

O ATIVISMO JUDICIAL E A EVENTUAL AFRONTA À SEPARAÇÃO DOS PODERES.

CORRÊA, Igor Antônio Sobrinho

Acadêmico do curso de Graduação em Direito da Faculdade de Ciências Sociais e Agrárias de Itapeva FAIT

MACHADO, Marcio Calçada Fernandes

Mestre em Direito e docente da Faculdade de Ciências Sociais e Agrárias de Itapeva

RESUMO

O Poder Judiciário, muitas vezes, toma decisões que tem sua legitimidade contestada, ao passo que trazem nova interpretação a determinada norma, e muitas vezes, tal interpretação, vai em sentido contrário ao que está expressamente escrito no texto legal. Há também, críticas no sentido de não ter o Poder Judiciário, competência para tal, visto que tal poder não foi legitimamente eleito pelo povo, portanto não traduz as necessidades e anseios trazidos por estes, os quais apenas seus legítimos representantes poderiam prever por meio de lei. Diante disso, o presente trabalho, visa analisar e expor possíveis hipóteses de surgimento do ativismo judicial, seu conceito, trazer pontos favoráveis e contrários sobre decisões ativistas, explanando diversos argumentos favoráveis de diferentes autores, indo de encontro, igualmente, expor as críticas com relação a tal instituto trazendo argumentos doutrinários nesses sentido e abordar o perigo de decisões, que, com base em princípios extremamente subjetivos, dão interpretações diversas do que está escrito, para normas que muitas vezes não abrem margem para tal.

Palavras-chaves: Judiciário, Legitimidade, Competência, Democracia.

ABSTRACT

The Judiciary often makes decisions that have their legitimacy challenged, while bringing a new interpretation to a particular norm, and often such an interpretation goes against what is expressly written in the legal text. There is also criticism that the Judiciary does not have the competence to do so, since such power was not legitimately elected by the people, so it does not reflect the needs and aspirations brought by them, which only their legitimate representatives could foresee through law. Given this, the present work aims to analyze exposing possible hypotheses of the emergence of judicial activism, its concept, to bring favorable and contrary points about activist decisions, explaining several favorable arguments of different authors, while also meeting the criticism regarding such an institute bringing doctrinal arguments in this sense and addressing the danger of decisions, which, based on extremely subjective principles, give different interpretations of what is written, to norms that often make no room for it.

Keywords: Judiciary, Legitimacy, Jurisdiction, Democracy.

1. INTRODUÇÃO

O presente trabalho, inicialmente expôs breve explicação sobre o poder político no âmbito estatal e como a separação dos poderes decorre de tal poder.

Ainda nesse sentido, buscou conceituar e explicar o princípio norteador das democracias numa perspectiva geral, o da separação dos poderes, buscando sempre ligá-lo com a democracia em si, e demonstrar como se chegou a tal princípio, toda evolução histórica, e que tal divisão do poder estatal não nasceu da invenção de um homem, mas sim, foi um resultado alcançado após anos de evolução.

Passado esse panorama geral sobre o princípio supracitado, passou a citar opiniões de diferentes doutrinadores sobre possíveis hipóteses do surgimento do Ativismo Judicial, onde se concluiu que se deu nos Estados Unidos da América, em meados de 1950.

Além disso, buscou a presente pesquisa, trazer diferentes conceituações do instituto objeto do trabalho, detalhando de qual forma este se dá, no que consiste e qual é seu objetivo, de quais maneiras o referido se materializa no ordenamento jurídico e nas decisões judiciais proferidas.

Buscou explicar em síntese, o surgimento do ativismo judicial no Brasil, onde se concluiu como fatores ensejadores de tal aparecimento, a promulgação da Constituição Federal de 1988, a judicialização de determinados assuntos relevantes que antes ficavam a depender do crivo legislativo, o aumento de poderes do Ministério Público e Defensoria Pública e a busca pela efetivação concreta de direitos e garantias sociais, e ainda nesse contexto trouxe alguns exemplos de decisões ativistas recentes e polêmicas tomadas pelo Poder judiciário Brasileiro referente a determinados assuntos de caráter relevante.

