



**FUNDAÇÃO PRESIDENTE ANTÔNIO CARLOS DE UBÁ**  
**FACULDADE DE DIREITO**  
**2017**

**O ATIVISMO JUDICIAL E O PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES**

*Milton Tavares Leonardo Júnior-miltonleonardo2@gmail.com*

*Edna Valéria Gasparoni Gazolla Côbo-evgcobo@gmail.com*

**RESUMO:**

O presente artigo tem como objetivo principal analisar se o fenômeno do ativismo judicial fere o princípio da separação dos três poderes e se a utilização gera consequências positivas ou negativas. Além de demonstrar se existe uma excessiva interferência do Poder Judiciário nos demais Poderes Legislativo e Executivo. Para isso, foi necessário fazer um estudo sobre o princípio da separação dos poderes, bem como da sua parte histórica e a evolução do princípio até a chegada da Teoria dos Freios e Contrapesos proposta pelo filósofo Montesquieu, sendo de grande importância para o Estado Democrático de Direito. Após foi realizado um estudo referente ao Ativismo Judicial tema principal desse trabalho, sua origem, a intitulação do seu nome, seu conceito, os pontos favoráveis e contrários, sua utilização no Brasil, sob a justificativa de concretização dos direitos fundamentais, com exemplos de decisões ativista do Supremo Tribunal Federal.

**Palavras-chave:** Ativismo Judicial. Separação dos Poderes. Supremo Tribunal Federal.

**ABSTRACT:**

The main objective of this article is to analyze if the phenomenon of judicial activism hurts the principle of separation of the three powers and whether the use generates positive or negative consequences. Besides demonstrating if there is an excessive interference of the Judiciary in the other Legislative and Executive Powers. For this, it was necessary to make a study on the principle of the separation of powers, as well as its historical part and the evolution of the principle until the arrival of the Theory of Brakes and Counterweights proposed by the philosopher Montesquieu, being of great importance for the Democratic State of Right. After a study was carried out regarding Judicial Activism, the main theme of this work was its origin, the title of its name, its concept, the favorable and contrary points, its use in Brazil, under the justification of the realization of fundamental rights, with examples of activist decisions of the Federal Supreme Court.

**Keywords:** Judicial Activism. Separation of Powers. Federal Court of Justice.

## INTRODUÇÃO

Atualmente, no Brasil, existe um índice elevado relacionado a corrupção envolvendo os políticos, no qual tem gerado grande revolta da população. O Poder Legislativo tem a competência de criar normas para atender os anseios da sociedade, porém, não o faz, ficando omissos na criação das normas. Já o Poder Executivo, tem como principal objetivo o de efetivar as políticas Públicas dando aos cidadãos acesso aos seus direitos, porém, tem deixado a desejar configurando assim uma ineficácia dos Administradores e dos Legisladores.

Com advento da Constituição de 1988, o Poder Judiciário ganhou importantes ferramentas para sua independência institucional, trazendo uma maior autonomia administrativa, financeira e orçamentária, tendo um papel mais relevante no País. Conhecendo e julgando todas as causas que envolvem lesão ou ameaça de lesão, bem como de direitos e garantias fundamentais.

Diante desse cenário, o Poder Judiciário tem sido utilizado para pronunciar em determinados temas, interferindo em políticas públicas de competência do Poder Executivo. Produzindo normas não contempladas no ordenamento pela qual é função do Poder Legislativo. Assim o Poder Judiciário está tomando decisões de cunho político e administrativo que extrapola sua competência, pois a princípio pertence aos demais poderes. Esse pronunciamento é conhecido como ativismo judicial, que consiste numa postura proativa do Poder Judiciário na interferência de maneira regular e significativa nas opções políticas dos demais poderes. Essa conduta mais ativa tem gerado um grande questionamento, visto que o número de decisões de caráter político e administrativo tomado pelos tribunais tem aumentado significativamente.

O presente trabalho tem como propósito discutir sobre o fenômeno do ativismo judicial e o princípio da separação dos poderes, no primeiro capítulo foi abordado o princípio da separação dos poderes, com sua origem nos filósofos, até a chegada no Brasil com o pensador Barão Montesquieu, trazendo a Teoria dos Freios e Contrapesos.

No segundo capítulo foi abordado o ativismo judicial, sua origem, conceito depois foi feito um balanço com as críticas e os pontos favoráveis, bem como um exemplo importante que aconteceu em nossa sociedade.

