O IMPACTO DO FENÔMENO JUDICIAL ATIVISTA NA TRIPARTIÇÃO DOS PODERES NO BRASIL

THE IMPACT OF THE ACTIVIST JUDICIAL PHENOMENON ON THE TRIPARTITION OF POWERS IN BRAZIL

Deborah Dettmam Matos¹

Professora Adjunta de Direito e do Programa de Pós-Graduação em Direito (UFPI, Teresina/PI, Brasil)

Marx Nairo Soares Evangelista²

Mestre em Direito (UFPI, Teresina/PI, Brasil)

ÁREA(S): direito constitucional.

RESUMO: A proposta de uma tripartição dos poderes no âmbito das funções estatais procurava, desde os tempos pretéritos, oferecer uma solução para a concentração de poder. Buscando administrar e organizar de forma independente e autônoma as

diversas atribuições do Estado, o intuito com esta divisão seria o equilíbrio e o respeito do limite entre cada função. Contudo, essa proposta passou a ser afetada pelo ativismo judicial praticado por juízes mundo a fora. No Brasil, a teoria foi adotada e permaneceu com o mesmo vício, sendo potencializado pela própria conjuntura do sistema,

¹ Graduação em Direito pela Universidade de Brasília (2003), Mestrado em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco (2006) e Doutorado em Direito pela Universidade Federal do Paraná (2017). Foi *Visiting Scholar* na University of Utah (2016). Atuou como presidente da Comissão de Estudos Constitucionais da Ordem dos Advogados do Brasil, Seção Piauí (2016-2018), e como Subcoordenadora do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFPI (2019-2021). Coordenadora-Geral do Instituto de Estudos Políticos e Constitucionais e Pró-Reitora de Extensão e Cultura da UFPI. *E-mail:* deborahdettmam@ufpi.edu.br. Currículo: <http://lattes.cnpq.br/3154563174903221>. Orcid: <https://orcid.org/0000-0002-8478-5495>.

² Graduado em Direito pela Universidade Estadual do Piauí (2019). Pós-Graduado em Direito Militar pela Faculdade Única de Ipatinga (2020-2021). Pós-Graduado em Direito Constitucional e Administrativo pela ESA-PI (2020-2021). Pós-Graduado em Direito Penal e Direito Processual Penal pela ESA-PI (2020-2021). *E-mail:* marx.evangelista@ufpi.edu.br. Currículo: <http://lattes.cnpq.br/0028754837520533>. Orcid: <https://orcid.org/0000-0002-0330-6262>. Telefone (88) 99400-6463.

aliado à inércia e à seletividade dos outros poderes frente ao Judiciário. Este fato abriu campo para um importante questionamento: Até onde o ativismo do Poder Judiciário pode prejudicar o princípio da tripartição dos poderes no Brasil? O estudo se desenvolveu por meio de uma abordagem qualitativa, por meio da utilização de pesquisa exploratória, cumprindo objetivos, como contribuir para o conhecimento do assunto, estabelecer possibilidades para novas pesquisas e, ainda, abrir espaço para a criação de hipóteses que direcionem outros estudos.

ABSTRACT: *The proposal for a tripartition of powers within the scope of state functions has sought, since ancient times, to offer a solution to the concentration of power. Seeking to manage and organize the various responsibilities of the State independently and autonomously, the aim of this division would be to achieve balance and respect the limit between functions. However, this proposal began to be affected by the judicial activism practiced by judges around the world. In Brazil, the theory was adopted and remained with the same vice, being enhanced by the situation of the system itself, combined with the inertia and selectivity of other powers vis-à-vis the Judiciary. This fact opened the field for an important question: To what extent can the activism of the Judiciary Branch harm the principle of tripartition of powers in Brazil? The study was developed through a qualitative approach, through the use of exploratory research, fulfilling objectives such as contributing to knowledge of the subject, establishing possibilities for new research and, also, open space for the creation of hypotheses that direct other studies.*

PALAVRAS-CHAVE: ativismo judicial; controle de constitucionalidade; separação dos poderes.

KEYWORDS: *judicial activism; constitutionality control; separation of powers.*

SUMÁRIO: Introdução; 1 A descentralização de poder: um breve histórico; 2 O fenômeno ativista: Por que o ativismo judicial é prejudicial para a separação de poderes?; 3 A separação dos poderes e o ativismo judicial no Brasil; 4 Fatores que favorecem a prática do ativismo judicial no contexto brasileiro; Considerações finais; Referências.

SUMMARY: *Introduction; 1 The decentralization of power: a brief history; 2 The activist phenomenon: Why is judicial activism harmful to the separation of powers?; 3 The separation of powers and judicial activism in Brazil; 4 Factors that favor the practice of judicial activism in the Brazilian context; Final considerations; References.*

INTRODUÇÃO

A separação dos poderes é um tema antigo que motiva a discussão de vários filósofos, pesquisadores e estudiosos. Em sua cronologia, traz diversas etapas que vão desde a ascendência e o declínio de regimes absolutistas, na emergência dos estados liberais, até a contemporaneidade, marcada pela precedência dos direitos e das garantias fundamentais. Os estudos que envolvem as diversas formas de uso do poder buscam realizar uma análise de qual seria a forma mais justa e harmônica de sua aplicação.