Passadas essas considerações iniciais, trouxe uma exposição de argumentos favoráveis ao instituto trabalhado, quais o pontos trazidos por tais argumentos e no

que se mostra interessante e favorável ao convívio social e a efetivação de direitos advindos dessa natureza, ao mesmo tempo expondo em que sentido o poder legislativo contribui para que tais condutas sejam cada vez mais comuns de serem vistas.

Em contrassenso as posições favoráveis, trouxe críticas ao instituto em comento, explanando todo o risco a democracia, a violação ao princípio da Separação dos Poderes e a falta de legitimidade democrática para que os tribunais tomem decisões contrárias a atos constituídos de forma legal.

Por fim, expõe conclusão trazendo a opinião pessoal do autor, algumas informações importantes ao se interpretar e entender o instituto, e um panorama geral dos prós e dos contras que causa a utilização de tal instituto pelo poder judiciário.

A pesquisa foi realizada por meio de análise de livros e artigos científicos, trazendo opiniões de diversos doutrinadores, a fim de expor em quais momentos o ativismo judicial oferece risco ao princípio da separação dos poderes e da democracia, e de outro lado a justificativa de quem defende tal instituto.

2. O ATIVISMO JUDICIAL E A EVENTUAL AFRONTA À SEPARAÇÃO DOS PODERES

2.1. Princípio da Separação dos Poderes e a Democracia.

O princípio da separação dos poderes, está inteiramente ligado com o regime de democrático de governo, ao passo que, para que haja uma democracia, se vê necessário que não haja poder absoluto de modo a evitar abusividades e arbitrariedades, diante disso, é necessária uma comparação mais detalhada entre tais institutos.

O poder político, mais especificamente no âmbito estatal, é o genuíno pronunciamento da soberania do estado, é uma escolha praticada pelo povo, advinda de uma autoridade própria, a qual institui órgãos responsáveis por exercer a

autoridade sobre um determinado território, impondo suas próprias normas jurídicas, podendo dispor dos próprios meios de coação (RIBEIRO, 2014).

A chamada “separação dos poderes”, nada mais é que uma repartição funcional do poder, que ainda atualmente, é o coração da organização governamental nos estados que aderem a democracia. Tal divisão, não foi invenção de um único homem, mas sim, é o resultado empírico e uma evolução histórica, que forçou uma repartição na época do Bill of Rights na Inglaterra, a divisão de poder entre o monarca, o parlamento e independência dos juízes (FILHO, 2001).

Ainda nesse sentido, com relação a limitação do poder estatal, advindo do princípio da separação dos poderes, ligando-o com o sistema político democrático pelo qual vivemos, explica Gabriela Mattos Misquita Oliveira (2018, p. 89).

“O princípio da separação dos poderes é uma limitação do poder estatal mediante a desconcentração, divisão e racionalização das suas respectivas funções. Cuida-se de uma distribuição e/ou divisão entre as funções típicas do poder estatal, visto que o poder do Estado como tal é uno e indivisível, assim como é una e indivisível a soberania.

Há uma divisão horizontal de poderes (de desconcentração e recíproca limitação funcional entre órgãos estatais) entre os poderes (funções) legislativo, executivo e judiciário, cuja horizontalidade decorre da circunstância de inexistir qualquer hierarquia entre os respectivos órgãos e funções do poder estatal, todos operando na esfera de suas competências constitucionalmente estabelecidas.

Assim, tendo em mente o que é o princípio da separação dos poderes, podemos afirmar que este possui ligação com o princípio democrático, com a forma republicana de governo”.

Desse modo, conclui-se que o princípio da separação dos poderes, é essencial para que se tenha uma democracia saudável, de modo que se evite abusividades e autoritarismo por parte de um ente específico. Sobre o sistema político democrático, vale citar a definição doutrinador Pinto Ferreira (2001, p. 78) em sua obra “Curso de Direito Constitucional”:

“A respeito da definição da democracia há várias correntes doutrinárias, sendo a primeira a concepção clássica, em consonância com a qual a democracia é sobretudo o governo do povo, segundo a própria acepção etimológica (de demos, povo, e arché, governo). Essa concepção é assimilada pelos revolucionários franceses, adotada por publicistas de renome, e entre eles, para efeito de erudição, poder-se-iam mencionar Barthélemy e Duez, no Tratado elementar de direito constitucional, Esmein, nos Elementos de direito constitucional francês e comparado, e Munro, em O governo dos Estados Unidos (the government of the United States, new York, 1946), salientando que a democracia é, essencialmente, antes de tudo, o governo do povo, e quem afirma governo do povo preconiza governo da maioria, o governo das maiorias constitucionais”.