Com essa interferência do Poder Judiciário, se fez necessário o estudo do presente tema pois, no ordenamento brasileiro é utilizado a separação dos poderes, conhecida como

tripartição dos poderes em que cada poder, Executivo, Legislativo e Judiciário tem sua determinada função que deve atuar com independência e harmonia.

Para alcançar tal objetivo se fez necessários um estudo pelo método dedutivo, com uma pesquisa qualitativa, utilizando livros de diversos doutrinadores, artigos científicos, jurisprudência, e a Constituição Federal.

Por fim, se faz necessária uma reflexão se o ativismo judicial realmente fere o princípio da separação dos poderes e se põe em risco o estado democrático de direito, bem como se há uma excessiva interferência do Poder Judiciário em relação aos demais Poderes, Legislativo e Executivo.

## **1. PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES**

O princípio da separação dos poderes, também, conhecido como tripartição dos poderes, teve início na Antiguidade Grega com o filósofo Aristóteles. Para o pensador, existiam três funções, a de criar normas, a de aplicá-las e por último a de julgá-las, todas concentradas nas mãos do soberano.

Outros grandes filósofos, tais como Locke e Maquiavel, compartilhavam os mesmos ideais de Aristóteles, enxergando que existiam três funções distintas, mas, para eles, uns desses órgãos obtinha um mando maior em relação aos outros.

Com o passar do tempo, essas ideias foram tendo várias transformações, mas, essas mudanças sempre tiveram por base a tripartição dos poderes até a chegada do filósofo Montesquieu.

Lenza (2012, p. 583) diz que “o grande pensador francês inovou dizendo que tais funções estariam intimamente conectadas a três órgãos distintos, autônomos e independentes entre si. Cada função corresponderia a um órgão, não mais se concentrando nas mãos únicas do soberano”.

Conforme se percebe em Montesquieu (2000), cada órgão passou a ter sua função precípua, a qual atuava com independência. Não era mais adotada a ideia de um único órgão que detinha as três funções. Surgem, assim, umas das melhores teorias que até hoje é adotada por muitos países, a da separação dos poderes.

De acordo com Figueiredo (2013), Montesquieu fez uma importante reflexão sobre o abuso do poder, característico de regimes monárquicos absolutistas, afirmando que o poder

somente seria freado pelo próprio poder. Assim, concebeu o chamado Sistema de Freios e Contrapesos ou do original em inglês *Checks and Balances*.

O sistema de freios e contrapesos veio, basicamente, com a ideia de estabelecer autonomia e limites a cada poder, com intuito de evitar um possível abuso. Para esse sistema, cada órgão tem sua função típica, ou seja, a função para qual foi criado, sendo a de sua principal competência, atuando com independência, mas também detinha uma outra função conhecida como atípica, que é sua função secundária, assim ajudando a fiscalizar de forma indireta os outros órgãos.

A Constituição Federal prescreve: “art. 2º São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário”. (BRASIL, 1988).

A Carta Magna brasileira adota a separação dos poderes, assegurando caráter de cláusula pétrea, que são limitações impostas ao poder de reforma da constituição, ou seja, não pode ser suprimida.

Conforme se percebe no artigo 60, § 4º, III da Constituição Federal: “não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir III - a separação dos Poderes”; (BRASIL, 1988).

Nos entendimentos de Lenza (2012), tem-se que o constituinte originário garantiu à separação os poderes a categoria de Cláusula Pétrea, circunstância que impede qualquer tentativa de mudança na Constituição que venha a ferir a separação dos poderes.

Para Silva (2013, p. 111):

Há dois elementos essenciais na divisão dos poderes, a especialização funcional, onde cada órgão é especializado em uma função estatal e a independência orgânica, que exige que cada órgão exerça sua função especializada independente sem subordinação aos demais.

No Brasil, os poderes foram divididos da seguinte forma: Legislativo, Executivo e Judiciário. O Legislativo, no qual seus integrantes são eleitos pelo povo, em votações periódicas, composto pela Câmara dos Deputados e pelo Senado Federal. Nos Estados Membros, o Poder Legislativo é composto pelos Deputados Estaduais e nos Municípios são os Vereadores. As suas funções típicas são, basicamente, a elaboração de leis, traduzindo o que a população e o país necessitam para um avanço e melhora coletiva da população.

