

A TRIPARTIÇÃO DE PODERES E O ATIVISMO JUDICIAL

¹Jorsolon Rodrigues da Silva

RESUMO

O presente trabalho busca elucidar a conjuntura da divisão dos poderes da República Federativa do Brasil, orientada pela separação de poderes vislumbrada desde Aristóteles em sua obra a Política, até a teoria da tripartição de poderes de Montesquieu, onde observaremos o modelo tradicional entendido pela doutrina clássica do referido autor da obra O Espírito das Leis, em contraste com a atuação atual, porém, mais especificamente no que tange a atuação do Poder Judiciário, com enfoque no Supremo Tribunal Federal. A abordagem acerca da atuação do Supremo Tribunal Federal trará uma análise da problemática enfrentada pela invasão, muitas vezes, de competência de outros poderes, fugindo da simples atuação atípica, ocasionando, assim, um tensionamento demasiado e que não configura o chamado *checks and balances*, mas sim o que denomina-se ativismo judicial. O presente artigo também tratará sobre a problemática da crise institucional causada em tal cenário e a resposta social como consequência.

ABSTRACT

The present work seeks to elucidate the conjuncture of the division of powers from the Federative Republic of Brazil, oriented by the separation of powers envisaged by Aristóteles in his work, Politic, up to the theory of the tripartition of powers by Montesquieu, where we will observe the traditional model understood by classical doctrine of the author of the work O Espírito das Leis, in contrast to the current performance, however, more specifically with regard to the performance of the Judiciary, focusing on the Supreme Federal Court. The approach regarding the performance of the Supreme Federal Court will bring an analysis of the problem faced by the invasion, many times, of competence of other powers, escaping from the simple atypical performance, causing too much tension and that does not configure the so-called checks and balances, but what is called judicial activism. This article will also deal with the problem of the institutional crisis caused in this kind of scenario and the social response as a consequence.

PALAVRAS-CHAVE: Tripartição de Poderes. Estado Democrático de Direito. Ativismo Judicial.

KEY WORDS: Tripartition of powers. Democratic State of Law. Judicial Activism.

¹ Graduando do Curso de Bacharel em Direito da UNIGRANRIO, orientado pela professora Cecília.

1. INTRODUÇÃO

O conceito de sociedade em que estamos inseridos parte de elementos fundadores inescapáveis, não podendo ser diferente para a nossa concepção de Estado. Nesse espeque fundamenta-se o presente trabalho, buscando compreender a estruturação do nosso Estado Democrático de Direito para respondermos no que consiste, em tese, a tripartição de poderes e seus componentes, passando à atuação contemporânea do Poder Judiciário brasileiro, este que ao olhar de muitos juristas apresenta, através da Suprema Corte, um desvio do curso padrão na função jurisdicional constitucionalmente posta.

Nesse sentido, abordaremos os fundamentos da ideia da tripartição de poderes, partindo-se do pensamento clássico, adentrando as origens de tal formação estatal, até a efetivação prática em nossa constituição sob a ótica, principalmente, da atuação do Poder Judiciário brasileiro, com enfoque, como mencionado, na atual atividade do Supremo Tribunal Federal, nossa Suprema Corte judicial.

Será igualmente contemplado no presente estudo a aplicação prática da nossa federação, sob a ótica da tripartição de poderes erigida pelos pensadores clássicos, para vislumbrarmos se o nosso Estado distanciou-se ou não da estrutura clássica na atuação dos poderes, baseando-se primordialmente também na hodierna atuação da cúpula máxima do Poder Judiciário e suas constantes intervenções que, ao olhar de muitos, passam ao largo das chamadas funções atípicas, traduzindo-se em pleno ativismo judicial.

Na análise do ativismo judicial, haverá breve esclarecimento acerca do seu surgimento, passando pelos pontos caracterizadores de tal fenômeno, para então alcançarmos um significado conceitual e prático, no intuito de percebermos, sob a ótica de atuação do Supremo Tribunal Federal, constantes atuações do Poder Judiciário brasileiro nesse sentido e os reflexos do cenário criado pela conduta ativista, seja pelo aspecto danoso, ou pelo aspecto positivo e constitucionalmente aceito, no âmbito da intervenção do Poder Judiciário em outros poderes.