No Brasil, o modelo de separação dos poderes adotado teve origem nas ideias aristotélicas, que mais adiante tiveram o seu aperfeiçoamento realizado por John Locke e Montesquieu. Nelas, destaca-se uma tripartição dos poderes, objetivando a descentralização destes, garantindo que o Estado funcione de tal maneira que essa divisão de funções seja praticada sem a realização de conflitos ou usurpações.

Contudo, a Constituição de 1988 trouxe em suas disposições uma ampla gama de direitos e garantias individuais e coletivos, ampliando-as em relação às constituições pretéritas. Esse fato fez com que a sociedade necessitasse constantemente buscar os meios judiciais para garantia desses direitos, ante a maior celeridade e facilidade de acesso em relação aos demais poderes. Aliado à ausência de limitações do Executivo e do Legislativo, o Poder Judiciário tem tomado o papel de protagonista no cenário brasileiro, exercendo uma espécie de supremacia.

Sem balizas limitadoras e com um aumento na demanda pelas soluções judiciais, os membros do Poder Judiciário passaram a ter nas mãos cada vez mais poder, podendo com suas decisões impactar diretamente a vida dos cidadãos, a organização estatal e até mesmo a estruturação dos demais poderes, visto que as suas determinações a eles também se aplicam.

Esse fato tem levantado um questionamento acerca das atribuições dos magistrados e a validade de seus atos. A um, porque os magistrados passaram a ter nas mãos uma espécie de concentração de poder, a mesma que se objetivou combater com a teoria tripartite. A dois, porque, para além dessa retenção, os magistrados passaram a tomar o centro das políticas sociais com as suas decisões, até mesmo exercendo uma proatividade, não levando em consideração a norma escrita. Esse comportamento do Poder Judiciário gerou

um questionamento que motivou este estudo: Até onde o ativismo judicial pode prejudicar o princípio da tripartição dos poderes no Brasil?

Para responder à problemática em questão, inicialmente será trazido o contexto de criação da teoria de separação dos poderes, objetivando verificar a necessidade de sua instituição no mundo contemporâneo. Posteriormente, será analisada a figura do ativismo judicial, verificando de que modo se deu o seu surgimento e a sua interferência na teoria tripartite. Em seguida, será verificada a sua aplicação no contexto brasileiro, elencando os motivos que facilitam o ativismo judiciário no Brasil. Ao final, se buscará apresentar soluções para mitigação do ativismo judicial frente à teoria de separação dos poderes no cenário brasileiro.

Tal estudo tem a sua relevância caracterizada pela importância da manutenção do equilíbrio e da harmonia entre os poderes, previstos na Constituição Federal brasileira, evitando que abusos e até usurpações sejam cometidos. O estudo se desenvolverá por meio de uma abordagem qualitativa, por meio da utilização de pesquisa exploratória, sendo fontes da pesquisa bibliográfica e documental artigos, livros e uma acurada pesquisa doutrinária sobre o tema.

1 A DESCENTRALIZAÇÃO DE PODER: UM BREVE HISTÓRICO

A concentração de poder foi tema central das discussões filosóficas ao longo de todo o desenvolvimento e organização da sociedade. A experiência histórica demonstrou que, ao ser centralizado nas mãos de uma só pessoa, o poder seria utilizado de forma excessiva, trazendo uma série de acontecimentos prejudiciais, como despotismo, abusos, entre outros.

Por isso, ao longo de toda a história, pensadores, sociólogos e filósofos vieram estudando a forma mais justa de como o poder seria aplicado para que não houvesse abuso por parte de governantes, que, em tempos pretéritos, o concentravam. Antes mesmo dos movimentos absolutista e iluminista, já havia uma discussão sobre divisão dos poderes.

O filósofo Aristóteles, em sua obra *A política*, influenciado pelas ideias de Platão e pelos governos que o antecederam, já projetava em seus escritos um modelo ideal para administração do poder pelos governantes, baseado em uma divisão deste, que retirava a concentração e permitia uma maior participação popular nas decisões estatais.

Aristóteles preocupava-se essencialmente com a tirania exercida pelo concentrador de poder. Para ele, havia uma ausência de legitimidade democrática nas decisões estatais, motivada pela não participação das diversas camadas sociais nos poderes. Por isso, defendeu a substituição da constituição pura, que estava em vigor, por uma constituição mista, pregando uma maior participação social em todas as decisões políticas³.

Para Aristóteles, as funções estatais, ao serem exercidas, deveriam ter a sua competência dividida em três poderes: Deliberativo, Executivo e Judiciário. Caberia, então, a cada um destes, respectivamente, legislar sobre questões de interesses dos cidadãos, executar os atos estatais e realizar o julgamento de crimes com a aplicação de punições a criminosos⁴.

Pode-se dizer que Aristóteles foi o primeiro filósofo relevante a pensar em uma divisão dos poderes, embora o contexto político já fosse uma preocupação de estudiosos da época⁵. Contudo, o seu pensamento apenas fomentou o início da discussão que, logo depois, foi aperfeiçoada e ganhou popularidade com os escritos de John Locke e Montesquieu.

