

FACULDADE CESUMAR DE PONTA GROSSA
CENTRO DE CIÊNCIAS HUMANAS E SOCIAIS APLICADAS
CURSO DE GRADUAÇÃO EM BACHAREL EM DIREITO

**O ATIVISMO JUDICIAL E SUAS IMPLICAÇÕES À ESTABILIDADE E AO
PROCESSO DEMOCRÁTICO**

MÁRIO EDUARDO DOMINGUES
WERVING GEHRKE

PONTA GROSSA – PR

2023

MÁRIO EDUARDO DOMINGUES

WERVING GEHRKE

**O ATIVISMO JUDICIAL E SUAS IMPLICAÇÕES À ESTABILIDADE E AO
PROCESSO DEMOCRÁTICO**

Artigo apresentado ao Curso de Graduação em
Direito da Faculdade Cesumar de Ponta
Grossa, como requisito parcial para a obtenção
do título de Bacharel(a) em Direito, sob a
orientação do Prof. João Oswaldo Bento.

PONTA GROSSA – PR

2023

FOLHA DE APROVAÇÃO
MÁRIO EDUARDO DOMINGUES
WERVING GEHRKE

**O ATIVISMO JUDICIAL E SUAS IMPLICAÇÕES À ESTABILIDADE E AO
PROCESSO DEMOCRÁTICO**

Artigo apresentado ao Curso de Graduação em Ciências Humanas e Sociais Aplicadas da Faculdade Cesumar de Ponta Grossa, como requisito parcial para a obtenção do título de Bacharel em DIREITO, sob a orientação do Prof. Dr. João Oswaldo Bento.

Aprovado em: ____ de _____ de ____.

BANCA EXAMINADORA

Nome do professor – (Titulação, nome e Instituição)

Nome do professor - (Titulação, nome e Instituição)

Nome do professor - (Titulação, nome e Instituição)

O ATIVISMO JUDICIAL E SUAS IMPLICAÇÕES À ESTABILIDADE E AO PROCESSO DEMOCRÁTICO

Mário Eduardo Domingues e Werving Gehrke

RESUMO

O artigo observa holística e historicamente como se desenvolveu a história da Democracia até os tempos modernos, o desenvolvimento da teoria da Separação de Poderes, as Cortes Constitucionais, o fenômeno chamado Ativismo Judicial e seus impactos frente ao sistema democrático e na sociedade. A partir do objetivo geral, buscar-se-á a compreensão dos meios de ação que possibilitam a consumação do Ativismo Judicial, considerando o possível vínculo deste fenômeno com a visão pessoal do magistrado na aplicação de princípios e ainda atentar para as repercussões do Ativismo no meio social. Destarte, de acordo com o descrito em sua apresentação propedêutica, projeta-se, de forma analítica, traçar apontamentos em relação ao fenômeno jurídico intitulado como Ativismo Judicial, bem como observar suas causas, circunstâncias e consequências. Nesse sentido, o que se pretende é uma compreensão de como o fenômeno do ativismo judicial poderá, em tese, conflitar com algumas premissas básicas da formação do Estado e confrontar-se com o próprio sistema democrático, tendo em vista suas implicações e repercussões no que tange o processo de escolha dos representantes eleitos e a carência de legitimidade para o exercício normativo extremado de uma corte constitucional.

Palavras-chave: Democracia. (In)Estabilidade Institucional. Separação de Poderes.

JUDICIAL ACTIVISM AND ITS IMPLICATIONS FOR STABILITY AND THE DEMOCRATIC PROCESS

ABSTRACT

The article takes a holistic and historical look at how the history of democracy has developed up to modern times, the development of the theory of the Separation of Powers, the Constitutional Courts, the phenomenon of Judicial Activism and its impact on the democratic system and on society. Based on the general objective, we will seek to understand the means of action that enable the consummation of Judicial Activism, considering the possible link of this phenomenon with the personal vision of the magistrate in the application of principles and also paying attention to the repercussions of Activism in the social environment. Thus, as described in its introductory section, the aim is to analytically outline the legal phenomenon known as judicial activism, as well as to observe its causes, circumstances and consequences. In this sense, the aim is to understand how the phenomenon of judicial activism can, in theory,

conflict with some basic premises of the formation of the State and confront the democratic system itself, in view of its implications and repercussions in terms of the process of choosing elected representatives and the lack of legitimacy for the extreme normative exercise of a constitutional court.

Keywords: Democracy. Institutional (In)Stability. Separation of Powers.

1 INTRODUÇÃO

Considerando que, de acordo com a Magna Carta brasileira de 1988, a Constituição Cidadã, a República Federativa do Brasil constitui-se em Estado Democrático de Direito e que a forma de exercício do poder se dará por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos limites estabelecidos pela própria Lei Maior, e ainda que os poderes da União, Legislativo, Executivo e Judiciário, são independentes e harmônicos entre si, faz-se inescusável perscrutar o relevante fenômeno jurídico do ativismo judicial.

Isto posto, tal escrutínio torna-se demasiadamente relevante na medida em que nos últimos anos o Supremo Tribunal Federal tem prolatado decisões que exercem força de lei e que criam divergências quanto a sua essencial função, qual seja: Guardião da Constituição.

Deste modo, diante da relevância e das divergências que circundam o tema, analisá-lo e ponderar sobre suas causas e consequências se mostra imprescindível para compreender e dimensionar suas repercussões jurídicas e políticas no país.

Dessarte, ao trazer luz sobre esta temática, verdadeiramente estará se aludindo ao sentido basilar do Estado Democrático de Direito, da democracia e da separação entre os poderes.

Nesse espeque, o ex-ministro do STF, Marco Aurélio Mello, afirmou que o ativismo judicial enfraquece o próprio judiciário, sendo assim, a reflexão se dará em torno da ascensão do poder judiciário em detrimento aos outros poderes.

Deste modo, com base nos fundamentos da Carta da República, que versa sobre as funções e atribuições dos poderes constituídos, será objeto de análise a importância de preservar tais atributos compreendendo as raízes do ativismo.

Por fim, pretende-se considerar sua evolução ao longo do tempo e as repercussões de tal prática no contexto político e social.

A metodologia empregada é de pesquisa descritiva, documental e uma abordagem quali-quantitativa no contexto histórico do surgimento da democracia, da formação do Estado moderno sob a ótica da teoria da separação dos poderes e os impactos de uma atuação ativista

do poder judiciário. Revisão bibliográfica, dados informacionais e estatísticos que demonstrem as consequências do Ativismo Judicial no país.

2 DESENVOLVIMENTO

Preliminarmente, conceituar ou traçar as diretrizes que deram início ao processo democrático e à própria democracia, mostra-se um esforço necessário e fundamental, com vistas ao momento atual de nosso país, não obstante complexo, face à premissa de sua evolução histórica e da necessidade do aprimoramento cultural e do nível de politização de uma sociedade para a utilização plena das benesses desse sistema.

No entanto, ao evocar-se àqueles que trouxeram os esboços primitivos, bem como os apontamentos iniciais, sem estancar o tema, será possível partir de uma base segura para, sem pretensões presunçosas, desvelar ainda mais o tema.

Para tanto, de maneira imediata, etimologicamente o termo democracia significa governo do povo, como consigna Hans Kelsen:

O significado original do termo “democracia”, cunhado pela teoria política da Grécia antiga, era o de “governo do povo” (demos = povo, kratein = governo). A essência do fenômeno político designado pelo termo era a participação dos governados no governo, o princípio de liberdade no sentido de autodeterminação política; e foi com esse significado que o termo foi adotado pela teoria política da civilização ocidental.¹

Nesse cenário, a Grécia antiga, mais precisamente Atenas e posteriormente Roma, apontam para o nascedouro do que, modernamente chamamos de democracia, pois assim explicita Sahid Maluf:

As antigas repúblicas gregas e romanas de vinte e cinco séculos passados, entre as quais se destaca como tipo clássico o Estado ateniense, foram as primeiras manifestações concretas de governo democrático. Foram aquelas experiências as sementes da democracia, que os filósofos antigos e medievais conservaram vivas até que germinassem assinalando o advento dos tempos modernos. Foram os primeiros teóricos da democracia, nos tempos clássicos, entre os gregos, Heráclito, Heródoto, Demócrito, Licurgo, Sólon, Sócrates, Platão, Aristóteles e Políbio; e, entre os romanos, Lucrécio, Salústio, Cícero, Sêneca e Tácito. Nos Estados helênicos e romanos, como mais tarde nos Cantões da Confederação Helvética, a democracia foi idealizada e praticada sob a forma direta, isto é, o povo governava-se por si mesmo, em assembleias gerais realizadas periodicamente nas praças públicas. Tal sistema

¹KELSEN, Hans, **A Democracia**, 2 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 140.

primitivo foi possível porque então o Estado-Cidade (Polis, na Grécia, e Civitas, em Roma) era pequeno, restringindo-se aos limites da comunidade urbana.²

A partir disso, sabe-se, a partir do estudo da evolução histórica da filosofia, dos Direitos Humanos e da ciência política, que o governo de um, poucos ou muitos são, respectivamente, a monarquia, a aristocracia e a república ou democracia. São todas legítimas se ordenarem a sociedade voltando-se para o bem comum.³

Quando um governa visando seu próprio benefício tem-se uma tirania. Quando poucos governam para o bem de todos, tem-se uma aristocracia. Quando poucos governam para o bem de si mesmo, se tem uma oligarquia. Quando muitos governam sem pensar no bem de todos, temos uma demagogia ou uma democracia ruim, sendo assim, considera que essas formas de governo não são absolutamente boas ou más em todos os casos.⁴

Portanto, ainda que existam divergências e ressalvas a democracia, no período em exposição, se verifica que a busca por um modo de governar que seja ético, isonômico e vise o bem comum, são marcas indelévels dos pensadores e observadores que pavimentaram os primeiros caminhos do sistema democrático.

3 A CONSTRUÇÃO DO ESTADO MODERNO

De plano, para bem fundamentar o escopo da pesquisa, faz-se essencial analisar algumas premissas inaugurais, do ponto de vista principiológico, pois ao examiná-las será possível observar as raízes e perturbações advindas do ativismo judicial, para tanto, escrutinar os conceitos de poder, democracia e Estado são mais que necessários.

Alicerçado nisso, a concepção inicial do que é o poder e o modo pelo qual este será exercido é descrito pelo próprio texto da Carta Magna brasileira, no parágrafo único de seu

²MALUF, Sahid, **Teoria geral do Estado**, 35. ed. – São Paulo : Saraiva Educação, 2019. p.417.

³BRASIL PARALELO. **As melhores e as piores formas de governo segundo Aristóteles**. Porto Alegre, 2022. Disponível em: <<https://www.brasilparalelo.com.br/artigos/formas-de-governo-segundo-aristoteles>>. Acesso em: 03 nov. 2023.