Portanto, conclui-se que o princípio da separação dos poderes, é fundamental para que se consiga atingir a essência e o objetivo de um estado democrático de direito.

2.2. Surgimento do Ativismo Judicial.

Surgimento do Ativismo Judicial, no artigo 1228 segundo explica o jurista e Ministro do Supremo tribunal federal Luís Roberto Barroso (2012, p.07), se deu nos Estados Unidos da América em 1857, quando do julgamento de um caso entre Dred Scott vs. Sanford, vez que a Suprema Corte deste país, realizou uma interpretação conservadora da carta magna americana, a fim de dar um amparo ao regime de segregação racial e barrar eventuais leis de âmbito social. Ademais, ainda nessa linha de raciocínio, segundo Barroso, essa posição começou a se inverter na metade do século XX, quando a Suprema Corte Americana, começou a proferir decisões de cunho progressistas com escopo de garantir direitos fundamentais.

Segundo o raciocínio de Luiz Flavio Gomes, o surgimento do Ativismo judicial se deu em janeiro de 1947, por meio de uma reportagem do historiador norte-americano Arthur Schlesinger (GOMES, 2009, p.A2 *apud* GRANJA, 2014).

Sobre esse surgimento destaca que:

"O ativismo judicial foi mencionado pela primeira vez em 1947, pelo jornalista norte-americano Arthur Schlesinger, numa interessante reportagem sobre a Suprema Corte dos Estados Unidos. Para o jornalista, caracteriza-se ativismo judicial quando o juiz se considera no dever de interpretar a Constituição no sentido de garantir direitos que ela já prevê, como, por exemplo, direitos sociais ou econômicos".

Na citada reportagem, Schlenger, detalhou o perfil dos magistrados da Suprema Corte americana, concluindo que Murphy, Black, Douglas e Rutlege, eram ativistas judiciais. Tal classificação, ocorreu tendo em vista a postura ativa desempenhada por estes juízes, na busca pela efetivação do bem-estar social (VALLE, 2009).

Fazendo um apanhado histórico com relação ao Ativismo Judicial, o Professor Luís Roberto Barroso (BARROSO 2010; p. 09), expressa a seguinte definição:

"Ativismo judicial é uma expressão cunhada nos Estados Unidos e que foi empregada, sobretudo, como rótulo para qualificar a atuação da Suprema Corte durante os anos em que foi presidida por Earl Warren, entre 1954 e 1969. Ao longo desse período, ocorreu uma revolução profunda e silenciosa em relação a inúmeras práticas políticas nos Estados Unidos, conduzida por uma jurisprudência progressista em matéria de direitos fundamentais (...)Todavia, depurada dessa crítica ideológica – até porque pode ser progressista ou conservadora – a ideia de ativismo judicial está associada a uma participação mais ampla e intensa do Judiciário na concretização dos valores e fins constitucionais, com maior interferência no espaço de atuação dos outros dois Poderes".

Conforme se observa, analisando o relatos dos autores acima citados, conclui-se que o fato específico que ensejou o surgimento do ativismo judicial, é objeto de contradição, porém com relação ao país em que tal prática dos juízes surgiu, os autores são unânimes em afirmar que fora nos Estados Unidos da América, tendo tal país, exército influência singular no surgimentos do referido instituto (RORIGUES, 2016).

Dessa forma, observa-se o surgimento do ativismo judicial, se deu no Estados Unidos, em meados de 1950, num momento em que a Suprema Corte Americana, passou a tomar decisões de cunho mais progressista.

2.3. Conceito de Ativismo Judicial.

Importante trazer conceituação do Ativismo Judicial, sob a ótica de vários autores distintos, a fim de entender melhor qual a essência do instituto, e no que ele se delimita, conforme exposto a seguir.