Conforme preleciona Moraes (2014, p. 429):

As funções típicas do Poder Legislativo são legislar e fiscalizar, tendo ambas o mesmo grau de importância e merecedoras de maior detalhamento. Dessa forma, se

por um lado a Constituição prevê regras de processo legislativo, para que o Congresso Nacional elabore as normas jurídicas, de outro, determina que a ele compete a fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial do Poder Executivo.

A sua função atípica ou secundária é administrar a Casa legislativa sob sua gerência, bem como sua organização interna, além de julgar determinados crimes, como é o caso do julgamento do Senado Federal em relação aos possíveis crimes de responsabilidade do Presidente da República.

Bahia (2017, p. 28) traz considerações mostrando que:

O Poder Legislativo exerce subsidiariamente as funções executiva e judicial, por exemplo, quando faz concurso para seus cargos exerce a função administrativa, executiva, e quando julga o Presidente da República por crime de responsabilidade atua na função de juiz

O Executivo possui como integrantes, no âmbito federal, o Presidente da República com papel de Chefe de Estado e de Governo, o Governador, no âmbito estadual, o qual atua em relação a um determinado Estado da Federação e o Prefeito, no âmbito Municipal, sendo responsável pelo Município que for eleito. Esses integrantes também são eleitos pelo povo através de votação. A função típica do Executivo é a de administrar a coisa pública, respeitando o ordenamento jurídico.

Flávia Bahia (2017, p. 331) relata como função típica:

"O Poder Executivo é o órgão constitucional cuja função típica é a prática de atos relacionados à função executiva, ou seja, a tarefa de realizar, dentro da lei, as atividades materiais atinentes à chefia de Estado, de Governo e da Administração Pública".

Já sua função atípica em resumo é de legislar através de medidas provisória, leis delegadas, decretos, portarias, bem como julgamento de defesas e recursos administrativos.

O Poder Judiciário, tendo como integrantes juízes, desembargadores e ministros dos Tribunais Superiores que atuam cumprindo fielmente a lei. A Constituição Federal expressa que:

Art. 92. São órgãos do Poder Judiciário:  
 I - O Supremo Tribunal Federal;  
 I-A - o Conselho Nacional de Justiça;  
 II - O Superior Tribunal de Justiça;  
 III - os Tribunais Regionais Federais e juízes Federais;  
 IV - Os Tribunais e juízes do Trabalho;  
 V - Os Tribunais e juízes Eleitorais;  
 VI - Os Tribunais e juízes Militares;  
 VII - os Tribunais e juízes dos Estados e do Distrito Federal e Territórios.

Sua função típica é aplicar a lei ao caso concreto, resolvendo os litígios que lhe são levados. Por sua vez, a sua função atípica é legislar, elaborando seu regimento interno e administrativo e conceder licenças e férias a servidores do Judiciário.

Morais (2014, p. 523), explica que:

O Judiciário, como os demais Poderes do Estado, possui outras funções, denominadas atípicas, de natureza administrativa e legislativa. São de natureza administrativa, por exemplo, concessão de férias aos seus membros e serventuários; prover, na forma prevista nessa Constituição, os cargos de juiz de carreira na respectiva jurisdição. São de natureza legislativa a edição de normas regimentais, pois compete ao Poder Judiciário elaborar seus regimentos internos, com observância das normas de processo e das garantias processuais das partes, dispondo sobre a competência e o funcionamento dos respectivos órgãos jurisdicionais e administrativos.

Assim percebe-se que cada órgão tem sua função típica e atípica, deve-se entender que a base principal para que um não entre na competência ou na função do outro é a harmonia, a qual deve ser respeitada.

## **2. O ATIVISMO JUDICIAL**

A formação do ativismo judicial conforme depreende Luiz Roberto Barroso (2012), se deu na Suprema Corte Americana, na atuação proativa de “Dred Scott v. Sanford” em 1857, quando os setores reacionários encontravam amparo na corte para a segregação racial e invalidação de leis sociais, a qual culminava no confronto entre Presidente Roosesevelt e a Corte, pois ela era conservadora.

Os setores reacionários não concordavam com os direitos raciais e sociais, começaram a utilizar o Poder Judiciário que com uma conduta ativa invalidava as políticas favoráveis aos negros bem como das leis sociais, aproveitavam do pensamento da corte para garantir a segregação.

Barroso, (2012), relata que essa situação se inverteu completamente na década de 50, quando a Suprema Corte produziu jurisprudência progressista em matérias de direitos fundamentais inclusive envolvendo negros e mulheres.

