

**ATIVISMO JUDICIAL COMO ATO ATENTATÓRIO À DEMOCRACIA  
BRASILEIRA**

**JUDICIAL ACTIVISM AS AN ATTACKING ACT TO BRAZILIAN  
DEMOCRACY**

## **RESUMO**

A Constituição Brasileira de 1988 trouxe a necessidade da Tripartição de Poderes como um sistema de freios e contrapesos para evitar arbitrariedades. Quando os Poderes extrapolam seus limites constitucionais de atuação, estão cometendo o chamado Ativismo. Aqui far-se-á uma análise do ativismo judicial e como ele pode significar um ato atentatório à democracia brasileira e a princípios constitucionais pétreos.

**PALAVRAS-CHAVE:** Ativismo Judicial; Constituição; Freios e Contrapesos;

## SUMÁRIO

1- Introdução.....	5
2- A constituição de 1988 e o princípio da separação de poderes.....	5
3- Poder Legislativo.....	7
4- Poder Executivo.....	11
5- Poder Judiciário.....	13
6- O ativismo judicial como ato atentatório à democracia brasileira.....	15
7- Conclusão.....	21
8- Referências.....	23

## 1- INTRODUÇÃO

O presente artigo busca analisar a questão do ativismo judicial frente ao princípio da tripartição de poderes, que é cláusula pétrea da Constituição Brasileira.

O estudo inicia-se com uma análise da Constituição de 1988, visto ser, esta, a Constituição que está em vigor nos dias atuais além de ser a que trouxe, como cláusula pétrea, à sociedade brasileira, a necessidade da tripartição de poderes. Sendo assim, evoca os precursores da teoria de freios e contrapesos como forma e demonstração da necessidade de controle quando um destes três poderes ultrapassa suas competências.

Para melhor entendimento deste movimento de quando os poderes agem além de seus deveres, foram separados três capítulos para a explicação e explicitação das competências de cada um dos três poderes existentes no governo brasileiro. Sendo assim, o terceiro capítulo deste artigo foi dedicado ao Poder Legislativo e suas competências típicas e atípicas; o quarto capítulo, para o Poder Executivo e suas competências, também típicas e atípicas; e, por fim, o quinto capítulo dedicado a explicar sobre as funções do Poder Judiciário.

Por fim, adentrando à problemática trazida neste artigo, tem-se um capítulo dedicado ao ativismo judicial e a demonstração de como esta prática pode se caracterizar como um ato contra a democracia e a princípios basilares da Constituição Brasileira.

## 2- A CONSTITUIÇÃO DE 1988 E O PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DE PODERES

A atual Constituição da República Federativa do Brasil é datada de 1988, criada e promulgada após o advento da Ditadura Militar brasileira, num período entendido como “o período da consolidação do regime liberal-democrático” (CODATO, 2005, p.840) e trouxe consigo vários princípios e cláusulas pétreas, buscando maior estabilidade do regime democrático.

Com este objetivo, foi positivado o princípio da tripartição de poderes no artigo 2º da Constituição que, em uma interpretação conjunta ao artigo 60, §4º é entendido como cláusula pétrea da legislação brasileira, visto que “Não será objeto de deliberação a proposta de emenda” (BRASIL, 1988) que estiver tendente a abolir a separação de poderes e demais institutos da democracia

brasileira que foram entendidos de suma importância para a sociedade brasileira.

Este sistema da tripartição de poderem tem origens em Montesquieu com a teoria de freios e contrapesos, surgida da “necessidade de interconectar as funções estatais, a fim de manter a autonomia e independência” (FERNANDES, 2018, p.306). Estas são consideradas como imprescindíveis para o bom funcionamento do país, desde que respeitados os limites de suas atribuições.

A origem, entretanto, do sistema de tripartição de poderes remonta a Platão, em sua obra denominada “A República”, Aristóteles e, de forma mais aprofundada e elaborada, por Montesquieu. O segundo, em suas obras afirma a necessidade de os que estavam em função de governar, deveriam praticar tal ato “com justiça, uma vez que o seu governo se encontra sujeito ao poder fiscalizador de outros” (ARISTÓTELES, 1998, p.451).

Durante toda a leitura de seu livro, mais especificamente nos capítulos IV e VI, pode-se perceber a reiterada afirmação de necessidade de equilíbrio, tanto da escolha do sistema de governo mais adequada para a sociedade em que se estuda quanto da forma com que este sistema dar-se-á e funcionará quando da sua instituição. Sendo assim pode-se compreender que o estado democrático, para Aristóteles (1998), pode ser dividido em três poderes: o primeiro, com função deliberativa sobre os negócios concernentes ao próprio Estado, o segundo relativo às magistraturas – e, aqui, o autor explicita as várias formas com que alguém poderia assumir tal cargo – e o terceiro que seria relativo aos cargos de jurisdição.