O critério Conforme Cícero Alexandre Granja, compreende-se por “Ativismo Judicial”, o papel criativo dos tribunais ao trazerem uma contribuição nova para o direito, decidindo sobre a singularidade do caso concreto, formando o precedente jurisprudencial, antecipando-se, muitas vezes, à formulação da lei (GRANJA, 2014).

Posto isso, permite-se concluir, que o termo ativismo no âmbito da ciência do Direito é colocado para designar que o Judiciário se encontra agindo além dos poderes que lhe são conferidos pelo ordenamento jurídico (GRANJA, 2014).

Ainda seguindo essa linha de raciocínio Barroso, conclui que “o ativismo judicial é um protagonismo do judiciário na concretização dos ditames constitucionais, assumindo uma participação maior nas decisões da sociedade em relação aos outros poderes do Estado” (BARROSO, 2012, P.6 *apud* FEIO, 2018, p. 14).

Do mesmo modo, Sarmiento, afirma que “o ativismo judicial se caracteriza pela transferência progressiva das decisões relevantes da sociedade para o Poder Judiciário, que passou a ser a principal fonte de decisões políticas” (SARMENTO, 2009, p. 3 *apud* FEIO, 2018, p. 14).

Assim, conclui-se que o Ativismo Judicial, consiste numa conduta proativa do poder judiciário, onde afasta-se de certa forma de sua conduta inicialmente inerte e vinculada ao que está efetivamente positivado.

2.4. O Ativismo Judicial no Brasil:

Com a criação da carta magna de 1988, houve o aparecimento do fenômeno do Ativismo Judicial, igualmente, discussões e debates envolvendo pessoas do mundo do Direito e diversos cientistas políticos.

No Brasil, observa-se algumas circunstâncias as quais foram fundamentais para promover a judicialização, e conseqüente crescimento do instituto do ativismo judicial. Inicialmente, temos a redemocratização que viveu o país quando da elaboração da atual carta magna, onde foram restauradas as garantias dos membros da magistratura, deste modo, o judiciário recuperou sua independência, houve ainda, o aumento de competência ao Ministério Público, igualmente da Defensoria Pública, tudo isso reflexo da busca por garantias e direitos sociais, que tal constituição buscou trazer (BARROSO,2008, p. 03 *apud* JAKOBSON, 2017).

Em segundo plano, verifica-se de suma importância a constitucionalização de temas relevantes, os quais era verdadeiras diretrizes sociais, que antes ficavam ao crivo do processo político normal para serem regulamentados muitas vezes por atos do executivo ou mesmo por leis ordinárias (BARROSO,2008, P. 03 *apud* JAKOBSON, 2017).

Em terceiro lugar, como circunstancia fundamental que igualmente promoveu a judicialização no Brasil, foi a implantação do atual sistema de controle de constitucionalidade adotado pela carta maior, o qual combinou com o sistema Europeu e Americano, destarte, abalizado um dos mais extensivos do mundo, sendo possível debater a constitucionalidade da norma pela via difusa, igualmente pela via do controle concentrado (BARROSO,2008, P. 03 *apud* JAKOBSON, 2017).

Atualmente no Brasil, o Poder Judiciário tem tomado em algumas situações, posições de essência ativista (GRANJA, 2014).

Diante disso, segue abaixo alguns exemplos de assuntos em que o STF tomou posições ativistas, como as pesquisas com células tronco em 2008, união homoafetiva em 2011, a questão dos fetos anencefálicos, e mais recentemente a criminalização da homofobia. Nesses casos, houve a aplicação direta da

Constituição a situações que não se encontram expressas diretamente no texto constitucional ou legal. Cabe citar ainda, com relação à fidelidade partidária, quando independente de posição ativa do legislador, o Supremo tribunal Federal, utilizando como pretexto o princípio democrático, entendeu que a vaga no Congresso pertence ao partido político. Destarte, criou uma nova forma de perda do mandato parlamentar (GRANJA, 2014).

Verificamos mais um exemplo, quanto a vedação a prática do nepotismo aos Poderes Executivo e Legislativo, isso, através de Sumula Vinculante, depois de terem julgado um único caso (GRANJA, 2014).