Concluindo a noção do estudo, visualizar-se-á uma abordagem crítica acerca do fenômeno do ativismo judicial e suas consequências, resultantes da análise das fontes que explicam e ligam os pontos desde o fundamento calcado na separação de

poderes, através do conceito tripartite, até a atuação do Poder Judiciário brasileiro, na figura elementar da Suprema Corte.

2. DESENVOLVIMENTO

2.1 BREVE DISPOSIÇÃO DA ORIGEM E PENSAMENTO CLÁSSICO DA TRIPARTIÇÃO DE PODERES

A separação de poderes foi um tema abordado por diversos pensadores clássicos da política, uma indagação que denota origens desde a Grécia antiga, com Platão e Aristóteles, até o século XVIII, com Locke e Montesquieu, pensadores estes usados a título de exemplo, pois são de grande vulto para a doutrina que embasa a crença do Estado formado em poderes separados, com atuações definidas.

O pensamento da separação de poderes culminou, atualmente, no que conhecemos como modelo tripartite, inserido em diversos Estados ocidentais por um amalgamado de ideais que, aparentemente, visam dar uma ordem democrática plena para a atuação do chamado Estado Constitucional.

A teoria da separação de poderes historicamente foi cunhada de forma inicial por Aristóteles, em sua obra “A Política”, onde o filósofo grego assinalou a existência de três órgãos que, separados, tomariam as decisões do Estado, sendo eles o Poder Deliberativo, o Poder Executivo e o Poder Judiciário².

No decorrer da obra “A Política”, para Aristóteles (1992, p. 93) “o governo é o exercício do poder supremo do Estado”³, sendo assim essa estrutura que aponta uma autoridade dominante sobre os indivíduos é uma construção responsável por trazer a paz social, de modo a pôr fim naquilo que é entendido na corrente contratualista como o estado de natureza.

² COUCEIRO, Julio Cezar da Silveira. Princípio da Separação de Poderes em corrente tripartite. Disponível em: <<https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-constitucional/principio-da-separacao-de-poderes-em-corrente-tripartite/#:~:text=Essa%20teoria%20da%20separa%C3%A7%C3%A3o%20de,Executivo%20e%20o%20Poder%20Judici%C3%A1rio.>> Acesso em: 18 dez. 2020.

³ PELICOLI, Angela Cristina. A atualidade da reflexão sobre a separação dos poderes. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/43/169/ril_v43_n169_p21.pdf> Acesso em: 10 nov. 2020.

John Locke (1994, p.83) preceitua, inclusive, que o estado de natureza é uma zona que caracteriza a igualdade e liberdade entres os homens⁴, através de uma “condição natural dos homens, ou seja, um Estado em que eles sejam absolutamente livres para decidir suas ações, dispor de seus bens e de suas pessoas como bem entenderem, dentro dos limites do direito natural, sem pedir a autorização de nenhum outro homem nem depender de sua vontade.”

Para sair desse estado de desordem natural, conforme visualizado por Locke, é necessária uma ótica pautada na separação de poderes, com inclinação a manutenção da paz social e asseguramento da liberdade.

O definidor do pensamento desse sistema organizacional, como ideal extraído da construção do modelo de Montesquieu, aponta que não há pior cenário do que uma sociedade onde todo o poder decisório concentra-se nas mãos de um único ser humano, grupo, ou poder, propriamente dito.

O autor do livro “O Espírito das Leis” (1748), Charles Montesquieu, asseverou que “tudo estaria perdido se o mesmo homem ou o mesmo corpo dos principais, ou de nobres, ou do povo, exercesse esses três poderes: o de fazer leis, o de executar as resoluções públicas, e o de julgar os crimes ou as divergências dos indivíduos”.⁵

Com essa dicção, entende-se que é necessário uma análise histórica acerca da evolução da separação de poderes, pois cada sociedade anseia por uma abordagem diferente, que sofre mutações à cada época, contudo, o atendimento aos anseios sociais jamais pode sobrepujar os princípios formadores do pensamento que levou à existência dessa repartição de poderes, que visou, sobretudo, um equilíbrio nas ações do Estado.

Assim, como ensina Nicolai Hartmann (1986, p. 23) “a cambiante validade de determinados valores em determinado tempo não significa seu nascer e perecer ao correr da história. O câmbio não é mutação dos valores, mas mudança de preferência que prestam determinadas épocas a determinados valores.”

Sendo assim, a historicidade do pensamento da separação de poderes teve o seu ápice com a edição do pensamento tripartite asseverado por Montesquieu, o qual elencou a divisão de poderes sob três figuras: os Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário.

