

O ATIVISMO JUDICIAL EM CONSONÂNCIA COM A SOCIEDADE BRASILEIRA

JUDICIAL ACTIVISM IN ACCORDANCE WITH BRAZILIAN SOCIETY

Rafael Vinícius Nascimento¹
Gustavo Henrique Pereira²
Virgílio Queiroz de Paula³

RESUMO

O presente estudo fez uma análise acerca do fenômeno jurídico entendido como ativismo judicial, bem como seu papel para a democracia do Brasil. A metodologia se deu por meio de estudo histórico, jurisprudencial e puramente acadêmico extraído de diversos autores devidamente citados no decorrer do estudo. Realizamos uma análise acerca da teoria tripartite fundada por Charles Montesquieu, no qual o conceito de pesos e contra-pesos ganha relevância no cenário mundial, dessa forma, buscamos o entendimento acerca de como a teoria foi inaugurada, e sobre como ela atua no Brasil. Uma postura ativista do judiciário pode trazer certo desequilíbrio para as funções primordiais dos poderes, visto que foram elaboradas inicialmente para agirem somente onde foram determinadas pela constituição. Um comparativo foi feito acerca dos pontos positivos e negativos de tal fenômeno jurídico, buscando responder o atual questionamento que é palco para discussão: A proatividade do judiciário trás riscos para a democracia brasileira? No desenvolver do estudo procuramos demonstrar que o surgimento e área de atuação do ativismo judicial estão intimamente conciliados com a judicialização da política, que nada mais é que o aumento do impacto, e do número de demandas de decisões judiciais em causas políticas e sociais, assim, o ativismo judicial pode ser entendido como inerente a sociedade atual, portanto, necessário.

Palavras-chave: Direito Constitucional; Ativismo Judicial; Judicialização da Política; Poder Judiciário; Tripartição dos Poderes; Proatividade do Judiciário;

¹ Graduando do curso de Ciências Jurídicas e Sociais do Centro Universitário UNA Betim

² Graduando do curso de Ciências Jurídicas e Sociais do Centro Universitário UNA Betim

³ Professor e Orientador do presente artigo pelo Centro Universitário UNA; Mestre em Direito Público pela Universidade FUMEC; Pós-graduado em Direito Processual: Grandes Transformações, Direito Processual Civil e Gestão Pública: Especialista em Governança, Riscos, Compliance e Controles; Graduado em Ciências Jurídicas e Sociais pela FUMEC.

ABSTRACTS

This study analyzed the legal phenomenon understood as judicial activism, as well as its role for democracy in Brazil. The methodology was carried out through a historical, jurisprudential and purely academic study extracted from several authors duly cited during the study. We carried out an analysis of the tripartite theory founded by Charles Montesquieu, in which the concept of checks and balances gains relevance in the world scenario, thus, we seek an understanding of how the theory was inaugurated, and how it operates in Brazil. An activist posture of the judiciary can bring some imbalance to the primary functions of the powers, as they were initially designed to act only where they were determined by the constitution. A comparison was made about the positive and negative points of such a legal phenomenon, seeking to answer the current question that is the stage for discussion: Does the proactivity of the judiciary bring risks to Brazilian democracy? In developing the study, we sought to demonstrate that the emergence and area of action of judicial activism are closely reconciled with the judicialization of politics, which is nothing more than an increase in the impact, and the number of demands for judicial decisions in political and social causes, thus, judicial activism can be understood as inherent in today's society, therefore, necessary.

Keywords: *Constitutional right; Judicial Activism; Policy Judicialization; Judicial power; Separation of Powers; Proactive Judiciary;*

Sumário: 1 Introdução. 2. A tripartição clássica dos poderes. 3. Ativismo Judicial: Origem e Definição. 4. O Ativismo Judicial nas Cortes Brasileiras. 5. O Iminente Protagonismo da Suprema Corte Federal. 6. Conclusão. Referências.

1 - INTRODUÇÃO

A teoria tripartite emanada de nossas normas constitucionais e difundida em nosso ordenamento jurídico atribui a cada uma das três esferas de poder atribuições e limitações, típicas a atípicas, criando entre essas uma relação de dependência harmônica, isto é, um sistema de pesos e contra-pesos, ou *checks and balances* do inglês. Nesse sentido, o poder judiciário possui a função primordial de assegurar através de um julgamento equitativo os direitos da sociedade garantidos pela constituição.