O ativismo começou em 1857, mas o nome intitulado a essa atitude só foi dado tempos depois, quando passou a ser mais vista pela população.

Dias, (2016) argumenta em seu trabalho que a primeira vez que se falou no termo ativismo judicial foi em 1947, também nos Estados Unidos da América, pelo historiador e político do partido democrata Arthur Schlesinger Jr., em um artigo direcionado a comentar as linhas de atuação da Suprema Corte dos Estados Unidos na época do New Deal.

Como afirma Dias (2016), existiam duas linhas: a primeira entendia que a Suprema Corte podia desempenhar um papel de efetivação de políticas para a promoção do bem-estar social com bases nas concepções políticas dos juízes. A segunda que defendia, basicamente, o oposto, pregando uma postura de autocontenção judicial, deixando as políticas públicas aos poderes eleitos pelo povo. A opção pela primeira linha foi intitulada de ativismo judicial.

Com o avanço da sociedade a Constituição Federal acaba as vezes ficando omissa e desatualizada em determinados assuntos. A omissão do Poder Legislativo em atualizar o texto constitucional faz com que muitas ações cheguem ao Poder Judiciário, buscando a garantia de direitos que não são efetivados, isto dá azo ao ativismo judicial.

O ativismo judicial consiste em uma conduta proativa do Poder Judiciário, ampliando sua maneira de interpretação para solucionar um determinado caso, concedendo a máxima efetividade e concretização a direitos.

Para Barroso (2012, p. 06), “(...) o ativismo judicial é uma atitude, a escolha de um modo específico e proativo de interpretar a Constituição, expandindo o seu sentido e alcance.”

O ativismo é a judicialização são institutos aparentemente semelhantes, mas bem diferentes, nas lições de Barroso (2012, p. 06)

A Judicialização e o ativismo judicial são primos, uma vez que são institutos aparentemente semelhantes, mas não possuem as mesmas origens e não são geradas pelas mesmas causas. Enquanto a Judicialização decorre do modelo constitucional adotado pelo Estado Brasileiro, no qual o juiz é obrigado a decidir sobre determinados assuntos, o ativismo judicial é uma opção do juiz de julgar de uma forma mais abrangente.

Na visão de Gomes (2009) há duas espécies de ativismo judicial, a primeira é o inovador (criação, *ex novo*, pelo juiz de uma norma, de um direito) e a segunda é o revelador (criação pelo juiz de uma norma, de uma regra ou de um direito, a partir dos valores e princípios constitucionais ou a partir de uma regra lacunosa, como é o caso do art. 71 do CP, que cuida do crime continuado).

Barroso (2012, p. 06), relata que

A ideia do ativismo judicial está associada a uma atuação mais intensa do Poder Judiciário, na concretização dos valores e fins constitucionais, com maior interferência no espaço dos dois poderes. O ativismo judicial é caracterizado: a) pela aplicação direta da Constituição a situações não expressamente contempladas em seu texto, e independentemente da manifestação do legislador ordinário; b) a declaração de inconstitucionalidade dos atos normativos emanados do legislador, com base em critérios menos rígidos que os de patente e ostensiva violação da Constituição; c) a imposição de condutas e abstenções ao Poder público, notadamente em matéria de políticas públicas.

Percebe-se, que o ativismo surge diante de uma crise de representatividade do Poder Legislativo e a inércia do Poder Executivo ocorrendo uma deturpação entre a sociedade e a classe política impedindo assim a efetivação das demandas sociais.

Segundo Masson (2016, p. 601)

Atualmente, o cenário que se desenha para o Poder Legislativo é melancólico: crise de legitimidade e perda de prestígio levou o Poder a nova fase de decadência. Os recentes (e, infelizmente, corriqueiros) escândalos envolvendo compra de votos, troca de favores, manobras de proteção e blindagem entre os pares, bem como os procedimentos corruptos de finalidade exclusivamente eleitoreira, retiraram-lhe a credibilidade e a confiança em seus atos. Adicione-se a isso, o próprio sistema parlamentar de trabalho, que envolve infundáveis debates e discussões de difícil (às vezes, impossível) conciliação entre os grupos opostos, o que faz com que a agenda política do país seja constantemente deslocada para o Judiciário que, num ativismo judicial moderado, mas tornado necessário pelas injustificáveis omissões do Congresso Nacional, tem suprido as ausências do Poder Legislativo.