Desta forma, verifica-se que a atual Carta Magna tem suma importância no que tange ao surgimento do ativismo judicial no Brasil, porquanto trouxe diversos princípios sociais, muitas vezes genéricos, o que possibilita que o judiciário dê interpretação extensiva ao que está efetivamente positivado.

2.5. Posições Favoráveis ao Ativismo Judicial:

Argumento favorável à aplicação do ativismo judicial, é o de que muitas vezes o judiciário é levado a proferir decisões cujo assunto seja de grande repercussão social, as quais, teoricamente deveriam ser decididas pelo poder legislativo por meio de normas abstratas, ou em algumas vezes pelo próprio poder executivo, o qual deve aplicar de ofício a lei, a fim de efetivar direitos (BARROSO, 2008, p.03 *apud* JAKOBSON, 2017).

Ainda nessa linha de raciocínio, expõe-se que existem dois fatores importantes que dão causa a judicialização no mundo. Em primeiro lugar o prestígio que o poder judiciário vem tendo, especialmente nas democracias mais modernas. Em segundo lugar, tem-se à crise de representatividade que o poder legislativo num contexto geral vem enfrentando junto a sociedade. Desse modo, quando se deparam com questões de cunho polêmico, os representantes do povo, integrantes

do poder legislativo, preferem levar tais causas ao judiciário (BARROSO, 2010, p. 05 *apud* JAKOBSON, 2017).

Há que se relatar igualmente, quanto a posições favoráveis, de que seria uma ideia utópica na atual sociedade, pensar na ideia de que apenas os poderes que passem pelo crivo popular, ou seja, apenas os poderes eleitos, representem os anseios de seus governados (CAPPELLETTI, 1999, p. 94-98 *apud* FEIO, 2018, p. 59). Os poderes legislativo e executivo, não lograriam êxito em representar toda a população, da forma que se entende como ideal, e, desde sempre se viu um déficit de legitimidade que foi omitido, por não haver outro meio que realmente funcionasse de maneira melhor. Nessa seara, o judiciário, possui igual nível de representatividade dos demais poderes da república, entretanto, não sucede pelas iguais questões das classes favorecidas a fim de implementar os próprios interesses econômicos. Assim, o poder judiciário, possui condições mais favoráveis para amparar os direitos de todos os governados em detrimento dos poderes políticos (CAPPELLETTI, 1999, p. 94-98 *apud* FEIO, 2018, p. 59).

Ainda nesse sentido, se tratando de argumentos que defendam que o Poder Judiciário não é desprovido da referida representatividade, é a de que na grande parte dos ordenamentos jurídicos, uma parcela de seus integrantes são indicados por líderes políticos, destarte, estariam banhados de certa legitimidade, visto haver esse vínculo com os representantes legitimados democraticamente (CAPPELLETTI, 1999, p.94-98 *apud* FEIO, 2018, p. 59).

Por fim, como alegação favorável, podemos citar a questão do acesso que a sociedade tem aos meios de decisão, ao passo que atualmente, se acessa o judiciário com mais facilidade, deste modo, nasce à população, uma oportunidade maior de influenciar nas decisões tomadas em âmbito judicial, do que nas decisões de cunho político. As classes com maior poderio econômico gozam de acesso amplo as figuras políticas, o que conseqüentemente não acontece com a população de uma maneira geral, ficando este grupo, excluído de tal processo, o que não ocorre quando falamos em processo judicial, dado que estes grupos, tem a oportunidade de

participar ativamente na tomada de decisões sociais (CAPPELLETTI, 1999, p. 99 *apud* FEIO, 2018, p. 59).

Ante o exposto, fica clara a existência de diversos argumentos de cunho favorável à prática do ativismo judicial, porém se verifica como argumento mais citado, a questão da efetivação de direitos sociais, os quais o processo legislativo não dá conta de suprir em tempo hábil a fim de atender as necessidades da população.

2.6. Críticas ao Ativismo Judicial

Por fim, valido expor as diversas críticas que banham o ativismo judicial, demonstrar quais seus possíveis riscos, e em que ponto fere a democracia e o princípio da separação dos poderes.

Num contexto geral, cabe mencionar que as críticas com relação ao ativismo judicial, abordam o enfraquecimento dos direitos fundamentais, do aumento de poder que o judiciário tem quando utiliza tal instituto, da insubordinação quanto a separação de poderes e do dano a democracia (FEIO, 2018, p. 46).

