**ATIVISMO JUDICIAL E A CONSTITUIÇÃO: UMA REANÁLISE DO MODELO CLÁSSICO DE SEPARAÇÃO DE PODERES**

**EL ACTIVISMO JUDICIAL Y LA CONSTITUCIÓN: un análisis de la modelo clásico de separación de poderes**

Bruno Ferreira Scalabrine **[[1]](#footnote-1)\***

Eumar Evangelista de Menezes Júnior **[[2]](#footnote-2)\***

Priscilla Santana Silva **[[3]](#footnote-3)\***

**Resumo:** Este artigo tem como objeto a reflexão sobre o recente – do ponto de vista histórico – fenômeno denominado “ativismo judicial”, pelo qual o Poder Judiciário, mormente o Supremo Tribunal Federal, tem se revelado protagonista de questões antes tidas como inerentes aos debates realizáveis exclusivamente no seio da arena política, de forma que esta crescente atuação do nosso Pretório Excelso – amiúde feita sem qualquer respaldo principiológico e constitucional, mas com base em critérios políticos, o que causaria um sério risco à democracia – pode figurar como indicativo de um momento de crescente tensão entre os poderes do Estado, onde o modelo da clássica separação, trazida por Montesquieu, enquanto paradigma adequado a uma profícua análise das funções de cada um dos poderes, resta anacrônico.

**Palavras-chave:** Direito Constitucional; Ativismo Judicial; Judicialização da Política; Separação de Poderes; Princípios Constitucionais.

**Resumen:** Este artículo está sujeta a la reflexión sobre la reciente - desde el punto de vista histórico - un fenómeno llamado "activismo judicial", por el cual el poder judicial, especialmente el Tribunal Supremo, ha puesto de manifiesto cuestiones protagonista una vez considerado inherente en los debates alcanzable sólo dentro de la arena política, por lo que este papel creciente de nuestra pretorio Exaltado - hecho a menudo sin ninguna principiológico y apoyo constitucional, pero en base a criterios políticos, lo que causaría una grave amenaza para la democracia - puede entender como una indicación de una momento de creciente tensión entre los poderes del Estado, donde el modelo de la separación clásica traído por Montesquieu, como paradigma apropiado para un análisis útil de las funciones de cada uno de los poderes, sigue siendo anacrónico.

**Palabras clave:** Derecho constitucional; El activismo judicial; Política de legalización; La separación de poderes; Principios constitucionales.

**Introdução**

Ativismo Judicial tem sido tema de discussão nos mais diversos planos de estudo. Alguns autores demonstram o ativismo judicial como algo ruim, não importando sua abordagem, seja ela quantitativa ou qualitativa. Outros, ainda, confundem ativismo judicial com judicialização da política.

Ativismo Judicial Quantitativo é dado como a intervenção do juiz na esfera dos outros poderes sem autorização normativa, por assim dizer, gerando um problema em relação à separação dos Poderes. Essa visão não é muito condizente, pois acaba por ser temerário tentar prever em quais situações há essa intervenção do juiz. Não é possível concluir o fator “ativismo”, pois não basta identificar decisões judiciais eivadas de inconstitucionalidade com ativismo Judicial, nem mesmo se montarmos um quadro comparativo entre países.

O Ativismo Judicial Qualitativo traduz um “auxílio” do Juiz não importando a frequência que o faz e sim o propósito com que é feito. Esse modo de ativismo judicial é bem visto por alguns doutrinadores, porém há outros que o condenam, pois, fere a Separação dos Poderes.

Aquele que atua além dos limites constitucionalmente estabelecidos contraria a Constituição e abandona o papel de seu guardião. Em tais casos, quem se refere ao ativismo usa um eufemismo para definir a violação do direito. (DIMOULIS; LUNARDI, 2013)

É necessário analisarmos a Constituição não só compreendendo-a como Carta Magna do país, analisando como é interposta a relação dos poderes do Estado, podendo assim deixar de pensar na Constituição somente como um papel que está repleto de texto normativo, mas analisando-a como um instrumento normativo para que se possa manter em plena ordem o Estado.