A sociedade ultimamente não tem se contentado com essa crise de representatividade dos políticos, essa inércia está fazendo com que o povo utilize outra via para ver seus direitos garantidos. Nesse caso o Poder Judiciário, e este não pode alegar que é matéria de mérito do Poder Legislativo ou Executivo, pois tem dever de dar uma decisão, sentença, uma resposta eficaz aos casos ou questões levadas a ele. Não pode o Poder Judiciário se esquivar quando é provocado.

O artigo 5º inciso XXXV da Constituição Federal, diz que a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito, ou seja, vigora o princípio da inafastabilidade do Poder Judiciário, onde a demanda levada ao juiz em casos de injustificável inadimplemento da obrigação estatal tem que ser resolvida não podendo o Poder Judiciário se escusar de decidir. O parágrafo 1º do referido artigo diz que as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata, portanto, o que o Judiciário tem feito é dar efetividade ao comando Constitucional.

Segundo Streck (2014, p. 54)

No Estado Democrático de Direito, o foco de tensão se volta para o Judiciário. Inércias do Executivo e falta de atuação do Legislativo passam a poder ser supridas pelo Judiciário, justamente mediante a utilização dos mecanismos jurídicos previstos

na Constituição, que estabeleceu o Estado Democrático de Direito. A Constituição não está sendo cumprida. As normas-programa da Lei Maior não estão sendo implementadas. Por isso, na falta de políticas públicas cumpridoras dos ditames do Estado Democrático de Direito, surge o Judiciário como instrumento para o resgate dos direitos não realizados.

Com o surgimento das demandas o magistrado não pode se escusar no que tange a aplicação da justiça. Ocorre que, muitas dessas questões fazem referência a efetivação de políticas públicas consagradas na constituição, que por inércia de regulamentação do Poder Legislativo ou por omissão do Poder Executivo não são efetivadas. Pode-se citar como a questão do casamento homossexual. Nesse caso, entende-se que o Legislativo teve sua omissão proposital, as vezes por receio da opinião pública ou pela dificuldade de unificar opiniões, deixando a responsabilidade ao Poder Judiciário resolver a questão inerente.

Em 2011, foi julgado a ADPF 132/RJ e a ADIN 4.277/DF, tendo como relator o Ministro Ayres Britto, sendo decidido que o reconhecimento da união estável entre o homem e mulher, fosse estendido às uniões homossexuais. Mesmo com muitas críticas essa decisão foi necessária para propiciar aos que necessitavam, os seus direitos e garantia sociais regulamentando uma questão importante para a sociedade.

Ementa: 1. ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL (ADPF). PERDA PARCIAL DE OBJETO. RECEBIMENTO, NA PARTE REMANESCENTE, COMO AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. UNIÃO HOMOAFETIVA E SEU RECONHECIMENTO COMO INSTITUTO JURÍDICO. CONVERGÊNCIA DE OBJETOS ENTRE AÇÕES DE NATUREZA ABSTRATA. JULGAMENTO CONJUNTO.

2. PROIBIÇÃO DE DISCRIMINAÇÃO DAS PESSOAS EM RAZÃO DO SEXO, SEJA NO PLANO DA DICOTOMIA HOMEM/MULHER (GÊNERO), SEJA NO PLANO DA ORIENTAÇÃO SEXUAL DE CADA QUAL DELES. A PROIBIÇÃO DO PRECONCEITO COMO CAPÍTULO DO CONSTITUCIONALISMO FRATERNAL. HOMENAGEM AO PLURALISMO COMO VALOR SÓCIO-POLÍTICO-CULTURAL. LIBERDADE PARA DISPOR DA PRÓPRIA SEXUALIDADE, INSERIDA NA CATEGORIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DO INDIVÍDUO, EXPRESSÃO QUE É DA AUTONOMIA DE VONTADE. DIREITO. À INTIMIDADE E À VIDA PRIVADA. CLÁUSULA PÉTREA

3. TRATAMENTO CONSTITUCIONAL DA INSTITUIÇÃO DA FAMÍLIA. RECONHECIMENTO DE QUE A CONSTITUIÇÃO FEDERAL NÃO EMPRESTA AO SUBSTANTIVO “FAMÍLIA” NENHUM SIGNIFICADO ORTODOXO OU DA PRÓPRIA TÉCNICA JURÍDICA. A FAMÍLIA COMO CATEGORIA SÓCIO-CULTURAL E PRINCÍPIO ESPIRITUAL. DIREITO SUBJETIVO DE CONSTITUIR FAMÍLIA. INTERPRETAÇÃO NÃO-REDUCIONISTA.