Segundo Charles Montesquieu, filósofo da área da ciência política: “Todo homem que tem o Poder é levado a abusar dele”, não sendo diferente nesse caso. Por mais que no

sistema de tripartição de poderes prevaleça o mecanismo de freios e contrapesos, esse possui lacunas a serem exploradas, colocando o judiciário sob uma função da qual originalmente não é sua.

O ativismo judicial surgiu inicialmente nos Estados Unidos, e tem como propósito a proteção de maneira exacerbada dos direitos fundamentais, valendo-se das funções dos demais poderes como brecha para tomada de atitude em demandas. Isto é, o fenômeno age na área de atuação tanto do legislativo, como do executivo de forma temporária, realizando assim, uma quebra de limites para atuar em conflitos que originalmente não são seus. Valendo-se do principal argumento referente à proteção dos direitos fundamentais potencialmente em risco, em casos de grande repercussão política e social. Dessa maneira interfere de maneira significativa nas escolhas políticas e sociais dentro de um país.

Essa quebra dos limites por mais que possua fundamento legal, vai contra a estrutura base da teoria tripartite. Com a premissa de suprir a ineficiência dos entes legislativos, o poder judiciário passa a proferir sentenças ativamente, imbuindo as mesmas de fundamentação de cunho jurídico, colapsando a estrutura institucional que anteriormente possuía um balanço. Fato é, o tema possui divergência sobre sua aplicabilidade e benefícios, dessa forma, a atual pesquisa tem como fim analisar o conteúdo doutrinário e histórico no que tange ao ativismo judiciário e verificar a efetividade deste.

2- A TRIPARTIÇÃO CLÁSSICA DOS PODERES

A teoria da separação dos poderes desempenhou um papel fundamental na formação do Estado de Direito. O político, filósofo e escritor Charles Montesquieu em sua obra intitulada de “Do Espírito das Leis” consagrou a teoria dos Três Poderes, e que tem como objeto a manutenção do Estado, não permitindo que esse seja regido por somente uma voz, com a existência de harmonia e independência, separou os núcleos de atuação de um estado em três poderes. Tais poderes instituídos por meio de seus estudos são: Poder Legislativo, Poder Executivo e o Poder Judiciário. Em suas palavras:, “Existem em cada Estado três tipos de poder: o poder legislativo, o poder executivo das coisas que emergem do direito das gentes e o poder executivo daquelas que dependem do direito civil.” (MONTESQUIEU, 2010, p. 168).

Montesquieu em sua teoria inicialmente tem como foco a conexão entre o formalismo e a ideia de que o governo deve ser feito com base em leis, e não na vontade isolada e unilateral dos homens. É de importante observação o fato de Montesquieu não se referir ao poder judiciário em sua divisão, mas sim como o ‘poder executivo daqueles que dependem do direito civil’, trazendo da mesma forma três núcleos de atuação no Estado. Sobre o poder absoluto, o notório jurista Norberto Bobbio ensina: “Quando, na mesma pessoa, ou no mesmo corpo de magistrados, o Poder Legislativo se junta ao Executivo, desaparece a liberdade; pode-se temer que o monarca ou o senado promulguem leis tirânicas, para aplicá-las tiranicamente”. (BOBBIO. Norberto . A teoria das formas de governo. 1998, p. 137).

O contexto histórico sobre qual a teoria se deu é o do absolutismo europeu, os ensinamentos de Montesquieu agiram de forma positiva para a quebra de valores anteriormente impostos pela monarquia. Sua obra serviu de guia para muitos governos, sendo trazido como base fundamental do poder até os dias atuais, como é o caso do Brasil, que aderiu ao sistema tripartite dos núcleos de poder. Modificando a nomenclatura de poder judiciário, no lugar do poder executivo daquelas que dependem do direito civil. É esta divisão de poderes no Brasil, onde lê-se na fonte da Constituição Federal: “São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário.” (CONSTITUIÇÃO FEDERAL, BRASIL. 1988)

Anteriormente houveram outros pensadores que aderiram a essa forma de se enxergar o Estado e suas funções, formulando através diversas teses com difusão dos núcleos de atuação dentro de um mesmo Estado. Outra importante figura foi o notável filósofo grego Aristóteles. Suas contribuições acadêmicas ocorreram anos antes de Montesquieu, este era um defensor da difusão de tarefas dentro de um Estado, onde mais membros de uma sociedade tivessem seu papel ativamente nas decisões políticas que seriam tomadas pelos governantes.