⁴ PELICOLI, Angela Cristina. A atualidade da reflexão sobre a separação dos poderes. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/43/169/ril_v43_n169_p21.pdf> Acesso em: 10 nov. 2020.

⁵ MONTESQUIEU, Charles de Secondat. O espírito das leis. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

Montesquieu (2000, p. 168) nos apresenta a ideia que:

”Tampouco existe liberdade se o poder de julgar não for separado dos Poderes Legislativo e 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.”

A subdivisão trazida por Montesquieu prepondera que cada poder tenha a sua função definida, entendendo-se tal aspecto como sustentáculo do equilíbrio buscado na existência do poder central, o Estado, pois é a forma da sociedade ser regida com justiça e paz social, afugentando-se qualquer eventual tirania que por ventura quisesse pairar sobre um povo.

2.2 A TRIPARTIÇÃO DE PODERES APLICADA AO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO BRASILEIRO

No Brasil seguiu-se a regra moderna da concepção democrática, seguindo a disposição de que “toda sociedade, onde a garantia dos direitos não esteja assegurada nem a separação dos poderes determinada, não possui Constituição” (BONAVIDES, 1999, p. 156-157).

Assim, o Estado Democrático de Direito brasileiro carrega o princípio da separação de poderes, na ótica tripartite, como um princípio fundamental, guardado pelo art. 2º da Carta Magna, sendo considerado nesta, inclusive, uma cláusula pétrea, constituindo total proteção pela dicção do art. 60, § 4º, III.

Art. 2º São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário.

Art. 60. A Constituição poderá ser emendada mediante proposta:

§ 4º Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir:

III - a separação dos Poderes;

Dessa forma, é clarividente a importância do sistema tripartite para o Estado brasileiro, onde tal apreço, pela ótica constitucional, deveria ser traduzido nas ações dos poderes constituídos para formar a vontade estatal, através de uma virtual independência e harmonia entre eles, Executivo, Legislativo e Judiciário, cada qual

exercendo primordialmente suas funções típicas e, oportunamente, suas funções atípicas.

José Afonso da Silva (2005, p. 110) discorre sobre a independência entre os poderes:

“A independência dos poderes significa: (a) que a investidura e a permanência das pessoas num órgão do governo não dependem da confiança nem da vontade dos outros; (b) que, no exercício das atribuições que lhes sejam próprias, não precisam os titulares consultar os outros nem necessitam de sua autorização; (c) que, na organização dos respectivos serviços, cada um é livre, observadas apenas as disposições constitucionais e legais; assim é que cabe ao Presidente da República prover e extinguir cargos públicos da Administração federal, bem como exonerar ou demitir seus ocupantes, enquanto é da competência do Congresso Nacional ou dos Tribunais prover os cargos dos respectivos serviços administrativos, exonerar ou demitir seus ocupantes; às Câmaras do Congresso e aos Tribunais compete elaborar os respectivos regimentos internos, em que se consubstanciam as regras de seu funcionamento, sua organização, direção e polícia, ao passo que o Chefe do Executivo incumbe a organização da Administração Pública, estabelecer seus regimentos e regulamentos. Agora, a independência e autonomia do Poder Judiciário se tornaram ainda mais pronunciadas, pois passou para a sua competência também a nomeação dos juízes e tomar outras providências referentes à sua estrutura e funcionamento, inclusive em matéria orçamentária (arts. 95, 96, e 99).”

No entanto, ultimamente não soe ocorrer esse funcionamento perene das engrenagens democráticas que movem a atuação dos poderes constitucionalmente constituídos, com específico enfoque na atuação do Poder Judiciário para a consequência desse desequilíbrio, em razão de ações que ultrapassam a mera execução do sistema de freios e contrapesos, ora equalizador e limitador dos poderes uns pelos outros.