⁴BRASIL PARALELO, **Entenda a origem da Democracia**. Porto Alegre, 2022. Disponível em: <<https://www.brasilparalelo.com.br/artigos/origem-da-democracia>>. Acesso em: 02 nov. 2023.

primeiro artigo, indicando que: “Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição.”⁵

Isto posto, se constata que tal conceito está intimamente ligado aos antecedentes históricos de representação, delegação da vontade popular e ao respeito desta vontade para a materialização e o legítimo exercício desse poder, como esclarece o magistério do professor Dalmo de Abreu Dallari:⁶

[...] Na verdade, seja qual for a época da história da Humanidade ou o grupo humano que se queira conhecer, será sempre indispensável que se dê especial atenção ao fenômeno do poder. Essa ocorrência do fenômeno em circunstâncias infinitamente variáveis torna extremamente difícil chegar-se a uma tipologia do poder. Não obstante, é possível e conveniente, numa larga síntese, apontar algumas características gerais, úteis para que se chegue a uma noção, mais ou menos precisa, do poder. A primeira característica a ser estabelecida é a socialidade, significando que o poder é um fenômeno social, jamais podendo ser explicado pela simples consideração de fatores individuais. Outra importante característica é a bilateralidade, indicando que o poder é sempre a correlação de duas ou mais vontades, havendo uma que predomina. É importante que se tenha em conta que o poder, para existir, necessita da existência de vontades submetidas. Além disso, é possível considerar-se o poder sob dois aspectos: ou como relação, quando se procede ao isolamento artificial de um fenômeno, para efeito de análise, verificando-se qual a posição dos que nele intervêm; ou como processo, quando se estuda a dinâmica do poder. Essas características gerais estarão implícitas na consideração de um aspecto fundamental, que interessa muito à Teoria Geral do Estado, que é o que se relaciona com a necessidade ou desnecessidade do poder social. Esta última questão é de substancial importância, porque tem influência direta nas considerações sobre a legitimidade e a legalidade do poder.

Diante disso, percebe-se que a formação do Estado sempre foi espaço para amplo debate no cenário político e jurídico. Entender a construção do Estado de Direito é função inexorável para qualquer um que se proponha a estudar as ciências jurídicas.

Desta forma, delinear os pilares dessa construção, necessariamente, passa pela história de três países que lançaram os marcos fundantes da ideia moderna de Estado, principalmente aos olhos de uma teoria da formação dos modelos de Estado de Direito, sendo eles Inglaterra, Estados Unidos e França⁷. Mesmo com a existência das mais variadas teses sobre o surgimento do Estado nota-se que a busca do indivíduo por autonomia e liberdade sempre estiveram à frente de qualquer outra questão, pois ao dar-se início às mais remotas formas de organização estatal o foco principal sempre foi a proteção individual e coletiva de quaisquer

⁵BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Promulgada em 5 de outubro de 1988. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 5 out. 1988. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 03 nov. 2023.

⁶DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de teoria geral do Estado**. 32. ed. -São Paulo: Saraiva, 2013. Pág. 44.

⁷DAVID, Rene. **Os grandes sistemas do direito contemporâneo**. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes. 2002.

possíveis arbítrios por parte do poder central e isso fica claramente sintetizado quando da análise dos Estados mencionados.

Assim, as raízes inglesas estão firmadas na submissão do Estado às leis, sendo o sentido de Rule of Law que é adotado pela corte inglesa, de Albert Van Dicey, basicamente registra que o soberano não tem poder arbitrário, a lei é igual para todos e a constituição é o resultado, e não origem, dos direitos individuais⁸

Isto é, pode-se perceber que a evolução na forma de se pensar o Direito, a partir das grandes revoluções, sempre teve por intenção afastar o Monarca do controle absoluto do Poder, buscando garantir a liberdade verdadeira para os sujeitos que, a partir daquele momento, seriam reconhecidos enquanto sujeitos de Direito⁹.

Ainda mais, intimamente ligado aos fatos ocorridos na Inglaterra tem-se a Revolução Americana que acontece nas 13 colônias inglesas na América, por insatisfações pelo exercício autoritário da metrópole sobre as colônias. Como sempre, a intenção de ver-se livre do domínio de qualquer opressão indevida exercida pelo Estado aparece como fator preponderante no processo que culminou com a independência das colônias.

O anseio por liberdade e por viver de maneira autônoma, dizendo ao governo como ele deve caminhar e não o oposto, onde uma elite dirigista desconectada das demandas reais da população, é que formaram a federação americana e é isso que está contido em sua declaração de independência:

Nós temos por testemunho as seguintes verdades: todos os homens são iguais: foram aquinhoados pelo seu Criador com certos direitos inalienáveis e entre esses direitos se encontram o da vida, da liberdade e da busca da felicidade. Os governos são estabelecidos pelos homens para garantir esses direitos, e seu justo poder emana do consentimento dos governados. (...) Mas, quando uma longa série de abusos e usurpações, tendendo invariavelmente ao mesmo fim, marcam o objetivo de submetê-lo ao despotismo absoluto, é direito do povo, é seu dever rejeitar um tal governo e por meio de um novo governo salvaguardar sua segurança futura. (...) A história do atual rei da Grã-Bretanha é a história de uma série de injustiças e

⁸ GOMES, Ricardo. **As Origens do Estado, O Império da lei e o Estado Britânico**. São Paulo: Brasil Paralelo. 2018. E-book. Disponível em: [Brasil%20Paralelo/1_E-book Origens_do_Estado_A_1.pdf](#). Acesso em: 16 de junho de 2023.

⁹Sobre os movimentos revolucionários, ensina Gilmar Mendes: “O parlamento marca o caminho para a posição de supremacia em contrapeso à coroa. Reafirma-se a titularidade do rei no Executivo, mas o Bill of Rights restringe os poderes reais, na medida em que recusa ao legislar autonomamente e lhe recusa o poder de impor tributos ou convocar e manter o exército sem autorização parlamentar. O princípio da soberania do parlamento assinala ao Legislativo “o direito de fazer ou desfazer qualquer lei que seja; e, mais, [significa] que nenhuma entidade goza de reconhecimento legal para superar ou deixar de lado a legislação do parlamento”. MENDES, G. F.; BRANCO, P.G.G. **Curso de Direito Constitucional**: 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 41.

usurpações repetidas que têm por objetivo o estabelecimento de uma tirania absoluta sobre este Estado.¹⁰

Seguindo a cronologia dos fatos, no ano de 1789, há mais um evento que marca consideravelmente a formação dos Estados modernos, a Revolução Francesa, que impactou grandemente a formação de um modelo de Estado de Direito preocupado com a proteção dos direitos individuais de cunho liberal. O movimento revolucionário francês que teve como pilares a proteção à igualdade, liberdade e propriedade elencou como ponto importante a busca pela limitação do Poder do Estado em prol das liberdades dos cidadãos. A partir deste cenário, então, pode-se dizer que o estudo do Direito e da própria formação dos Estados modernos é elevado a um novo patamar, no qual passa-se a ser reconhecido que o homem é detentor de direito e que estes limitam às próprias ações estatais.

Sobre a importância da revolução francesa para a formação dos Estados de Direito Moderno, DALLARI bem afirma:

Perceba-se, portanto, que estas asserções permitem compreender que, invariavelmente, os modelos de Estados de Direito, hoje, inclusive, de cunho democrático, partem de influências destes movimentos revolucionários. Neste sentido, pode-se perceber que a própria formação do modelo de Estado Constitucional Brasileiro vale-se de influências principalmente do movimento revolucionário francês para a sua formação.¹¹

A conjunção dos eventos históricos mencionados dão a dimensão exata dos pilares da própria Democracia e do Estado de Direito, sendo seus traços mais notáveis: a limitação do poder do Estado, a autonomia do indivíduo e o império da Lei. Entretanto, é notório que os acontecimentos da primeira metade do século XX causaram grandes mudanças e ainda repercutem nos dias atuais, visto que no período pós segunda guerra houve uma nova concepção do próprio Direito, do Estado e da Democracia, que a partir de então voltam-se ao resgate dos princípios fundantes do Estado moderno, principalmente ao princípio de proteção da pessoa humana como foco, em razão dos genocídios causados por regimes totalitários que mataram seus opositores e aniquilaram aqueles que ousavam discordar do sistema vigente, sempre tinham como objetivo o controle de todo o aparato estatal para então controlar todas as atividades humanas. O Estado Democrático de Direito passa a ser o alvo a ser atingido, sendo que essencialmente toda sua organização deve orientar-se a não violação de direitos naturais ao homem, é o que consigna Jorge Reis Novaes:

¹⁰ARRUDA, José Jobson de Andrade. **História Moderna e Contemporânea**, 11. Ed. São Paulo: Editora Ática. 1980. p. 152 - 153.

¹¹DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de Teoria Geral do Estado**. 32 ed. São Paulo: Saraiva. 2013.

Neste sentido estamos perante um Estado de Direito material, já que a limitação jurídica do Poder se justifica em função da garantia de um núcleo de valores considerados indisponíveis pelo próprio Estado. Assim, se a validade formal dos actos estaduais decorre de sua conformidade com a lei, de acordo com o princípio da legalidade, a sua legitimidade – aquilo que verdadeiramente permite a sua qualificação como actos de um Estado de Direito – é condicionada pela concordância material do seu conteúdo com uma tábua de valores que lhe é anterior e superior.¹²

Desta forma, a materialização do Estado Democrático de Direito vai de encontro com tudo aquilo que foi construído ao longo dos tempos tendo como marco teórico e histórico a Magna Carta, de 1215, até a Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 1948¹³, com vistas a garantia de direitos fundamentais e em oposição ao exercício irrestrito de poder pelo Estado.

Essa constante luta pela concentração de poder e a ideologização dos princípios, é que uniram e alicerçaram o pensamento político para a efetivação das garantias fundamentais e da própria Democracia, pois qualquer forma de concentração de poder invariavelmente resultará em um Estado de exceção, onde já não há nenhum apreço pelos princípios básicos do Estado Democrático de Direito, mas apenas a vontade dos que concentram o poder.¹⁴

Por isso, é sempre relevante e atual refletir sobre os ideais e princípios do Estado para que não haja o risco que uma burocracia abstrata decida, em todos os níveis, todas as condutas do indivíduo, isso não possui relação com o ideal democrático ou com a perseguição do Estado Democrático de Direito, somente com a restrição do poder do Estado, liberdade, representatividade, autonomia e o império da Lei é que será possível vislumbrar tal concepção.

¹²NOVAIS, Jorge Reis. Contributo para uma teoria do Estado de Direito do Estado de Direito liberal ao social e democrático de Direito. Dissertação de PÓS-GRADUAÇÃO - Faculdade de Direito, Universidade de Coimbra. Coimbra, p. 101. Disponível em: <https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/7461360/mod_resource/content/1/11%20aula%20-%20Direito%20e%20estado%20social%20e%20democr%C3%A1tico%20de%20direito.pdf>. Acesso em: 03 nov. 2023.

¹³Sobre a necessidade de proteção dos direitos em face dos efeitos nefastos das grandes guerras, ver: SARMENTO, Daniel. **Ubiquidade constitucional: os dois lados da moeda**. WordPress, 2006. Disponível em: <<https://fabioshecaira.files.wordpress.com/2018/02/ponto-5c-interpretac3a7c3a3o-constitucional-ler-atc3a9-a-p-39.pdf>>. Acesso em: 03 nov. 2023.