Em sua obra ‘A Política’ admitia que deveriam existir três órgãos separados a quem deveriam ser tomadas as decisões do Estado, e esses eram o Poder Deliberativo, Poder Executivo e Poder Judiciário, uma clara ligação com a estrutura tripartite dos estados contemporâneos. Aristóteles, ensina em sua obra anteriormente citada:

“Em todo governo, existem três poderes essenciais, cada um dos quais o legislador prudente deve acomodar da maneira mais conveniente. Quando estas três partes estão bem acomodadas, necessariamente o governo vai bem, e é das diferenças entre estas partes que provêm as suas.” (ARISTÓTELES, 2009, pg. 87)

Aristóteles enxergava o poder político como um organismo, no qual cada parte deste todo tem uma função única para o desenvolvimento de um todo, portanto para ele, não basta que somente um membro tome decisões, em suas palavras ensina: “Aí está por que não permitimos que um homem governe, mas o princípio racional, pois o homem que o faz em seu próprio interesse, converte-se num tirano.” (ARISTÓTELES Edipro; 2ª edição, 1 janeiro 2009. 130). Sobre o Aristóteles e sua atuação na teoria tripartite, acrescenta Pedro Lenza:

“As primeiras bases teóricas para a “tripartição de poderes” foram lançadas na antiguidade grega por Aristóteles, em sua obra a Política, em que o pensador vislumbrou a existência de três funções distintas exercidas pelo poder soberano, quais sejam, a função de editar normas gerais a serem observadas por todos, a de aplicar as referidas normas ao caso concreto (administrando) e a função de julgamento, dirimindo os conflitos oriundos da execução das normas geris nos casos concretos. (LENZA, 2012, p. 481.)

Seu objetivo é o de expor a figura da justiça estatal como garantidora dos desejos dos cidadãos, sejam eles governantes ou governados, seja realizado de acordo com a pluralidade de decisões de um organismo político.

Outro contribuidor foi John Locke. Locke era um contratualista, e enfatizava a importância do consentimento do povo para a promoção do poder político, assim o poder político existe somente quando a população como um todo concorda com sua formulação, dessa forma, o poder para o pensador é o ápice de um Estado, pois é por meio dele que a constituição tem validade. Locke instituiu ainda o poder executivo, cuja existência é como o responsável pela execução das leis internas.

“A teoria lockeana da separação de poderes possui duas preocupações essenciais: por um lado, a de depositar em mãos distintas a prerrogativa da elaboração das leis e a prerrogativa da execução das mesmas; por outro, a de subordinar o poder executivo ao poder legislativo.” (ALBUQUERQUE, Armando. pg2)

Discorre ainda sobre um terceiro poder, que apesar de distinto, não pode ser separado do executivo, que denomina federativo, ele é o responsável pela administração da

comunidade, sua principal obra é o *Segundo Tratado sobre o governo*, na qual faz a diferenciação sobre como os governantes apenas possuem poder, pois os homens primeiramente transferem esse poder aos governantes.

A linha de pensamento dos três pensadores é evidente, cada um deles, a sua forma, instaurou diversas fontes de poder do qual todo Estado deve possuir, nunca colocando toda a possibilidade de decisão em somente em um lugar. A estrutura que se forma a partir do apanhado histórico é fixa, os poderes devem ser harmônicos entre si para que dessa forma interajam corretamente uns com os outros, dessa forma, agindo somente em suas esferas pré-estabelecidas. Contudo, o estudo mais a frente abarca a dimensão na qual o poder judiciário assume função diversa, se desviando das teorias clássicas da tripartição, sendo entendido na contemporaneidade como ativismo judicial.

É importante salientar que não há comprovação histórica de precedência cronológica entre os estudos dos três pensadores, tão pouco evidenciamos sua ligação. Eles por si só fazem uma ponte entre si iniciando por Aristóteles ainda na antiguidade, e desaguando finalmente no Espírito das Leis do Barão Montesquieu.

3 - ATIVISMO JUDICIAL: ORIGEM E DEFINIÇÃO

Valendo-se da historicidade presente no tópico anterior, neste bloco iremos abordar como se criou e efetivou a atuação expansiva e proativa do poder judiciário. Utilizando-se de uma fundamentação histórica para definir o já citado fenômeno jurídico, temos a crucial contribuição de Luiz Flávio Gomes, que ensina sobre a abertura do tema:

“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.” (LUIZ FLÁVIO GOMES, O ESTADO DE SÃO PAULO. 2009. Pg2)

A postura adotada pela suprema corte, até meados do século XX, possuía natureza conservadora, apoiando os diversos casos de segregações raciais no país. A mudança ocorreu

de forma tardia, apenas na segunda metade do século XX, sob a presidência de Earl Warren, quando houveram grandes mudanças jurisprudenciais progressistas relacionadas aos direitos fundamentais, como foco nas questões raciais.