John Locke, na obra *Segundo tratado sobre o governo civil*, alicerçado pelos escritos de Aristóteles, manteve a preocupação característica de apresentar alternativas que evitassem a concentração de poder. Sobretudo, servindo também como força motora, porque as ideias absolutistas haviam se consolidado na Europa nos séculos XVII e XVIII⁶.

John Locke propôs a divisão dos poderes em Legislativo, Executivo e Federativo, estando o Judiciário fora de seu modelo⁷. Isso porque, para o filósofo, o Poder Judiciário não seria autônomo, ou seja, não seria um poder

³ ARISTÓTELES. *Política*. Tradução: Antônio Campelo Amaral e Carlos Gomes. Lisboa: Vega, 1998. p. 70.

⁴ *Ibidem*, p. 93-125.

⁵ SANTOS, I. A constituição mista em Aristóteles: as formas de governo, a história e a perfeição nos limites do possível. *Revista de Ciências do Estado*, Belo Horizonte, v. 5, n. 1, p. 1-50, 30 jun. 2020, p. 1.

⁶ SAID FILHO, F. F. A teoria da separação dos poderes no Brasil: por uma necessária (re)leitura a partir do Poder Judiciário. *Revista Jurídica Cesumar*, [s.l.], v. 20, n. 2, p. 213-225, 2 out. 2020, p. 216.

⁷ MÖLLERS, C. *The Three Branches: A Comparative Model of Separation of Powers*. Oxford: Oxford University Press, 2013. p. 22.

expresso como os outros, mas, sim, uma atividade meio ligada inevitavelmente ao Poder Legislativo⁸.

O Poder Legislativo seria o que daria origem aos outros poderes, sendo, portanto, considerado como superior, uma espécie de poder supremo. Os demais teriam com ele uma relação de subordinação, demonstrando subserviência⁹. Já os Poderes Executivo e Federativo, por sua vez, estariam unidos em um só órgão, cabendo-lhes a execução das leis e a administração das relações estatais internas e externas¹⁰.

Os ideais de John Locke, embora tenham agregado aos escritos de Aristóteles, necessitavam de completudes que foram melhor abordadas por Montesquieu, em sua obra *Espírito das leis*, sendo este o filósofo mais difundido quando se trata de uma teoria de separação dos poderes. Montesquieu destacou-se por ter sido o primeiro teórico a realizar expressamente a divisão dos poderes nos moldes conhecidos atualmente, qual seja, Legislativo, Executivo e Judiciário¹¹.

Diferente de John Locke, para Montesquieu o Poder Judiciário deveria ser um poder expresso, autônomo e independente, apartado dos demais. Isso porque a liberdade e a imparcialidade são pontos primordiais para o exercício desse poder, sendo estes totalmente dependentes de uma independência funcional que possibilite o seu pleno exercício¹².

O Poder Legislativo, por sua vez, seria exercido pelos representantes populares, com legitimidade para decidir em nome de todos os cidadãos. Montesquieu, também de forma pioneira, propõe ainda que esse poder sofra uma nova divisão, sendo subdividido em duas câmaras. Na época, propôs que uma fosse composta pelos nobres e outra fosse composta pelos escolhidos para representação popular.

Contrariando os escritos pretéritos, Montesquieu defendeu que o Poder Executivo fosse mantido nas mãos de uma só pessoa, ainda que este fosse o monarca. Para o filósofo, o exercício desse poder seria mais bem administrado

⁸ LOCKE, J. *Segundo tratado sobre o governo civil e outros escritos*. Petrópolis: Vozes, 1994. p. 170.

⁹ *Ibidem*, p. 162.

¹⁰ *Ibidem*, p. 171.

¹¹ MONTESQUIEU. *O espírito das leis*. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000. p. 166.

¹² *Ibidem*, p. 168.

por um único detentor, tendo em vista o processo de tomada de decisão, sobretudo aquelas em que se exige uma ação mais abrupta¹³.

Além disso, Montesquieu também foi pioneiro ao propor um sistema de freios e contrapesos, em que os poderes, embora fossem dotados de independência e legitimidade, imporiam limites uns aos outros. Esse método de interação entre os poderes geraria um equilíbrio que possibilitaria a melhor distribuição destes nas funções estatais.

Os escritos de Montesquieu foram amplamente difundidos e são considerados a fase final de um ideal sobre uma teoria de separação dos poderes. Com adaptações e ajustes, adequando-se às constituições internas de cada país que a adota, o fato é que o seu modelo de tripartição dos poderes foi amplamente difundido mundo afora, sendo adotado inclusive no Brasil.

2 O FENÔMENO ATIVISTA: POR QUE O ATIVISMO JUDICIAL É PREJUDICIAL PARA A SEPARAÇÃO DE PODERES?

A teoria de separação de Montesquieu, por meio do sistema de freios e contrapesos, pretendia, entre outros objetivos, uma tripartição de poderes em total equilíbrio, de modo que não houvesse uma sobreposição entre eles. Desse modo, buscava-se que a “balança” de poderes estatais não pendesse para nenhum dos lados, mantendo-se a atividade estatal equilibrada.

Contudo, um fenômeno recente passou a tomar o papel de protagonismo no que se refere à função de ameaçar o equilíbrio proposto por Montesquieu, ainda que a sua aplicação ocorra em um país que adote uma teoria de poderes separados. Esse fenômeno, denominado de “ativismo judicial”, têm desde 1950 sido um termo muito discutido no espaço jurídico.