¹⁴Sobre o tema, ensina DOTTI. A doutrina do nacional-socialismo sustentava a legitimidade da incriminação por analogia sempre que a ação ou a omissão atentasse contra a ideologia da lei e o são sentimento do povo. A fórmula, vaga e opressiva, foi introduzida por uma lei de 1935, que alterou o §2.º do CP de 1871, para declarar: “Será punido quem cometer um crime declarado punível pela lei ou que mereça uma sanção segundo a ideia fundamental da lei penal e o são sentimento do povo”. Também utilizada para as mais variadas perseguições políticas e ideológicas, a analogia foi admitida no CP soviético de 1922 (e mantida no diploma de 1926), para justificar um conceito material de crime elaborado à margem do princípio da anterioridade e seguindo os chamados Princípios Básicos do Direito Penal da União Soviética (1919). O art. 6.º do CP de 1922 dispunha: Como delito deve ser considerada toda ação ou omissão socialmente perigosa, que ameaça os princípios básicos da Constituição soviética e a ordem jurídica criada pelo governo dos operários e camponeses, para o período de transição ao Estado comunista” DOTTI, René Ariel. Curso de Direito Penal parte geral. 6 ed. São Paulo: Thomson Reuters, 2018.

Destarte, fica deslindado que o processo evolutivo, da democracia e da construção do modelo de Estado moderno, possuem em seu esteio a representatividade popular, mediante escolhas legítimas e a luta contra a concentração de poder, seja em torno de uma pessoa ou instituição.

À vista disso, é de substancial importância observar e percorrer o longo processo histórico, até agora apresentado, com intento de aprazar pontos seguros de análise que sirvam como preceitos ao exame do fenômeno do ativismo judicial.

4 JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA E O ATIVISMO JUDICIAL

Muito embora, seja demasiadamente impreciso conceituar tais institutos e delimitar uma distinção inequívoca entre eles, a judicialização da política e o ativismo judicial são fenômenos mais que evidentes na sociedade contemporânea, portanto, ante a evidente divergência doutrinária e jurisprudencial, o que se pretende é analisar de forma panorâmica seus conceitos basilares e como estes se materializam.

Inicialmente, se observa que a judicialização da política ocorre quando o poder político, seja o legislativo ou o executivo, exerce suas funções típicas e atípicas, respectivamente, e por meio das ações diretas de inconstitucionalidade, ações declaratórias de constitucionalidade e das arguições de descumprimento de preceito fundamental, são demandadas manifestações do poder judiciário em face das ações mencionadas, a fim de que lhes sejam exaradas decisões declaratórias.

Deste modo, há, inevitavelmente, uma certa participação do judiciário em questões de ordem política e social das sociedades, o que lhe dará, conseqüentemente, uma maior visibilidade e debates em torno das decisões prolatadas pelos tribunais.¹⁵

Nessa orientação, afirma Luís Roberto Barroso:

¹⁵NEVES, Frederico Pessoa e NEVES, Isadora Ferreira. Ativismo judicial e judicialização da política: conceitos e contextos. **Consultor Jurídico**. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2021-jan-02/diario-classe-ativismo-judicial-judicializacao-politica-conceitos-contextos>> Acesso em: 03 nov. 2023.

Judicialização significa que questões relevantes do ponto de vista político, social ou moral estão sendo decididas, em caráter final, pelo Poder Judiciário. Trata-se, como intuitivo, de uma transferência de poder para as instituições judiciais, em detrimento das instâncias políticas tradicionais, que são o Legislativo e o Executivo¹⁶.

Isto posto, observa-se um determinado protagonismo das cortes de justiça em questões em que a palavra final, em tese, seja do poder político, dado que as ações já descritas são meios pelos quais o próprio poder político poderá contestar as leis e atos normativos.

Neste viés, bem pontua o professor Nairo José Borges Lopes:¹⁷

[...] a judicialização é uma atuação do Poder Judiciário com a finalidade de rever a decisão de um poder político tomando como base a Constituição. Pode também significar a transferência das decisões do Legislativo/Executivo para o Judiciário, bem como a expansão dos métodos de decisão judiciais para instâncias não judiciais. Pode ser também identificada com o “poder de veto” que o Judiciário exerceria de forma contramajoritária, atendendo aos interesses de grupos minoritários (NUNES, 2011; APPIO, 2008).

Diante disso, se evidencia que invariavelmente quando ocorre a judicialização da política o poder judiciário, ao declarar, ou não, constitucional uma norma ou ato normativo, poderá incorrer em inovação do direito posto, a pretexto de viabilizar políticas públicas expressas no texto da Lei maior, sendo que tal fato poderá gerar decisões ativistas.¹⁸

Todavia, fica aclarado que a judicialização da política ocorre de forma incidental, na medida em que esse instituto está inserido no rol normativo da carta magna brasileira, mediante controle de constitucionalidade realizado pelo poder judiciário.¹⁹

¹⁶BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo**, 5º ed. São Paulo: Saraiva. 2017, p. 437.

¹⁷LOPES, Nairo José Borges. O que é a judicialização da política?. **JUS.com**. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/50237/o-que-e-a-judicializacao-da-politica>> Acesso em: 03 nov. de 2023.

¹⁸Sobre o tema leciona Lenio Streck: A questão da judicialização (da política), portanto, está ligada ao funcionamento (in) adequado das instituições, dentro do esquadro institucional traçado pela Constituição. Quanto maior a possibilidade de se discutir, no âmbito judicial, a adequação ou não da ação governamental lato sensu em relação aos ditames constitucionais, maior será o grau de judicialização a ser observado. É por isso que afirmo, como já o fiz em outras oportunidades, que a judicialização é contingencial. Ela depende de vários fatores que estão ligados ao funcionamento constitucionalmente adequado das instituições. O ativismo judicial, por outro lado, liga-se à resposta que o Judiciário oferece à questão objeto de judicialização. No caso específico da judicialização da política, o ativismo representa um tipo de decisão na qual a vontade do julgador substitui o debate político (seja para realizar um pretenso “avanço”, seja para manter o status quo). Ativismo é, assim, um behaviorismo judicial. Assim, de uma questão que sofreu judicialização se pode ter como consequência uma resposta ativista, o que é absolutamente ruim e censurável em uma perspectiva de democracia normativa. STRECK, Lenio Luiz. O Rubicão e os quatro ovos do condor: de novo, o que é ativismo?. **Consultor Jurídico**. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2016-jan-07/senso-incomum-rubicao-quatro-ovos-condor-ativismo>> Acesso em: 03 nov. 2023.

¹⁹Como expressa o magistério de Alexandre de Moraes: Controlar a constitucionalidade significa verificar a adequação (compatibilidade) de uma lei ou de um ato normativo com a constituição, verificando seus requisitos formais e materiais. Dessa forma, no sistema constitucional brasileiro somente as normas constitucionais positivadas podem ser utilizadas como paradigma para a análise da constitucionalidade de leis ou atos normativos estatais (bloco de constitucionalidade). I Ressalte-se que, se possível for, a fim de garantir-se a compatibilidade das leis e atos normativos com as normas constitucionais [...] MORAES, Alexandre de. **Direito**

Por conseguinte, conclui-se que o fenômeno decorre do desenho institucional e constitucional fixado pelo constituinte originário, como bem indica Adriana Aparecida Coelho Pereira.²⁰

A judicialização da política marca o encontro entre política e direito no sistema jurídico brasileiro. Ocorre que esse fenômeno não advém da vontade do Judiciário e, sim, da própria Constituição, posto que foi o constituinte quem decidiu inserir no texto da Lei Fundamental questões afetas diretamente à política, economia e direitos sociais, caracterizando a adesão a um modelo de Carta analítica.

Noutro vértice, o ativismo judicial mostra-se como uma forma proativa e mais ampla na atuação das cortes de justiça, não raras vezes indo de encontro a atuação dos demais poderes, nesse caminho ilumina Luís Roberto Barroso.²¹

[...] Já o ativismo judicial é uma atitude, a escolha de um modo específico e proativo de interpretar a Constituição, expandindo o seu sentido e alcance. Normalmente ele se instala em situações de retração do Poder Legislativo, de um certo descolamento entre a classe política e a sociedade civil, impedindo que as demandas sociais sejam atendidas de maneira efetiva. 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. A postura ativista se manifesta por meio de diferentes condutas, que incluem: a) a aplicação direta da Constituição a situações não expressamente contempladas em seu texto e independentemente de manifestação do legislador ordinário; b) a declaração de inconstitucionalidade de atos normativos emanados do legislador, com base em critérios menos rígidos que os de patente e ostensiva violação da Constituição; c) a imposição de condutas ou de abstenções ao Poder Público, notadamente em matéria de políticas públicas.

Entretanto, ao se constatar a presente ideia, Lenio Streck alerta: “O ativismo sempre é ruim para a democracia, porque decorre de comportamentos e visões pessoais de juízes e tribunais, como se fosse possível uma linguagem privada, construídas à margem da linguagem pública.”²²

Deste modo, à medida que há o avanço ativista do judiciário, os poderes executivos e legislativos acabarão sendo pilhados, tendo em vista a concentração e atuação para além de suas competências, em relação aos outros.

constitucional. – 32. ed. rev. e atual. até a EC nº 91, de 18 de fevereiro de 2016 – São Paulo: Atlas, 2016, p. 1120.

²⁰PEREIRA, Adriana Aparecida Coelho. A judicialização da política. **Escola de Direito do IDP**. Disponível em: <<https://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/cadernovirtual/article/download/642/434/2091>>. Acesso em: 03 nov. 2023.

²¹BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática. (SYN)THESIS, [S. l.], v. 5, n. 1, p. 23–32, 2012. Disponível em: <<https://www.e-publicacoes.uerj.br/synthesis/article/view/7433>>. Acesso em: 3 nov. 2023.

²²STRECK, Lenio Luiz. Entre o ativismo e a judicialização da política: a difícil concretização do direito fundamental a uma decisão judicial constitucionalmente adequada. **Espaço Jurídico Journal of Law [EJLL]**, [S. l.], v. 17, n. 3, p. 721–732, 2016. DOI: 10.18593/ejll.v17i3.12206. Disponível em: <<https://periodicos.unoesc.edu.br/espacojuridico/article/view/12206>>. Acesso em: 3 nov. 2023.