Assim, o ativismo jurídico surgiu como um garantidor de valores e fins constitucionais, isto é, uma postura, que cabe ao magistrado em posse de realizá-la em determinadas situações, comumente de cunho político, porém, em sua história, surgiu como protetora das causas raciais tão comuns nos estados norte americanos.

Em determinada demanda, na qual um poder viole um dos direitos fundamentais, ou se torne omissivo para com esses, a iniciativa desempenhada pelo judiciário norte americano foi de intervenção, cujo objetivo fim era a conservação e concretização dos valores e fins constitucionais condizentes com a carta magna americana. O poder judiciário age única e exclusivamente como garantidor desses valores ancestrais previstos na constituição, de forma proativa, inicialmente pelas reformas com foco de bem estar social e diminuição de atrito em questões raciais comuns do país.

Iniciativa essa tomada pela vontade do juiz, que interpreta de uma nova forma o texto da lei, em demandas concretas que tange a sua jurisdição. O magistrado, valendo-se da hermenêutica jurídica adota uma interpretação extensiva, onde o objetivo final é a concretização do verdadeiro valor normativo constitucional originário, assegurando tais parâmetros constitucionais às partes que necessitem, ou que em todo caso, se sintam carentes desses. Nas palavras do notório ministro Luís Roberto Barroso, “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. Em muitas situações, sequer há confronto, mas mera ocupação de espaços vazios.” (BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática, pg 25-16.)

Assim foi conferido ao ativismo judicial, dentro da ciência jurídica, a designação de um fenômeno jurídico, onde pela determinação do magistrado que a realiza em prol da constituição e seus valores ancestrais. O poder judiciário, nessas situações, está atuando além da área que lhe foi conferida pela ordem restrita, o fazendo por meio de interpretação

extensiva, ampliando o alcance de determinadas normas dentro de um mesmo ordenamento, visando englobar os parâmetros constitucionais a todas decisões que carecem destes. As opiniões acerca desta iniciativa são diversas, tanto podem ocorrer favoráveis a tal atitude, como desfavoráveis, Rogério Miarelli, que disciplina:

“Diante de novas necessidades, onde a lei não se mostra suficiente ou diante de necessidades que forjam uma determinada interpretação do texto de lei, é o momento em que o esforço do intérprete faz-se sentir. Tem-se como Ativismo Judicial, portanto, a energia emanada dos tribunais no processo da criação do direito.” (MIARELLI; ROGÉRIO, 2012, p. 16)

É de bom alvitre dizer que, o papel do judiciário historicamente não foi de tomar iniciativa em demandas, tanto é que um dos princípios do poder público no Brasil é a inércia, este deve ser convocado a participar, a discussão que se forma dessa atitude é inevitavelmente extensa, trazendo diversas opiniões sobre o tema.

Reafirmando o ponto primeiramente apresentado por Miarelli, Eduardo Meira Zauli, professor da Universidade Federal de Minas Gerais, se posiciona referente ao tema, sobre como este é entendido na contemporaneidade, vendo a Judicialização da Política como uma transformação natural do processo judicial, dessa forma, a judicialização, bem como o ativismo judicial são fenômenos que ocorrem por estarem aliados ao processo judicial contemporâneo:

“Nos últimos anos, diante da constatação da expansão dos poderes judiciais nas democracias contemporâneas, tornou-se corrente entre os cientistas políticos o uso da expressão judicialização da política para referir-se à interferência de decisões judiciais e à introdução de procedimentos de natureza judicial em diversas arenas políticas. (...) Em resumo, podemos dizer que a judicialização envolve essencialmente uma transformação na direção do processo judicial” (ZAULI, 2011, p. 195)

Passada a etapa de desenvolvimento do ativismo judicial, se faz necessário o enfoque em outro fenômeno jurídico, o da judicialização, para Luís Roberto Barroso:

“Judicialização significa que algumas questões de larga repercussão política ou social estão sendo decididas por órgãos do Poder Judiciário, e não pelas instâncias políticas tradicionais: o Congresso Nacional e o Poder Executivo (...) Como intuitivo, a judicialização envolve uma transferência de poder para juízes e tribunais, com alterações significativas na linguagem, na argumentação e no modo de participação da sociedade.” (BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática, pg 24.)