Montesquieu, por sua vez, disserta mais claramente acerca da existência de três poderes como forma de tentativa de equilíbrio das questões sociais e do próprio Estado. Afirma, ainda, a existência de males infinitos decorrentes de situações de desequilíbrio, conforme segue:

“É preciso notar que os três poderes podem estar bem distribuídos em relação à liberdade da constituição, ainda que não o estejam tão bem em relação à liberdade do cidadão. Em Roma, como o povo tinha a maior parte do poder legislativo, uma parte do poder executivo e uma parte do poder de julgar, constituía um grande poder que devia ser equilibrado por outro. É certo que o senado possuía uma parte do poder executivo; possuía uma parte do poder legislativo; mas isto não era suficiente para contrabalançar o povo. Era preciso que participasse do poder de julgar, e dele participava quando os juízes escolhidos entre os senadores.”(MONTESQUIEU,1996 p.193)

Pode-se depreender, mais claramente, que Montesquieu apresenta de fato a separação dos três poderes, inclusive com a mesma nomenclatura utilizada pelo sistema normativo brasileiro. Com estas premissas determinadas, passa-se à análise de cada um dos três poderes do Estado brasileiro bem como suas competências.

### 3- PODER LEGISLATIVO

O poder legislativo, como o próprio nome evidencia, é aquele responsável pelo corpo legislativo, ou seja, normativo, do Estado Brasileiro. Assim como preceitua o artigo 44, tanto em seu *caput* quanto no parágrafo único, da Constituição Brasileira, este poder “é exercido pelo Congresso Nacional, que se compõe da Câmara dos Deputados e do Senado Federal” (BRASIL, 1988) e “Cada legislatura terá a duração de quatro anos” (BRASIL, 1988).

De acordo com o doutrinador Bernardo Gonçalves Fernandes (2018) cada poder detém suas funções típicas, ou seja, “as funções tradicionais e primárias” (FERNANDES, 2018, p.1017) e as funções atípicas. As primeiras, no caso do poder em questão, seriam as funções de legislar (positivadas nos artigos 59 a 69 da Constituição Federal) e de fiscalizar, previstas em artigos esparsos, também da Constituição.

As funções atípicas, por sua vez, seriam aquelas teoricamente de competência de outros poderes, mas que tiveram suas práticas atribuídas ao poder legislativo. Estas seriam as funções “administrativas (arts. 51, IV e 52 XIII) de organização administrativas das Casas e funções judiciárias (arts. 52, I e II) de julgamento, por exemplo, do Presidente da República ou Ministros do STF por crimes de responsabilidade” (FERNANDES, 2018, p.1018)

Conforme positivado no artigo 45 da Constituição brasileira, “A Câmara dos Deputados compõe-se de representantes do povo, eleitos, pelo sistema proporcional, em cada Estado, em cada Território e no Distrito Federal.” (BRASIL, 1988). Desta feita, a Câmara dos Deputados, expressão do poder legislativo a nível federal, é composta de 513 (quinhentos e treze) deputados, com os cálculos de mínimo e máximo de representantes sendo positivado pela Lei Complementar nº 78 de 30 de dezembro de 1993, sendo o mínimo de 08 (oito), a exemplo do Acre e Amazonas, e o máximo de 70 (setenta) deputados

por estado, sendo que somente o Estado de São Paulo tem este número de representantes atualmente (BRASIL, 2022).

Importante salientar que tal cálculo é realizado, de acordo com o artigo 1º da Lei Complementar nº 78 após o fornecimento da “atualização estatística demográfica das unidades de Federação” (BRASIL, 1993) pela Fundação Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística – IBGE e, de acordo com o parágrafo único deste mesmo artigo, “Feitos os cálculos da representação dos Estados e do Distrito Federal, o Tribunal Superior Eleitoral fornecerá aos Tribunais Regionais Eleitorais e aos partidos políticos o número de vagas a serem disputadas” (BRASIL, 1993).

Os Deputados Federais, por sua vez, têm competências privativas, todas elas elencadas nos incisos do artigo 51 da Constituição Brasileira, que segue, com a redação dada pela Emenda Constitucional nº19 de 1998:

“Art. 51. Compete privativamente à Câmara dos Deputados:  
I - autorizar, por dois terços de seus membros, a instauração de processo contra o Presidente e o Vice-Presidente da República e os Ministros de Estado;  
II - proceder à tomada de contas do Presidente da República, quando não apresentadas ao Congresso Nacional dentro de sessenta dias após a abertura da sessão legislativa;  
III - elaborar seu regimento interno;  
IV - dispor sobre sua organização, funcionamento, polícia, criação, transformação ou extinção dos cargos, empregos e funções de seus serviços, e a iniciativa de lei para fixação da respectiva remuneração, observados os parâmetros estabelecidos na lei de diretrizes orçamentárias; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)  
V - eleger membros do Conselho da República, nos termos do art. 89, VII.” (BRASIL, 1988)

Importante destacar, de antemão, que tais competências são consideradas privativas, sendo necessária a diferenciação destas das competências exclusivas. De acordo com o doutrinador José Afonso da Silva, tem-se:

“(…) *exclusiva*, quando é atribuída a uma entidade com exclusão das demais (art. 21); b) *privativa*, quando enumerada como própria de uma entidade, com possibilidade, no entanto, de delegação (art. 22 e seu parágrafo único) e de *competência suplementar* (art. 24 e seus parágrafos); a diferença entre a exclusiva e privativa está nisso, aquela não admite complementariedade nem delegação”. (SILVA, 2005, p. 481).

O poder Legislativo, ainda, abarca o Senado Federal que, de acordo com o artigo 46 e seus parágrafos, é composto por três representantes de cada

ente federativo, Estados e Distrito Federal, por um mandato de oito anos com a renovação “de quatro em quatro anos, alternadamente, por um e dois terços” (BRASIL, 1988).