A expressão foi originalmente utilizada para definir a atuação de membros da Suprema Corte nos Estados Unidos entre 1954 e 1969. Neste cenário, o Poder Executivo lançou uma série de disposições que acabavam por suprimir alguns direitos fundamentais, com o objetivo de recuperar a economia americana, intensamente afetada pela Grande Depressão.

Em contrário a tais disposições, os membros da Suprema Corte americana, suscitados nas demandas judiciais, passaram a proferir diversas

¹³ *Ibidem*, p. 172.

decisões (jurisprudência) que garantiam amplos direitos fundamentais aos cidadãos, sendo tais determinações consideradas expansivas e invasivas e os membros que a proferiam proativos¹⁴.

O termo foi, então, rapidamente popularizado, sendo adaptado e cunhado em todo o mundo como quaisquer interferências do Poder Judiciário na competência dos demais poderes. Interferências essas podem ser realizadas de duas formas: inovadora e reveladora. No primeiro sentido, o juiz literalmente cria a norma ou o direito, de forma expressa, por meio da decisão. Já, no segundo caso, o juiz complementa uma norma ou um direito já existente, preenchendo as lacunas disponíveis no ordenamento jurídico¹⁵.

Com uma ou outra variação, o fato é que o ativismo judicial se dá quando os poderes judiciais são exercidos sem limites. Ainda, pode se manifestar contestando-se as decisões dos demais poderes e promovendo-se políticas públicas¹⁶, ou seja, uma conduta ativa do magistrado que tem como marca a interferência nos Poderes Legislativo e Executivo.

O juiz considera-se um ser supremo, escolhido para defender a constituição. Desse modo, pratica uma conduta ativista sob pretexto de a estar defendendo¹⁷. Isso faz com que a convicção pessoal de um magistrado termine por ser aplicada a toda uma nação, afetando não somente a tripartição de poderes, como todo o Estado.

Desse modo, por meio das decisões judiciais, os magistrados impõem determinações que são originadas tão somente de suas convicções e preferências¹⁸. Com a enormidade de membros no Judiciário, todos eles dotados de pensamentos próprios, não é preciso muito para compreender a disparidade criada entre os três poderes, através desse “superpoder”.

¹⁴ BARROSO, L. R. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. *Suffragium – Revista do Tribunal Regional Eleitoral do Ceará*, Fortaleza, v. 5, n. 8, p. 11-22, jan./dez. 2009, p. 14.

¹⁵ GOMES, L. F. *O STF está assumindo um “ativismo judicial” sem precedentes?*, 2009. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/depeso/87133/o-stf-esta-assumindo-um--ativismo-judicial--sem-precedentes>. Acesso em: 18 jan. 2024.

¹⁶ POGREBINSCHI, T. Ativismo judicial e direito: considerações sobre o debate contemporâneo. *Direito e Sociedade*, Rio de Janeiro, n. 17, p. 121-143, ago./dez. 2000, p. 2.

¹⁷ MURPHY, W. *Como decidem os juízes elementos de estratégia judicial*. Londrina: E.D.A, 2022. p. 16.

¹⁸ MARINONI, L. G. *Processo constitucional e democracia*. Porto Alegre: Revista dos Tribunais, 2022. p. 42.

Na prática, então, não existiriam somente três poderes, mas sim inúmeros poderes dentro de um só poder. Ainda que o Legislativo também seja composto de uma infinidade de membros, as suas decisões passam por um crivo, necessitando de um *quórum* com votação expressiva. Desse modo, a decisão judicial termina por ser um caminho mais célere para fazer valer a vontade daqueles que desejem alterá-la¹⁹. Por isso, o ativismo judicial desponta como um grande vilão para separação de poderes, pois a ativez judicial afeta não só os poderes já existentes, como o estado como um todo.

3 A SEPARAÇÃO DOS PODERES E O ATIVISMO JUDICIAL NO BRASIL

O Brasil é um dos países que trouxe consigo uma teoria de poderes separados, sobretudo aquela disposta por Montesquieu, que foi adotada em sua integralidade. Para além de uma divisão dos entes federativos em União, Estados, Distrito Federal e Municípios, há uma divisão dos poderes administrativos nas funções executiva, legislativa e judiciária, com cada um destes possuindo separações específicas de poder com características próprias.

Tais poderes são autônomos, interdependentes e trazem consigo as suas funções previamente instituídas pela Constituição Federal de 1988. Entre essas, há funções denominadas de típicas, próprias de cada poder, e atípicas, de modo que se realize a integração entre os poderes determinada por Montesquieu no sistema de pesos e contrapesos.

O Poder Legislativo exerce a função típica que se caracteriza na elaboração de leis e na fiscalização da contabilidade financeira, de orçamentos e patrimônios do Poder Executivo. Já as suas funções atípicas concernem em dispor sobre a sua organização, assim como o provimento de cargos, a concessão de férias e de licenças a seus servidores, além de julgar os membros do Poder Executivo pelo cometimento de crimes de responsabilidade.