Nessa toada, aduz André Uliano Borges:²³

Por conseguinte: ativismo judicial é o exercício da jurisdição por meio de decisões que substituem a opção do órgão, a princípio, competente para efetuar aquela escolha, por meio de padrões hermenêuticos inconsistentes. Essa conceituação, inclusive, tem o conveniente de valer-se do método clássico de apontar o gênero próximo e sua diferença específica. De certo modo, esses dois elementos já aparecem em alguns autores que trabalham o tema, ainda que não exatamente como estruturado acima. Nesse sentido, Lino A. Graglia⁵¹, por exemplo, em seu artigo “It’s Not Constitutionalism, It’s Judicial Activism”, esclarece que “por ativismo judicial” entende “a prática por juízes de derrubar escolhas políticas de membros ou instituições do governo não proibidas claramente pela Constituição”. No lugar de “derrubar escolhas políticas”, colocamos substituir escolhas políticas. Em vez de “membros ou instituições do governo”, utilizamos a expressão órgãos ou autoridades competentes para decidir. E, no lugar de “escolhas [...] não proibidas claramente pela Constituição”, apontamos por meio de padrões hermenêuticos inconsistentes, isto é, sem razões jurídicas suficientes. Na doutrina nacional, é semelhante o ensinamento de Elival da Silva Ramos, ao conceituar o ativismo como “o exercício da função jurisdicional para além dos limites impostos pelo próprio ordenamento [...] com incursão insidiosa sobre o núcleo essencial de funções constitucionalmente atribuídas a outros Poderes”⁵². O que Elival Ramos descreve como “exercício da jurisdição para além dos limites impostos pelo próprio ordenamento”, apontamos como exercício da jurisdição sem razões jurídicas suficientes ou com padrões hermenêuticos inconsistentes. E o que ele retrata como “incursão insidiosa sobre o núcleo essencial de funções constitucionalmente atribuídas a outros Poderes”, delineamos como substituição de escolhas atribuídas a outros órgãos ou autoridades. De modo semelhante, Georges Abboud fala em “abandono do direito na formação da decisão judicial” somado à “atuação insidiosa do Judiciário face aos demais poderes”⁵³.

Logo, como há nítida similaridade entre os conceitos, e a partir da apresentação destes, conclui-se que a judicialização da política é o meio pelo qual o ativismo judicial se estabiliza devido ao modo como o controle de constitucionalidade é pleiteado, podendo resultar em decisões judiciais que dilatam o sentido e alcance da lei ou princípio que será objeto de análise.

Por derradeiro, a consolidação do ativismo, poderá, em tese, causar a concentração de poder sobre um único órgão, o que não se amolda ao Estado Democrático de Direito, tampouco com a construção e evolução histórica da democracia, seu processo e da consolidação do estado moderno que em brevíssima síntese aponta para a representação e participação na vida política e a submissão irrestrita do Estado e seus agentes à Lei.

²³ULIANO, André Borges. Ativismo Judicial, Estado de Direito e Democracia: Problemas e mecanismos de controle da “onipotência” judicial. **RDBU**, 2021. Disponível em: http://repositorio.jesuita.org.br/bitstream/handle/UNISINOS/10837/Andre%20Borges%20Uliano_.pdf?sequence=1&isAllowed=y> Acesso em: 03 nov. 2023.

5 A SEPARAÇÃO DOS PODERES, O SISTEMA DE “FREIOS E CONTRAPESOS” E A ASCENSÃO DO JUDICIÁRIO

A proclamada teoria da separação dos poderes, sistematizada por Charles-Louis de Secondat, o Barão de Montesquieu, descrita na obra “O espírito das leis” consagrou os conceitos fundamentais do Direito e da Ciência Política moderna.

À vista disso, para o filósofo, o poder uno deveria ser fragmentado em Executivo, Legislativo e Judiciário, cada um com funções e atribuições específica, pois bem alude Alexandre de Moraes:²⁴

A divisão segundo o critério funcional é a célebre “separação de poderes”, que consiste em distinguir três funções estatais, quais sejam, legislação, administração e jurisdição, que devem ser atribuídas a três órgãos autônomos entre si, que as exercerão com exclusividade, foi esboçada pela primeira vez por Aristóteles, na obra “Política”, detalhada posteriormente, por John Locke, no Segundo Tratado de Governo Civil, que também reconheceu três funções distintas, entre elas a executiva, consistente em aplicar a força pública no interno, para assegurar a ordem e o direito, e a federativa, consistente em manter relações com outros Estados, especialmente por meio de alianças. E, finalmente, consagrada na obra de Montesquieu O Espírito das Leis, a quem devemos a divisão e distribuição clássicas, tornando-se princípio fundamental da organização política liberal e transformando-se em dogma pelo art. 16 da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, e é prevista no art. 2º de nossa Constituição Federal.

Dessa forma, cada poder exerce as suas funções de maneira autônoma e independente, onde haveria, por via de regra, fiscalização mútua para conter quaisquer eventuais abusos, concentração ou usurpação de poder.²⁵

Neste ponto, surgem questionamentos: E se algum dos poderes se sobressair sobre o outro interferindo nas atribuições que não lhe são competentes? Pode haver desarmonia entre eles, e o que acontece?

Ainda que, por vezes seja de difícil mensuração, o controle, nos limites estabelecidos pela lei, de um dos poderes sobre outro, se faz, eminentemente, indispensável para a

²⁴MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 32ª ed. São Paulo: Atlas, 2016. p. 668.

²⁵CEREIJIDO, Juliano Henrique Da Cruz. A Democracia Antiga não Reconhece Direitos Humanos. A Moderna não Pode Abrir Mão Deles (*). **ALESP**, 2002. Disponível em: <https://www.al.sp.gov.br/repositorio/bibliotecaDigital/351_arquivo.pdf>. Acesso em: 03 nov. 2023.

concretização e integridade do sistema com fito de manter o pleno e legítimo exercício do poder de acordo com as balizas legais evitando a superposição de um dos poderes.²⁶

É exatamente nesse contexto que se remete ao denominado “Sistema de Freios e Contrapesos”, que consiste no controle do poder pelo próprio poder, sendo que cada Poder teria autonomia para exercer sua função, mas seria controlado pelos outros poderes. Isso serviria para evitar que houvesse abusos no exercício do poder por qualquer dos Poderes (Executivo, Legislativo e Judiciário).

Diante disso, é inequívoco que ao desconsiderar ou mitigar a teoria de Montesquieu invariavelmente haverá um sério abalo no âmago do sistema político e democrático e eventualmente na viabilidade do Estado Democrático de Direito, devido à forma equivocada, que decorre da violação funcional, do exercício ilegítimo do poder.

5.1 O Cenário Político-Judicial brasileiro atual

Nesse contexto, torna-se imperioso compreender como tem ocorrido a ascensão do judiciário na conjuntura brasileira e de que forma afeta o sistema político e normativo pátrio.

Desde modo, o advento da Carta Constitucional de 1988 fora o ponto de inflexão para o cenário que está instalado no Brasil, uma vez que o texto constitucional é, incontestavelmente, analítico e esse fato se deve a uma escolha do constituinte originário, que expandiu o rol de legitimados das ações que ensejam o controle de constitucionalidade, como assinala Luís Roberto Barroso.²⁷

²⁶Quando, na mesma pessoa ou no mesmo corpo de magistratura, o poder legislativo está reunido ao poder executivo, não existe liberdade; porque se pode temer que o mesmo monarca ou o mesmo senado crie leis tirânicas para executá-las tiranicamente. Tampouco existe liberdade se o poder de julgar não for separado do poder legislativo e do executivo. Se estivesse unido ao poder legislativo, o poder sobre a vida e a liberdade dos cidadãos seria arbitrário, pois o juiz seria legislador. Se estivesse unido ao poder executivo, o juiz poderia ter a força de um opressor. Tudo estaria perdido se o mesmo homem, ou o mesmo corpo dos principais, ou dos nobres, ou do povo exercesse os três poderes: o de fazer as leis, o de executar as resoluções públicas e o de julgar os crimes ou as querelas entre os particulares. MONTESQUIEU, Charles de Secondat. O Espírito das Leis. Apresentação: Renato Janine Ribeiro; Tradução: Cistina Murachoco. 2ª ed. São Paulo. Martins Fontes: 1996.

²⁷BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito (O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil). *Revista de Direito Administrativo*, [S. l.], v. 240, p. 1–42, 2005. DOI: 10.12660/rda.v240.2005.43618. Disponível em: <<https://periodicos.fgv.br/rda/article/view/43618>>. Acesso em: 03 nov. 2023.

No Brasil, o controle de constitucionalidade existe, em molde incidental, desde a primeira Constituição republicana, de 1891. A denominada ação genérica (ou, atualmente, ação direta), destinada ao controle por via principal - abstrato e concentrado -, foi introduzida pela Emenda Constitucional nº 16, de 1965. Nada obstante, a jurisdição constitucional expandiu-se, verdadeiramente, a partir da Constituição de 1988. A causa determinante foi a ampliação do direito de propositura¹³. A ela somou-se a criação de novos mecanismos de controle concentrado, como a ação declaratória de constitucionalidade¹⁴ e a regulamentação da arguição de descumprimento de preceito fundamental.¹⁵

Não obstante, para além de decisões judiciais que são objeto de debate público, alguns posicionamentos de caráter estritamente políticos, causam espécie.

Isto posto, o então presidente do Supremo Tribunal Federal, o ministro Dias Toffoli, afirmou no 9º Fórum Jurídico de Lisboa, em Portugal, em novembro de 2021, que havia no Brasil um semipresidencialismo tendo o STF o papel de poder moderador.²⁸

Em caso semelhante, o ministro Luís Roberto Barroso, em uma palestra na Universidade de Nova York, afirmou que o papel de uma corte constitucional contemporânea deve ser contramajoritário, representativo e iluminista.²⁹

No entanto, é de se estranhar que no primeiro caso não consta na Carta Magna brasileira qualquer menção de que a corte constitucional exerça o poder moderador ou que houvesse, à época, discussões ou propostas no parlamento brasileiro que versassem sobre a mudança do sistema de governo no Brasil. Ademais, na segunda especulação não há mandamento constitucional exposto mencionando nenhum dos adjetivos elencados pelo ministro como função precípua da suprema corte.

Desse modo, por mais voluntarismo e nobres ideais que se possa ter, é incontestável que tais posições se revelam em opiniões políticas, filosóficas e de cunho substancialmente ideológico.

²⁸ROSCOE, Beatriz. Dias Toffoli e José Levi defendem semipresidencialismo em Fórum de Lisboa. Poder360, 2021. Disponível em: <<https://www.poder360.com.br/brasil/dias-toffoli-e-jose-levi-defendem-semipresidencialismo-em-forum-de-lisboa/>>. Acesso em: 03 nov. 2023.

²⁹BARROSO, Luís Roberto. Contramajoritário, Representativo e Iluminista: Os papéis dos tribunais constitucionais nas democracias contemporâneas / Countermajoritarian, Representative, and Enlightened: The roles of constitutional tribunals in contemporary democracies. **Revista Direito e Práxis**, [S. l.], v. 9, n. 4, p. 2171–2228, 2018. Disponível em: <<https://www.e-publicacoes.uerj.br/revistaceaju/article/view/30806>>. Acesso em: 3 nov. 2023.

A partir disso, corre-se o risco de que as cortes de justiça abandonem o paradigma normativo valendo-se de agendas, convicções e percepções meramente pessoais³⁰, sendo que a viga mestra e norteadora da judicatura deverá ser sempre a lei e não visões político-ideológicas que por vezes permeiam a atuação de magistrados, desembocando em tribunais guiados por ideólogos e não por juízes,³¹ sendo evidenciado a relevância analisar a proeminência e destaque que o judiciário brasileiro tem adquirido no cenário institucional e político do país.