4. UNIÃO ESTÁVEL. NORMAÇÃO CONSTITUCIONAL REFERIDA A HOMEM E MULHER, MAS APENAS PARA ESPECIAL PROTEÇÃO DESTA ÚLTIMA. FOCADO PROPÓSITO CONSTITUCIONAL DE ESTABELECEM RELAÇÕES JURÍDICAS HORIZONTAIS OU SEM HIERARQUIA ENTRE AS DUAS TIPOLOGIAS DO GÊNERO HUMANO. IDENTIDADE CONSTITUCIONAL DOS CONCEITOS DE ENTIDADE FAMILIAR E FAMÍLIA.

6. INTERPRETAÇÃO DO ART. 1.723 DO CÓDIGO CIVIL EM CONFORMIDADE COM A CONSTITUIÇÃO FEDERAL (TÉCNICA DA INTERPRETAÇÃO CONFORME). RECONHECIMENTO DA UNIÃO HOMOAFETIVA COMO FAMÍLIA. PROCEDÊNCIA DAS AÇÕES. (BRASIL, 2011, *texto online*)

Pode-se citar outros exemplos de decisões ativista como casos que o Poder Judiciário impõe ao Estado o fornecimento de remédio ou algum tipo de alimento bem como determinação de vaga em alguma instituição.

STF - ARE: 833777 RS, Relator: Min. MARCO AURÉLIO

Data de Julgamento: 25/11/2014, Primeira Turma

Data de Publicação: 16-12-2014

Ementa: Saúde Medicamentos. O preceito do artigo 196 da Constituição Federal assegura aos menos afortunados o fornecimento, pelo Estado, dos medicamentos necessário ao restabelecimento da saúde. (BRASIL, 2014, *texto online*)

Com essa conduta mais proativa do Poder Judiciário no cotidiano, foram surgindo várias críticas referentes ao ativismo bem como pontos positivos.

Como pontos positivos argumentam que essa atitude atende os anseios da população, as necessidades e seus direitos garantidos constitucionalmente, devendo assim os magistrados atuarem para o seu fiel cumprimento, dizem que por causa desse motivo não fere o princípio da Separação dos Poderes.

Acredita-se que não há uma excessiva interferência do Poder Judiciário em relação aos Poderes Legislativo e Executivo. O Supremo Tribunal Federal tem relatado que atuam moderadamente em seu portal de comunicação.

O Superior Tribunal Federal (2010) tem se mostrado atento a essa questão do ativismo judicial, relatando ser necessário essa atuação. O Ministro Celso de Mello afirma que vê um ativismo judicial moderado, mas necessário pela injustificável omissão do Congresso Nacional, sendo para isso que existe o Poder Judiciário.

Tavares (2008, p. 1027) defende que com a atual realidade em que se vive, não há uma necessidade de poderes totalmente independentes, afirmando ainda que:

Modernamente têm sido propostas novas classificações das funções do Estado, com bases mais científicas e tendo em vista a realidade histórica em que cada Estado se encontra. A realidade já se incumbe de desmistificar a necessidade de poderes totalmente independentes, quanto mais numa distribuição tripartite. Ademais, a tese da absoluta separação entre os poderes os tornaria perniciosos e arbitrários.

Superado os pontos positivos, existem críticas referente ao ativismo Judicial uma delas é que o poder Judiciário não possui legitimidade democrática para, em suas decisões, pois elas

insurgem-se contra atos instituídos pelos poderes eleitos pelo povo, (CARMONA, 2012). Os membros do Poder Judiciário não são eleitos pelo povo faltando de legitimidade para poder representá-los, bem como não são capazes de atender o anseio da sociedade, pois decidem aquele caso concreto e não o coletivo e decidindo aquele único caso, acabariam por atrapalhar outros cidadãos.

Rosa Júnior (2008, *texto on-line*) assim se posiciona:

Na verdade, um magistrado só apresenta uma legitimidade legal e burocrática, não possuindo qualquer legitimidade política, para impor ao caso concreto sua opção político-ideológica particular na eleição de um meio de efetivação de um direito fundamental. Sucede que, em nosso sistema, os magistrados não são eleitos, mas sua acessibilidade ao cargo dá-se por meio de concursos públicos, o que lhes priva de qualquer representatividade política para efetuar juízos desta magnitude. Ademais, por sua própria formação técnica e atuação no foro, é evidente que os magistrados são incapazes de conhecerem as peculiaridades concretas que envolvem a execução de políticas públicas que visam a realizar concretamente direitos fundamentais pela Administração Pública.