Ao Poder Executivo cabe como função típica a aplicação da lei, além da prática de determinados atos estatais, como de exercer o papel de chefe de Estado, de Governo e dos próprios atos administrativos. Como função atípica possui o poder de legislar, determinando, por exemplo, o cumprimento de medidas provisórias com força de lei; e o poder jurisdicional, como o de julgar

¹⁹ *Ibidem*, p. 54.

os seus próprios servidores (agentes públicos) por praticar quaisquer atos ilícitos, por meio da abertura de um processo administrativo disciplinar.

No que tange ao Poder Judiciário, a sua função típica consiste na interpretação e aplicação das leis no julgamento de casos. Como sua função atípica, concernente ao poder de legislar, está a elaboração do regimento interno de seus tribunais, a possibilidade de legislar negativamente ao declarar normas inconstitucionais e a elaboração de súmulas vinculantes no ordenamento. Por fim, em se tratando da função executiva, cabe ao Poder Judiciário dispor sobre a concessão de férias e licenças aos seus magistrados e serventuários.

Com isso, por meio da forma com que se efetivou a divisão brasileira dos poderes, objetivou-se garantir que a autonomia e a segurança de nenhum deles fossem sobrepostas pelo outro. Ao passo em que cada poder teria autonomia e independência, também seria controlado em suas ações pelo demais, assegurando-se a total aplicação do sistema de freios e contrapesos de Montesquieu.

Contudo, a atuação dos membros do Supremo Tribunal Federal (STF) nos últimos anos acendeu o debate em torno da questão. Os ministros têm sido acusados de praticar um ativismo judicial exacerbado em suas decisões, além de tomar para si papéis que constitucionalmente são atribuídos a outros poderes, sob o pretexto de salvaguardar a Constituição.

Esse entendimento passou a ser tomado a partir do julgamento de alguns casos pelo STF, citando-se neste estudo os de caráter mais recente. Em 25 de julho de 2023, o ministro Alexandre de Moraes proibiu a remoção forçada de pessoas em situação de rua. Contudo, não se abstendo a somente essa determinação, o ministro também estabeleceu um prazo de 120 dias para que o Governo Federal apresente um plano de implementação da política nacional. Ou seja, o magistrado não somente contestou uma conduta dos demais poderes, mas também utilizou a sua decisão para promover, ainda que indiretamente, políticas públicas.

Na mesma linha, em 14 de março de 2019, o Supremo Tribunal Federal instaurou o Inquérito nº 4.781, sob o pretexto de investigar quaisquer condutas lesivas aos membros da Suprema Corte e seus familiares. Contudo, rapidamente o inquérito ampliou-se para analisar quaisquer ameaças ao Estado de Direito e à democracia. Desse modo, ante a amplitude de significados na expressão, inúmeras condutas ativistas vêm sendo tomadas pelo relator, de modo que

se promove a bel prazer uma extensão da interpretação da Constituição e do ordenamento.

Condutas como a proibição de acesso de advogados ao inquérito, em expressa vedação à ampla defesa e ao devido processo legal, previstos no art. 5º, incisos LIV e LV, da Constituição; a extensão do prazo legal de duração do inquérito para além do previsto, em expressa vedação ao art. 10 do Código de Processo Penal, que estabelece 30 dias para a conclusão dos inquéritos, ainda que tal prazo possa ser dilatado, entre outras, já foram objeto de decisões no referido inquérito. Ainda, no mesmo inquérito, houve a determinação de prisão de Deputado Federal, além de se anular em plenário, em nova conduta ativista, graça concedida pelo Presidente da República, sob o pretexto de que tal ato não poderia ser conferido com o objetivo de atacar outro poder de Estado.

Este último fato destaca que tais condutas não somente são tomadas de forma ativa pelo relator, como são referendadas e confirmadas pelos demais ministros do Supremo Tribunal Federal, demonstrando que o ativismo judicial pode ser ainda mais prejudicial à sociedade brasileira, tornando-se uma linha de pensamento permanente. Nesse ínterim, encontra-se em julgamento no STF discussão para afastar ou não a criminalização do porte de maconha para consumo próprio. Para diversos estudiosos, decisão que caberia ao Legislativo.

Cabe destacar que tais condutas ativistas, em sendo tomadas pelos juízes da mais alta corte do País, podem, de forma ainda mais nociva, repercutir e “encorajar” demais juízes e desembargadores que compõem o sistema judiciário brasileiro. Alguns exemplos já são encontrados, demonstrando-se que o ativismo judicial, atualmente, permeia não somente a mais alta instância judiciária, como o Judiciário como um todo.

No dia 11 de fevereiro de 2015, um juiz de 1ª instância do Estado do Piauí ordenou a retirada do ar do aplicativo Whats App em todo o território nacional, fundamentado na ausência de colaboração do aplicativo com investigações da Polícia Civil do Piauí. Em menos de 10 dias, a decisão foi rapidamente reformada pelo Tribunal de Justiça do Estado.

Na mesma linha, em 15 de janeiro de 2020, um juiz da 1ª Vara Federal de Araçatuba, Estado de São Paulo, determinou que a União fornecesse medicamento de sessenta mil reais a paciente, fundamentado no art. 6º

da Constituição. Decisão que se repete e se multiplica em diversos Estados brasileiros, sendo considerada um ativismo que compele o Poder Público²⁰.