O Senado Federal, por sua vez, tem suas competências privativas explicitadas e positivadas no artigo 52 e seus incisos da Constituição Federal, conforme segue:

“Art. 52. Compete privativamente ao Senado Federal:

I - processar e julgar o Presidente e o Vice-Presidente da República nos crimes de responsabilidade, bem como os Ministros de Estado e os Comandantes da Marinha, do Exército e da Aeronáutica nos crimes da mesma natureza conexos com aqueles; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 23, de 02/09/99)

II processar e julgar os Ministros do Supremo Tribunal Federal, os membros do Conselho Nacional de Justiça e do Conselho Nacional do Ministério Público, o Procurador-Geral da República e o Advogado-Geral da União nos crimes de responsabilidade; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)

III - aprovar previamente, por voto secreto, após arguição pública, a escolha de:

- a) Magistrados, nos casos estabelecidos nesta Constituição;
- b) Ministros do Tribunal de Contas da União indicados pelo Presidente da República;
- c) Governador de Território;
- d) Presidente e diretores do banco central;
- e) Procurador-Geral da República;
- f) titulares de outros cargos que a lei determinar;

IV - aprovar previamente, por voto secreto, após arguição em sessão secreta, a escolha dos chefes de missão diplomática de caráter permanente;

V - autorizar operações externas de natureza financeira, de interesse da União, dos Estados, do Distrito Federal, dos Territórios e dos Municípios;

VI - fixar, por proposta do Presidente da República, limites globais para o montante da dívida consolidada da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios;

VII - dispor sobre limites globais e condições para as operações de crédito externo e interno da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, de suas autarquias e demais entidades controladas pelo Poder Público federal;

VIII - dispor sobre limites e condições para a concessão de garantia da União em operações de crédito externo e interno;

IX - estabelecer limites globais e condições para o montante da dívida mobiliária dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios;

X - suspender a execução, no todo ou em parte, de lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal;

XI - aprovar, por maioria absoluta e por voto secreto, a exoneração, de ofício, do Procurador-Geral da República antes do término de seu mandato;

XII - elaborar seu regimento interno;

XIII - dispor sobre sua organização, funcionamento, polícia, criação, transformação ou extinção dos cargos, empregos e funções de seus serviços, e a iniciativa de lei para fixação da respectiva remuneração, observados os parâmetros estabelecidos na lei de diretrizes orçamentárias; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)

XIV - eleger membros do Conselho da República, nos termos do art. 89, VII.

XV - avaliar periodicamente a funcionalidade do Sistema Tributário Nacional, em sua estrutura e seus componentes, e o desempenho das administrações tributárias da União, dos Estados e do Distrito Federal e dos Municípios. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 42, de 19.12.2003)" (BRASIL, 1988)

Ainda, porém, estas não são as únicas competências do Congresso Nacional, estando positivadas nos artigos 48 e 49 da Constituição, outras competências de incumbência deste órgão que se disserta sobre. De acordo, ainda, com o doutrinador Bernardo Gonçalves Fernandes, algumas destas competências devem ser exercidas conjuntamente a outros poderes, conforme segue:

“É interessante que, apesar de a competência ser do Congresso Nacional, há diferenças no exercício das atribuições, pois, no art. 48, temos a exigência da participação do Poder Executivo com a necessidade da sanção presidencial. Já no art. 49, em virtude de serem competências exclusivas do Congresso Nacional, não haverá a participação do Poder Executivo para a formação do ato que será produzido apenas com a participação do legislativo” (FERNANDES, 2018, p.1022)

Entendidas, pois, as competências do Poder Legislativo, e realizada a devida diferenciação conceitual entre as competências exclusivas e privativas passa-se ao estudo do Poder Executivo.

#### 4- PODER EXECUTIVO

De acordo com a Constituição da República Brasileira, em seu artigo 76, “O Poder Executivo é exercido pelo Presidente da República, auxiliado pelos Ministros de Estado” (BRASIL, 1988). As atribuições, entretanto, diferentemente das do Poder Legislativo, não estão bem delimitadas e positivadas. Tal fato, porém, não exime este poder de ser dotado de funções típicas e atípicas, bem como enquadradas na classificação de competência quanto à extensão – exclusiva ou privativa (SILVA, 2005).

A função típica atribuída ao poder executivo é a de “execução de políticas públicas, fomento, gerenciamento e desenvolvimento da máquina administrativa” (FERNANDES, 2018, p.1181). As atípicas, por sua vez, são aquelas em que exerce poder de legislar, como é o caso da edição de Medidas Provisórias, previsto no artigo 62, e de edição de leis delegadas, conforme artigo 68, e o poder de julgador, quando atua no contencioso administrativo.

O Poder Executivo, bem como suas funções e competências, guarda profundas relações com a forma com que este poder é estruturado na sociedade. No Brasil, o sistema adotado desde a Constituição de 1891 até os dias atuais é o presidencialismo, que pode ser conceituado como:

“o sistema típico das repúblicas e o Presidente exerce o Poder Executivo em sua inteireza, acumulando funções de Chefe de Estado, Chefe de Governo e Chefe da administração Pública. Cumpre um mandato por tempo fixo, não dependendo da confiança do órgão do Poder Legislativo nem para sua investidura nem para o exercício de Governo.” (BAHIA, 2017. p.331).