Para os críticos ao ativismo, o Poder Judiciário usando de sua maneira proativa estaria se tornando um superpoder, sobrepondo, portanto, ao Poder Legislativo e ao Poder Executivo, rompendo o equilíbrio entre eles e ferindo a Constituição.

Para Ramos (2010, p. 245):

Os magistrados devem ter uma imensa cautela ao proferir suas decisões “ativista”, uma vez que se o magistrado distorcer o texto Constitucional estará deformando o próprio poder originário constituinte, é caso invada prerrogativa de outro poder, estará ofendendo a Separação dos Poderes, que para o referido autor é uma cláusula Pétrea no Brasil.

Muitos acreditam que as decisões ativistas ferem o princípio da separação dos poderes, assim o Poder Judiciário estaria entrando em uma competência que não lhe pertence, sendo esta dos outros Poderes, tais como Legislativo e Executivo.

Relatam também que a separação dos poderes é uma Cláusula Pétrea, pois é um princípio fundamental da constituição federal e qualquer contraposição ao princípio da separação dos poderes seria ilegítimo e inconstitucional.

Cláusula Pétrea são limitações imposta pelo constituinte originário a forma de emendar a Constituição, são imutáveis, não podem sofrer invasões ou mudanças conformes tendências políticas, sociais ou econômicas.

A Constituição Federal em seu Artigo 60§4º, III diz que não será objeto de deliberação a proposta de emenda à constituição que tende a abolir a separação dos poderes.

Portanto, em decorrência dos tribunais estarem mais acessíveis aos cidadãos, é natural que esse recorra aqueles para concretização dos seus direitos individuais e coletivos. Porém, pode ocorrer uma verdadeira inversão democrática onde a exposição demasiada do Poder Judiciário pode acarretar uma acomodação dos outros poderes.

## **CONCLUSÃO**

Pelos motivos apresentados, percebe-se que o ativismo é uma realidade no Judiciário brasileiro. Alguns autores o defendem como uma prática eficaz para a sociedade. Entendem que essa interferência não fere o Princípio da Separação dos Poderes. Outros estudiosos, a criticam, sendo que a maioria relata que fere a separação dos poderes, sendo prejudicial para democracia, dentre outros argumentos.

Após várias transformações desde o surgimento do Estado, vários filósofos fizeram estudos sobre a concentração de poder na mão de uma pessoa ou um ente específico, mostrando que essa concentração não atua de forma positiva para o País. No Estado Brasileiro já ocorreu concentração de poder em um único órgão, teve ditaduras e não foi nada agradável para o País.

Depois de muitas lutas, conseguiu chegar a um Estado Democrático de Direito em que o povo escolhe os seus representantes por meio de eleições. Foi adotada a tripartição do poder para que os poderes sejam independentes e harmônicos entre si.

Montesquieu relata que quando em uma só pessoa ou órgão, reúnem-se duas ou mais funções típicas do Estado, esse tende ao abuso e quando isso ocorre há a degeneração do sistema político, instituindo-se uma ditadura.

Essa prática ativista pode até ser favorável e eficaz para as partes que buscam o Poder Judiciário para ter seus direitos garantidos, porém, tal aplicabilidade poderá ocasionar insegurança jurídica para o Estado Democrático de Direito.

Esse ativismo, mesmo sendo eficaz para os envolvidos, não deixa de ferir a Constituição Federal, pois tem-se uma norma e nela está expresso que os poderes são independentes e harmônicos. Quando o Poder Judiciário entra na função do outro poder, fere diretamente a Constituição.

Pode-se afirmar que a aplicação do ativismo poderá ocasionar um retrocesso Constitucional, surgindo uma ditadura do Poder Judiciário que, no momento, está

extrapolando suas funções, atuando como Legislador, Administrador e Julgador ao mesmo tempo, ferindo o texto Constitucional de forma excessiva.

Para que sejam resolvidos esses problemas e para acabar com essa prática proativa, basta a população buscar ter uma participação mais direta na vida pública. Deve a sociedade, antes de votar, analisar, pesquisar e estudar os políticos em que irão votar para, no futuro, não se ver diante de uma situação de inércia ou omissão destes. A votação correta muda o futuro de uma Nação.