Contudo, embora sejam válidas todas as críticas até então realizadas à ativez dos membros do Poder Judiciário, cabe ressaltar que alguns fatores favorecem ou, pelo menos, abrem espaço para que o ativismo judicial ganhe campo, tornando-o cada vez mais presente na realidade brasileira, independente da instância que se esteja analisando.

4 FATORES QUE FAVORECEM A PRÁTICA DO ATIVISMO JUDICIAL NO CONTEXTO BRASILEIRO

Embora o ativismo judicial refira-se a uma conduta ativa do Poder Judiciário em relação aos demais poderes, não é exagero afirmar que algumas condutas realizadas pelos Poderes Executivo e Legislativo criam um cenário favorável à sua expansão. Isso porque no sistema de freios e contrapesos de Montesquieu esses poderes também possuem a competência de frear a sobreposição dos demais, fato que não tem ocorrido na realidade brasileira.

Do contrário, os Poderes Legislativo e Executivo, por vezes, empurram para o Judiciário a resolução de temas de sua competência, ante a possibilidade de comprometimento eleitoral. É que os membros do Judiciário não dependem da aprovação popular, possuindo cargo vitalício, nos termos da Constituição, diferentemente das funções legislativas e executivas, que dependem do voto e, portanto, da aceitação popular para ocupação dos cargos.

Soma-se a isso o fato de que o acesso ao Judiciário para o cidadão comum é mais simples e rápido do que a promoção de uma mudança legislativa. Enquanto a atuação legislativa exige votação expressiva, apresentação da demanda por ator partidário, entre outros trâmites burocráticos; para o acesso ao Judiciário basta a apresentação de uma petição, até mesmo sem a necessidade de um advogado em alguns casos. Nesse sentido, a atuação judiciária transmite a ideia de proximidade, uma espécie de garantia célere da efetividade dos direitos fundamentais.

Tais direitos são amplamente esculpidos na Constituição de 1988, o que traz como consequência uma judicialização exacerbada dos fatos sociais,

²⁰ BARROSO, L. R. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. *Suffragium – Revista do Tribunal Regional Eleitoral do Ceará*, Fortaleza, v. 5, n. 8, p. 11-22, jan./dez. 2009, p. 15.

em vista da ampla gama de direitos garantidos constitucionalmente. Em outras palavras, a partir do momento em que um direito ganha o *status* de fundamental, sendo constitucionalmente disciplinado, abre-se campo para a judicialização de sua garantia pelos cidadãos²¹.

Tomando-se como base tão somente o Supremo Tribunal Federal, verifica-se que, segundo balanço realizado em 2023 pela então presidente ministra Rosa Weber, o STF recebeu somente naquele ano 23.991 processos, um aumento de 17,7% a mais que o ano anterior. Esse volume processual faz com que os ministros tenham à disposição maiores chances de exceder o seu poder, criando um ambiente fértil para que o papel ativista seja potencializado.

Esse fato decorre do próprio modelo constitucional adotado pelo Brasil. A norma permite que o cidadão tenha apoio jurídico e, por consequência, o direito de procurar as vias judiciais para resolver os seus conflitos. Em concordância, a própria Constituição destaca que o Poder Judiciário tem a função de analisar, fazer alegações e julgar direitos. Isso implica, conseqüentemente, em mais oportunidades para se exercer o ativismo, pois o juiz tem a própria norma (sistema) como ferramenta para ativez.

Os comandos e princípios trazidos na Constituição utilizam expressões genéricas, abertas, que permitem ao magistrado realizar a sua interpretação. Contudo, é justamente nesse sistema interpretativo que o juiz pode impor as suas preferências a pessoas e dar o sentido que julga conveniente às leis e aos termos constitucionais, trasmutando a competência legislativa.

Por fim, cabe ressaltar que, diferentemente de outros países, no Brasil, ao juiz não é dada a possibilidade de não julgar, sendo um mandamento esculpido na própria Carta Magna. A Constituição Federal de 1988 positivou, em seu art. 5º, inciso XXXV, que a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito. Isso faz com que o juiz amplie as possibilidades de decisão, inclusive completando as lacunas da lei.

Não se está a dizer que o juiz é vítima do sistema ou que é forçado a tomar um papel ativista. A um, porque o ativismo judicial não é uma conduta passiva, mas sim uma escolha, um modo específico e proativo de interpretar a Constituição²². A dois, porque a separação de poderes também é cláusula

²¹ *Ibidem*, p. 12.

²² *Ibidem*, p. 14.

pétreo, disposta logo no art. 2º da CF, o que obrigaria o juiz a segui-la, sendo a conduta ativista uma escolha. Contudo, o fato é que no cenário brasileiro o sistema jurídico facilita a sua realização, além de haver uma inércia, proposital ou não, dos demais poderes em relação ao Poder Judiciário.

No tocante a este último ponto, destaca-se que o próprio Legislativo já demonstrou em diversas oportunidades que, em querendo, possui o poder de frear os excessos cometidos pelo Judiciário. Em 8 de junho de 2022, o Superior Tribunal de Justiça (STJ) definiu ser taxativo o rol de procedimentos e eventos estabelecido pela Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS). Apenas 3 meses depois, o Legislativo editou a Lei nº 14.454/2022, estabelecendo que o rol serviria apenas como referência, não sendo um limitador. Tal fato levou o STF a arquivar todos as ações relacionadas ao tema.