Seguindo esse raciocínio, expressa Thiago Alves Feio (2018, p. 46):

“Não é suficiente para o direito que a decisão seja justa, devendo também ser previsível quando já houver decisão em casos idênticos ou semelhantes, para que o indivíduo tenha certa segurança de seus direitos. No entanto, o caráter aberto dos princípios possibilitou o julgador, nos casos que envolvem aplicação dos direitos fundamentais, em decidir a favor de qualquer das partes, ou mesmo proferir uma decisão não prevista por nenhuma das partes, tendo em vista o leque de possibilidades interpretativas. A grande questão da ponderação é que o interprete/julgador é que escolhe os princípios colidentes e os compara”.

As críticas mais comuns com relação ao Ativismo Judicial, restam configuradas nos argumentos de que os Tribunais e juízes numa perspectiva geral,

inclusive os Tribunais Constitucionais, não detinham legitimidade democrática, para que em suas decisões, pudessem se rebelar contra atos que foram instituídos legalmente pelos poderes os quais foram escolhidos pelo povo. Nasce então, o chamado contramajoritarismo, o qual, é a atuação do judiciário, como legislador negativo, ao passo que este invalida atos e leis, emanados pelos poderes executivo e legislativo, democraticamente escolhidos, ora como legislador positivo, quando na interpretação de normas e princípios, lhe atribuindo juízo de valor conforme seu conhecimento e senso de justiça. Há argumentação também, que o poder judiciário muitas vezes se intromete nos demais poderes, ferindo dessa forma, de maneira elevada o princípio da separação dos poderes, verdadeiro pilar do estado democrático de direito e da democracia num aspecto geral (GRANJA, 2014).

Ainda nesse sentido de crítica ao ativismo judicial, fazendo ligação em face do princípio da separação dos poderes, se dá no sentido de que os magistrados, não passaram pelo crivo popular, ou seja, não foram eleitos, dessa forma, não possuem legitimidade para decidir questões de cunho político (FEIO, 2018, p. 55).

A fim de que se evite condutas autoritárias, foram criados mecanismos na tentativa de impedir que um poder detenha caráter superior em detrimento de outro (FEIO, 2018).

E justamente o mecanismo criado para que se evite tal conduta, é o fato de cada um dos poderes, deterem função específica e bem delineada, não podendo assim, ultrapassar a definição e nem adentrar na função de outrem (FEIO, 2018).

Nesse sentido, o autor Daniel Souza Sarmiento (SARMENTO, 2007), relata que diante da euforia na fundamentação em princípios, nasce o decisionismo judicial, pelo qual os juízes começaram a negligenciar a fundamentação em seus julgados, afirmando que:

“E a outra face da moeda é o lado do decisionismo e do "oba-oba". Acontece que muitos juízes, deslumbrados diante dos princípios e da possibilidade de através deles, buscarem a justiça – ou que entendem por justiça -, passaram a negligenciar no seu dever de fundamentar racionalmente os seus julgamentos. Esta "euforia" com os princípios abriu um espaço muito maior para o decisionismo judicial. Um decisionismo



travestido sob as vestes do politicamente correto, orgulhoso com seus jargões grandiloquentes e com a sua retórica inflamada, mas sempre um decisionismo. Os princípios constitucionais, neste quadro, converteram-se em verdadeiras "varinhas de condão": com eles, o julgador de plantão consegue fazer quase tudo o que quiser. Esta prática é profundamente danosa a valores extremamente caros ao Estado Democrático de Direito. Ela é prejudicial à democracia, porque permite que juizes não eleitos imponham a suas preferências e valores aos jurisdicionados, muitas vezes passando por cima de deliberações do legislador. Ela compromete a separação dos poderes, porque dilui a fronteira entre as funções judiciais e legislativas. E ela atenta contra a segurança jurídica, porque torna o direito muito menos previsível, fazendo-o dependente das idiosincrasias do juiz de plantão, e prejudicando com isso a capacidade do cidadão de planejar a própria vida com antecedência, de acordo com o conhecimento prévio do ordenamento jurídico".