Uma vez que, tais distorções aconteçam o modelo institucional poderá ser fragilizado, na medida em que o Judiciário evoque para si uma figura de poder constituinte reformador³², que se revela no Art. 60, insculpido na Constituição Federal.³³

Nesse aspecto, fica clarificado que menções e juízos pessoais por parte de alguns magistrados servem de pavimento a um seguro caminho para a perfectibilização do ativismo judicial, que infere grave retrocesso institucional e democrático, assim esclarece, em preciosa citação, José Ribas Vieira:³⁴

³⁰AMORIM, Lucas. Em Paris, Barroso fala do protagonismo do STF e apresenta uma agenda para o Brasil. **Exame**, 2023. Disponível em: <<https://exame.com/brasil/em-paris-barroso-fala-do-protagonismo-do-stf-e-apresenta-uma-agenda-para-o-brasil/>>. Acesso em: 03 nov. 2023.

³¹[...] Registro apenas que, no caso brasileiro, não se aplica a premissa de Hirschl de que o Judiciário tornou-se o último refúgio das elites diante da democratização da sociedade. No Brasil, por circunstâncias diversas, o Judiciário e o próprio Supremo Tribunal Federal são, no geral, mais liberais/progressistas que o Legislativo, onde a influência do poder econômico se tornou excessiva e distorciva da representação. BARROSO, Luís Roberto. **Contramajoritário, Representativo e Iluminista: Os papéis dos tribunais constitucionais nas democracias contemporâneas**. CONJUR. 2021. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/dl/notas-palestra-luis-robertobarroso.pdf>>. Acesso em: 3 nov. 2023.

³²Além da proeminência do Supremo, enquanto arena de deliberação pública, é importante buscar demonstrar o quanto o Supremo tem se afastado do modelo tradicional de legislador negativo, imaginado por Kelsen, quando justificou a necessidade de cortes constitucionais no continente europeu, nas primeiras décadas do Século XX.³⁷ Gostaria de destacar aqui dois casos que demonstram que o Supremo vem não apenas conferindo efeito legiferante a algumas de suas decisões, mas que esta atuação legislativa eventualmente tem hierarquia constitucional. Tanto no caso da fidelidade partidária, MS 26.603/DF, como no caso da Reclamação 4.335-5/Acre, referente à constitucionalidade da lei de crimes hediondos, o Supremo parece ter dado um passo na direção do exercício do poder constituinte reformador. VILHENA, Oscar. **Supremacia**. SCIELO, 2008. Disponível em: <<https://www.scielo.br/j/rdgv/a/6vXvWwkg7XG9njd6XmBzYzQ/?format=pdf&lang=pt>>. Acesso em: 3 nov. 2023.

³³BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Promulgada em 5 de outubro de 1988. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 5 out. 1988. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 31/10/2023.

³⁴VIEIRA, José Ribas; GRUPO DO ATIVISMO JUDICIAL. Verso e reverso: a judicialização da política e o ativismo judicial no Brasil. **Revista Estação Científica**, Juiz de Fora, v. 1, n. 4, out./nov. 2009. (Edição Especial Direito). Disponível em: <<https://portaladm.estacio.br/media/4411/artigo-3-revisado.pdf>>. Acesso em: 03 nov. 2023.

Em uma primeira acepção, o ativismo judicial será medido pela frequência com que um determinado magistrado ou tribunal invalida as ações (normas e atos normativos) de outros poderes de Estado, especialmente do Poder Legislativo (SUNSTEIN, 2005, p. 41-44). Ou seja, com que frequência os tribunais “retiram a decisão das mãos dos eleitores” (SUNSTEIN, 2005, p. 43). Além disso, também será considerado ativista o magistrado ou tribunal que procura suprir omissões (reais ou aparentes) dos demais poderes com suas decisões, como, por exemplo, no tocante à definição ou concretização de políticas públicas ou regulamentação das regras do jogo democrático.

Nessa direção, torna-se inequívoco considerar ao menos, em algum grau, certo nível de uma atuação ativista, quando observados os sintéticos apontamentos, e decisões que vão de encontro a esta visão.³⁵

6 AS CONSEQUÊNCIAS DO ATIVISMO JUDICIAL AO SISTEMA POLÍTICO INSTITUCIONAL

Para que, de maneira eficaz se possa mensurar os impactos do ativismo judicial, a linha temporal traçada até agora, ainda que sucinta, remonta a materialização da construção do processo democrático e a formação do Estado moderno, que se traduz nas instituições que no presente asseguram toda essa concepção.

Ou seja, o sistema representativo, a separação de poderes e a vinculação indissociável do Estado à lei configuram o amálgama que traduz o Estado Democrático de Direito, assim qualquer instituição ou instância de poder que extrapole seus limites, poderá colidir contra as bases do modelo institucional estatuído e vigente.

Com efeito, trazer à baila e investigar as consequências do ativismo judicial se faz necessário, posto que a observância da atuação do poder judiciário, de acordo com o previsto

³⁵ Tem-se, pois, que o Supremo Tribunal Federal adota o ativismo judicial com vistas a dar efetividade às normas constitucionais, precipuamente, em face da omissão dos demais Poderes. Nesse sentido interessante citar recentes decisões do Supremo Tribunal Federal, nas quais se verifica o ativismo judicial, em virtude da matéria que abordam. São elas, dentre outras: a) Instituição de contribuição dos inativos na Reforma da Previdência – ADI 3105/DF; b) Criação do Conselho Nacional de Justiça na Reforma do judiciário – ADI 3367; c) Pesquisa com células-tronco embrionárias – ADI 3510/DF; d) Interrupção da gestação de fetos anencefálicos – ADPF 54/DF; e) Restrição do uso de algemas – HC 91952/SP e Súmula Vinculante nº 11; f) demarcação da reserva indígena Raposa Serra do Sol – PET 3388/RR; g) Vedação ao Nepotismo – ADC 12/DF e Súmula Vinculante nº 13. JUNIOR, Arthur Bezerra de Souza; PFLUG, Samantha Ribeiro Meyer-. **O ATIVISMO JUDICIAL NO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL JUDICIAL**. PublicaDireito. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=6f4b7fd3eea0af87>. Acesso em: 3 nov. 2023.

no rol normativo, sem dúvida, é pressuposto essencial para a manutenção da democracia, da ordem, da segurança jurídica e do próprio Direito brasileiro.³⁶

Portanto, mostra-se perceptível que quando as cortes constitucionais avançam de modo desmedido em suas competências um novo regime jurídico-político, diverso daquele que versa o sistema democrático, terá potencial, possivelmente, de alterar a própria configuração constitucional do Estado e quiçá a propícia e irrecusável separação dos poderes que é apta para garantir estabilidade e concretizar o fundamento do Estado de Direito, que em nada se compara com um Estado ou instituições que concentram em si mesmos poderes outros dos estabelecidos constitucional e historicamente, nessa definição específica Charlles de Paula Santos e Jorge Heleno Costa³⁷:

Os ministros do STF atuam com desprezo pela vontade do povo e pelos ditames constitucionais e levam o país para mais próximo do absolutismo de Thomas Hobbes do que para a democracia liberal consolidada desde a Convenção Constitucional da Filadélfia (1787). De uma maneira velada, o modelo Hobbesiano de Estado é ressuscitado, alimentado e estimulado por meio da interpretação de parte dos “constitucionalistas” que defendem a existência de Constituições dirigentes (SACOMAN, 2018). No período absolutista, o poder do rei era sustentado com fulcro no direito natural, em que o soberano era visto como uma divindade dotada de poderes absolutos concedidos por Deus. Hoje, sob o manto do neoconstitucionalismo, os “reis” contemporâneos usam togas e se apoiam em teses fundamentadas no arbítrio de uma interpretação ilimitada do texto constitucional sob a máscara da hermenêutica. Muitas vezes decidem de forma monocrática questões nacionais e interferem em outros poderes como um “método de perseguir objetivos políticos” (HIRSCHL, 2020, p. 30).

Por conseguinte, o grande assombro advindo do ativismo judicial verifica-se na mutação institucional, que é gerada como consequência de um processo alterado, sem legitimidade, do princípio fundante do modelo de Estado em vigor, qual seja, a Constituição Federal, que de acordo com a escolha do constituinte originário elencou as possibilidades e o modo de reforma ou revisão constitucional e a moldura institucional das cortes de justiça.

³⁶ O formato de uma democracia está atrelado à cultura do povo ou da região geográfica do estado que a adota como regime político. Desde suas conceituações clássicas até as atuais, a democracia vem sofrendo alterações no que tange a seu formato e a sua aplicação para com o povo, mas sem perder sua essência. A etimologia da palavra democracia, em grego *demokratia*, expressa a relação entre povo (*demos*) e poder (*kratia*) ainda mantida nas mais diversas formas de organização de estado. Um regime democrático é, em suma, oposto a regimes totalitários, autocráticos, oligárquicos, e como pauta deste artigo, a democracia é contrária também a um regime juristocrata. O termo juristocrata é adjetivo de um estado que tem a juristocracia, termo cunhado por Ran Hirschl, como regime político. Consiste em um fenômeno no qual ocorre transferência de poderes do executivo e do legislativo para o judiciário. Nesse contexto, podem ocorrer o advento de uma nova constituição, revisões de constituições vigentes ou ativismo judicial. Traçando um paralelo de conceitos, enquanto na democracia o poder é do povo, na juristocracia a ordem política é regida por juízes. COSTA, Jorge Heleno; SANTOS, Charlles de Paula. DA JURISTOCRACIA À MINISTROCRACIA: a disfuncionalidade constitucional no Brasil. **Revista de Direito Contemporâneo UNIDEP**, Pato Branco, ano 1, n. 2, jul./dez. 2022. Disponível em: <<https://periodicosunidep.emnuvens.com.br/rdc-u/article/view/159/98>>. Acesso em: 3 nov. 2023.

³⁷ *Ibid.*, 2022

No tocante a essa premissa, regimes totalitários instituem uma concentração tal de poderes que não se pode observar minimamente, a teoria proposta por Montesquieu, como assinala Luís Carlos Cancellier de Olivo a respeito do controle de constitucionalidade da corte constitucional da antiga URSS.³⁸

Modelo histórico completamente diverso foi o adotado pela antiga União das Repúblicas Socialistas Soviéticas (URSS)⁵⁶. O Soviete Supremo exercia ao mesmo tempo as funções legislativas, executivas e judiciárias. Como não havia separação dos poderes, mas a sua unidade, o próprio Soviete realizava o controle de constitucionalidade das leis.

Finalmente, tais atos refreiam de forma ostensiva a legitimidade democrática, tendo em vista a predominância de um dos poderes instituídos sobre os demais, conseqüentemente implodindo, a separação de poderes sob a ótica de Montesquieu.

7 O ATIVISMO JUDICIAL NAS CORTES CONSTITUCIONAIS

Assim como as concepções de democracia e de Estado mostram-se em evoluções de longos processos históricos, o ativismo judicial percorre o mesmo trajeto.