A judicialização traz a ideia de uma parcela do poder político está sendo destituída das instâncias tradicionais, e sendo transferida diretamente para o poder judiciário, isto é, as decisões sobre questões que anteriormente não seriam do judiciário agora são transferidas para ele. Dessa forma, todo e qualquer assunto é passível de chegar às Supremas Cortes de um Estado. Ocorrendo um aumento exponencial com relação às decisões judiciais em causas políticas e sociais, bem como aumento de demanda.

O ativismo judicial é tido como atitude proativa dos tribunais ao realizarem uma participação em determinada demanda, em um ato de interpretação extensiva, por sua vez na judicialização o judiciário é convidado a atuar em áreas normalmente políticas, de forma ordenada, onde os outros poderes procuram o judiciário para decidir em conflitos diversos, comumente de cunho político e de grande relevância social.

O que há no entanto é uma perspectiva substancialista, uma maneira de se interpretar as suas ações que estão diretamente interligados aos tempos atuais, no caso, a contemporaneidade, que confere ao poder judiciário maior amplitude para a concretização dos direitos e garantias expressos na constituição, em um espaço que no passado não existiu. Por sua vez, o substancialismo destaca ao órgão judicial maior concretização e defesa dos direitos estabelecidos na Constituição Federal, dessa forma Lenio Luiz Streck diz:

“Contemporaneamente, o papel da Constituição, sua força normativa e o seu grau de dirigismo vão depender da assunção de uma das teses (eixos temáticos) que balizam a discussão: de um lado, as teorias procedimentais, e, de outro, as teorias materiais-substanciais. Parece não haver dúvidas de que esse debate é de fundamental importância para a definição do papel a ser exercido pela jurisdição constitucional.” (STRECK. Luiz Lenio Verdade e Consenso - 2011, p.84)

Do ponto de interpretação substancialista, ainda carece da presença ativa dos juízes e tribunais para que estes interajam em prol da proteção do Estado democrático de Direito. A matriz substancialista, como dito anteriormente enfatiza o papel do poder judiciário bem como aos princípios constitucionais, segundo Wálber Araujo Carneiro, citado por Vitor Soliano com relação a matriz substancialista que se adequa ao caso do Brasil: “ traz consequências significativas para sistemas jurídicos que assumem direitos fundamentais substanciais sob a forma de princípios”, e completa dizendo: “concepções substancialistas

sugerem a existência de referenciais deontológicos capazes de dirigir a efetiva constituição da sociedade, especialmente as ações do Estado necessárias à concretização desses objetivos.” (CARNEIRO. Wálber 2011, p.92, apud SOLIANO, 2011, p. 603)

Logo, o ativismo judicial pode ser compreendido como consequência natural da contemporaneidade, pois a sociedade necessita cada vez mais de um ditame jurisprudencial para avaliar seus atos. A judicialização por vez acompanha esse pensamento, uma vez que convida o judiciário a interagir espectros em espectros políticos e sociais.

4 - O ATIVISMO JUDICIAL NAS CORTES BRASILEIRAS

Seguramente a postura proativa do judiciário é constantemente presenciada em nosso ordenamento jurídico, mas quais são os fatores que impulsionam essa disfunção jurisdicional no Brasil?

Podemos tratar como primeiro fator de impulsão o modelo democrático-social, de perfil intervencionista, que se resguarda sob a égide da Constituição desde a Carta de 1934. No que tange a esse ponto em específico, é de fácil percepção que a Carta Magna de 1988 mantém esse perfil do *welfare state*, ou, do bem estar-social, que pode ser comprovado ao analisar o teor do artigo 3º da Constituição Federal/88, que assinala a ampla gama de direitos sociais.

Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:

I - Construir uma sociedade livre, justa e solidária;

II - Garantir o desenvolvimento nacional;

III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais;

IV - Promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação. (grifo nosso)

Em análise a esse fato, é perceptível que o Estado é atuante, provendo e intervindo nos direitos e garantias dos indivíduos. Tal intervenção poderia ser exercida, em teoria, especialmente pelas funções legislativa e administrativa, sendo que o poder judiciário deveria realizar o controle da atividade intervencionista excessiva. Todavia, o poder judiciário recebe

demasiada pressão da sociedade no que tange à celeridade processual e da fruição dos direitos e garantias sociais, bem como o 6º da Constituição Federal de 1988 traduz. Logo, devido a um modelo de Estado-Providência, surge a notória força impulsionadora do ativismo judicial no Brasil, levando os tribunais a ultrapassarem os limites legalmente impostos a ele pelo ordenamento, em busca de um objetivo delineado pela Constituição. Nesse sentido não é diferente o posicionamento do autor Elival Silva Ramos (2015, p. 322/323) que relata:

“Não resta dúvidas de que o ainda significativo descompasso entre as condições socioeconômicas projetadas pela constituição a todos os brasileiros e aquelas efetivamente vivenciadas pela maioria da população é um dos combustíveis do voluntarismo judiciário, que pretende fazer valer o dever-ser constitucional, ignorando o seu poder da realidade factual”

Além do fator apresentando, possuímos em nosso ordenamento o sistema de controle abstrato de normas, que aproxima do judiciário o controle de constitucionalidade, tornando tênue a linha que distingue os dois poderes. Nesse sentido temos o entendimento de Elival da Silva Ramos (2015. P. 350/351):

“A descoberta desse instrumental relativamente recente no constitucionalismo, tende a provocar certo “deslumbramento” em Cortes Constitucionais jovens ou tribunais consagrados, que passem a exercer mais intensamente o controle de constitucionalidade”

Por fim, como um dos principais fatores impulsionadores da atual crescente do ativismo judicial, fator específico da sociedade brasileira, é o desempenho de atividades atípicas por parte do Supremo Tribunal Federal, como a súmula vinculante. O fator citado vai além dos poderes limitados pela Constituição ao STF e provoca tensão nas relações jurídicas. A súmula vinculante é a efetivação de um poder judiciário legislador, que busca a efetivação de normas que se moldam aos fatos concretos.

Dessa forma observa-se que os fatores apresentados, sejam eles estruturais ou advindos do próprio Estado brasileiro, impulsionam e provocam o ativismo que vemos corriqueiramente nos tempos atuais.

Assim, tendo exposto os fatores motivadores, resta a questão, qual o efeito dessa dissonância entre a tripartição de poderes?

Pelo anteriormente exposto, infere-se que no Brasil há um constante crescimento do ativismo judicial e em decorrência desse cenário surge o fenômeno denominado “*efeito backlash*”.

O fenômeno em questão é associado à reação de uma grande parcela da população em decorrência de mudanças na sociedade ou política. Nesse sentido, George Marmelstein (2016, pág. 3) define o efeito da seguinte maneira: “O backlash é uma reação adversa não-desejada à atuação judicial. Para ser mais preciso, é, literalmente, um contra-ataque político ao resultado de uma deliberação judicial.”

Isto é, o poder judiciário na busca pela concretização dos direitos fundamentais gera uma reação negativa da sociedade em relação às suas decisões. Ao exercer a função atípica o julgador firma entendimento que nem sempre está arraigado na mentalidade social. Essa postura liberal não é bem recebida em uma sociedade bipolarizada.

Com isso, começam a surgir críticas por parte do grupo de oposição, contrárias ao teor do posicionamento adotado, que, por vezes, a partir de discursos com apelo a argumentos emocionais e puramente ideológicos influenciam nas decisões políticas tomadas pelo cidadão

Por conseguinte, uma decisão judicial com intuito de proporcionar direitos às minorias, atinge, na verdade, o oposto, gerando, como efeito colateral, a diminuição da proteção e retrocesso, em virtude da insatisfação por parte da população. O efeito *backlash*, assim, provoca consequências graves para os beneficiários da decisão judicial polêmica.

5 - O IMINENTE PROTAGONISMO DA SUPREMA CORTE

Conforme anteriormente citado neste estudo, pode-se apontar a ligação entre a judicialização e o ativismo judicial. Por meio destes tem-se a noção das relações sociais interferindo dentro da esfera política, agregando questões sociais e políticas para dentro da instância do poder judiciário, trazendo grande incidência de demandas diversas para as cortes judiciárias, principalmente para a Suprema Corte Federal. Nas palavras de Luís Roberto Barroso:

“Em diferentes partes do mundo, em épocas diversas, cortes constitucionais ou supremas cortes destacaram-se em determinadas quadras históricas como protagonistas de decisões envolvendo questões de largo alcance político, implementação de políticas públicas ou escolhas morais em temas controversos na sociedade”. (BARROSO, Luís Roberto. *Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática*, pg 23.)