Pode-se entender, então, que, no presidencialismo, a função e a figura do Chefe de Estado e do Chefe de Governo se confundem. De maneira contrária é a realidade do sistema parlamentar de governo, que já foi o sistema de governo brasileiro entre os anos de 1961 a 1963 (FERNANDES, 2018).

As competências do Presidente da República, que é a figura central do Poder Executivo, e, aqui, para fins didáticos e de melhor entendimento, depreende-se como as competências do próprio Poder Executivo, estão previstas no artigo 84 da Constituição, que segue:

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

I - nomear e exonerar os Ministros de Estado;

II - exercer, com o auxílio dos Ministros de Estado, a direção superior da administração federal;

III - iniciar o processo legislativo, na forma e nos casos previstos nesta Constituição;

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

V - vetar projetos de lei, total ou parcialmente;

VI - dispor, mediante decreto, sobre: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 32, de 2001)

a) organização e funcionamento da administração federal, quando não implicar aumento de despesa nem criação ou extinção de órgãos públicos; (Incluída pela Emenda Constitucional nº 32, de 2001)

b) extinção de funções ou cargos públicos, quando vagos; (Incluída pela Emenda Constitucional nº 32, de 2001)

VII - manter relações com Estados estrangeiros e acreditar seus representantes diplomáticos;

VIII - celebrar tratados, convenções e atos internacionais, sujeitos a referendo do Congresso Nacional;

IX - decretar o estado de defesa e o estado de sítio;

X - decretar e executar a intervenção federal;

XI - remeter mensagem e plano de governo ao Congresso Nacional por ocasião da abertura da sessão legislativa, expondo a situação do País e solicitando as providências que julgar necessárias;

XII - conceder indulto e comutar penas, com audiência, se necessário, dos órgãos instituídos em lei;

XIII - exercer o comando supremo das Forças Armadas, nomear os Comandantes da Marinha, do Exército e da Aeronáutica, promover seus oficiais-generais e nomeá-los para os cargos que lhes são privativos; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 23, de 02/09/99)

XIV - nomear, após aprovação pelo Senado Federal, os Ministros do Supremo Tribunal Federal e dos Tribunais Superiores, os Governadores de Territórios, o Procurador-Geral da República, o presidente e os diretores do banco central e outros servidores, quando determinado em lei;

XV - nomear, observado o disposto no art. 73, os Ministros do Tribunal de Contas da União;

XVI - nomear os magistrados, nos casos previstos nesta Constituição, e o Advogado-Geral da União;

XVII - nomear membros do Conselho da República, nos termos do art. 89, VII;

XVIII - convocar e presidir o Conselho da República e o Conselho de Defesa Nacional;

XIX - declarar guerra, no caso de agressão estrangeira, autorizado pelo Congresso Nacional ou referendado por ele, quando ocorrida no intervalo das sessões legislativas, e, nas mesmas condições, decretar, total ou parcialmente, a mobilização nacional;

XX - celebrar a paz, autorizado ou com o referendo do Congresso Nacional;

XXI - conferir condecorações e distinções honoríficas;

XXII - permitir, nos casos previstos em lei complementar, que forças estrangeiras transitem pelo território nacional ou nele permaneçam temporariamente;

XXIII - enviar ao Congresso Nacional o plano plurianual, o projeto de lei de diretrizes orçamentárias e as propostas de orçamento previstos nesta Constituição;

XXIV - prestar, anualmente, ao Congresso Nacional, dentro de sessenta dias após a abertura da sessão legislativa, as contas referentes ao exercício anterior;

XXV - prover e extinguir os cargos públicos federais, na forma da lei;

XXVI - editar medidas provisórias com força de lei, nos termos do art. 62;

XXVII - exercer outras atribuições previstas nesta Constituição.

XXVIII - propor ao Congresso Nacional a decretação do estado de calamidade pública de âmbito nacional previsto nos arts. 167-B, 167-C, 167-D, 167-E, 167-F e 167-G desta Constituição. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 109, de 2021)" (BRASIL, 1988)

Explicitadas as competências do Poder Executivo, aqui destacadas como as mesmas do Presidente da República por falta de especificação direta de suas competências na legislação brasileira, passa-se à análise das competências do Poder Judiciário Brasileiro.

## 5- PODER JUDICIÁRIO

O poder judiciário, por sua vez, é composto de nove órgãos, positivados nos incisos do artigo 92 da Constituição Federal, são eles: o Supremo Tribunal Federal, o Conselho Nacional de Justiça, o Superior Tribunal de Justiça, o Tribunal Superior do Trabalho, os Tribunais Regionais Federais e Juízes Federais, os Tribunais e Juízes do Trabalho, Eleitorais, Militares e dos Estados e do Distrito Federal e Territórios.