Destarte, alguns casos emblemáticos indicam esse caminho percorrido até o ativismo como é concebido atualmente.

Notadamente, nos Estados Unidos se faz referência a um caso paradigmático, que fora o ponto inicial das discussões em torno da temática, consagrado no caso de William Marbury, nomeado como juiz de paz pelo então presidente John Adams, como descreve o magistério de Clarissa Tassinari:³⁹

1803. Estados Unidos da América. Na discussão sobre o empossamento de William Marbury como juiz de paz, de acordo com a designação feita pelo então presidente John Adams às vésperas de deixar seu cargo, a Suprema Corte, por decisão do Chief Justice Marshall, afirma que, embora a nomeação de Marbury fosse irrevogável, o caso não poderia ser julgado pela Corte. É declarada inconstitucional, portanto, a seção 13 do Judiciary Act – que atribuía competência originária à Suprema Corte para tanto –, sob o fundamento de que tal disposição legislativa ampliava sua atuação para além do que havia sido previsto constitucionalmente, no Article III.¹ Com isso, por uma decisão judicial no julgamento de um caso, surgiu o controle de

³⁸OLIVO, Luís Carlos Cancellier de. Juízes Legisladores: O Controle de Constitucionalidade das Leis Como Forma de Exercício do Direito Judiciário. **Dialnet**, 2000. Disponível em: <<https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/4818142.pdf>>. Acesso em: 3 nov. 2023.

³⁹TASSINARI, Clarissa. **Jurisdição e Ativismo Judicial: Limites da Atuação do Judiciário**, 1ª ed - Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2013.

constitucionalidade (judicial review) norte-americano. Refira-se: a Constituição não conferia expressamente este poder de revisão dos tribunais sobre a legislação do Congresso.² Dá-se início, assim, às discussões sobre ativismo judicial em solo norte-americano.

Baseado nisso, a evolução do tema se consolidada com Arthur Schlesinger Jr, que seria o precursor do termo ativismo judicial, como esclarece Carlos Alexandre de Azevedo Campos.⁴⁰

A doutrina norte-americana reconhece que o primeiro uso público do termo “ativismo judicial” coube ao historiador estadunidense Arthur Schlesinger Jr.¹² em um artigo intitulado *The Supreme Court: 1947*, publicado na *Revista Fortune*, vol. XXXV, nº 1, no mês de Janeiro de 1947. Nesse artigo, além de apresentar o termo, Schlesinger entregou outra importante lição: quanto mais uma corte se apresenta como uma instituição vital ao seu país e à sua sociedade, mais ela e seus membros deverão sujeitar-se a um julgamento crítico sobre suas motivações, relações internas e externas, enfim, tudo o que possa ser fator de suas decisões. Schlesinger defendeu a importância em saber as questões que dividem os juizes da Suprema Corte norte-americana e isso porque “suas decisões ajudam a moldar a nação por anos”¹³ Essa é uma lição fundamental para o contemporâneo momento de relevância política e social do Supremo Tribunal Federal. [...] Para o autor, os juizes ativistas substituem a vontade do legislador pela própria porque acreditam que devem atuar ativamente na promoção das liberdades civis e dos direitos das minorias, dos destituídos e dos indefesos, “mesmo que se, para tanto, chegassem próximo à correção judicial dos erros do legislador”. Ao contrário, os juizes “campeões da autorrestrrição judicial” têm uma visão muito diferente a respeito das responsabilidades da Corte e da natureza da função judicial [...]

Em consequência, a ascensão do ativismo judicial vem ganhando proporções cada vez maiores, pois a partir do século XVIII, o novo arranjo institucional viabilizou essa escalada, como indica André Uliano.⁴¹

Os últimos dois séculos foram marcados por uma forte e acelerada expansão do Poder Judiciário. Para se ter uma ideia, o controle de constitucionalidade – uma das mais contundentes e impactantes expressões da jurisdição – era inexistente em 1781. Pouco tempo depois foi adotado pelos Estados Unidos de forma isolada. Alexis de Tocqueville o descreveu como uma “peculiaridade da magistratura americana” em sua obra clássica, “*Democracia na América*”, publicada em 1835. Ao final do século XIX, alguns países latino-americanos já haviam admitido o instituto. Em meados do século XX, passaram para cerca de 38% o percentual de nações que adotavam alguma forma de controle de constitucionalidade. Em 2011, esse percentual já chegava a 83%⁵⁹. De 191 países estudados pelo professor da Universidade de Chicago Tom Ginsburg, 139 traziam em suas constituições mecanismos de controle judicial de constitucionalidade, 79 por Cortes Constitucionais, e 60 por meio de

⁴⁰CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. *A Evolução do Ativismo Judicial na Suprema Corte Norte-Americana*. MPRJ, 2016. Disponível em: <https://www.mprj.mp.br/documents/20184/1272607/Carlos_Alexandre_de_Azevedo_Campos.pdf>. Acesso em: 03 nov. 2023.

⁴¹ULIANO, André Borges. *Ativismo Judicial, Estado de Direito e Democracia: Problemas e mecanismos de controle da “onipotência” judicial*. RDBU, 2021. Disponível em: <http://repositorio.jesuita.org.br/bitstream/handle/UNISINOS/10837/Andre%20Borges%20Uliano_.pdf?sequence=1&isAllowed=y> Acesso em: 03 nov. 2023.

controle difuso⁶⁰. Ginsburg diz que esse movimento ocorreu em ondas. Ele indica três, as quais serão detalhadas mais à frente, mas grosso modo sucederam da seguinte forma: primeiramente, com a fundação do judicial review nos Estados Unidos; depois, uma segunda onda sobreveio inicialmente com a adoção de formas concentradas de controle por influência de Hans Kelsen e da Constituição Austriaca no primeiro pós- Guerra, e depois com os movimentos de emancipação colonial e o pós-Segunda Guerra; por fim, uma última onda foi deflagrada concomitantemente com o processo de democratização dos países do antigo bloco soviético e da América Latina⁶¹. Isso não quer dizer que todos os países com sistemas de judicial review aceitem o ativismo ou acolham a ideia de supremacia judicial. A intensidade e profundidade dos poderes de controle variam bastante de país para país. Alguns preveem apenas o que Jeromy Waldron chama de weak judicial review⁶², em que o Parlamento pode superar a decisão da Suprema Corte, o que ocorre em democracias consolidadas como Inglaterra e Canadá.

Em vista disso, a ação do judiciário e das cortes constitucionais têm apontado, inevitavelmente, para a essa direção, sendo ainda mais intensificado pelo advento do constitucionalismo pós-moderno (neoconstitucionalismo), que conceitualmente possui grande equivalência com o ativismo judicial, pois visa elastecer o sentido das normas, abrindo um campo amplamente discricionário ao julgador.⁴²

8 O IMPACTO DO ATIVISMO JUDICIAL SOBRE O SISTEMA DEMOCRATICO

Com fundamento alicerçado em toda exposição pretérita, é possível identificar conceitos que balizam e dão os contornos necessários a um sistema democrático sólido e legítimo.

Nessa perspectiva, fazer menção ao sufrágio (como escolha política) e a representação política, mostra-se em requisito basilar e inicial em qualquer democracia. Isto é, o que

⁴²Como demonstra LETÍCIA FERREIRA RAMOS: Em resumo, o movimento constitucionalista pós-moderno estabelece uma hierarquia entre as normas que, além de formal, é também axiológica e ainda busca promover a concretização dos direitos fundamentais. Segundo Roberto Barroso, o Neoconstitucionalismo possui os seguintes traços característicos: força normativa e valorização dos princípios; métodos abertos de raciocínio (argumentação jurídica, ponderação, método tópico etc.); constitucionalização do direito; reaproximação do Direito e da Moral; e expansão da jurisdição constitucional. Também nesse contexto neoconstitucionalista, algumas críticas são lançadas ao modelo vigente e Daniel Sarmento bem aponta alguns efeitos que, segundo ele, guardam certos traços negativos, quais sejam “Supremocracia” ou “Juristocracia” (“Governo dos Juizes”); “oba-oba Constitucional”, que corresponde à invocação frouxa e não fundamentada de princípios, utilizados de forma desarrazoada; e “Panconstitucionalização” ou “Hiperconstitucionalização”, o qual significa que tudo ou quase tudo está previsto na Constituição, tornando o legislador mero executor de medidas já impostas pelo constituinte, fato que resulta na negação de autonomia política ao povo em cada momento de sua história.

RAMOS, Leticia Ferreira. *Análise Histórico-Evolutiva Do Ativismo Judicial No Brasil E No Mundo Com Enfoque Na Atuação Do Stf*. PUC Campinas, 2021. Disponível em: <https://repositorio.sis.puccampinas.edu.br/bitstream/handle/123456789/14673/cchsa_direito_tcc_amos_lf.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em 03 nov. 2023.

legítima o exercício do poder, infere-se na delegação mediante o voto a um determinado grupo de representantes para bem exercer o poder.

À vista disso, ensina Manoel Gonçalves Ferreira Filho:⁴³

Ora, com o sufrágio universal, os representantes vieram a ser escolhidos por todo (ou quase) o povo. Tomou, por isso, o governo representativo um caráter democrático. Veio a ser chamado de democracia representativa. Um tipo de democracia em que o povo se governa indiretamente, por intermédio de representantes que elege.

Nesse mister, nota-se que o poder judiciário não goza de tal prerrogativa (a representação), tampouco exerce poder, aos menos em democracias funcionais, de forma representativa, ao passo que, a partir do momento, em que o poder judiciário ultrapassa seus limites constitucionais, adotando uma postura ativista, desaguando em mutações legislativas, que são de competência, precípua, do legislador, poderá existir a afronta não somente ao rol normativo, mas ao cerne do sistema democrático, assim consigna André Uliano:⁴⁴

[...] em suma, “a principal função de uma decisão judicial é resolver uma disputa acerca de qual o direito, ou como ele se aplica a fatos concretos envolvendo as partes em disputa. A finalidade não é mudar a lei.”¹²⁹ Ou seja, a decisão judicial não opera no mesmo nível de liberdade das decisões políticas. Ela não é propriamente uma escolha. Ela opera e realiza o enforcement de decisões já tomadas, baseando-se no direito anteriormente instituído. Como leciona Richard Ekins: “o caso central da tarefa jurisdicional é decidir disputas com fundamento no direito pré-existente”¹³⁰. Essa atividade não é nem mecânica, nem puramente formal ou dedutiva. Mas, num cenário de separação de poderes, essa tarefa tem de ser lida de modo a não confundir seu estatuto com aquele aplicável às decisões políticas de governo.[...] Ademais, o arranjo constitucional contemporâneo não elegeu o Poder Judiciário como “o” foro de princípios, mas como um deles, e não o principal. Como alerta Cass Sunstein: “em todas as democracias constitucionais em bom funcionamento, o real foro dos mais altos princípios é a política, não o judiciário – e os princípios mais fundamentais são desenvolvidos democraticamente, não em salas de tribunais”¹³¹. [...]