Em análise à carta magna de 1988 é possível identificar que a mesma assegura aos tribunais, do ponto de vista principiológico banhado a regalias constitucionais, e autonomia administrativa. Garantindo aos mesmos independência, tanto do espectro financeiro, e administrativo, na estruturação do funcionamento de seus órgãos, e também para elaboração de execução de seus orçamentos. Garantias essas que se estendem também aos juízes, no qual podem manter sua independência para exercer sua função jurisdicional com dignidade e imparcialidade. Por meio da análise acima apresentada é impossível não conceber às cortes judiciárias autonomia, visto que podem se auto-regular em diversas esferas.

“O direito é uma norma social na forma que lhe dá uma norma, segundo uma ordem de valores”, de acordo com a dialética da complementaridade de Miguel Reale. Para ele o fato e o valor se relacionam de tal modo que cada um deles se mantém irredutível ao outro e distinto, mas ainda assim existindo mutuamente, e completa dizendo: “resultando na origem da estrutura normativa como momento de realização do direito”.

A estrutura do ativismo judicial surge primeiramente da necessidade da sociedade, no caso da brasileira, relacionada intimamente a falta de popularidade dos políticos e partidos políticos em geral, e sua notória precariedade, na qual a opinião pública demanda por corruptos tanto no executivo, tanto no legislativo fazem com que o judiciário seja por decorrência procurado pela sociedade atrás de resoluções.

O povo clama por decisões, visto que os parlamentares não correspondem às suas expectativas. Uma decisão extremamente relevante que ilustra o acontecido é o notório caso da união homoafetiva, que apenas ocorreu devido a iniciativa do Supremo Tribunal, nos casos da ADI 42 e da ADPF 132, em 2011, se não fosse por conta do Supremo Tribunal a união estável entre casais homoafetivos não estaria reconhecida no Brasil pelo ao menos até 2019, um verdadeiro alarde para a sociedade contemporânea que luta por inclusão, mas é extremamente mal representada na banca de ambas as casas legislativas brasileiras.

Outro caso de grande repercussão nacional foi o da ADPF 54 de 2012, na qual a palta se referia a possibilidade de aborto de feto anencéfalo. O conflito ideológico que se instaurou foi iniciado em 2004, e levou cerca de 8 (oito) anos para ir a plenário devido às bancas mais conservadoras que visualizavam a possibilidade de aborto ser um atentado contra a vida. Na ADPF, a Confederação Nacional dos Trabalhadores na Saúde solicitava que o Supremo fixasse o entendimento de que antecipação terapêutica de parto de feto anencefálico não fosse considerado aborto, autorizando dessa maneira que gestantes tivessem tal direito sem a necessidade de autorização judicial ou qualquer permissão demasiada do Estado.

Pode-se entender que, o Supremo Tribunal munido pelos poderes da Constituição Federal de 1988, bem como direto representante do povo e de suas necessidades, toma as ações pois elas devem ser tomadas por algum órgão, e por direta exclusão, aquele do qual possui possibilidades para o mesmo é o judiciário.

6 - CONCLUSÃO

A teoria da separação dos poderes surgiu como um garantidor do controle e exercício do poder governamental, por meio do conceito de pesos e contrapesos, no qual a própria teoria se auto-regula e limita sua área de atuação, visando o fim útil, que é a estabilidade do poder dentro do sistema político de um Estado. O ativismo judicial por sua vez, se destoa da teoria tripartite, pois atua de forma isolada, no qual um único poder, o judiciário, toma iniciativas das quais não foi provocado visando o bem estar social, agindo pelo Estado e sua população fundado em princípios constitucionais e suas cláusulas pétreas. Questiona-se a real necessidade da postura proativa do judiciário, pois, como demonstrado no estudo, ganha espaço se valendo de uma interpretação extensiva do texto da lei, sendo compreendida diversas vezes como ilegítimo.

Por se tratar de um fenômeno jurídico o mesmo pode ou não depender da vontade do homem para produzir um efeito, logo, o que se busca por meio da teoria tripartite é a não cumulatividade de funções por órgão, pois isso causaria a falta de liberdade de outro núcleo de poder. Outro fator que se concilia mutuamente com o fenômeno jurídico, é o da judicialização da política, que consiste na distribuição de funções privativamente políticas para o espectro judicial, criando um inchaço no setor jurídico, colocando-o em um papel que originalmente não é seu.