Assim sendo, não nos caberia apenas afirmar a existência do Ativismo Judicial, também é necessário explicitá-lo em seu âmago, para que se possa daí, obter-se uma conclusão. Portanto é de sumária importância verificar a qualificação do Ativismo Judicial, para que possamos diferenciá-lo de judicialização da política.

**ATIVISMO JUDICIAL – CONTEXTO DE SURGIMENTO**

O termo Ativismo Judicial é bem extenso sobre várias óticas diferentes. Ativismo Judicial acontece quando o Judiciário, diante do vácuo deixado pelo Congresso Nacional em determinados temas, acaba criando regras típicas de lei pela via judicial. (MILÍCIO, 2014)

Nos Estados Unidos, esse tema é discutido há mais de 200 anos, sendo que foi esboçada uma pequena e simples discussão no Brasil a partir da Emenda Constitucional nº 16/65, onde a mesma impõe a passibilidade de revisão judicial dos atos dos demais Poderes.

Sabe-se que através da Constituição Federal promulgada em 1988, após o fim da ditadura militar, pôde-se realmente discutir sobre a intervenção do Judiciário em procedimentos que não lhe aufere. Ruy Barbosa (1890) quando empregou ao Brasil o título de República atribui competências ao Judiciário, o que gerou as primordiais discussões sobre o Ativismo Judicial sem ao menos saber o que realmente significava. (SARMENTO, 2012)

Faz-se necessário realçar o real poderio das constituições que antecedem a atual, onde se podia notar a total falta de “força” por parte das mesmas, onde segundo relata Daniel Sarmento[[4]](#footnote-4) em uma palestra apresentada no XI Congresso Goiano da Magistratura, as constituições eram apenas um “pedaço de papel” sem força normativa, o que deu brecha para o golpe militar e diversos outros acontecimentos ao longo de nossa história.

Deixa-se incluso que o tema ativismo judicial só é possível em países democráticos, tema cuja discussão, só ocorreu no Brasil após a ditadura militar de 1964.

À verdade, tribunal ou órgão de Estado, consagrado à fiscalização de constitucionalidade que não congregue requisitos indeclináveis ao desempenho de tal função ou não preencha os fins aí implícitos, terá sua legitimidade arranhada e contestada ou comprometida, como ora acontece em determinados sistemas judiciais dos países da periferia. (BONAVIDES, 2004)

Não é possível comentar o ativismo judicial se não falarmos um pouco sobre o tema embasado nos Estados Unidos da América. Por isso faz-se necessário à inclusão do tópico sobre o ativismo norte-americano.

**ATIVISMO JUDICIAL NORTE-AMERICANO**

O tema supracitado é tratado de forma bem extensa. Tanto é que sua discussão se dá por mais de 200 anos. Começa-se com a ideia de ativismo judicial quando no caso de empossamento de William Marbury como juiz de paz, onde a Suprema Corte com uma decisão do Chefe de Justiça Marshall, afirmou que o caso da nomeação, não deveria ser julgado pela Suprema Corte, isso no ano de 1803.

Já em 1905, um padeiro reclamou sobre as horas de trabalho estipuladas pelo estado de Nova York, a decisão imposta foi que, o estado de Nova York não pode legislar sobre as horas trabalhadas, desde que os empregadores pagassem o que fosse devido aos empregados, seria legítimo que seu livre direito de contratar e do quantitativo de horas trabalhadas fosse respeitado pelo Estado.

Para definirmos ativismo judicial é necessário discutirmos sobre judicialização da política, pois os dois estão interligados na cultura do Brasil. Portanto falaremos um pouco sobre judicialização da política.

**JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA**

Judicialização da Política nada mais é do que a intervenção do Judiciário em questões onde a Política deixa os seus “vãos”, ou seja, é considerada falha. Essa necessidade se deve à algumas questões de constitucionalismo, tendo em vista a manutenção da ordem de separação dos Poderes do Estado.