Tendo em vista toda essa construção teórica, observa-se que o ativismo judicial é dotado de caráter antidemocrático, com relação a democracia contra majoritária (FEIO, 2018, p. 58). Seguindo esta linha de pensamento, conclui-se que quando o judiciário efetua uma função que inova e muda a produção legislativa, estaria ignorando as deliberações políticas referentes aos representantes da sociedade, os quais foram eleitos de maneira legítima pelo povo, inclusive impondo suas próprias decisões.

Destarte, ao passo que os integrantes do Poder Judiciário não foram eleitos, seriam impossibilitados de tomar tais decisões em detrimento da escolha do povo, ao passo que estes, flagrantemente não os representa (FEIO, 2018).

Conforme aduzido, é de se falar que de fato o ativismo judicial representa sério risco ao estado democrático de direito, ao passo que da ampla margem de atuação, e escassos meios de contenção ao poder judiciário, especialmente para o STF.

3. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante de todo o exposto, conclui-se que o ativismo judicial é uma conduta muito recorrente pelo Poder Judiciário brasileiro, e demais países, que muitas vezes

se vê necessária sua aplicação para efetivação de direitos sociais, os quais o processo legislativo típico não dá conta de garantir. Porém, abre uma brecha para que o Judiciário seja dotado de extremo poder, visto que inova o ordenamento jurídico sem que seja criada lei para tanto, traz previsões muitas vezes que vão em sentido contrário ao texto legal, o que faz nascer a preocupação se é viável que tal instituição seja dotada unicamente de tamanho poder decisório.

Ainda nesse sentido, o que fortalece a atuação dos magistrados nessa seara, é a crise de representatividade que os poderes eleitos vem sofrendo, visto que apesar de serem escolhidos pelos governados, muitas vezes não defendem os interesses destes da maneira em que se esperava, nesse sentido, se vê necessário recorrer a tutela jurisdicional para que se veja sanada as omissões, ou corrigidos processos legislativos e decisões executivas eivadas de vícios e ilegalidades.

Outro ponto preocupante, é no que tange aos representantes máximos do Poder judiciário Brasileiro, ao passo que os requisitos extremamente subjetivos pelos quais se dão a escolha do ministros do STF, a se falar: ser brasileiro nato; ter entre 35 a 65 anos; estar no gozo dos direitos políticos; ter reputação ilibada; possuir notável saber jurídico; tais requisitos, não são suficientes para definir a competência da pessoa a ocupar posição tão importante e com tamanho poder. Exemplo disso é o fato de hoje termos nos quadros de ministros, José Antonio Dias Toffoli, o qual reprovou duas vezes em concurso para juiz de primeiro grau, não possui nenhuma obra publicada, e ocupa o principal posto do Poder Judiciário brasileiro.

Ademais, diante dessa fragilidade dos requisitos, nasce uma dúvida quanto a legitimidade e efetividade das decisões proferidas pela Suprema Corte brasileira, a questão política, não diferente, sempre é questionada com relação a esse tema, visto que para alcançar o referido cargo, é necessária indicação política do presidente da república, e a sabatina do Senado, que em mais de 30 anos da promulgação de nossa constituição, nunca reprovou nenhum jurista indicado pelo respectivo presidente.

Dessa forma tem-se que o Ativismo Judicial é muitas vezes utilizado de maneira positiva, porém deve ser visto com extrema cautela, ao passo que banha o

poder judiciário com poder desproporcional, e dá a possibilidade que magistrados julguem muitas vezes sem se atentar a legislação vigente, o que fere de maneira singular o princípio da separação dos poderes e do estado democrático de direito, e traz alterosa insegurança jurídica.

Nesse sentido, concluo que a prática ativista embora em algumas situações seja contundente e favorável, em seu contexto geral é extremamente nociva a democracia, e que flerta de maneira próxima com arbitrariedades, porquanto não se vê limites objetivos a tal prática. Ademais, os membros do STF cujas decisões ativistas possuem maior repercussão, vem tomando decisões que vão de encontro ao que está positivado na carta magna, fato esse que viola a separação dos poderes, fere a democracia, e traz extrema insegurança jurídica.

