutivo, por meio de documentação indireta, abrangendo as pesquisas documental e bibliográfica. A pesquisa documental jurídica consiste em levantamento da doutrina e legislação nacional existentes acerca do tema, além de conteúdo noticioso sobre a matéria.

1. SEPARAÇÃO DOS PODERES

A separação dos poderes é um princípio geral do Direito Constitucional, imprescindível para que se reconheça o Estado Democrático de Direito. Na sua formulação clássica, corresponde à forma tripartite, ou seja, a divisão que resulta nos poderes Legislativo, Executivo e Judiciário.

Ao Poder Legislativo cabe a função legislativa, que abrange a edição de regras gerais, abstratas, impessoais e inovadoras da ordem jurídica, portanto, as leis. Ao Judiciário



cumpra a função jurisdicional. Sua finalidade é aplicar o direito ao caso concreto, dirimindo conflitos de interesse.

Por fim, a função executiva, a cargo do Poder Executivo, resolve os problemas concretos e individualizados, de acordo com as leis. Ao Poder Executivo não cabe somente a execução das leis. Ele abrange prerrogativas, envolvendo todos os atos e fatos jurídicos que não tenham caráter geral ou imparcial.

1.1 ORIGEM DA SEPARAÇÃO DOS PODERES

Em que pese a intrincada teia da filosofia política, na qual se destacam textos clássicos acerca do tema, por uma opção metodológica e recorte teórico serão destacados apenas algumas das principais teorias acerca da separação de poderes. O assunto, por demais vasto, não se esgota neste artigo, em que se propõem um singelo passeio sobre a temática.

Feita essa consideração preliminar, sublinha-se a contribuição de Aristóteles (382-322 a.C.), que proclamava a injustiça do exercício do poder por uma só pessoa³. O filósofo definiu três tipos distintos de atos estatais, quais sejam: o ato deliberativo, o executivo e os atos judiciais. No entanto, ele não tratou da funcionalidade dessa separação.

Séculos depois, a atuação de monarcas déspotas e tirânicos encontra tradução na afirmação creditada a Luís XIV, *L'état c'est moi*⁴. A frase explica claramente a tônica do poder ilimitado que se encontrava nas mãos do rei.

Foi nessa época que Maquiavel escreveu sua mais importante obra, “O Príncipe”. Apesar de ser um manual para a manutenção e o crescimento do poder de um monarca, o título também estabeleceu uma espécie de sistematização do poder: o texto defende um

³ NANNI, Giovanni Ettore. *A responsabilidade civil do juiz*. São Paulo: Max Limonad, 1999, p.29.

⁴ Em tradução livre, “o Estado sou eu”.



parlamento (como um Poder Legislativo), dividindo poderes com o rei (o Poder Executivo) e um Judiciário independente.

A ascensão da burguesia, classe social que surgiu nos últimos séculos da Idade Média (por volta dos séculos XII e XIII) e que era ameaçada pela nobreza, foi modificando esse cenário exacerbado do absolutismo real. A nova classe social, que enriquecia por meio do comércio, aos poucos foi se infiltrando na aristocracia.

A partir da Revolução Francesa, a burguesia passou a dominar a vida política, social e econômica. Os burgueses não só acumulavam cada vez mais riquezas, como também conquistavam mais influência e poder. Portanto, a concentração de poderes nas mãos de um só não lhes era favorável, pois isso poderia limitar sua expansão.

Assim surge a teoria da separação dos poderes, com o objetivo de assegurar a liberdade dos indivíduos. Foi Charles de Montesquieu que, em 1748, estabeleceu a separação dos poderes tal como se conhece até hoje. Impossível, pois, trata do tema sem fazer alusão a esse pensador.

Montesquieu não foi o fundador da teoria, porém seu divulgador. Celso Ribeiro Bastos⁵ destaca que

A verdade é que Montesquieu foi quem a exprimiu com mais clareza e perfeição, trazendo para ela uma contribuição pessoal que acaba por justificar essa filiação que a história estabeleceu.

Para Montesquieu⁶, todo aquele que está no poder tende dele abusar. Ele assim lecionava

A liberdade política, em um cidadão, é esta tranquilidade de espírito que provém da opinião que cada um tem sobre a sua segurança; e para que se tenha esta liberdade é preciso que o governo seja tal que um cidadão não possa temer outro cidadão. Quando, na mesma pessoa ou no mesmo corpo de magistratura, o poder legislativo

⁵ BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de teoria do estado e ciência política*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1999, p.153.