Numa abordagem mais clara, Friedrich Müller (2003) fala, na abertura de um de seus textos que o Direito Constitucional é o Direito Político. A respeito dessa afirmação, fica claro que os dois (Direito Constitucional e Direito Político), fazem parte do paradoxo de judicialização da política, não cabendo assim, deixar de tratar Judicialização da Política e Ativismo Judicial como fenômenos naturais distintos.

Em última análise, está-se tratando do modo de compreender o elemento político do Direito. E é exatamente esta questão que gera maiores dificuldades de conceber a judicialização da Política e o ativismo judicial como manifestações de fenômenos distintos que podem ser atribuídos à atividade jurisdicional. (TASSINARI, 2012)

Quando falamos em judicialização da política, podemos entendê-la como sendo a influência, ou, teoricamente falando, as técnicas invasivas do Judiciário no que se refere a assuntos políticos, em que as demandas políticas não são atendidas ou demoram tempos para se decidirem, caso em que o judiciário toma para si, proativamente a resolução do problema.

**ATIVISMO E CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE**

Para se abordar o controle de constitucionalidade é necessário discerni-lo de inconstitucionalidade. A Inconstitucionalidade consiste na forma de dizer se uma lei criada é constitucional ou inconstitucional, ou seja, saber se a nova lei é compatível com a constituição ou não.

Em tema de controle de constitucionalidade, o que se pode observar é que nosso país tem desenvolvido um complexo sistema cujos elementos foram importados de outras plagas, embora aqui sejam aperfeiçoados de modo absolutamente peculiar, a introduzir uma síntese que surge como característica original do nosso Direito Constitucional. (SLAIBI FILHO, 2008)

Em apertada síntese a ideia de controle de constitucionalidade, significa dizer então que é feita uma verificação para saber se as leis ou atos normativos estão compatíveis com a Constituição Federal, tanto sob o ponto de vista formal, quanto o material. (MACHADO, 2005)

Embora o controle de Constitucionalidade seja um tema tanto quanto complexo para se abordar em curto espaço deste artigo, o que por ele se entende vem nos “refrescar” a cabeça para que possamos discernir controle de constitucionalidade de atitudes inconstitucionais: controle de constitucionalidade é a verificação de compatibilidade de atos normativos, emendas constitucionais e leis com a constituição federal.

O Controle de Constitucionalidade adotado pelo Brasil é misto, ou seja, ele é difuso e concentrado. O primeiro tem como inspiração o modelo americano. Esse sistema é exercido no âmbito do caso concreto, tendo, portanto, natureza subjetiva, por envolver interesses de autor e réu. Assim, permite a todo e qualquer juiz analisar o controle de constitucionalidade. (COUCEIRO, 2011)

Entende-se, portanto, controle de constitucionalidade, como uma análise de compatibilidade entre norma, com o intuito de impossibilitar determinada lei ou norma inferior que ataque o texto constitucional.

**MODELO CLÁSSICO DE SEPARAÇÃO DOS PODERES**

Desde os primórdios da sociedade, busca-se uma socialização política influente e que “dê frutos”. Dessa forma, através de grandes doutrinadores contratualistas, pode-se notar que as sociedades eram dominadas pelos mais fortes sobre os mais fracos, sem que aqueles tivessem limitações. Foi em busca dessas limitações de poder que foi criado o Estado, para melhor administrar a sociedade e mantê-la em um ambiente estável.

Porém, com a criação desse Estado e com os poderes dados aos seus líderes, era visto que somente a vontade do líder era levada em conta. Maquiavel, em sua obra “O Príncipe”, mostra que uma sociedade e sua liderança só consegue adquirir realmente o Poder (visando poder, como uma forma de manter o povo em uma ordem social aceitável, dentro dos parâmetros de sociabilização), quando o mesmo emana e advém do povo, sendo necessário que o governante e/ou líder deve sempre atender as necessidades de seu povo para manter um equilíbrio entre governo e sociedade.