2.3 O ATIVISMO JUDICIAL

Muito se discute acerca da nomenclatura ativismo judicial, onde corriqueiramente diversos autores estão discorrendo em artigos ou livros acerca de tal fenômeno, este que tem origem nos Estados Unidos da América, cunhado pelo jornalista Arthur Schlesinger Jr. que, através de uma análise comportamental do juízes

da Suprema Corte Norte-Americana, conseguiu avaliar a conduta de cada um e entender essa perspectiva de atuação.⁶

O fenômeno ativismo judicial pode ser encarado por muitos como uma forma de alcançar a concreção de direitos e garantias individuais, buscando-se, com isso, uma celeridade nesse processo, porém, na visão de outros, o ativismo judicial nada mais é do que a prevalência da visão individual dos julgadores na compreensão das normas constitucionais, buscando cada qual dar à elas o seu ponto de vista, sob muitas vezes uma reinterpretação do que buscara o constituinte originário na elaboração da norma.⁷

Não obstante, o estudo de Keenan Kmiec (2004, p. 1441-1477) aborda o termo ativismo judicial sob cinco diferentes sentidos, onde o primeiro seria a atuação do Poder Judiciário no controle de constitucionalidade da norma legislativa, a qual estaria de acordo com a constituição, mas, por algum motivo, a interpretação da corte não entenderia nesse sentido; o segundo sentido repousa na atuação jurisdicional de forma legislativa, onde o ativismo judicial impulsionaria a corte no sentido de ultrapassar os limites da atribuição constitucional, definidores da separação de poderes; o terceiro sentido passaria pela interpretação constitucional da corte em desconformidade com o entendimento adequado da Carta Política; em quarto sentido, haveria um julgamento pragmático pelas cortes judiciárias, onde os juízes ativistas dispensariam julgamentos escorados em resultados; em quinto e último sentido, o ativismo decorreria da desobediência da jurisprudência pelas cortes judiciais, onde juízes ativistas não dariam aplicabilidade aos precedentes por conveniência própria.⁸

Para além da definição aberta do conceito de ativismo judicial, que se escora em diversos parâmetros para a sua caracterização, a conceituação mais precisa de tal fenômeno encontra-se sob a ótica do autor norte-americano William Marshall, o qual enumera o ativismo judicial através de um conjunto de indicadores.⁹

⁶ TAVARES, Rodrigo de Souza; VIEIRA, José Ribas; VALLE, Vanice Regina do. ATIVISMO JURISDICIONAL E O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/anais/brasil/15_639.pdf> Acesso em: 20 nov. 2020.

⁷ TAVARES, Rodrigo de Souza; VIEIRA, José Ribas; VALLE, Vanice Regina do. ATIVISMO JURISDICIONAL E O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/anais/brasil/15_639.pdf> Acesso em: 20 nov. 2020.

⁸ CONTINENTINO, Marcelo Casseb. Ativismo judicial Proposta para uma discussão conceitual. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/49/193/ril_v49_n193_p141.pdf> Acesso em: 20 nov. 2020.

⁹ TAVARES, Rodrigo de Souza; VIEIRA, José Ribas; VALLE, Vanice Regina do. ATIVISMO JURISDICIONAL E O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Disponível em:

Marshall apresenta sete indicadores que assinalam o ativismo judicial de forma prática, sendo eles: I) o contra-majoritarismo; II) o não-originalismo; III) a ausência de deferência perante os precedentes judiciais; IV) o ativismo jurisdicional; V) a criatividade judicial; VI) ativismo remedial; e VII) o ativismo partidário. Estes indicadores equalizam-se de forma praticamente evidente com a visão apresentada por Keenam Kmiec, como por exemplo o ativismo partidário, o qual busca uma análise judicial esteada no resultado, ou o contra-majoritarismo, que se alinha com a declaração de inconstitucionalidade de leis com caráter constitucional existente e defensável.¹⁰

No entanto, o ativismo jurisdicional apontado por Marshall é a visão que mais se afeiçoa para o entendimento do escopo da análise do presente trabalho, onde este conceito estaria atrelado a um desrespeito aos limites jurisdicionais delimitados para a atuação constitucionalmente prevista, ponto que está intimamente ligado hodiernamente à algumas visões sobre a atuação do Supremo Tribunal Federal, órgão máximo do Poder Judiciário brasileiro.

2.3.1 A ATUAÇÃO DA SUPREMA CORTE BRASILEIRA NA ESFERA DO ATIVISMO JUDICIAL

Passando para a análise nevrálgica do escopo desse estudo, é necessário trazer a lume uma análise da atuação hodierna da Suprema Corte brasileira, através de explanações calcadas em casos concretos que detêm uma forte carga de anormalidade na atuação desse pilar da democracia, que é a mais alta cúpula do Poder Judiciário.

Montesquieu, em sua análise acerca da separação de poderes, trazia claro a disposição de que os poderes constituídos, com funções especiais atribuídas, efetivariam um controle, uma fiscalização e um direcionamento recíproco entre eles, porém, a atividade do Poder Judiciário, conforme a concepção constitucional

<http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/anais/brasil/15_639.pdf> Acesso em: 20 nov. 2020.