É possível visualizar uma dinâmica harmônica na qual o próprio Estado recorre ao judiciário, impondo a este funções demandas novas, por meio da judicialização da política. No caso do Brasil, existe o desejo da sociedade por decisões a serem tomadas, promovendo dessa forma uma matriz essencialmente substancialista, no qual a própria sociedade delega poder para concretização dos direitos estabelecidos pela carta magna ao judiciário. Não podendo o ativismo judicial ser interpretado como algo negativo, e sim necessário para a democracia nacional, se manifestando também por meio da judicialização, anteriormente citada no artigo.

Portanto, a postura proativa do judiciário se caracteriza como um fator inerente ao Estado contemporâneo Brasileiro e sua sociedade politizada, que cada vez mais carece de suporte jurídico em suas demandas políticas e de grande repercussão social. Tendo se tornado um fenômeno que se adequa e se avaliza pela própria sociedade para produzir seus efeitos, em suma, estando em consonância com a sociedade brasileira.

REFERÊNCIAS

ALBUQUERQUE, Armando. **A Teoria Lockeana da Separação de Poderes**. Brasil:

Publica Direito, -. Disponível em:

<[Acesso em 09 de Junho de 2021.](http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=4129304d04cff4cb#:~:text=Portanto%2C%20a%20teoria%20lockeana%20da,poder%20executivo%20ao%20poder%20legislativo.>.</p></div><div data-bbox=)

ARISTÓTELES, **A Política**. Brasil: Edipro; 2ª edição, 1 janeiro 2009.

BARROSO, Luís Roberto. Art: **Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática**. Brasil: – Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ), 2008. Disponível em: <<https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/synthesis/article/view/7433> >

Acesso em 05 de Março de 2021.

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

BOBBIO, Norberto. **A teoria das formas de governo**, Montesquieu. 10.ª ed. Brasília. 1998.

RAMOS, Elival Da Silva. **Ativismo Judicial**. Saraiva Educação S.A., V. 3, 2017.

GOMES, Luiz Flávio. O Estado de São Paulo, Espaço Aberto, p. A2. STF - **Ativismo sem precedentes?**. Brasil: O Estado de São Paulo. Disponível em:

<<https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/339868/noticia.htm?sequence=1>>

Acesso em 05 de Maio de 2021.

LENZA, Pedro. **Direito constitucional esquematizado**. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

LOCKE, John. **Segundo tratado sobre o governo civil**. Brasil: Edipro; 1ª edição, 1 fevereiro de 2014.

MIARELLI, Mayra Marinho; LIMA, Rogério Montai. **Ativismo Judicial e a Efetivação de direitos no Supremo Tribunal Federal**. Porto Alegre: Serginho Antonio Fabris. 2012.

MONTESQUIEU, Charles. **Do Espírito das Leis**. França: Martin Claret; 9ª Edição, 1 janeiro 2010.

PELICIOLI, Cristina Angela. **A atualidade da reflexão sobre a separação dos poderes**. Brasil: Revista de informação legislativa, v. 43, n. 169, Janeiro de 2006. Disponível em
<<https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/92742/Pelicioli%20Angela.pdf?sequence=2&isAllowed=y>>.

Acesso em 24 de Novembro de 2020.

REALE, Miguel. **Teoria Tridimensional do Direito**. 5ª ed., Editora Saraiva, 2003.

SOLIANO, Vitor. **Ativismo Judicial uma Definição**. Brasil: Disponível em:
<<https://siaiap32.univali.br/seer/index.php/rdp/article/view/5514>>.
Acesso em 26 de Maio de 2021.

STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso**. Constituição, hermenêutica e teorias discursivas. 4.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 80-81.

VERISSIMO, Marcos Paulo. **A constituição de 1988, vinte anos depois:1 suprema corte e ativismo judicial "à brasileira"**. Brasil: Revista Direito GV; vol.4 no.2 São Paulo Jul./Dez. 2008. Disponível em:
<<https://doi.org/10.1590/S1808-24322008000200004>>.
Acesso em 25 de Novembro de 2020.

ZAULI, Eduardo Meira. **Judicialização da Política, Poder Judiciário e Comissões Parlamentares de Inquérito no Brasil**. Revista de Sociologia e Política. Brasil: Disponível em:<https://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0104-44782011000300014>
Acesso em 05 de Maio de 2021.