No mesmo sentido, em 6 de outubro de 2016, o STF declarou inconstitucional lei que regulamentava a vaquejada no Estado do Ceará, considerando a prática como maus-tratos. Menos de um ano depois, o Legislativo aprovou a Emenda Constitucional nº 96, definindo que não se consideram cruéis as práticas desportivas que utilizem animais, desde que sejam manifestações culturais. E a cartada final foi dada pelo Executivo em setembro de 2019, sancionando a Lei nº 13.873/2019, que definiu a vaquejada como manifestação cultural.

Esses e outros exemplos demonstram que o sistema de freios e contrapesos é utilizado de forma seletiva no Brasil, levando a sua junção com as características do próprio ordenamento jurídico, a facilitar ou, no mínimo, permitir a prática do ativismo judicial.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Desde a Grécia antiga, diversas teorias de separação dos poderes foram criadas, tendo como objeto principal evitar a concentração de poder. Os governos que se instalavam acabavam por demonstrar, na prática, que aquele que detém unicamente o poder em suas mãos inevitavelmente termina por cometer excessos. Aristóteles, John Locke, entre outros, personificaram o que acreditavam ser a melhor fórmula de poderes separados, sendo, contudo, superados por Montesquieu, detentor da teoria mais conhecida e replicada atualmente.

Montesquieu subdividia os poderes estatais em Legislativo, Executivo e Judiciário, delegando-lhes as respectivas funções de criar leis, executá-las

e realizar o julgamento de crimes. Contudo, o seu pioneirismo deu-se em relação a pregar a independência judiciária, tratando o Judiciário como poder autônomo e independente, além de propor um sistema de freios e contrapesos em que os poderes estatais, ao mesmo tempo que se limitariam, atuariam em conjunto, criando uma relação de interdependência.

Esse sistema proposto por Montesquieu encontrou, recentemente, uma forte ameaça, inicialmente cunhada nos Estados Unidos, que tem assumido o protagonismo na tentativa de desequilibrar os três poderes. Nomeado de ativismo judicial, trata-se de um fenômeno caracterizado pela atuação de magistrados sem limitações, agindo para além de seus poderes constitucionalmente definidos. Nessa dinâmica, os membros do setor judiciário afetam a estrutura de separação dos poderes ao utilizarem os mecanismos disponíveis no ordenamento para sobrepor os Poderes Judiciários aos Legislativos e Executivos.

No Brasil, o que se observa nos últimos anos é uma tendência à repetição de tal conduta. País adepto da teoria de Montesquieu em sua integralidade, sobretudo no tocante ao sistema de freios e contrapesos, o sistema jurídico brasileiro viu, nos últimos anos, diversos exemplos que demonstram a atuação ativista de magistrados, inclusive da mais alta instância judiciária do País.

Somente no Supremo Tribunal Federal diversas questões que seriam objeto de matéria legislativa foram julgadas indevidamente e acenderam o debate sobre o tema. Contudo, tal atuação também foi vista nas outras instâncias, o que levantou o questionamento sobre a existência de uma linha de pensamento ativista no sistema judiciário brasileiro.

Não obstante, ainda que se trate o ativismo de uma postura ativa e expansiva do magistrado, também são perceptíveis no sistema jurídico brasileiro, uma facilitação para a prática ativista, além de uma aceitação seletiva dos Poderes Executivo e Legislativo. De um lado, têm-se um texto constitucional abrangente e caracterizado por termos abertos, o que permite que o juiz, ao decidir, realize a sua própria interpretação, ressignificando o sentido originário da norma. Fato esse facilitado ainda pela obrigação de sempre julgar as ações que lhes são postas, ante os princípios constitucionalmente previstos.

De outro lado, há, por parte dos demais poderes estatais, uma espécie de cessão de poder seletiva ao Judiciário. Isso se dá como forma de esquivar-se

os integrantes do Legislativo e do Executivo das tratativas envolvendo temas de interesse nacional e que podem afetar o eleitorado. Em outras palavras, é cômodo para o sistema que o Judiciário decida questões que envolvem posições políticas, ante a ausência de punições, ainda que indiretas, pela tomada de decisão judiciária.

Contudo, importa destacar que essa não limitação dada pelos Poderes Executivo e Legislativo ao Judiciário não só pode tornar a balança dos três poderes desigual, como pode refletir em consequências danosas aos próprios poderes que a cederam. Algumas destas já são perceptíveis, como a prisão de deputados, a retirada de foros privilegiados, a declaração de inconstitucionalidade de atos, entre outras.

Dar carta branca ao Judiciário para exercer uma supremacia é permitir que os seus próprios membros cultuem o pensamento ativista. E quando esse pensamento se cultiva no sistema jurídico, tem o superpoder de expandir-se como um vírus para todo o ordenamento. Tais condutas são comprovadas por diversos exemplos que foram disponibilizados neste estudo e que demonstram que o ativismo judicial inevitavelmente atinge uma teoria de separação dos poderes.