Pode ser depreendido então, a partir da mera exposição dos órgãos constituintes deste poder, que sua função típica é o exercício da jurisdição, da resolução de conflitos interpretação da legislação brasileira. Entretanto, há uma corrente minoritária que adota interpretação divergente sobre a função típica do poder judiciário, explicitada pelo doutrinador Bernardo Gonçalves Fernandes:

“Embora minoritário, para os teóricos do processo como um procedimento realizado em contraditório (de vertente Fazzalariana), adeptos da escola mineira de processo, a função jurisdicional visa, sobretudo, a solver conflitos visando a um provimento final dotado de legitimidade através da simétrica paridade entre os participantes do evento processual, desenvolvendo-se, com isso, um processo discursivamente alinhado ao Estado Democrático de Direito.” (FERNANDES, 2018, p.1241)

As competências atípicas, que necessitam da explicitação em apartado, de cada um destes órgãos estão explicitadas no artigo 96, que afirma ser competência dos Tribunais:

- a) eleger seus órgãos diretivos e 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;
- b) organizar suas secretarias e serviços auxiliares e os dos juízos que lhes forem vinculados, velando pelo exercício da atividade correicional respectiva;
- c) prover, na forma prevista nesta Constituição, os cargos de juiz de carreira da respectiva jurisdição;
- d) propor a criação de novas varas judiciárias;
- e) prover, por concurso público de provas, ou de provas e títulos, obedecido o disposto no art. 169, parágrafo único, os cargos necessários à administração da Justiça, exceto os de confiança assim definidos em lei;
- f) conceder licença, férias e outros afastamentos a seus membros e aos juízes e servidores que lhes forem imediatamente vinculados;”(BRASIL, 1988)

É incumbência do Supremo Tribunal Federal, dos Tribunais Superiores e dos Tribunais de Justiça a proposição ao Poder legislativo, com a observância da despesa com pessoal e não excedendo limites estabelecidos em lei complementar, conforme segue:

- a) a alteração do número de membros dos tribunais inferiores;
- b) a criação e a extinção de cargos e a remuneração dos seus serviços auxiliares e dos juízos que lhes forem vinculados, bem como a fixação do subsídio de seus membros e dos juízes, inclusive dos

tribunais inferiores, onde houver;(Redação dada pela Emenda Constitucional nº 41, 19.12.2003)

c) a criação ou extinção dos tribunais inferiores;

d) a alteração da organização e da divisão judiciárias;"(BRASIL, 1988)

Por fim, compete privativamente “aos Tribunais de Justiça julgar os juízes estaduais e do Distrito Federal e Territórios, bem como os membros do Ministério Público, nos crimes comuns e de responsabilidade, ressalvada a competência da Justiça Eleitoral.” (BRASIL, 1988).

Entendidas todas as competências de cada um dos poderes constituintes do Estado brasileiro, passa-se à discussão que têm sido o centro de dissertações não somente brasileiras como de outros países em virtude de sua importância e de ser uma forma de “ataque” aos preceitos fundamentais da constituição brasileira, ao serem desrespeitados os limites da atuação de cada um dos órgãos constituintes brasileiro, que se confundem com os limites constitucionais. Este problema institucional brasileiro não é recente, mas a discussão tem sido, cada vez mais, democratizada, permitindo um entendimento e debate mais amplos.

## 6- O ATIVISMO JUDICIAL COMO ATO ATENTATÓRIO À DEMOCRACIA BRASILEIRA

A expressão “ativismo judicial”, de acordo com alguns autores, surgiu nos Estados Unidos da América, relativamente à uma atuação e interferência exagerados da Suprema Corte em questões que não lhe eram afetas. Assim, tem-se:

“O ativismo judicial foi mencionado, pela primeira vez (cf. M. Pereira, em O Globo de 21.03.09, p. 4), em 1947, pelo jornalista americano Arthur Schlesinger, numa reportagem sobre a Suprema Corte dos Estados Unidos. Para ele há ativismo judicial quando o juiz se considera no dever de interpretar a Constituição no sentido de garantir direitos. Como se vê, o conceito de ativismo judicial que acima utilizamos não coincide exatamente com o que acaba de ser descrito. Se a Constituição prevê um determinado direito e ela é interpretada no sentido de que esse direito seja garantido, para nós, isso não é ativismo judicial, sim, judicialização do direito considerado. O ativismo judicial vai muito além disso: ocorre quando o juiz inventa uma norma, quando cria um direito não contemplado de modo explícito em qualquer lugar, quando inova o ordenamento jurídico.” (GOMES *apud* CAMARGO e MEYER-PFLUG, 2016, p. 168)

O ativismo judicial em terras norte-americanas, então, conforme o supracitado, apresenta diferenças ao ativismo praticado em solo brasileiro. Essa diferença, porém, pode ser explicada de uma maneira muito simples, visto serem diferentes, o sistema de governo e de prestação jurisdicional existente no Brasil e nos Estados Unidos da América.

Entende-se, então, por ativismo judicial, em solo brasileiro, quando os responsáveis pela aplicação da lei e resolução de conflitos, ou seja, membros do poder judiciário, atuam como legisladores, criando leis ou realizando uma interpretação que claramente difere e, principalmente, extrapola os limites da própria Constituição brasileira. Esta atuação do judiciário nesses moldes iniciou-se em virtude da demanda social na resolução de litígios de forma célere e justa, o que, muitas vezes, depende de uma atuação efetiva do poder legislativo, mas que acabaram sendo judicializadas.

É o que afirmam Camargo e Meyer-Pflug:

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

Assim, o Poder Judiciário, no cenário contemporâneo, tornou-se de grande importância. O caráter criativo faz parte de um mínimo de discricionariedade na atividade judicial, essencial na garantia dos direitos fundamentais. A jurisdição é um poder-dever do Estado brasileiro e é exercido pelo Poder Judiciário por meio de seus tribunais, como estabelecido na Constituição Federal de 1988” (CAMARGO e MEYER-PFLUG, 2016, p. 170)

Fato é que, cada vez mais, há uma interferência do Poder Judiciário em questões que não são de sua competência, sendo a prática exata do Ativismo Judicial. A consequência deste ativismo, que é o cerne deste artigo, é a (con) fusão de competências entre os três poderes brasileiros e a criação de precedentes de interferência sempre que um dos poderes não concordar com o posicionamento ou a atitude do outro.