⁶ MONTESQUIEU, C. L. *O espírito das leis*. Tradução Cristina Murachco. 2ed, 2ª tiragem. São Paulo: Martins Fontes 2000, pg. 168



está reunido ao poder executivo, não existe liberdade; porque se pode temer que o mesmo monarca ou o mesmo senado crie leis tirânicas para executá-las tiranicamente. Tampouco existe liberdade se o poder de julgar não for separado do poder legislativo e do executivo. Se estivesse unido ao poder legislativo, o poder sobre a vida e a liberdade dos cidadãos seria arbitrário, pois o juiz seria legislador. Se estivesse unido ao poder executivo, o juiz poderia ter a força de um opressor. Tudo estaria perdido se o mesmo homem, ou o mesmo corpo dos principais, ou dos nobres, ou do povo exercesse os três poderes: o de fazer as leis, o de executar as resoluções públicas e o de julgar os crimes ou as querelas entre os particulares.

Atualmente, é perceptível nos organismos estatais existentes a tripartição dos poderes idealizada por Montesquieu. No Brasil, ela está prevista Constituição de 1988 em seu art. 2º, o qual dispõe que os poderes da União são o Legislativo, o Executivo e o Judiciário, independentes e harmônicos entre si. Mais: a separação de poderes, no ordenamento jurídico pátrio, constitui-se em cláusula pétrea, não podendo, em nenhuma hipótese, ter a sua aplicabilidade afastada.

Os três poderes, por sua vez organizados em órgãos, possuem funções estabelecidas pelo legislador constituinte originário. Este as distribuiu de forma que cada um deles tivesse características predominantes concernentes à sua esfera de atuação, sem contudo estabelecer exclusividade absoluta no exercício dessas incumbências.

Prova disso, é que a todo o momento um poder interpenetra-se na esfera de atribuição de outro. Os federalistas norte-americanos criaram uma solução para refinar a ideia de Montesquieu: a aplicação do mecanismo de freios e contrapesos, um garantidor da harmonia entre os poderes.

Paulo Henrique Borges da Rocha⁷ assim explica

[...] eles acreditam que um poder deve ter a possibilidade de “frear” o outro, impedindo que ele amplie seus poderes de forma exacerbada, essa foi uma das contribuições dos Publius para a teoria de Montesquieu, essa contribuição recebeu o

⁷ ROCHA, Paulo Henrique Borges. *Faces da política e faces da constituição: exploração das relações entre poderes republicanos no sistema constitucional brasileiro*. 2015. 137 p. Dissertação (Mestrado em Direito Constitucional) – Faculdade de Direito do Sul de Minas. Pouso Alegre (MG), 2015.



nome de *checks and balances*. O *checks and balances* é um instrumento que garante que um poder regule outro, impedindo que ele extrapole seus limites, é um instrumento interno do próprio Estado. A base da exigência trazida pelos Publius é a de que o Executivo seja independente do Legislativo para que haja um efeito limitativo (para que o poder limite o poder) como ponto de programa político.

[...]

Para que um Estado efetive a separação dos poderes, impedindo um governo tirânico, se faz necessário que seja mantida a liberdade, é essencial que cada um dos poderes tenham vontade própria. Consequentemente, que eles sejam organizados de tal modo que aqueles que o exercitam tenham menor influência possível na nomeação dos depositários dos outros poderes. Ao admitir a necessidade de tal princípio, é necessário que as nomeações para as supremas magistraturas dos três poderes saiam do povo, por ser ele a fonte primitiva de toda a autoridade, por meio de canais que não tenham entre si nenhuma comunicação. Os funcionários públicos, encarregados do exercício dos poderes, devem ser tão independentes quanto possível dos que exercitam os outros poderes, isso pelo fato de que, se os funcionários públicos de um poder fossem dependentes de outro poder, sua independência seria ilusória [...]

Sobre o tema discorre Alexandre de Moraes⁸

Os órgãos exercentes das funções estatais, para serem independentes, conseguindo frear uns aos outros, com verdadeiros controles recíprocos, necessitam de certas garantias e prerrogativas constitucionais. E tais garantias são invioláveis e impostergáveis, sob pena de ocorrer desequilíbrio entre eles e desestabilização do governo. E, quando o desequilíbrio agiganta o Executivo, instala-se o despotismo, a ditadura, desaguando no próprio arbítrio, como afirmava Montesquieu ao analisar a necessidade da existência de imunidades e prerrogativas para o bom exercício das funções do Estado.