O Legislativo, inclusive, já se deu conta dessa necessidade. Foi aprovada no Senado a PEC 8/2021, que limita as decisões monocráticas nos tribunais superiores, sendo agora encaminhada para aprovação na Câmara dos Deputados. Não obstante, também já foi protocolada a PEC 51/2023, que visa restringir o mandato dos integrantes do Supremo Tribunal Federal (STF), além das inúmeras discussões afluídas sobre o tema.

Portanto, o que se conclui, por meio da análise do sistema jurídico brasileiro realizada neste estudo, é que cabe aos Poderes Legislativo e Executivo exercerem o seu papel constitucional de equilibrar a balança estatal, promovendo a igualdade entre os poderes pregada pelo sistema originário de Montesquieu. Só assim poderá ser mitigado o ativismo judicial no ordenamento jurídico brasileiro. Mitigado, não extinto.

REFERÊNCIAS

ARISTÓTELES. *Política*. Tradução: Antônio Campelo Amaral e Carlos Gomes. Lisboa: Vega, 1998.

BARROSO, L. R. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. *Suffragium – Revista do Tribunal Regional Eleitoral do Ceará*, Fortaleza, v. 5, n. 8, p. 11-22, jan./dez. 2009.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília/DF: Presidência da República, [1988]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao34.htm. Acesso em: 12 jan. 2024.

CONJUR. *Alexandre de Moraes proíbe remoção forçada de pessoas em situação de rua*. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2023-jul-25/alexandre-proibe-remocao-forcada-pessoas-situacao-rua/>. Acesso em: 20 jan. 2024.

FREITAS, V. P. de. *O inquérito das fake news no STF e sua relação com o sistema de Justiça*. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2022-nov-27/inquerito-fake-news-stf-relacao-justica/>. Acesso em: 20 jan. 2024.

G1. *Desembargador do PI derruba decisão que mandava tirar WhatsApp do ar*. Disponível em: <https://g1.globo.com/pi/piaui/noticia/2015/02/desembargador-do-pi-derruba-decisao-que-mandava-tirar-whatsapp-do-ar.html>. Acesso em: 20 jan. 2024.

GOMES, L. F. *O STF está assumindo um “ativismo judicial” sem precedentes?*, 2009. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/depeso/87133/o-stf-esta-assumindo-um-ativismo-judicial-sem-precedentes>. Acesso em: 18 jan. 2024.

HÍGIDO, J. *STF confirma anulação de graça concedida por Bolsonaro a Daniel Silveira*. Disponível em: <https://conjur.com.br/2023-mai-10/stf-confirma-anulacao-graca-concedida-bolsonaro-silveira/>. Acesso em: 20 jan. 2024.

JUSBRASIL. *Bolsonaro sanciona lei que regulamenta vaquejada e rodeio no Brasil*. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/noticias/bolsonaro-sanciona-lei-que-regulamenta-vaquejada-e-rodeio-no-brasil/759437426#:~:text=A%20partir%20desta%20quarta%2Dfeira,pr%C3%A1tica%20dessas%20atividades%20no%20Brasil>. Acesso em: 21 jan. 2024.

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

MARINONI, L. G. *Processo constitucional e democracia*. Porto Alegre: Revista dos Tribunais, 2022.

MIGALHAS. *STF reafirma inconstitucionalidade de lei que regulamenta vaquejada*. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/quentes/347039/stf-reafirma-inconstitucionalidade-de-lei-que-regulamenta-vaquejada>. Acesso em: 21 jan. 2024.

MÖLLERS, C. *The Three Branches: A Comparative Model of Separation of Powers*. Oxford: Oxford University Press, 2013.

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

MURPHY, W. *Como decidem os juízes elementos de estratégia judicial*. Londrina: E.D.A, 2022.

PIÇARRA, N. *A separação dos poderes como doutrina e princípio constitucional: um contributo para o estudo das suas origens e evolução*. Coimbra: Coimbra, 1989.

POGREBINSCHI, T. Ativismo judicial e direito: considerações sobre o debate contemporâneo. *Direito e Sociedade*, Rio de Janeiro, n. 17, p. 121-143, ago./dez. 2000.

SAID FILHO, F. F. A teoria da separação dos poderes no Brasil: por uma necessária (re) leitura a partir do Poder Judiciário. *Revista Jurídica Cesumar*, [s.l.], v. 20, n. 2, p. 213-225, 2 out. 2020.

SANTOS, I. A constituição mista em Aristóteles: as formas de governo, a história e a perfeição nos limites do possível. *Revista de Ciências do Estado*, Belo Horizonte, v. 5, n. 1, p. 1-50, 30 jun. 2020.

SENADO, Agência. *Além das decisões monocráticas, Senado tem PEC para limitar mandatos no STF*. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2023/10/05/alem-de-decisoes-monocraticas-senado-tem-pec-para-limitar-mandatos-no-stf>. Acesso em: 21 jan. 2024.

STF. *STF tem cinco votos para afastar criminalização do porte de maconha para consumo próprio*. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=512815&ori=1>. Acesso em: 20 jan. 2024.

STF. *Ministra Rosa Weber apresenta balanço de sua gestão na Presidência do STF*. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=514841&ori=1>. Acesso em: 19 jan. 2024.

Submissão em: 19.12.2024

(Avaliador A) Avaliado em: 19.05.2025

(Avaliador B) Avaliado em: 19.05.2025

Aceito em: 23.05.2025