O modelo clássico de separação dos poderes pode ser explicado pela teoria do *checks and balances*, ou pela teoria dos “freios e contrapesos”. Em seu texto original a Constituição Federal/88 no artigo 2º relata que “Os Poderes da União, independentes e harmônicos entre si”, que nos leva a crer que os poderes “dados” a União por mais independentes que sejam são harmônicos entre si, garantindo assim todos os direitos fundamentais de cada cidadão.

Julio Cezar Couceiro relata o que é necessário para a manutenção do Princípio da Separação de Poderes:

Para que o princípio da separação de poderes continue a perseguir o ideal para o qual fora criado, de dividir o poder estatal em forma equânime e harmônica, é necessário que sejam observadas as delimitações de atribuições de cada esfera de poder, observando o princípio da igualdade de direitos, em virtude de seu valor e de seu caráter principiológico, tendo em vista que, a ampliação desmesurada e inconsequente dessas atribuições torna cada vez mais tênue a linha que separa os poderes, esvaindo o seu conteúdo, gerando uma confusão de poderes, longe daquele que foi tão perfeitamente desenvolvido pelos seus idealizadores. (2011, *online)*

O modelo clássico de separação dos poderes adotado pelo Brasil não pode ser desfeito pelo fato de ser cláusula pétrea, ou seja, não pode ser extinto. Sabendo que os poderes são harmônicos entre si, e que cada um, em sua particularidade, pode ser dotado de funções específicas, um não pode adentrar nas atribuições do outro, pois configuraria um desrespeito à tripartição. Essa é a grande falácia em que caem os defensores do ativismo “usurpador”. Se o processo legislativo é moroso ou omisso, que se corrija tal problema no âmbito do próprio poder legislativo, e não autorizando o judiciário a fazer o papel do órgão político (legislador).

É indispensável, em um sistema equilibrado de partilha de competências institucionais, que o Poder Judiciário possa concluir acerca da racionalidade e da razoabilidade sempre que for questionada lesão ou ameaça de lesão a direito individual ou coletivo, sob pena de permitir-se, pelo menos em tese, o arbítrio do legislador. (PEIXINHO, 2008)

Em busca de uma melhor conceituação, nos dias atuais sobre o tema de separação dos Poderes, faz-se necessário um estudo aprofundado que nos permita de forma mais complexa abordar o tema, para podermos repensar o caso de separação dos Poderes, pois o modelo clássico, hoje, já não cumpre mais como fonte de indagação, pois o Judiciário avoca-se sobre o Poder Legislativo de forma tão exacerbada que se analisarmos constitucionalmente, julgar-se-ia de forma verídica como ato inconstitucional, não importando os fins para que se destinam.

A reanálise do sistema de separação dos Poderes, já se faz necessária há algum tempo. O Poder Judiciário quando penetra no Poder Legislativo, o mesmo age de forma inconstitucional, alguns doutrinadores defendem de que essa prática para fins que ajudem a sociedade seria praticado de forma positiva, porém na ótica do direito Constitucional, toda e qualquer forma de se adentrar em outro Poder é causa negativa, pois como já se sabe, quando queremos abrir um ensejo para o bem, abrimos necessariamente o mesmo ensejo para o a prática do requisito negativo.

**MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL**

Define-se mutação constitucional como a mudança do entendimento do texto constitucional sem mudar a própria constituição. Essa forma de alteração constitucional é melhor compreendida através de alguns exemplos. Um exemplo que repercute, é sobre o casamento homossexual, sendo que a constituição não foi alterada e sim a compreensão do texto constitucional, onde se falava que a união estável dar-se-á entre homem e mulher; hoje, se compreende como união estável aquela entre pessoas, não se especificando o gênero, como pode ser observado no Art. 226, §3, Constituição Federal e o Art. 1723, Código Civil, bem como a ADPF (Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental) 132, instrumento pelo qual o Supremo Tribunal Federal promoveu a mutação, com base no Art. 3º, IV, Constituição Federal /88.

A mutação constitucional surge a partir do Poder Judiciário ao interpretar o texto constitucional na aplicação a um caso concreto (OLIVEIRA, 2011). Pode-se analisar que essa mudança em uma peça de interpretação constitucional é um ato bastante empregado nos dias atuais e que simboliza um tipo de ativismo judicial.