Dessa forma, haverá um mínimo e um máximo de independência de cada órgão de poder do Estado, sob pena de se comprometer o princípio da separação. Também deverá haver uma delimitação mínima e máxima de instrumentos que favoreçam o exercício harmônico dos poderes, pois, inexistindo limites, um poderá se sobrepor ao outro.

⁸ MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2011, p. 427.



No Brasil, as constituições anteriores a 1988 estabeleciam expressamente a vedação a qualquer dos poderes em delegar atribuições. Aqueles que fossem investidos em um deles não poderiam exercer a de outro, exceto se de acordo com as exceções nelas previstas.

Hoje a Constituição Federal de 1988 já estabelece as incompatibilidades relativas ao exercício das funções dos poderes, por exemplo, no artigo 84, IV⁹. Não há afronta ao princípio da separação dos poderes quando o chefe do Poder Executivo federal elabora decretos autônomos.

Com relação à interpenetração de poderes do Estado, podem ser citadas como exemplo a nomeação pelo Presidente da República dos juízes de instâncias superiores, bem como a atividade legislativa exercida por meio do instituto das medidas provisórias. Também, o Poder Legislativo exerce atribuições judiciais quando julga o Presidente da República em crimes de responsabilidade. Do mesmo modo, há o exercício de funções legislativas do Poder Judiciário ao elaborar os regimentos internos de seus tribunais e ao preencher as lacunas da lei.

Por outro lado, só é admissível a interferência de um poder na esfera de atribuição de outro, em tese, quando para impedir abusos de poder. Essa atuação ocorre seja para propiciar a real harmonia entre os poderes ou, ainda, para garantir as liberdades e assegurar o pleno exercício das funções específicas.

Não será, todavia, admitida em hipótese alguma a interferência de um poder diretamente sobre o outro. Por exemplo, o Presidente da República não pode interferir nos trabalhos legislativos para obter aprovação rápida de projetos de sua iniciativa. No entanto lhe é facultado solicitar urgência para a sua apreciação, conforme dispõe o art. 64, parágrafo 1º¹⁰,

⁹ Art. 84. Compete privativamente ao Presidente da República:

[...]

IV - sancionar, promulgar e fazer publicar as leis, bem como expedir decretos e regulamentos para sua fiel execução; [...]

¹⁰ Art. 64. A discussão e votação dos projetos de lei de iniciativa do Presidente da República, do Supremo Tribunal Federal e dos Tribunais Superiores terão início na Câmara dos Deputados.



sob pena de obstruir a pauta das votações das respectivas Casas Legislativas, de acordo com o parágrafo 2º do mesmo artigo, ambos da CF/88.

Em suma, além de exercer a função precípua – ao Executivo, governar; ao Legislativo, legislar; e ao Judiciário, julgar – os poderes têm também funções atípicas, que correspondem à execução de funções inerentes à sua organização interna. Portanto, os três poderes são independentes e harmônicos entre si.

Conforme Alexandre de Moraes¹¹ esses Poderes são intimamente ligados e a derrocada de um acarretaria a supressão dos demais.

Não existirá, pois, um Estado Democrático de Direito sem que haja Poderes de Estado e Instituições, independentes e harmônicos entre si, bem como previsão de direitos fundamentais e instrumentos que possibilitem a fiscalização desses requisitos. Todos esses temas são de tal modo ligados que a derrocada de cada um, fatalmente, acarretará a supressão dos demais, com o retorno do arbítrio e da ditadura.

2. ORGANIZAÇÃO DOS PODERES

A organização dos Poderes que compõem o Estado Brasileiro se encontra no Capítulo I, do Título IV da Constituição Federal. A estrutura do Poder Legislativo brasileiro é a bicameral e a função primordial é legislar. Porém, exerce também a função de fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial do Poder Executivo¹², podendo, inclusive, questionar seus atos.

§ 1º O Presidente da República poderá solicitar urgência para apreciação de projetos de sua iniciativa.

§ 2º Se, no caso do § 1º, a Câmara dos Deputados e o Senado Federal não se manifestarem sobre a proposição, cada qual sucessivamente, em até quarenta e cinco dias, sobrestar-se-ão todas as demais deliberações legislativas da respectiva Casa, com exceção das que tenham prazo constitucional determinado, até que se ultime a votação. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 32, de 2001)

¹¹ MORAES, Alexandre de. *op. cit.*, p. 429.