4. Referências

BARROSO, Luis Roberto. Direito e política: a tênue fronteira ou judicialização, ativismo judicial e democracia. **Migalhas**, 2012. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI156926,41046-Direito+e+politica+a+tenu+fronteira+ou+judicializacão++ativismo>. Acesso em 25 mai 2019.

_____, L. R. (2012). <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/synthesis/article/view/7433>. Fonte: e-publicacoes.uerj.br: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/synthesis/article/view/7433>. Acesso em 23 Jul de 2019

FEIO, T. A. (2018). **Precedentes vinculantes, ativismo judicial e (in)segurança jurídica**. Im: T. A. Feio, *Precedentes vinculantes, ativismo judicial e (in)segurança jurídica* (p. 198). Rio de Janeiro: Lumen Juris.

FERREIRA, Pinto (2001). **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva.

FILHO, Manoel Gonçalves Ferreira (2001). **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva.

GOMES, L. F. (30 de 05 de 2009). **STF - ativismo sem precedentes?** Acesso em 29 de 2019 de 2019, disponível em [senado.leg.br: https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/339868/noticia.htm?sequence=1%3E](https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/339868/noticia.htm?sequence=1%3E)

GRANJA, C. A. (12 de 05 de 2014). **Justiça e Cidadania**. Acesso em 19 de 09 de 2019, disponível em [editorajc.com.br: https://www.editorajc.com.br/ativismo-judicial-brasil-mecanismo-concretizar-direitos-fundamentais-sociais/](https://www.editorajc.com.br/ativismo-judicial-brasil-mecanismo-concretizar-direitos-fundamentais-sociais/)

JAKOBSON, E. D. (26 de 04 de 2017). [juridocerto.com](https://juridocerto.com/p/einar-jakobson/artigos/ativismo-judicial-e-o-principio-da-separacao-dos-poderes-3636). Fonte: Juridico certo: <https://juridocerto.com/p/einar-jakobson/artigos/ativismo-judicial-e-o-principio-da-separacao-dos-poderes-3636>

LAVOCAT, J. O. (2010). **Entre Kelsen e Hercules: Uma análise jurídico-filosófica**. São Paulo: Quartier Latin.

MONTEIRO, J. N. (2011). **A efetivação e o custo dos direitos sociais: a falácia da reserva do possível**. Recife: Edupe.

_____, J. R. (2010). **Ativismo Judicial: um caminho para concretização dos direitos fundamentais**. São Paulo: Quartier Latin.

OLIVEIRA, G. M. (07 de 2018). **Jus**. Fonte: [jus.com.br: https://jus.com.br/artigos/67817/a-importancia-do-principio-da-separacao-dos-poderes-para-o-estado-democratico-de-direito](https://jus.com.br/artigos/67817/a-importancia-do-principio-da-separacao-dos-poderes-para-o-estado-democratico-de-direito)

RIBEIRO, W. (06 de 2014). **Jus**. Fonte: [jus.com.br: https://jus.com.br/artigos/29830/o-principio-da-separacao-dos-poderes-uma-rapida-leitura-doutrinaria-e-jurisprudencial](https://jus.com.br/artigos/29830/o-principio-da-separacao-dos-poderes-uma-rapida-leitura-doutrinaria-e-jurisprudencial)

RODRIGUES, F. C. **Ativismo jurídico**. (19 de Maio de 2016). <https://conteudojuridico.com.br/consulta/Artigos/46704/ativismo-judicial-uma-analise-sob-a-otica-do-principio-da-separacao-dos-poderes>. Fonte: [conteudo jurídico: https://conteudojuridico.com.br/consulta/Artigos/46704/ativismo-judicial-uma-analise-sob-a-otica-do-principio-da-separacao-dos-poderes](https://conteudojuridico.com.br/consulta/Artigos/46704/ativismo-judicial-uma-analise-sob-a-otica-do-principio-da-separacao-dos-poderes). Acesso em 22 de Agosto de 2019

SARMENTP, D. S. (2007). **A constitucionalização do Direito: fundamentos teóricos e aplicações específicas**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris.



VALEE, V. R. (2009). **Ativismo Judicial e o Supremo Tribunal Federal**. Curitiba: Laboratório de Análise Jurisprudencial do STF.