¹⁰ TAVARES, Rodrigo de Souza; VIEIRA, José Ribas; VALLE, Vanice Regina do. ATIVISMO JURISDICIONAL E O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Disponível em:

<http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/anais/brasil/15_639.pdf> Acesso em: 20 nov. 2020.

brasileira, onde tal poder tem prerrogativas no exercício de controle jurisdicional de atos administrativos e de constitucionalidade, contraria a visão desse autor, pois ele vislumbrava a jurisdição como um poder nulo.¹¹

Não obstante, é pacífico, considerando-se de suma importância, que a atuação jurisdicional, por meio principalmente do controle de constitucionalidade das leis, exerce papel de relevo para o equilíbrio democrático na separação de poderes, entretanto, quando transborda-se o exercício jurisdicional, alargando-se tal ao ponto de evidenciar uma interferência indevida sobre outro poder, o que antes era imprescindível, torna-se inadmissível.

Vale dizer que o Supremo Tribunal Federal, quando de uma posição ativista em sua postura, pode estar redefinindo os limites de sua própria competência jurisdicional, imiscuindo-se além das fronteiras traçadas originariamente pela Constituição Federal de 1988, fato que traz desequilíbrio para a harmonia entre os poderes constituídos.

O entendimento acerca da alteração de curso na atuação do Supremo Tribunal Federal, sob a ótica do ativismo jurisdicional, apoia-se na ideia de ultrapassagem dos limites de competência fixados pela Constituição de 1988 à Suprema Corte, situação que somente é concebível através de uma reinterpretação da sistemática dos mecanismos provocadores da jurisdição, com vias de obter do Poder Judiciário um dizer o direito além do padrão esperado.¹²

2.3.2 ATUAÇÕES PRÁTICAS CARACTERIZADORAS DO ATIVISMO JUDICIAL NA SUPREMA CORTE BRASILEIRA: PONTOS NEGATIVOS E POSITIVOS

O Poder Judiciário brasileiro, com sua cúpula representada pelo Supremo Tribunal Federal, vem apresentando diversos comportamentos que denotam uma mudança da ordem natural do sistema cunhado na tripartição de poderes, principalmente na análise de tal aplicada ao ideal trazido pela Constituição de 1988 e a harmonia esperada pela Carta Magna.

¹¹ MONTESQUIEU, Charles de Secondat. O espírito das leis. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

¹² TAVARES, Rodrigo de Souza; VIEIRA, José Ribas; VALLE, Vanice Regina do. ATIVISMO JURISDICIONAL E O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Disponível em:

<http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/anais/brasil/15_639.pdf> Acesso em: 20 nov. 2020.

A caminhada da nossa Suprema Corte direciona-se hodiernamente em um sentido que destoa da limitação de um poder pelo próprio poder, como prediz Montesquieu, haja vista o julgamento da Rcl 4.335/AC, onde a corte suprimiu a atuação constitucional do Senado Federal, disposta no art. 52, X, da CRFB/88, que garantia ao legislativo um controle sobre a atividade do STF.¹³

Ocorre que, através do julgamento da Rcl. 4.335/AC, o Supremo Tribunal Federal entendeu, de forma *contra legem*, pela anulação sistemática da atuação do senado no controle verificador político das decisões de inconstitucionalidade que venha a produzir em controle difuso, fato que viola diretamente o art. 52, X, da CRFB/88, porém entendeu a nossa Suprema Corte que, baseado na “mutação constitucional” de tal dispositivo, as decisões do STF pautadas no reconhecimento de inconstitucionalidade legal já possuem efeitos *erga omnes*, prescindindo a atuação do Senado.¹⁴

Assim, tem-se que uma atuação da nossa suprema corte em tal aspecto, onde claramente reinterpreto disposição clarividente constitucional, de forma a dar nova dinâmica, diversa do que propôs o poder constituinte originário, com o plus de ter suplantado uma atuação expressa de um dos poderes, constrange de forma temerosa a harmonia esperada e afronta o próprio sistema de freios e contrapesos, pois o Senado, mediante a inteligência do art. 52, X, da CRFB/88, atuaria de modo a equacionar a invasão do poder judiciário que a *judicial review* das leis traz como consequência.¹⁵