¹² *Ibidem*, p. 347.



Em relação ao controle financeiro-orçamentário, previsto dos artigos 70 a 75 da Constituição Federal, ele será exercido pelo Congresso Nacional com abrangência pública e privada, de acordo com o parágrafo único do artigo 70¹³, incluído pela Emenda Constitucional nº 19/98.

Por outro lado, não raras vezes são atribuídas ao Poder Legislativo funções administrativas. Destacam-se as atividades relacionadas à sua organização e ao seu funcionamento interno, exercendo o provimento de cargos aos seus servidores, por exemplo.

O Poder Executivo da União é composto pelo Presidente da República e pelos ministros de Estado que são por ele indicados. Encontra-se previsto no art. 76 da Carta Magna. A sua função precípua é a administração da máquina pública. Também compete ao Poder Executivo o exercício dos atos de chefia de Estado e de governo, pois, de acordo com o sistema presidencialista adotado pelo Brasil, ambas as funções se concentram na figura do presidente.

É a ele que competem os atos de chefia de Estado, quando exerce a titularidade das relações internacionais. Na faceta de chefia de governo, nota-se quando coordena as relações políticas e econômicas assumidas no plano interno, típico do sistema presidencialista adotado no Brasil. Pode-se citar também como atribuição atípica do Poder Executivo o julgamento de seus servidores no contencioso administrativo.

O Poder Executivo, além de cuidar da administração da coisa pública, bem como de ser responsável pela função de estado e de governo, tem prerrogativas que lhe são dadas

¹³ Art. 70. A fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial da União e das entidades da administração direta e indireta, quanto à legalidade, legitimidade, economicidade, aplicação das subvenções e renúncia de receitas, será exercida pelo Congresso Nacional, mediante controle externo, e pelo sistema de controle interno de cada Poder.

Parágrafo único. Prestará contas qualquer pessoa física ou jurídica, pública ou privada, que utilize, arrecade, guarde, gerencie ou administre dinheiros, bens e valores públicos ou pelos quais a União responda, ou que, em nome desta, assumia obrigações de natureza pecuniária. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)



constitucionalmente. Esse traço permite uma ingerência indevida na esfera de atuação dos outros dois poderes da República.

A primeira delas diz respeito ao fato de ser do Presidente da República a incumbência de indicar a totalidade dos ministros que compõem o Supremo Tribunal Federal. O segundo aspecto é a função legislativa exercida pelo Presidente da República, conforme o artigo 84¹⁴, incisos IV e XXVI, da Constituição Federal. Os dispositivos tratam da “faculdade regulamentar” e da edição de “medidas provisórias” com “força de lei”, quando presentes os critérios de relevância e urgência.

Em suma, além de exercer a administração da máquina pública, incumbe também ao Executivo o exercício das chefias de governo e de estado, em decorrência da forma presidencialista de governo expressamente adotada pela Constituição. Sublinhe-se que o exercício da chefia de governo compreende as relações políticas e econômicas assumidas no país. Como chefe de Estado, o Presidente da República assume a representação do país no quadro das relações internacionais.

Ao Poder Judiciário cabe a função jurisdicional, que consiste na aplicação da lei a um caso concreto, que lhe é apresentado como resultado de um conflito de interesses. Por outro lado, também possui o Poder Judiciário atribuições atípicas de natureza administrativa e legislativa. Dessa forma exerce a administração de atos relativos a seus servidores, como concessão de licenças e férias de seus membros, de acordo com o artigo 96, I, f da CF, além do provimento de cargos, de acordo com o artigo 96, I, c, da CF.

Como atribuição legislativa, ele edita normas regimentais – vide o artigo 96, I, a, da CF, em que fica estabelecida a competência do Poder Judiciário para elaborar seus regimentos internos, observando as normas processuais e as garantias processuais das partes. Por esse

¹⁴ Art. 84 Compete privativamente ao Presidente da República: [...]; IV sancionar, promulgar e fazer publicar as leis, bem como expedir decretos e regulamentos para sua fiel execução; [...]; XXVI - editar medidas provisórias com força de lei, nos termos do art. 62.



mecanismo, definem-se a competência e o funcionamento de seus órgãos jurisdicionados e administrativos.