Ainda sobre as limitações institucionais aponta o autor:

A mudança do texto é o meio pelo qual o legislador altera o próprio direito. O texto normativo é o veículo da norma. A alteração textual implica e carrega consigo a introdução de novas prescrições que visam contribuir para a coordenação das condutas em sociedade. São regras de ação para os atores sociais, inclusive para os magistrados e demais operadores do direito¹³⁴. Daí por que a preservação dos limites semânticos das normas legais e constitucionais é fundamental para a preservação da autoridade deliberativa dos órgãos representativos¹³⁵. Violar tais limites, sem razões constitucionais sólidas, é violar a decisão instituída pelos métodos autoritativos criados pelo regime constitucional-democrático e, com isso,

⁴³FILHO, Manoel Gonçalves Ferreira. **Curso de direito constitucional / Manoel Gonçalves Ferreira Filho**. – 38. ed., rev. e atual. – São Paulo : Saraiva, 2012. 1. Brasil - Direito constitucional 2. Direito p. 93.

⁴⁴ULIANO, André Borges. Ativismo Judicial, Estado de Direito e Democracia: Problemas e mecanismos de controle da “onipotência” judicial, p. 54-57. **RDBU**, 2021. Disponível em: <http://repositorio.jesuita.org.br/bitstream/handle/UNISINOS/10837/Andre%20Borges%20Uliano_.pdf?sequence=1&isAllowed=y> Acesso em: 03 nov. 2023.

enfraquecer o Estado de Direito. Frise-se que a mesma Constituição que vincula o Poder Legislativo também vincula o Poder Judiciário. A decisão de fundar a organização do Estado em uma Constituição, mesmo que dotada de normas de textura bastante aberta e dirigente, não equivale a entregar a condução política da sociedade a uma espécie de “Conselho de Sábios”, a uma “vanguarda iluminista”¹³⁶, que possa atuar de modo discricionário, segundo o que entende ser “o melhor”. O governo segundo o direito, o Império da Lei, é antitético tanto ao governo segundo a força quanto ao governo segundo a pura discricionariedade, mesmo que seja a discricionariedade de um grupo supostamente bem-intencionado e com formação acadêmica, o “tirano” ou “déspota benévolo” que é abordado por parte da literatura política¹³⁷.

Portanto, quando se constatar que avanços sobre competências institucionais, que abalam a estabilidade política e jurídica, ante a casos notórios de decisões judiciais ativistas, poderá ocorrer a fragilização do processo democrático, tendo em vista que o meio pelo qual houve a escolha política (o sufrágio) estará, em tese, sendo mitigado.

Nesse caso, não se trata da competência de análise de questões suscitadas, mas sim em qual órgão reside a competência constitucional de decidir sobre o tema em que haverá visível inovação do direito, ou seja, a produção legislativa.

8.1 Um Arquétipo Do Ativismo Judicial

Considerando que, pelo escopo apresentado o ativismo judicial, resumidamente, se caracteriza por atitudes proativas, conjugada a uma interpretação extensiva do índice legal instituído e mediante uma atuação extensiva e autônoma visando determinado fim e em sobrepondo uma decisão política⁴⁵, dentre as alegações do que seriam consideradas como atitude ativista, no tocante ao corte constitucional brasileira, se verifica em um dos episódios mais controversos dos últimos tempos da seara jurídica, qual seja o inquérito 4781, como popularmente ficou conhecido o inquérito das fake news, como apontou o ex-ministro do STF, Marco Aurélio Mello, o inquérito do fim do mundo.⁴⁶

⁴⁵ULIANO, André Borges. Ativismo Judicial, Estado de Direito e Democracia: Problemas e mecanismos de controle da “onipotência” judicial. **RDBU**, 2021. Disponível em: <http://repositorio.jesuita.org.br/bitstream/handle/UNISINOS/10837/Andre%20Borges%20Uliano_.pdf?sequence=1&isAllowed=y> Acesso em: 03 nov. 2023.

⁴⁶Por 10 votos a 1, STF decide que inquérito das fake news deve continuar Ministro Marco Aurélio deu o único voto contrário. Disponível em: <<https://g1.globo.com/politica/ao-vivo/stf-julgamento-inquerito-das-fake-news.ghtml>>. Acesso em 03 nov. 2023.

Nesta vereda, se percebe que o mencionado procedimento exemplifica em muito, a materialização das consequências provenientes do ativismo judicial, com uma inquietante fuga dos moldes constitucionais.

O referido inquérito foi instaurado de ofício, por meio da portaria 069/19, pelo então presidente do Supremo Tribunal Federal, ministro Dias Toffoli, para apuração de suposta veiculação de notícias falsas e ameaças contra o STF, seus integrantes e os familiares desses.

Para mais, em sendo o inquérito instituído por um magistrado, partindo de uma interpretação extensiva do art. 43 do Regimento interno do STF de 1981, e ainda tendo sido indicado para presidi-lo, o Ministro Alexandre de Moraes, assim muito provavelmente, há aparentemente, certo conflito com o texto legado pelo constituinte de 1988, no que tange o princípio do juiz natural, in verbis:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

(...)

LIII - ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente;⁴⁷

Desse modo, o início e o teor do inquérito, podem se traduzir em violação ao sistema acusatório que preconiza a distinção entre as funções no bojo do processo, para a garantia do Estado democrático de Direito, assim bem preleciona Fernando Capez:⁴⁸

“No sistema acusatório, a fase investigatória fica a cargo da Polícia Civil, sob controle externo do Ministério Público (CF, art. 129, VII; Lei Complementar n. 734/93, art. 103, XIII, a a e), a quem, ao final, caberá propor a ação penal ou o arquivamento do caso. A autoridade judiciária não atua como sujeito ativo da produção da prova, ficando a salvo de qualquer comprometimento psicológico prévio. O sistema acusatório pressupõe as seguintes garantias constitucionais: da tutela jurisdicional (art. 5º, XXXV), do devido processo legal (art. 5º, LIV), da garantia do acesso à justiça (art. 5º, LXXIV), da garantia do juiz natural (art. 5º, XXXVII e LIII), do tratamento paritário das partes (art. 5º, caput e I), da ampla defesa (art. 5º, LV, LVI e LXII), da publicidade dos atos processuais e motivação dos atos decisórios (art. 93, IX) e da presunção da inocência (art. 5º, LVII) (Criminologia, cit., p. 31-8). É o sistema vigente entre nós”.

Nesse sentido, a obra “INQUÉRITO DO FIM DO MUNDO o apagar das luzes no direito brasileiro” elenca algumas incongruências que se defrontam com o sistema jurídico estabelecido no país, quais sejam:⁴⁹

⁴⁷BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Centro Gráfico, 1988.

⁴⁸CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal**. 23ª edição. São Paulo. Saraiva. 2016, p.118.

⁴⁹PIOVEZAN, Cláudia Rodrigues de Moraes. **“Inquérito do Fim do Mundo, o apagar das luzes do Direito Brasileiro”**. 1ª ed. Londrina. Editora E.D.A. 2020, p. 46 – 48.

- a) O inquérito viola o chamado sistema acusatório, ao concentrar várias funções processuais em uma única pessoa. [...]
- b) O inquérito viola o direito de os advogados terem acesso aos autos. [...]
- c) O inquérito viola a titularidade do Ministério Público para a condução da investigação e para promover o arquivamento dos autos. [...]
- d) O inquérito se presta, na prática, exclusivamente à perseguição de críticos. [...]
- e) O inquérito viola os termos do próprio Regimento Interno do STF. [...]
- f) O inquérito não traz qualquer fato definido a ser apurado. [...]
- g) O inquérito viola o devido processo legal ao investigar pessoas sem prerrogativa de foro no STF. [...]
- h) O inquérito cria um tribunal de exceção no Brasil. [...]

Diante disso, por todo o exposto e das menções postas ao que parece, houve uma interpretação do regimento interno do tribunal, dilatada, e a redução de atos indispensáveis e indisponíveis ao rito processual, excedendo as funções e atribuições, em um nível diferenciado⁵⁰, além de outras decisões controvertidas da Suprema Corte, seja no caso da cláusula de barreira⁵¹ ou ainda na pauta do aborto⁵².

9 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Por fim, a exposição do tema baseado na construção histórico - evolutiva da democracia, da separação de poderes e do modelo de Estado moderno, contrastam com o avanço do ativismo judicial, a partir da ótica de que o poder judiciário concentre em si poderes para além de suas competências.

Em consequência, toda construção histórica do modelo de Estado moderno se vê abalada, na medida em que desde 1215, com a Magna Carta inglesa até a Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, restou demonstrado que a luta contra a concentração de poder e a submissão do Estado às normas vigentes, de forma inegável

⁵⁰[...] Essa interpretação tem por base princípios constitucionais, explícitos ou implícitos, onde ele, juiz, irá construir um novo Direito a fim de moldar a nova sociedade. O ativismo judicial é, portanto, fazer política por meio do Judiciário, atuando como Poder Legislativo, ao fazer novas leis e revogar as existentes, e como Poder Executivo, ao decidir as políticas públicas. O Supremo Tribunal Federal, entretanto, elevou o ativismo a um outro patamar.[...] PIOVEZAN, Cláudia Rodrigues de Moraes. **“Inquérito do Fim do Mundo, O apagar das luzes do Direito Brasileiro”**. 1ª ed. Londrina. Editora E.D.A. 2020, p. 101.

⁵¹Vide: Agência Câmara de Notícias: Gilmar Mendes diz que STF errou em decisão sobre cláusula de barreira. Disponível em: <<https://www.camara.leg.br/noticias/509833-gilmar-mendes-diz-que-stf-errou-em-decisao-sobre-clausula-de-barreira/>>. Acesso em 03 nov. 2023.

⁵² Vide: STF, Relatora vota pela descriminalização do aborto até 12 semanas de gestação; julgamento é suspenso. Disponível em: <<https://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=514619&ori=1>>. Acesso em 03 nov. 2023.

guiaram as ações dos indivíduos no afã de ver-se livre da injustiça, de violações e perseguições por parte do Estado e de seus agentes.

Uma vez que, a democracia tem em seus pilares centrais a escolha e a representação política, mediante seus depositários precípuos que são os agentes políticos, que esses sim possuem uma pauta ou agenda política, visto que receberam a autorização, mediante o sufrágio para assim procederem, diferentemente dos integrantes das cortes de justiça.

Nesse caso, se algum outro integrante da estrutura do Estado, avocar, de modo diverso daquele estatuído, uma atribuição que não lhe pertence ocorrerá grave erosão da própria democracia, do sistema representativo e em última instância ao indivíduo que delegou, de acordo com a Constituição da República, sua representação ao agente político.

Sendo assim, interferências indevidas no processo político e na forma de interação entre os poderes constituídos, poderá produzir crises institucionais que são fonte de instabilidade, conflito e deterioração de todo arranjo institucional e normativo.

Finalmente, no esforço de compreender e demonstrar quais são as consequências do fenômeno do ativismo judicial, constatou-se que este traz prejuízos, em virtude da usurpação de poder e da inovação do direito a quem da legislação e do afastamento e obstrução ao exercício da cidadania ativa, pois como evidenciado no Art. 1º da CF de 88, o poder emana do povo que é representado por aqueles escolhidos por meio de um processo eleitoral baseado no sufrágio universal.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABBOUD, Georges. **Processo Constitucional Brasileiro**. 4ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2020, p. 1.359-1408.