A título de exemplificação do constante ativismo judicial prático, podemos citar outra ação do Supremo Tribunal Federal que, à guisa de preencher suposta lacuna legislativa, considerou, através do julgamento ADPF nº 132-RJ e a ADI nº 4277-DF, o reconhecimento da união entre casais homoafetivos, buscando – aqui sem entrar no mérito acerca do que se entende como padrão correto ou não das uniões homoafetivas, mas cingindo-se tão somente à análise técnica da atuação judicial –

¹³ ABBOUD, Georges; OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. O Supremo Tribunal Federal e a nova separação de poderes: entre a interpretação da Constituição e as modificações na engenharia constitucional. Disponível em: < <https://bdjur.tjdft.jus.br/xmlui/handle/tjdft/20451>> Acesso em: 12 nov. 2020.

¹⁴ ABBOUD, Georges; OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. O Supremo Tribunal Federal e a nova separação de poderes: entre a interpretação da Constituição e as modificações na engenharia constitucional. Disponível em: < <https://bdjur.tjdft.jus.br/xmlui/handle/tjdft/20451>> Acesso em: 12 nov. 2020.

¹⁵ ABBOUD, Georges; OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. O Supremo Tribunal Federal e a nova separação de poderes: entre a interpretação da Constituição e as modificações na engenharia constitucional. Disponível em: < <https://bdjur.tjdft.jus.br/xmlui/handle/tjdft/20451>> Acesso em: 12 nov. 2020.

concretizar os direitos fundamentais, que por ventura encontrem óbices por uma ausência de disposição legislativa plena.

Porém, é importante mencionar que as alterações constitucionais e das normas infraconstitucionais é de competência do Poder Legislativo, pois este é o principal na inovação do ordenamento jurídico, através de sua atuação legiferante.

Assim, quando a nossa Suprema Corte buscou reinterpretar o art. 1.723 do Código Civil, este que retirou sua razão de ser do art. 226, § 6º, da Carta Magna, de modo à dar guarida a união homoafetiva, utilizando como pano de fundo a concreção dos direitos fundamentais, o STF, por mais que realmente a ação pudesse considerar-se digna, acabou atropelando a separação de poderes dentro da sistemática de competência para uma inovação de tal porte na legislação.

Assim, o Supremo Tribunal Federal, com supedâneo na cláusula de abertura material dos direitos fundamentais, nos termos do art. 5, § 2º, da CRFB/88, onde diz que “os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”, acabou por interpretar, através de uma nova adequação social, o conceito de família dito pelo poder constituinte originário no art. 226 da Carta Magna, quando, no entanto, de forma correta à luz do que se espera na harmonia entre os poderes, tal alteração deveria vir da casa do povo, ou seja, do congresso nacional em atuação legislativa.

Não obstante os apontamento críticos aos recentes rompantes da nossa suprema corte, inegável é que, em determinadas situações, que não se confundem com o ativismo judicial criticado, consistentes nos resultados danosos para o exercício dos direitos e garantias fundamentais em razão da mora legislativa, é necessário a ação do judiciário, todavia sendo provocado pelos instrumentos cabíveis, seja por meio de Mandado de Injunção ou ADO, para preencher as lacunas legais que causem transtornos à vida prática dos indivíduos, como por exemplo a consolidação do direito de greve dos servidores públicos, através do julgamento dos Mandados de Injunção 670, 708 e 712.

Noutro giro, ressalta-se por muitos o aspecto positivo do fenômeno ativismo judicial aplicado à nossa Suprema Corte, onde evidencia-se à quem tenha apreço por tal prática, a forma que o Poder Judiciário, utilizando-se dos mecanismos disponíveis para o exercício da tutela jurisdicional, atua para equilibrar a balança de competências em razão de determinada mora legislativa, esta, segundo quem defenda tal atuação

ativista, impeditiva na concreção de direitos e garantias fundamentais que estão estampados na nossa Carta Política.¹⁶

Ao analisar o fenômeno do ativismo judicial, vislumbrado no âmbito do Poder Judiciário brasileiro, Luís Roberto Barroso, Ministro da nossa Suprema Corte, preceitua que “a ideia de ativismo judicial está associada a uma participação mais ampla e intensa do Judiciário na concretização de valores e fins constitucionais, com maior interferência no espaço de atuação dos outros dois Poderes”¹⁷

Assim, pensar em uma atuação mais ativa do Poder Judiciário, com principal foco no exercício jurisdicional do Supremo Tribunal Federal, para aqueles que defendem essa dinâmica aplicável ao ativismo judicial, é, em consequente análise, uma forma de estender aos indivíduos um meio de acesso concreto aos direitos e garantias fundamentais que, segundo o art. 5º, § 1º, da CRFB/88, detém aplicabilidade imediata.