**“**De maneira mais ampla, a mutação constitucional pode ser entendida como toda qualquer alteração da constituição seja ela através de reforma (atos do poder constituinte derivado) ou alterações interpretativas sem modificação de texto (operadas pelo judiciário). (BATTISTON, 2010)

Por fim a mutação constitucional nos repassa, ainda que por mero princípio, uma sensação de ativismo, por mínimo que seja essa colocação, seria uma forma de ferir o princípio de separação dos poderes, daí a necessidade de reanálise do modelo de separação de poderes atual.

**CONCLUSÃO**

Após uma pequena e breve discussão sobre o tema, podemos destacar o ativismo judicial, como forma de medida inconstitucional, pelo simples fato de ferir, por assim dizer, o princípio da Separação dos Poderes. Porém, para se notar algum benefício sobre ativismo judicial, é necessário buscarmos uma melhor interpretação acerca da Separação dos Poderes, pois, como se é de costume, quando abrirmos exceções abre-se um amplo leque para possibilidades positivas, mas, contudo abre-se também para as negativas.

Uma das formas de ativismo judicial mais comum é aquele que o Judiciário usurpa funções do Legislativo. O processo de produção de leis e/ou emendas constitucionais, é bastante demorado, motivo pelo qual explica a atitude de burlar do Judiciário para com o Legislativo, tendo em vista à diminuição do tempo de criação dessas leis e/ou emendas constitucionais.

Vale ressaltar que o Ativismo Judicial empregado atualmente de forma desordenada é uma fraqueza, por assim dizer, pois segundo nossa Constituição Federal o único responsável para a criação e alteração de leis é o Poder Legislativo, cabendo ao Judiciário julgar e ao Supremo Tribunal Federal a análise constitucional das leis que estão sendo criadas.

Para que possamos adquirir força normativa no processo de produção de leis, mas, não somente nesse processo, é necessária a alteração do modelo clássico de separação dos Poderes. Isso deve ser analisado de forma profunda, porém rápida, pois, a necessidade de rapidez em alguns processos, tanto legislativo quanto aos demais Poderes do Estado, é claramente observada.

Não há uma “receita” de como elaborar um sistema que mais se adeque ao sistema de separação dos Poderes atual, porém a necessidade de se dedicar ao ponto em questão se faz necessário para que o Estado, ou melhor, o Poder Judiciário não se exalte como o Poder absoluto, mas pode ser analisada sua participação no processo de elaboração das leis para que se possa daí, poder conseguir uma forma de ativismo judicial ao qual se tenha força constitucional como forma de ajudar o Estado no que de melhor condiz para a sociedade.

**Referências Bibliográficas**

BATTISTON, Danielle Alice. **Mutação Constitucional.** São Paulo, 2010. Disponível em:<<http://danielle.battiston.us/?p=21>>. Acesso em: 13 maio 2014.

## BONAVIDES, Paulo. Jurisdição constitucional e legitimidade (algumas observações sobre o Brasil). Estud. av.,  São Paulo ,  v. 18, n. 51, ago.  2004 .   Disponível em:<<http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-40142004000200007&lng=pt&nrm=iso>>. Acesso em:  05  maio  2014.

COUCEIRO, Julio Cezar. Princípio da Separação dos Poderes em Corrente Tripartite. ***Revista Âmbito Jurídico***. Rio Grande, 2011. Disponível em: <<http://www.ambito-juridico.com.br/site/?artigo_id=10678&n_link=revista_artigos_leitura>>. Acesso em: 06 maio 2014.

DIMOULIS, Dimitri; LUNARDI, Soraya Gaspareto. Ativismo e Autocontenção Judicial no controle de constitucionalidade.In: FELLET, André; PAULA, Daniel Giotti de; NOVELINO, Marcelo (coord). **As Novas Faces do Ativismo Judicial**. 1. ed. Salvador: JUSPODVIM, 2013.