AMORIM, Lucas. Em Paris, Barroso fala do protagonismo do STF e apresenta uma agenda para o Brasil. **Exame**, 2023. Disponível em: <<https://exame.com/brasil/em-paris-barroso-fala-do-protagonismo-do-stf-e-apresenta-uma-agenda-para-o-brasil/>>. Acesso em: 03 nov. 2023.

ARRUDA, José Jobson de Andrade. **História Moderna e Contemporânea**, 11. Ed. São Paulo: Editora Ática. 1980. p. 152 - 153.

BARROSO, Luís Roberto. **Contramajoritário, Representativo e Iluminista: Os papéis dos tribunais constitucionais nas democracias contemporâneas**. CONJUR. 2021. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/dl/notas-palestra-luis-robertobarroso.pdf>>. Acesso em: 3 nov. 2023.

BARROSO, Luís Roberto. Contramajoritário, Representativo e Iluminista: Os papéis dos tribunais constitucionais nas democracias contemporâneas / Countermajoritarian, Representative, and Enlightened: The roles of constitutional tribunals in contemporary democracies. **Revista Direito e Práxis**, [S. l.], v. 9, n. 4, p. 2171–2228, 2018. Disponível em: <<https://www.e-publicacoes.uerj.br/revistaceaju/article/view/30806>>. Acesso em: 3 nov. 2023.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo**, 5º ed. São Paulo: Saraiva. 2017, p. 437.

BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática. (SYN)THESIS, [S. l.], v. 5, n. 1, p. 23–32, 2012. Disponível em: <<https://www.e-publicacoes.uerj.br/synthesis/article/view/7433>>. Acesso em: 3 nov. 2023.

BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito (O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil). **Revista de Direito Administrativo**, [S. l.], v. 240, p. 1–42, 2005. DOI: 10.12660/rda.v240.2005.43618. Disponível em: <<https://periodicos.fgv.br/rda/article/view/43618>>. Acesso em: 03 nov. 2023.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Promulgada em 5 de outubro de 1988. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 5 out. 1988. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em 02 nov. 2023.

BRASIL PARALELO. **As melhores e as piores formas de governo segundo Aristóteles**. Porto Alegre, 2022. Disponível em: <<https://www.brasilparalelo.com.br/artigos/formas-de-governo-segundo-aristoteles>>. Acesso em: 03 nov. 2023.

BRASIL PARALELO. Entenda a origem da Democracia. Porto Alegre, 2022. Disponível em: <<https://www.brasilparalelo.com.br/artigos/origem-da-democracia>>. Acesso em: 02 nov. 2023.

CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. A Evolução do Ativismo Judicial na Suprema Corte Norte-Americana. **MPRJ**, 2016. Disponível em: <https://www.mprj.mp.br/documents/20184/1272607/Carlos_Alexandre_de_Azevedo_Campos.pdf>. Acesso em: 03 nov. 2023.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal**. 23ª edição. São Paulo. Saraiva. 2016, p.118.

CEREIJIDO, Juliano Henrique Da Cruz. A Democracia Antiga não Reconhece Direitos Humanos. A Moderna não Pode Abrir Mão Deles (*). **ALESP**, 2002. Disponível em: <https://www.al.sp.gov.br/repositorio/bibliotecaDigital/351_arquivo.pdf>. Acesso em: 03 nov. 2023.

COSTA, Jorge Heleno; SANTOS, Charlles de Paula. DA JURISTOCRACIA À MINISTROCRACIA: a disfuncionalidade constitucional no Brasil. **Revista de Direito Contemporâneo UNIDEP**, Pato Branco, ano 1, n. 2, jul./dez. 2022. Disponível em: <<https://periodicosunidep.emnuvens.com.br/rdc-u/article/view/159/98>>. Acesso em: 3 nov. 2023.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de Teoria Geral do Estado**. 32 ed. São Paulo: Saraiva. 2013.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de teoria geral do Estado**. 32. ed. -São Paulo: Saraiva, 2013. Pág. 44.

DAVID, Rene. **Os grandes sistemas do direito contemporâneo**. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes. 2002.

DOTTI, René Ariel. **Curso de Direito Penal parte geral**. 6 ed. São Paulo: Thomson Reuters, 2018.

FILHO, Manoel Gonçalves Ferreira. **Curso de direito constitucional / Manoel Gonçalves Ferreira Filho**. 38. ed., rev. e atual. – São Paulo : Saraiva, 2012. 1. Brasil - Direito constitucional 2. Direito p. 93.

GRAGLIA, Lino A. It's not Constitutionalism, It's Judicial Activism. **Harvard Journal of Law & Public Policy**, Cambridge, V. 19, n. 2, 1995. p. 296. Tradução André Borges Uliano.

GOMES, Ricardo. **As Origens do Estado, O Império da lei e o Estado Britânico**. São Paulo: Brasil Paralelo. 2018. E-book. Disponível em: [Brasil%20Paralelo/1_E-book Origens_do_Estado_A_1.pdf](#). Acesso em: 16 de junho de 2020.

JUNIOR, Arthur Bezerra de Souza; PFLUG, Samantha Ribeiro Meyer-. **O ATIVISMO JUDICIAL NO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL JUDICIAL**. PublicaDireito. Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=6f4b7fd3eea0af87>>. Acesso em: 3 nov. 2023.

KELSEN, Hans, **A Democracia**, 2 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 140.

LOPES, Nairo José Borges. O que é a judicialização da política?. **JUS.com**. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/50237/o-que-e-a-judicializacao-da-politica>>. Acesso em 03 nov. 2023.

MALUF, Sahid, **Teoria geral do Estado**, 35. ed. – São Paulo : Saraiva Educação, 2019. p.417.

MENDES, G. F.; BRANCO, P.G.G. **Curso de Direito Constitucional**: 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 41.

MONTESQUIEU, Charles de Secondat. **O Espírito das Leis**. Apresentação: Renato Janine Ribeiro; Tradução: Cristina Murachoco. 2ª ed. São Paulo. Martins Fontes: 1996.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 32ª ed. São Paulo: Atlas, 2016. p. 668.

MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**, 32. ed. rev. e atual. até a EC nº 91, de 18 de fevereiro de 2016 - São Paulo: Atlas, 2016, p. 1120.

NEVES, Frederico Pessoa e NEVES, Isadora Ferreira. Ativismo judicial e judicialização da política: conceitos e contextos. **Consultor Jurídico**. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2021-jan-02/diario-classe-ativismo-judicial-judicializacao-politica-conceitos-contextos>>. Acesso em 03 nov. 2023.

NOVAIS, Jorge Reis. **Contributo para uma teoria do Estado de Direito do Estado de Direito liberal ao social e democrático de Direito**. Dissertação de PÓS-GRADUAÇÃO - Faculdade de Direito, Universidade de Coimbra. Coimbra, p. 101. Disponível em: <https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/7461360/mod_resource/content/1/11%20aula%20-%20Direito%20e%20estado%20social%20e%20democr%C3%A1tico%20de%20direito.pdf>. Acesso em: 03 nov. 2023.

OLIVO, Luís Carlos Cancellier de. Juízes Legisladores: O Controle de Constitucionalidade das Leis Como Forma de Exercício do Direito Judiciário. **Dialnet**, 2000. Disponível em: <<https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/4818142.pdf>>. Acesso em: 3 nov. 2023.

PEREIRA, Adriana Aparecida Coelho. A judicialização da política. **Escola de Direito do IDP**. Disponível em: <<https://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/cadernovirtual/article/download/642/434/2091>>. Acesso em 03 nov. 2023.

PIOVEZAN, Cláudia Rodrigues de Moraes. **“Inquérito do Fim do Mundo, o apagar das luzes do Direito Brasileiro”**. 1ª ed. Londrina. Editora E.D.A. 2020, p. 46 - 48.

RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo Judicial: parâmetros dogmáticos**. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2018. p. 324.

RAMOS, Letícia Ferreira. Análise Histórico-Evolutiva Do Ativismo Judicial No Brasil E No Mundo Com Enfoque Na Atuação Do Stf. **PUC Campinas**, 2021. Disponível em: <https://repositorio.sis.puccampinas.edu.br/bitstream/handle/123456789/14673/cchsa_direito_tcc_ramos_lf.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em 03 nov. 2023.

ROSCOE, Beatriz. Dias Toffoli e José Levi defendem semipresidencialismo em Fórum de Lisboa. **Poder360**, 2021. Disponível em: <<https://www.poder360.com.br/brasil/dias-toffoli-e-jose-levi-defendem-semipresidencialismo-em-forum-de-lisboa/>>. Acesso em: 03 nov. 2023.

STRECK, Lenio Luiz. Entre o ativismo e a judicialização da política: a difícil concretização do direito fundamental a uma decisão judicial constitucionalmente adequada. **Espaço Jurídico Journal of Law [EJL]**, [S. l.], v. 17, n. 3, p. 721–732, 2016. DOI: 10.18593/ejl.v17i3.12206. Disponível em: <<https://periodicos.unoesc.edu.br/espacojuridico/article/view/12206>>. Acesso em: 3 nov. 2023.

STRECK, Lenio Luiz. O Rubicão e os quatro ovos do condor: de novo, o que é ativismo?. **Consultor Jurídico**. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2016-jan-07/senso-incomum-rubicao-quatro-ovos-condor-ativismo>>. Acesso em 03 nov. 2023.

TASSINARI, Clarissa. **Jurisdição e Ativismo Judicial: Limites da Atuação do Judiciário**, 1ª ed - Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2013.

ULIANO, André Borges. Ativismo Judicial, Estado de Direito e Democracia: Problemas e mecanismos de controle da “onipotência” judicial. **RDBU**, 2021. Disponível em: <http://repositorio.jesuita.org.br/bitstream/handle/UNISINOS/10837/Andre%20Borges%20Uliano_.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em: 03 nov. 2023.

ULIANO, André Borges. Ativismo Judicial, Estado de Direito e Democracia: Problemas e mecanismos de controle da “onipotência” judicial, p. 54 - 57. **RDBU**, 2021. Disponível em: <http://repositorio.jesuita.org.br/bitstream/handle/UNISINOS/10837/Andre%20Borges%20Uliano_.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em: 03 nov. 2023.

VIEIRA, José Ribas; GRUPO DO ATIVISMO JUDICIAL. Verso e reverso: a judicialização da política e o ativismo judicial no Brasil. **Revista Estação Científica**, Juiz de Fora, v. 1, n. 4, out./nov. 2009. (Edição Especial Direito). Disponível em: <<https://portaladm.estacio.br/media/4411/artigo-3-revisado.pdf>>. Acesso em: 03 nov. 2023.

VILHENA, Oscar. **Supremacia**. SCIELO, 2008. Disponível em: <<https://www.scielo.br/j/rdgv/a/6vXvWwkg7XG9njd6XmBzYzQ/?format=pdf&lang=pt>>. Acesso em: 3 nov. 2023.