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

§ 1º As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata.

Vale dizer, de forma explicativa, que a aplicabilidade imediata que denota os direitos e garantias fundamentais do § 1º, do art. 5º da CRFB/88, serve como esteio para o exercício a atuação ativista, principalmente, da forma adequada e constitucional, como dito anteriormente, através dos remédios constitucionais ADO e Mandado de Injunção que, explicado pelo professor Pedro Lenza (2014 p. 260), encontra seguinte forma:

“Em relação a esses dois remédios para combater a “síndrome de inefetividade” das normas constitucionais de eficácia limitada, o STF tende a consolidar o entendimento de que, em se tratando de “Poder”, a ADO seria o instrumento para fazer um apelo ao legislador, constituindo-o em mora, enquanto o MI, por seu turno, seria o importante instrumento de concretização dos direitos fundamentais, como vem sendo percebido na jurisprudência do

¹⁶ SILVA, Vanessa Jéssica Mansur. A Evolução do Ativismo Judicial: O Papel do Judiciário Como Legislador Positivo. Disponível em: <<https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-constitucional/a-evolucao-do-ativismo-judicial-o-papel-do-judiciario-como-legislador-positivo/>> Acesso em: 21 nov. 2020.

¹⁷ BARROSO, Luís Roberto. JUDICIALIZAÇÃO, ATIVISMO JUDICIAL E LEGITIMIDADE DEMOCRÁTICA. Disponível em: <https://www.direitofranca.br/direitonovo/FKCEimagens/file/ArtigoBarroso_para_Selecao.pdf> Acesso em: 22 nov. 2020.

STF (cf. item 14.11.5.4) e, assim, dando um exato sentido ao art. 5.º, § 1.º, que fala em aplicação imediata.”

Por isso, mediante alguma explicada inefetividade do Poder Legislativo, aqueles que defendem essa atitude ativista do Poder Judiciário encontram terreno para justificar a conduta e dar importância, atribuindo até uma certa imprescindibilidade, ao exercício jurisdicional que visa efetivar direitos e garantias fundamentais, mesmo que para longe da apreciação adstrita aos remédios constitucionais passíveis, justificando o exercício ativista sempre que o julgador achar necessário, afastando-se até o que William Marshall chama de ativismo jurisdicional.

3 CONCLUSÃO

Dada a análise do estudo, através da estabilidade esperada na separação de poderes, escorada no sistema tripartite, podemos inferir que o elo que une os poderes e balanceia a convivência deles deve ser respeitado, caso contrário, não estaríamos mais diante de um verdadeiro Estado Democrático de Direito, pelo qual há o império da lei, através da participação do povo e seus representantes constituídos.

Com isso, a ideia do ativismo judicial, de forma a desequilibrar a esperada perene relação da separação de poderes, é uma questão hodierna a ser enfrentada, haja vista que, em algumas oportunidades, o ativismo judicial torna-se danoso para a democracia, pois tal prática demonstra mais uma atuação eivada em comportamentos e visões pessoais dos julgadores, usados em detrimento do direito previamente estabelecido, e que, por muito, desagua na invasão de competência de outro poder.

Não se pode, assim, perder de vista a essencialidade da tutela jurisdicional em determinados casos, pois a função de dizer o direito ainda é destinada precipuamente ao Poder Judiciário, todavia, um julgamento que é pautado conforme leituras puramente subjetivas, ideológicas e demagógicas, escorando-se em emaranhados de princípios abstratos para interpretá-los conforme um “clamor social”, mas que não se adequa à lei já tradicionalmente posta, traduz-se, muitas vezes, em um ativismo judicial desmedido e temerário para a estabilidade social.

Lenio Streck afirma que “o ativismo representa um tipo de decisão na qual a vontade do julgador substitui o debate político (seja para realizar um pretensão “avanço”, seja para manter o status quo)”.¹⁸

Nesse *iter*, pensar em soluções que transbordam a natureza esperada da mutação social dentro do enquadramento constitucional positivo, é atropelar a estabilidade do Estado Democrático de Direito e seus poderes constituídos, de modo que isso apresenta uma temerária rotina na própria separação de poderes, bem como no comportamento sociopolítico.