Tal realidade é percebida e rechaçada, inclusive, pelas Câmaras magistrais que, por vezes, recusam-se a ultrapassar os limites a eles impostos pela legislação constitucional brasileira. Desta feita, proferem julgamentos seguindo os preceitos constitucionais, evitando atitudes judiciais em desacordo

com as competências. Os excelentíssimos Ministros do Supremo Tribunal Federal, por vezes, seguem este raciocínio, evitando situações ativistas.

Como exemplo, no julgamento do ARE 1124931, de relatoria do Ministro Edson Fachin, em que se discutia a possibilidade de construção sem a realização de Estudo Prévio do Impacto de Vizinhança. Neste julgamento, foi afirmado que a obtenção de licenças “integra a discricionariedade da municipalidade, através da edição de lei (...) e, assim, não cabe ao Poder Judiciário adentrar em esfera de competência alheia, pena de ofensa ao princípio da separação dos poderes”.

Decidiu-se respeitando o princípio da separação de poderes no caso que segue ementado:

“EMENTA. CONSTITUCIONAL. CLÁUSULA DE CONTRATO DE CONCESSÃO DE SERVIÇO PÚBLICO QUE AUTORIZA A INCIDÊNCIA DE REAJUSTE DE TARIFA TELEFÔNICA EM PERCENTUAL SUPERIOR AO DO ÍNDICE INFLACIONÁRIO ESTIPULADO. ANULAÇÃO PELO PODER JUDICIÁRIO. IMPOSSIBILIDADE. OFENSA AO PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DE PODERES. RECURSO EXTRAORDINÁRIO PROVIDO. 1. No caso concreto, os reajustes foram homologados pela média ponderada dos valores dos itens tarifários que compõem a cesta de serviços telefônicos, metodologia que estava prevista na cláusula 11.1 do contrato de concessão, e em consonância com o disposto no art. 103, § 1º, da supracitada Lei 9.472/1997, onde se lê: Art. 103. Compete à Agência estabelecer a estrutura tarifária para cada modalidade de serviço. § 1º A fixação, o reajuste e a revisão das tarifas poderão basear-se em valor que corresponda à média ponderada dos valores dos itens tarifários. 2. Os itens sofrem reajustes diferentes, uns maiores e outros menores, de tal forma que, no total, o reajuste da cesta não ultrapassou o limite do IGP-DI. Disso decorre que o reajustamento praticado nas tarifas telefônicas se deu nos exatos termos da previsão contratual. 3. Não há qualquer vício na forma de reajuste dos preços da tarifas telefônicas efetuada no caso concreto, homologada pela ANATEL por meio dos Atos 9.444 e 9.445, amparados nas cláusulas do contrato de concessão e nos atos normativos da agência reguladora, expedidos no exercício de sua competência de matiz eminentemente técnica. . 4. Esta CORTE já proclamou a autonomia das agências reguladoras na definição das regras disciplinadoras do setor regulado, observados os limites da lei

de regência, ante a complexidade técnica dos temas envolvidos que exigem conhecimento especializado e qualificado acerca da matéria objeto da regulação (ADI 2095, Rel. Min. CÁRMEN LÚCIA, Tribunal Pleno, DJe de 26//11/2019). 5. Nesse cenário, a anulação da cláusula contratual pelo Poder Judiciário, a pretexto de ofensa ao princípio da razoabilidade, configura indevida intromissão nas competências dos Poderes Executivo e Legislativo. 6. Recurso Extraordinário a que se dá provimento. Tema 991, fixada a seguinte tese de repercussão geral: *“Afronta o princípio da separação dos poderes a anulação judicial de cláusula de contrato de concessão firmado por Agência Reguladora e prestadora de serviço de telefonia que, em observância aos marcos regulatórios estabelecidos pelo Legislador, autoriza a incidência de reajuste de alguns itens tarifários em percentual superior ao do índice inflacionário fixado, quando este não é superado pela média ponderada de todos os itens”.*”

(RE 1059819, Relator(a): MARCO AURÉLIO, Relator(a) p/ Acórdão: ALEXANDRE DE MORAES, Tribunal Pleno, julgado em 21/02/2022, PROCESSO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-084 DIVULG 02-05-2022 PUBLIC 03-05-2022)

Por vezes, porém, o Supremo Tribunal Federal adota posicionamento contrário, garantindo a efetivação de alguns direitos por meio da prática do ativismo judicial e extrapolando os limites constitucionais afirmando a necessidade de amparo social, conforme segue:

“PROCESSUAL CIVIL. RECURSO EXTRAORDINÁRIO NO AGRAVO INTERNO NO CONFLITO DE COMPETÊNCIA INSTAURADO ENTRE JUÍZOS ESTADUAL E FEDERAL. DIREITO À SAÚDE. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS. DEVOLUÇÃO DOS AUTOS PARA EXAME DO JUÍZO DE RETRATAÇÃO DO ART. 1.040, II, DO CPC, ANTE O DECIDIDO PELO STF NO RE 855.178 - ED/SE (TEMA 793/STF). RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA DOS ENTES FEDERADOS. INTERESSE JURÍDICO DA UNIÃO AFASTADO PELA JUSTIÇA FEDERAL. INCIDÊNCIA DAS SÚMULAS 150 E 254/STJ. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA ESTADUAL. MANUTENÇÃO DO JULGADO EM JUÍZO DE RETRATAÇÃO (ART. 1.040, II, DO CPC).