Por fim, é importante ressaltar que a separação dos poderes é vista atualmente como uma divisão de funções diferenciadas do Estado, como sustenta Diogo Bacha e Silva¹⁵

O exercício legítimo do poder estatal está, portanto, atrelado ao poder comunicativo dos cidadãos. A soberania popular como limite e organizadora e organizadora da divisão funcional coloca funções diferenciadas entre os órgãos do Estado.

3. A JUDICIALIZAÇÃO

No Brasil, com a promulgação da Constituição de 1988 ocorreram mudanças substanciais no posicionamento do pensamento sobre o controle constitucional, que antes era totalmente fechado e antiquado. A partir da carta cidadã, o Poder Judiciário passou a ter uma participação ativa no processo democrático, especialmente com a sua presença mais efetiva na solução dos conflitos e ao ampliar a sua atuação com novas vias processuais, demonstrando preocupação prioritariamente para a cidadania, por meio de instrumentos jurídicos, normas, preceitos e princípios que sinalizam a vontade popular de ter uma justiça distributiva.

A função fundamental do Poder Judiciário, portanto, consiste na atribuição de fazer justiça, obedecendo aos ditames constitucionais, baseados primordialmente em princípios surgidos do Estado Democrático de direito. Nesse contexto, sobretudo com a reafirmação do Poder Judiciário como poder guardião da Constituição e responsável último para resolver qualquer questão que seja levada à sua apreciação, pode-se afirmar que no Estado Democrático de Direito cabe ao Poder Judiciário papel preponderante na afirmação e

¹⁵ SILVA, Diogo Bacha e. *Ativismo no controle de constitucionalidade*. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2013, p. 55.



materialização do exercício pleno dos direitos fundamentais, sem se descuidar da relevância e importância dos dois outros poderes que compõem os pilares do Estado Democrático de Direito.

Portanto, a jurisdição tem por objeto a tutela das liberdades públicas e o controle de constitucionalidade das leis e atos normativos instituídos pelo Poder Público, tudo para que sejam observados os preceitos constitucionais¹⁶. Sustenta Celso Fernandes Campilongo que

A Constituição de 1988, como dito anteriormente, trouxe uma mudança significativa ao ordenamento jurídico nacional, pois teve o condão de conceder aos juízes um poder de julgar, mesmo que não exista a norma escrita. Essa mudança se deve principalmente com o advento da Emenda Constitucional 45, vez que, a Constituição brasileira aceita que o controle de constitucionalidade seja tanto seja tanto difuso, quanto concentrado. A magistratura ocupa uma posição singular nessa nova engenharia institucional. Além de suas funções usuais, cabe ao Judiciário controlar a constitucionalidade e o caráter democrático das regulações sociais. Mais ainda: o juiz passa a integrar o circuito de negociação política. Garantir as políticas públicas, impedir o desvirtuamento privatista das ações estatais, enfrentar o processo de desinstitucionalização dos conflitos – apenas para arrolar algumas hipóteses de trabalho – significa atribuir ao magistrado uma função ativo no processo de afirmação da cidadania e da justiça substantiva. Aplicar o direito tende a configurar-se, assim, apenas num resíduo da atividade judiciária, agora também combinada com a escolha de valores e aplicação de modelos de justiça.¹⁷

O controle de constitucionalidade é um sistema resultante de uma conjuntura positivista, respaldada pelas ideias do austríaco Hans Kelsen, no século XX. É ligado principalmente à ideia da supremacia da Constituição sobre as demais normas.

Assim, deverá a Constituição ter uma especial proteção, pelo fato de ser a norma fundamental sobre a qual é construído todo o ordenamento jurídico. Por conseguinte, todas as demais normas têm sua validade justificadas pela Carta Maior.

¹⁶ ANDRESSA JUNIOR, Gilberto. *Ativismo judicial & teoria dos precedentes*. Curitiba: Juruá, 2015, p.19.

¹⁷ CAMPILONGO, Celso Fernandes. *Os desafios do Judiciário: um enquadramento teórico*. Direitos humanos, direitos sociais e justiça. 1. ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 49.



O controle de constitucionalidade pode ser prévio ou preventivo, enquanto não tenha ainda a norma sido promulgada. Ou repressivo, na intenção de afastar a eficácia e aplicação de determinada norma ilegítima.

No Brasil, o controle de constitucionalidade é eminentemente de natureza judicial. Isto é, cabe aos órgãos do Poder Judiciário a palavra final da constitucionalidade ou não da norma¹⁸, e o controle repressivo exercido pelo Poder Judiciário pode ser de forma difusa ou concentrada.