FILHO, Nagib Slaibi. **Breve Histórico do Controle de Constitucionalidade.** Rio de Janeiro, 16 de Julho de 2008. Disponível em: <<http://www.tjrj.jus.br/c/document_library/get_file?uuid=ea10bf6f-babb-4f4e-8695-704a09b786e3&groupId=10136>>. Acesso em: 22 abril 2014.

MACHADO, Mariana de Moura A.A. Controle de Constitucionalidade - Abordagem sistemática no tocante aos temas centrais do controle de constitucionalidade: conceitos, modalidades, legitimidade e tipos de controle, por via incidental e ação direta. ***Revista eletrônica DireitoNet***. Publicado em 18 de fevereiro de 2005. Disponível em:<<http://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/1924/Controle-de-constitucionalidade>>. Acesso em: 05 maio 2014.

## MILÍCIO, Gláucia. O ativismo judicial é ruim independente do resultado. Revista Consultor Jurídico. Disponível em:<[http://www.conjur.com.br/2009-ago-01/entrevista-elival-silva-ramos-procurador-estado-sao-paulo>](http://www.conjur.com.br/2009-ago-01/entrevista-elival-silva-ramos-procurador-estado-sao-paulo). Acesso em: 15 abril 2014.

## MULLER, Friedrich. Prefácio. In: NETO, Cláudio Pereira de Souza. Et al. (Orgs.). Teorias da constituição; estudos sobre o lugar da política no direito constitucional. Rio de Janeiro: Lumen juris, 2003. P.xi. Apud: TASSINARI, Clarissa. Ativismo Judicial – Uma análise da atuação do Judiciário nas experiências brasileira e norte-americana. Programa de Pós-Graduação em Direito – Nível Mestrado, São Leopoldo, 2012.

PEIXINHO Manoel Messias. **O Princípio da Separação dos Poderes, a Judicialização da Política e Direitos Fundamentais.** In: XVII Congresso Nacional do CONPEDI, 2008, Brasilia. XVII Congresso Nacional do CONPEDI. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2008. Disponível em: <<http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/brasilia/07_252.pdf>>. Acesso em: 13 maio 2014.

OLIVEIRA, Edezio Muniz. Mutação Constitucional. ***Revista Âmbito Jurídico***. Rio Grande, 2011. Disponível em: <<http://ambitojuridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=9813&revista_caderno=9>>. Acesso em: 08 maio 2014.

## SARMENTO, Daniel. Ativismo Judicial. In: XI Congresso Goiano da Magistratura – ASMEGO. Goiânia, outubro de 2012.

TASSINARI, Clarissa. **Ativismo Judicial – Uma análise da atuação do Judiciário nas experiências brasileira e norte-americana.** Programa de Pós-Graduação em Direito – Nível Mestrado, São Leopoldo, 2012.

1. \* Bacharelando em Direito pela UniEVANGÉLICA. E-mail: bruno.scalabrine37@gmail.com. [↑](#footnote-ref-1)
2. \* Mestre em Sociedade, Tecnologia e Meio Ambiente. Supervisor do Núcleo de Atividades Complementares, Prof. Adjunto, orientador de TCC, do Curso de Direito da UniEVANGÉLICA, Pesquisador do Núcleo de Pesquisa em Direito da UniEVANGÉLICA - NPDU. Professor de MTC da Moderna Educacional. Especialista em Direito Notarial e Registral. Especialista em Magistério Superior. Membro da União Literária Anapolina – ULA. Advogado. E-mail: profms.eumarjunior@gmail.com. [↑](#footnote-ref-2)
3. \*Mestre em Direito. Prof.ª Ma. do Curso de Direito da UniEVANGÉLICA, Sub Supervisora e Pesquisadora do Núcleo de Pesquisa em Direito da UniEVANGÉLICA, Orientadora de TCC da UniEVANGÉLICA; Coordenadora do Núcleo de Prática Jurídica da Faculdade Anhanguera de Anápolis-GO; Advogada militante. E-mail: priscillasantana\_@hotmail.com. [↑](#footnote-ref-3)
4. [↑](#footnote-ref-4)