O crescente ativismo judicial somente poderá ser superado com uma participação mais atuante da sociedade no processo legislativo.

## BIBLIOGRAFIA

BAHIA, Flávia. **Direito Constitucional**. 2017. Disponível em: <<https://rateiogratis.com.br/wp-content/uploads/wpforo/attachments/3992/106-Direito-Constitucional-Flvia-Bahia-3Ed-2017.pdf>>. Acesso em 11 nov. 2017.

BARROSO, Luiz Roberto. **Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática**. 2012. Disponível em: <<http://www.oab.org.br/editora/revista/users/revista/1235066670174218181901.pdf>>. Acesso em 02 out. 2017.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**, Brasília-DF. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm)>. Acesso em 03 out. 2017.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade**. 4277/DF. PROCURADORA-GERAL DA REPÚBLICA e ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE GAYS, LÉSBICAS E TRANSGÊNEROS – ABGLT. Relator Ministro Ayres Britto. 2011. Disponível em <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628635>>. Acesso em 12 nov. 2017.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. **Agravo Regimental**. 833.777/RS. Estado do Rio Grande do Sul e Aline Oliveira Gouvêa. Relator Ministro Marco Aurélio. 2014. Disponível em <[www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoPeca.asp?id=289529864&tipoApp](http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoPeca.asp?id=289529864&tipoApp)>. Acesso em 11 nov. 2017.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. **Suprema Corte brasileira e o exercício de suas atribuições constitucionais**. 2010. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=165752>>. Acesso em 11 nov. 2017.

CARMONA, Geórgia Lage Pereira. A propósito do ativismo judicial: superpoder Judiciário? In: **Âmbito Jurídico, Rio Grande, XV, n. 100, maio 2012**. Disponível em: <[http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=11605](http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=11605)>. Acesso em 05 out. 2017.

DIAS, Lucas Albuquerque. Ativismo judicial: aspectos históricos e conceituais. **Conteúdo Jurídico**. 2016. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/artigo,ativismo-judicial-aspectos-historicos-e-conceituais,56462.html>>. Acesso em: 05 nov. 2017.

FIQUEIREDO, Leonardo Vizeu. **Lições de Direito Constitucional**. Rio de Janeiro: Forense, 2013. Disponível em: <[https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/978-85-309-5107-8/cfi/6/32\[;vnd.vst.idref=liceos-dir-const-15\]!](https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/978-85-309-5107-8/cfi/6/32[;vnd.vst.idref=liceos-dir-const-15]!>)>. Acesso em 27 set. 2017.

GOMES, Luiz Flávio. **O STF está assumindo um ativismo judicial sem precedentes?** 2009. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/12921/o-stf-esta-assumindo-um-ativismo-judicial-sem-precedentes>>. Acesso em 05 nov. 2017.

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado**. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

MASSON, Natália. **Manual de Direito Constitucional**. Salvador: Juspodivm, 2016.

MONTESQUIEU, Charles Louis de Secondat. *Do Espírito das Leis*. São Paulo: Saraiva, 2000.

MORAIS, Alexandre De. **Direito Constitucional**. 30. ed. São Paulo: Atlas, 2014. Disponível em: <<https://estudeidireito.files.wordpress.com/2016/03/alexandre-de-moraes-direito-constitucional-2014.pdf>>. Acesso em: 11 nov. 2017.

RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos**. São Paulo: Saraiva, 2010. Disponível em: <<https://www.passeidireto.com/arquivo/16194555/ativismo-judicial---parametros-dogmaticos---1-ed-2010---elival-da-silva-ramos>>. Acesso em 11 nov. 2017.

ROSA JUNIOR, Faustino da. O problema da judicialização da política e da politização do judiciário no sistema constitucional brasileiro. **Jurisway**, 2008. Disponível em: <[https://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id\\_dh=833](https://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id_dh=833)>. Acesso em 05 nov. 2017.

SILVA, José Afonso da. **Direito Constitucional Positivo**. 37. ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica em crise uma exploração: Hermenêutica da construção do direito**. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2014. Disponível em: <<https://www.passeidireto.com/arquivo/21730537/lenio-streck-hermeneutica-juridica-em-crise>>. Acesso em: 11 nov. 2017.

TAVARES, André. Ramos. **Curso de Direito Constitucional**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.