O controle difuso de constitucionalidade é o que pode ser feito por todos os juízes ou tribunais, na análise de um caso concreto. Esse controle, no ordenamento jurídico brasileiro, é exercido desde a primeira Constituição Republicana. O questionamento sobre a constitucionalidade da norma é feito via defesa ou exceção e acarreta uma questão incidental. Assim, o juiz, antes de analisar o mérito da ação, deverá inicialmente decidir se considera a norma constitucional ou inconstitucional.

Na hipótese de ser reconhecida a constitucionalidade da norma, o juiz julgará o mérito conforme o previsto na norma. Caso seja reconhecida a inconstitucionalidade da norma pelo magistrado, este deixará de aplicá-la. Ou seja, a norma será afastada no momento da decisão. Porém, essa norma, ainda que não aplicada, continua no ordenamento jurídico, valendo essa decisão apenas às partes da ação levada a julgamento.

Já no controle concentrado, por via de ação direta, procura-se obter a declaração de inconstitucionalidade ou de constitucionalidade, independentemente do caso concreto, pois tem em vista normas gerais e abstratas. Sua eficácia será contra todos – *erga omnes*. Desse modo, é como se a norma fosse retirada do ordenamento jurídico, pois a partir dessa decisão não será mais aplicável para ninguém.

¹⁸ BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 66.



A Constituição de 1988 ampliou a legitimação para a propositura de ação direta de inconstitucionalidade por ação ou omissão (art.103), que antes só pertencia ao Procurador-Geral da República. Agora, além dele, estão legitimados também o Presidente da República, as Mesas do Senado Federal, da Câmara dos Deputados e das Assembleias Legislativas dos Estados, os Governadores de Estado e do Distrito Federal (Emenda Constitucional n. 45/2004), o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, o partido político com representação no Congresso Nacional e a confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional.

Com respeito à judicialização sustenta Luís Roberto Barroso¹⁹ que

Judicialização significa que algumas questões de larga repercussão política ou social estão sendo decididas por órgãos do Poder Judiciário, e não pelas instâncias políticas tradicionais: o Congresso Nacional e o Poder Executivo, [...]. A judicialização decorre do modelo de Constituição analítica e do sistema de controle de constitucionalidade abrangente adotados no Brasil, que permitem que discussões de largo alcance político e moral sejam trazidas sob a forma de ações judiciais. Vale dizer: a judicialização não decorre da vontade do Judiciário, mas sim do constituinte. O controle concentrado a competência para julgar é exclusiva do Supremo Tribunal Federal e foi introduzida pela Emenda Constitucional nº 16 de 6 de dezembro de 1965.

4. O ATIVISMO JUDICIAL

Foi nos Estados Unidos que surgiu o ativismo judicial, com a atuação da Suprema Corte Americana na consolidação dos direitos. Sua origem está ligada intrinsecamente à jurisprudência norte-americana.

¹⁹ BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. Revista do Conselho Federal da OAB, Brasília, p. 3-29. Disponível em: <<http://www.oab.org.br/editora/revista/users/revista/1235066670174218181901.pdf>>. Acesso em 30 jul. 2015.



Para Luiz Flávio Gomes²⁰

O ativismo judicial foi mencionado, pela primeira vez (cf. M. Pereira, em O Globo de 21.03.09, p. 4), em 1947, pelo jornalista americano Arthur Schlesinger, numa reportagem sobre a Suprema Corte dos Estados Unidos. Para ele há ativismo judicial quando o juiz se considera no dever de interpretar a Constituição no sentido de garantir direitos. Como se vê, o conceito de ativismo judicial que acima utilizamos não coincide exatamente com o que acaba de ser descrito. Se a Constituição prevê um determinado direito e ela é interpretada no sentido de que esse direito seja garantido, para nós, isso não é ativismo judicial, sim, judicialização do direito considerado. O ativismo judicial vai muito além disso: ocorre quando o juiz inventa uma norma, quando cria um direito não contemplado de modo explícito em qualquer lugar, quando inova o ordenamento jurídico.

Nos países europeus, após a Segunda Guerra Mundial, percebe-se que o fenômeno neoconstitucionalista marcou o surgimento dos Estados Constitucionais. São precursores os Estados Alemão e Italiano, visto que foram os mais afetados com os ideais nazifascistas. Desse modo, tornaram-se os pioneiros no desenvolvimento de uma ideologia de valorização dos direitos humanos fundamentais a toda e qualquer sociedade.