1. Na hipótese dos autos, sustenta a parte recorrente que o Recurso Extraordinário tem repercussão geral e merece ser alçado ao

Supremo Tribunal Federal, pois todos os pressupostos exigidos para sua admissão encontram-se preenchidos.

2. Aduz que houve violação direta à Constituição Federal, consubstanciada na ofensa aos seus arts. 109, inciso I, 196 e 197.

Argumenta que, não obstante seja pacífico o entendimento acerca da solidariedade entre os entes públicos das três esferas de poder, no que se refere à gestão do Sistema Único de Saúde, há necessidade da presença da União na ação de origem, uma vez que a pretensão envolve medicamento que não integra a Relação Nacional de Medicamentos Essenciais - Rename, o que atrai a competência da Justiça Federal para julgamento da lide.

3. Com efeito, ao julgar o RE n. 855.178 ED/SE (Tema 793/STF), o Supremo Tribunal Federal foi bastante claro ao estabelecer na ementa do acórdão: "É da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal que o tratamento médico adequado aos necessitados se insere no rol dos deveres do Estado, porquanto responsabilidade solidária dos entes federados. O polo passivo pode ser composto por qualquer um deles, isoladamente, ou conjuntamente".

4. In casu, é fundamental esclarecer que, no julgamento do RE 855.178/SE (Tema 793), não foram acolhidas pelo Pleno do STF todas as premissas e conclusões do voto condutor do Ministro Edson Fachin.

5. Ainda que tenha sido apresentada proposta pelo Ministro Edson Fachin que, na prática, poderia implicar litisconsórcio passivo da União, tal premissa/conclusão - repita-se - não integrou o julgamento que a Corte Suprema realizou no Tema 793.

6. O STJ já se manifestou reiteradas vezes sobre a questão iuris, estando pacificado o entendimento no sentido de que a ressalva contida na tese firmada no julgamento do Tema 793 pelo Supremo Tribunal Federal - quando estabelece a necessidade de identificar o ente responsável com base nos critérios constitucionais de descentralização e hierarquização do SUS - relaciona-se ao cumprimento de sentença e às regras de ressarcimento aplicáveis ao ente público que suportou o ônus financeiro decorrente do provimento jurisdicional que assegurou o direito à saúde. Entender de maneira diversa é afastar o caráter solidário da obrigação, o qual foi ratificado no precedente qualificado exarado pelo STF.

7. O acórdão recorrido funda-se na interpretação do art. 109, I, da CF e na aplicação das Súmulas 150/STJ ("Compete à Justiça Federal decidir sobre a existência de interesse jurídico que justifique a

presença, no processo, da União, suas autarquias ou empresas públicas") e 254/STJ ("A decisão do Juízo Federal que exclui da relação processual ente federal não pode ser reexaminada no Juízo Estadual").

8. Ademais, a jurisprudência da Primeira Seção é de que não é adequado alterar o polo ativo ou passivo da demanda, em Conflito de Competência no STJ, nem julgar o mérito da ação principal em que se origina tal Conflito.

9. Juízo de retratação rejeitado."

(RE nos EDcl no AgInt no CC n. 178.252/SC, relator Ministro Herman Benjamin, Primeira Seção, julgado em 14/12/2022, DJe de 19/12/2022.)

No caso supracitado, foi determinada a concessão de medicamento mesmo que discutida a ocorrência de violação à Constituição que define as competências de casa ente federativo. Assim, ao sopesarem os princípios da separação dos poderes e da saúde e dignidade humana, o primeiro restou vencido, sendo determinada uma atitude que fere a tripartição.

Acompanhando este posicionamento do Tribunal de Justiça de Minas Gerais, o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo vêm decidindo de maneira a garantir direitos básicos sociais visto que, ao considerarem os princípios da educação de crianças de 0 a 05 anos e da tripartição de poderes, optaram pelo primeiro, conforme segue nesta decisão:

Ementa: SUSPENSÃO DE LIMINAR. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. VAGA EM CRECHE. PROXIMIDADE DA ESCOLA À RESIDÊNCIA OU AO LOCAL DE TRABALHO. OBRIGAÇÃO ALTERNATIVA. FORNECIMENTO DE TRANSPORTE ESCOLAR. AUSÊNCIA DE RISCO DE LESÃO À ORDEM E À ECONOMIA PÚBLICAS. AGRAVO A QUE SE NEGA PROVIMENTO. I - Decisão em ação civil pública que determinou ao município a disponibilização de vagas a crianças de 0 a 5 anos em creche da rede pública ou particular próxima à residência ou ao local de trabalho dos responsáveis legais. II - Determinação alternativa para fornecimento de transporte público caso não seja possível matricular o menor em creche próxima ao local de trabalho ou à residência dos responsáveis legais. III - Não constatado o risco de lesão à ordem e à economia públicas, deve ser

mantido o indeferimento da suspensão da liminar. IV - Agravo regimental a que se nega provimento.