Todavia não se pode olvidar a necessidade, como abordado no presente trabalho, que versa a atuação jurisdicional, proveniente de disposição entabulada na Constituição, onde o Poder Judiciário, através da atuação da nossa Suprema Corte, busca efetivar o preenchimento de lacunas deixadas pelo Poder Legislativo, através dos instrumentos necessários, os remédios constitucionais ADO e Mandado de Injunção, e que não desequilibram a harmonia esperada entre os poderes, pelo contrário, faz nascer direitos constitucionais outrora apenas positivados abstratamente em texto escrito.

REFERÊNCIAS:

BRASIL. Constituição (1988). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm> Acesso em: 09 nov. 2020.

MONTESQUIEU, Charles de Secondat. O espírito das leis. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

MONTESQUIEU. O espírito das leis. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

LOCKE, John. Segundo tratado sobre o governo civil e outros escritos. Petrópolis: Vozes, 1994.

HARTMANN, Nicolai. Ontologia. México: Fondo de Cultura Económica, 1986. v. I.

BONAVIDES, Paulo. Teoria do estado. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1999.

¹⁸ STRECK, Lenio. ENTRE O ATIVISMO E A JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA: A DIFÍCIL CONCRETIZAÇÃO DO DIREITO FUNDAMENTAL A UMA DECISÃO JUDICIAL CONSTITUCIONALMENTE ADEQUADA. Disponível em: <<http://dx.doi.org/10.18593/ejil.v17i3.12206>> Acesso em: 10 nov. 2020.

COUCEIRO, Julio Cezar da Silveira. Princípio da Separação de Poderes em corrente tripartite. Disponível em: <<https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-constitucional/principio-da-separacao-de-poderes-em-corrente-tripartite/#:~:text=Essa%20teoria%20da%20separa%C3%A7%C3%A3o%20de,Executivo%20e%20o%20Poder%20Judici%C3%A1rio.>> Acesso em: 18 dez. 2020.

TAVARES, Rodrigo de Souza; VIEIRA, José Ribas; VALLE, Vanice Regina do. ATIVISMO JURISDICIONAL E O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/anais/brasil/15_639.pdf> Acesso em: 20 nov. 2020.

CONTINENTINO, Marcelo Casseb. Ativismo judicial Proposta para uma discussão conceitual. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/49/193/ril_v49_n193_p141.pdf> Acesso em: 20 nov. 2020.

SILVA, José Afonso da. São Paulo: Malheiros, 2005.

da SILVA, José Afonso (2006). Curso de Direito Constitucional Positivo 37ª ed. São Paulo: Malheiros, 2017.

STRECK, Lenio. ENTRE O ATIVISMO E A JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA: A DIFÍCIL CONCRETIZAÇÃO DO DIREITO FUNDAMENTAL A UMA DECISÃO JUDICIAL CONSTITUCIONALMENTE ADEQUADA. Disponível em: <<http://dx.doi.org/10.18593/ejil.v17i3.12206>> Acesso em: 10 nov. 2020.

ABBOUD, Georges; OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. O Supremo Tribunal Federal e a nova separação de poderes: entre a interpretação da Constituição e as modificações na engenharia constitucional. Disponível em: <<https://bdjur.tjdf.jus.br/xmlui/handle/tjdf/20451>> Acesso em: 12 nov. 2020.

SILVA, Vanessa Jéssica Mansur. A Evolução do Ativismo Judicial: O Papel do Judiciário Como Legislador Positivo. Disponível em: <<https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-constitucional/a-evolucao-do-ativismo-judicial-o-papel-do-judiciario-como-legislador-positivo/>> Acesso em: 21 nov. 2020.

PELICIOI, Angela Cristina. A atualidade da reflexão sobre a separação dos poderes. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/43/169/ril_v43_n169_p21.pdf> Acesso em: 10 nov. 2020.

BARROSO, Luís Roberto. JUDICIALIZAÇÃO, ATIVISMO JUDICIAL E LEGITIMIDADE DEMOCRÁTICA. Disponível em: <https://www.direitofranca.br/direitonovo/FKCEimagens/file/ArtigoBarroso_para_Selecao.pdf> Acesso em: 22 nov. 2020.

LENZA, Pedro. Direito Constitucional Esquematizado / Pedro Lenza – 18. ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Saraiva, 2014.