Diante dessa nova conjuntura nos sistemas jurídicos, foi possível observar o desenvolvimento de fenômenos até então não imaginados pelos estudiosos, como é o caso do *ativismo judicial*. Explica Luís Roberto Barroso²¹ que,

A partir do final da década de 40, todavia, a onda constitucional trouxe não apenas novas constituições, mas também um novo modelo, inspirado pela experiência americana: o da supremacia da Constituição. A fórmula envolvia constitucionalização dos direitos fundamentais, que ficavam imunizados em relação ao processo político majoritário: sua proteção passava a caber ao Judiciário.

²⁰ GOMES, Luiz Flávio. **O STF está assumindo um ativismo judicial sem precedentes?**. Carta Forense, São Paulo, 01 abr. 2009. Disponível em: <<http://www.cartaforense.com.br/conteudo/colunas/o-stf-esta-assumindo-um-ativismo-judicial-sem-precedentes/3853>>. Acesso em: 26 jul. 2015.

²¹ BARROSO, Luís Roberto. **Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito.** Revista Jus Navigandi, Teresina, ano 10, n. 851, 1 nov. 2005. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/7547>>. Acesso em: 18 dez. 2016.



Inúmeros países europeus vieram a adotar um modelo próprio de controle de constitucionalidade, associado à criação de tribunais constitucionais.

A consolidação do constitucionalismo democrático e normativo coincidiu com a expansão da jurisdição constitucional, a qual decorre da forte influência advinda do pós-positivismo. Atualmente, a maneira como o Direito Constitucional é pensado e exercido deriva das modificações verificadas na vida contemporânea e do pluralismo de visões e valores da sociedade. Vê-se, portanto, que a jurisdição representa uma forma diversa de resolução de conflitos (litígios) e tem sede natural na figura do Estado, porquanto classificada como uma de suas principais funções.

O ativismo judicial, por ser relativamente recente nos tribunais e nas diversas cortes do mundo, pode ser definido, no âmbito da ciência do Direito, como a ação do Poder Judiciário além dos poderes que lhe são conferidos pela ordem jurídica. Trata-se de um fenômeno que tem ocorrido no mundo jurídico atual, no qual se verifica que o intérprete passa a revisar temas e questões que a princípio competiriam a outros poderes.

Sendo assim, desde sua ascendência até os dias atuais, o ativismo judicial pode ser considerado uma nova abordagem do mundo jurídico, pois propicia aos juízes uma postura proativa diante de casos politicamente influentes no Direito. Isto se deu fundamentalmente em razão de que nem todos os problemas da sociedade atual têm soluções prontas trazidas pelo Poder Legislativo, de modo que muitas vezes o Judiciário, ao se deparar com essas questões, acaba potencializando sua interpretação diante da Constituição Federal. Expandem-se seu alcance e sua aplicação aos casos concretos.

No que diz respeito à conceituação do termo ativismo, Luís Roberto Barroso sustenta que²²

²² BARROSO, Luis Roberto. **Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática**. Revista Atualidades Jurídicas – Revista Eletrônica do Conselho Federal da OAB. Ed. 4. Janeiro/Fevereiro 2009. Disponível em: <http://www.plataformademocratica.org/Publicacoes/12685_Cached.pdf>. Acesso em: 16/12/2016.



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

Nessa toada, surge um novo Judiciário como forma de resposta para a sociedade que busca preencher o vazio deixado pelos Poderes Legislativo e Executivo nas políticas públicas. No Brasil, surgem reformas da legislação, por meio dos códigos de processo penal e de processo civil, em busca da celeridade na aplicação da justiça. Torna-se cada vez mais evidente que o Judiciário está em descompasso com a rapidez do mundo contemporâneo. O ativismo judicial também mira uma justiça célere e uma resposta rápida e eficaz para a sociedade.

A sociedade brasileira não se contenta mais com uma simples declaração de mora Legislativa ou de o Poder Judiciário não poder entrar no mérito de decisões administrativas do Poder Executivo, crescendo, assim, a importância o papel do Judiciário na sociedade como um paliativo da omissão dos outros poderes. Ele passa a carregar consigo um relevante papel ativo para garantir a eficácia dos direitos e garantias fundamentais.