(SL 770 AgR, Relator(a): RICARDO LEWANDOWSKI (Presidente), Tribunal Pleno, julgado em 05/03/2015, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-056 DIVULG 20-03-2015 PUBLIC 23-03-2015)

Ademais, no julgado supracitado, além da interferência na questão orçamentária para a educação, foi promovida a interferência em questão relativa a transporte público.

Estas interferências, porém, na realidade, mesmo que justificadas pelos magistrados e ministros como maneiras de salvaguarda de direitos fundamentais, são atentados contra princípios constitucionais que muito arduamente foram construídos e abraçados pela sociedade brasileira, quando da promulgação da Constituição de 1988. Sendo, então, preceitos fundamentais e pétreos da Constituição, urge que os demais poderes, em sua função intrínseca, promovam o controle e a limitação da atuação do Poder Judiciário, visto que este está a extrapolar os limites de sua função constitucional.

## 7- CONCLUSÃO

A Constituição de 1988 trouxe consigo uma série de preceitos e institutos que considera como fundamentais – e pétreos – para o bom funcionamento do Estado Democrático de Direito Republicano que é o Brasil. A tripartição de poderes, juntamente com a Teoria de Freios e Contrapesos de Montesquieu busca garantir que o Estado funcione da melhor forma possível, sem ingerências e arbitrariedades.

Para que fiquem claras as competências de cada um dos três poderes brasileiros, foi positivada na própria Constituição as funções típicas e atípicas dos poderes Legislativo, Executivo e Judiciário. Essa positivação é extremamente necessária visto que delimita, até mesmo, as funções que não seriam originalmente daquele poder, mas que foram para ele designados.

Quando porém, um dos Poderes extrapola sua função – típica ou atípica – têm-se o ativismo. Aqui dissertando sobre o ativismo judicial, mais especificamente, entende-se que esta atitude do poder judiciário, de legislar ao invés de somente interpretar a legislação posta, pode se consubstanciar em um

ato atentatório a preceitos fundamentais e pétreos postos na Constituição, de maneira que devem, os outros Poderes, exercendo da função intrínseca de controle dos demais, coibir tal atitude.

Por óbvio, entende-se a necessidade que os magistrados têm ao decidirem de maneira ativista, visto encontrarem, nos casos em que decidem a possibilidade de resolução de conflitos sociais. Entretanto, não se pode olvidar que a reiteração desta extrapolação dos limites impostos pela Constituição ocasiona em uma crise institucional por estarem sendo feridos preceitos pétreos estabelecidos na Constituição Brasileira.

É perceptível, assim, que a problemática do ativismo judicial, ultrapassa o simples extrapolamento dos limites Constitucionais: é a demonstração de uma insuficiência de recursos públicos nos mais variados setores sociais. Não obstante, o ativismo deve ser combatido e os limites Constitucionais reiterados a fim de garantias da maior legislação representativa do Estado Democrático de Direito.

## 8- REFERÊNCIAS

1. Agra, Walber de Moura. Curso de Direito Constitucional / Walber de Moura. Agra.– 9. ed. Belo Horizonte : Fórum, 2018.
2. ARISTÓTELES. Política. Vega Universidade/Ciências Sociais e Políticas, 1998. Tradução: António Campelo Amaral e Carlos Gomes; Direção de Coleção João Bettencourt da Câmara; Prefácio e revisão científica R. M. Rosado Fernandes; Introdução Mendo Castro Henriques; Índices Manuel Silvestre.
3. BAHIA, Flavia. Descomplicando Direito Constitucional/3ª Edição. Coordenação: Sabrina Dourado. Recife, PE: Armador, 2017.
4. CÂMARA DOS DEPUTADOS. Papel e História da Câmara, 2022. NÚMERO DE DEPUTADOS POR ESTADO. Disponível em: < <https://www2.camara.leg.br/a-camara/conheca/numero-de-deputados-por-estado> > Acesso em 12 out. 22.
5. CAMARGO, M. L. S.; MEYER-PFLUG, S. R. O ativismo judicial e a tripartição de poderes. E-CIVITAS, 2016, Volume IX, número 02.
6. CAPPELLETTI, Mauro. Juízes legisladores? Trad. Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1999.
7. BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988
8. FERNANDES, Bernardo Gonçalves. Curso de Direito Constitucional / Bernardo Gonçalves Fernandes – 10. ed. – Salvador: JusPODIVM, 2018.
9. LOCKE, J. O Segundo Tratado sobre o Governo Civil. Trad. Magda Lopes e Marisa Lobo da Costa. Editora Vozes: Petrópolis, 1994.

10. MACHIAVELLI, Niccolò, 1496-1527. O príncipe / Maquiavel; com notas de Napoleão Bonaparte e Cristina da Suécia; tradução de Mário e Celestino da Silva – 1. reimpr. – Brasília: Senado Federal, Conselho Editorial, 2019. 160 p. – (Edições do Senado Federal; v. 248)
  
11. MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de, 1689-1755. O espírito das leis / Montesquieu ; apresentação Renato Janine Ribeiro ; tradução Cristina Murachco. – São Paulo : Martins Fontes, 1996. – (Paidéia).
  
12. RAMOS, Elival da Silva. Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos. São Paulo: Saraiva, 2010
  
13. SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo. São Paulo. Editora Malheiros, 25ª Edição, 2005.