Assim, o Poder Judiciário, no cenário contemporâneo, tornou-se de grande importância. O caráter criativo faz parte de um mínimo de discricionariedade na atividade judicial, essencial na garantia dos direitos fundamentais. A jurisdição é um poder-dever do Estado brasileiro e é exercido pelo Poder Judiciário por meio de seus tribunais, como estabelecido na Constituição Federal de 1988.

Com isso, inevitavelmente houve a ascensão do Judiciário e o desenvolvimento de práticas ativistas na atual conjuntura, trazendo à tona uma nova realidade para o ordenamento jurídico brasileiro. Os princípios jurídicos, notadamente os de nível constitucional, passaram a



ser requisito básico na fundamentação dos veredictos. Isso se deu em função de uma teia fatores, os quais não cabem no âmbito restrito deste artigo. Vale, contudo, frisar que se observa uma nova configuração do papel da jurisdição, em razão da própria evolução sistemática do Direito, esta por sua vez escoltada por novos ideais sociais e políticos da modernidade.

CONCLUSÃO

O Ativismo Judicial é uma realidade no Judiciário brasileiro. O presente artigo procurou demonstrar que, apesar da cautela requerida na interpretação dos princípios constitucionais pelo Poder Judiciário, este tem caminhado no sentido de garantir os direitos fundamentais e os objetivos inscritos no artigo 3º da Constituição.

Ficou demonstrado, ainda, que no tocante à separação dos poderes, não há riscos pela prática do ativismo judicial. Afinal, o poder é uno, o que há é a separação das funções, pois o modelo de separação de poderes defendido pela doutrina liberal do século XIX, que pugnava pela rígida tripartição, não serve para os tempos atuais, em que a sociedade possui novos valores.

A própria constituição traz regras de interferência de um poder ao outro com o fito de estabelecer o equilíbrio necessário à realização do bem da coletividade, assim como evitar o arbítrio e o abuso tanto de um poder em detrimento de outro quanto contra a coletividade. A separação de poderes consagrada em nosso texto constitucional não impede o controle, pelo Judiciário, de atos do poder executivo e do poder legislativo.



Conclui-se, assim, que no Estado Democrático de Direito a legitimidade do Poder Judiciário decorre da própria Constituição. O controle da constitucionalidade veio assegurar aos cidadãos a garantia dos direitos fundamentais, fortalecendo, sobremaneira, o exercício pleno da cidadania, na solução de conflitos, configurando amplo exercício da democracia.

REFERÊNCIAS

ANDRESSA JUNIOR, Gilberto. *Ativismo judicial & teoria dos precedentes*. Curitiba: Juruá, 2015.

BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

_____. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. *Revista do Conselho Federal da OAB*, Brasília, p. 3-29. Disponível em: <<http://www.oab.org.br/editora/revista/users/revista/1235066670174218181901.pdf>>. Acesso em 30 jul. 2015.

_____. **Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito (O triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil)**. <http://www.luisrobertobarroso.com.br>. Acesso em: 01/08/2015.

BASTOS, Celso Ribeiro Bastos. *Curso de Direito Constitucional*. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 1997.



CAMPILONGO, Celso Fernandes. *Os desafios do Judiciário: um enquadramento teórico. Direitos humanos, direitos sociais e justiça*. 1. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

GOMES, Luiz Flávio. O STF está assumindo um ativismo judicial sem precedentes?. *Carta Forense*, São Paulo, 01 abr. 2009. Disponível em: <<http://www.cartaforense.com.br/conteudo/colunas/o-stf-esta-assumindo-um-ativismo-judicial-sem-precedentes/3853>>. Acesso em: 26 jul. 2015.

GOMES, Sergio Alves. *Os poderes do juiz na direção e instrução do processo civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2011.

MONTESQUIEU, C. L. *O espírito das leis*. MONTESQUIEU, C. L. O espírito das leis. Tradução Cristina Murachco. 2ed, 2ª tiragem. São Paulo: Martins Fontes 2000, pg. 168

NANNI, Giovanni Ettore. *A responsabilidade civil do juiz*. São Paulo: Max Limonad, 1999.

ROCHA, Paulo Henrique Borges. *Faces da política e faces da constituição: exploração das relações entre poderes republicanos no sistema constitucional brasileiro*. 2015. 137 p. Dissertação (Mestrado em Direito Constitucional) – Faculdade de Direito do Sul de Minas. Pouso Alegre (MG), 2015.

SILVA, Diogo Bacha e. *Ativismo no controle de constitucionalidade*. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2013.



SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 24. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.